



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 13/2014 März 2014

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts auf Vertretung durch einen Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung

(Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz -
Bearbeitungsstand: 19.12.2013)

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender
RA Dr. Jan Bockemühl
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RA Prof. Dr. Holger Matt
RAin Anke Müller-Jacobsen
RA Prof. Dr. Tido Park
RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer (Berichterstatter)
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Anne Wehnert
RAin Dr. Annette von Stetten

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 -0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Neue Zeitschrift für
Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und
Steuerstrafrecht

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 163.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts auf Vertretung durch einen Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung reagiert das BMJV auf das Urteil des EGMR vom 08.11.2012 in der Beschwerdesache Nr. 30804/07 (Neziraj v. Deutschland). Mit dieser Entscheidung beanstandete der EGMR die StPO-fixierte Behandlung der Berufung des Beschwerdeführers. Im Hinblick auf sein unentschuldigtes Fernbleiben der Berufungshauptverhandlung war sein Rechtsmittel gemäß § 329 Abs. 1 StPO verworfen worden, obwohl sein anwesender Verteidiger bereit war, den Beschwerdeführer zu verteidigen und zu vertreten.

I. Rechtsfolgen der unentschuldigten Abwesenheit eines Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung nach der Strafprozessordnung

Erscheint der ordnungsgemäß geladene Angeklagte unentschuldig nicht zur Berufungshauptverhandlung, ist der weitere Verlauf des Berufungsverfahrens davon abhängig, wer von dem Rechtsmittel Gebrauch gemacht hat. Bei einer Berufung der Staatsanwaltschaft kann unter den Voraussetzungen des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO auch ohne den Angeklagten über deren Rechtsmittel verhandelt werden (§ 329 Abs. 2 StPO). Ist in diesem Fall ein Verteidiger des abwesenden Angeklagten erschienen, ist dieser befugt, den Angeklagten zu vertreten, falls er über eine entsprechende Vollmacht (§ 234 StPO) verfügt. Bei einer Berufung des Angeklagten wird diese gemäß § 329 Abs. 1 S. 1 StPO ohne Verhandlung zur Sache verworfen. Dies gilt nur dann nicht, wenn in Fällen, in denen dies zulässig ist, ein Verteidiger mit Vertretungsvollmacht des Angeklagten erschienen ist, in dessen Anwesenheit über die Berufung zu verhandeln ist. Ansonsten steht die Anwesenheit eines Verteidigers der Verwerfung der Berufung nicht entgegen.

In Fällen, in denen die Berufungsverhandlung nach Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht stattfindet oder dem Gericht in den Fällen des § 329 Abs. 2 StPO bzw. bei zulässiger Vertretung des Angeklagten dessen persönliche Anhörung geboten erscheint, ist die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten anzuordnen (§ 329 Abs. 4 S. 1 StPO).

II. Das Urteil des EGMR vom 08.11.2012 - Nr. 30804/07 i.S. Neziraj v. Deutschland (vgl. EGMR StraFo 2012, 490)

In einer auf die Berufung des Angeklagten durchgeführten Hauptverhandlung vor dem LG Köln war dieser trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen. Sein anwesender Verteidiger begründete dies mit der Existenz eines Haftbefehls in anderer Sache. Der Angeklagte wolle sich aber in der Berufungshauptverhandlung durch ihn als Verteidiger vertreten lassen, wozu er auch bereit sei. Das Landgericht verwarf die Berufung nach § 329 Abs. 1 S. 1 StPO. Das OLG Köln verwarf die hiergegen eingelegte Revision; eine anschließende Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht angenommen (BVerfG StraFo 2007, 190).

Auf die Menschenrechtsbeschwerde des Beschwerdeführers stellte der EGMR in seinem Urteil vom 08.11.2012 eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK fest.

Der EGMR konzidierte das legitime Interesse des Staates an der persönlichen Anwesenheit eines Angeklagten in der Hauptverhandlung

„und zwar sowohl im Hinblick auf sein rechtliches Gehör als auch im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Richtigkeit seiner Ausführungen zu überprüfen und die den Aussagen des Opfers, dessen Interessen zu schützen sind, sowie den Aussagen der Zeugen gegenüberzustellen“ (Rdnr. 47).

Diesem Interesse sei aber das Recht eines Angeklagten gegenüberzustellen,

„sich selbst zu verteidigen“

oder sich

„durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen“

(Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK).

Dieses Recht verliere ein Angeklagter nicht allein deshalb, weil er zu der Verhandlung nicht erscheine:

„Die legitime Forderung, dass der Angeklagte in der Verhandlung anwesend sein muss, kann durch andere Mittel als den Entzug des Rechts auf einen Verteidiger durchgesetzt werden“ (Rdnr. 51).

Durch die angegriffene Verfahrensweise würde

„sein Recht auf gerichtlichen Zugang, sein Recht auf Gehör und sein Recht, sich durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen, gerade vor dem Berufungsgericht verletzt, da seinem Verteidiger nicht gestattet wurde, die Verteidigung in seiner Abwesenheit zu führen, und seine Berufung ohne jede Untersuchung seiner Begründung verworfen wurde“ (Rdnr. 52).

Deshalb hätte vorliegend nach dem Urteil des EGMR statt einer Verwerfung der Berufung die Berufungshauptverhandlung in Anwesenheit des vertretungsbereiten Verteidigers durchgeführt werden müssen. Hätte das Gericht die Anwesenheit des Angeklagten für erforderlich gehalten, hätte

es dessen persönliches Erscheinen anordnen und dies notfalls durch seine Vorführung oder Verhaftung erzwingen müssen.

In der Sache war die Entscheidung des EGMR keine Überraschung. Nicht in Bezug auf die Bundesrepublik Deutschland, aber zu gleichartigen Regelungen im Strafverfahrensrecht anderer Vertragsstaaten der EMRK hatte der EGMR schon früher judiziert, dass es einem aus freien Stücken der Hauptverhandlung fernbleibenden Angeklagten durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK gestattet sein müsse, sich durch einen „Verteidiger seiner Wahl“ verteidigen zu lassen.¹

III. Zur Rezeption der Rechtsprechung des EGMR durch die deutsche ordentliche Gerichtsbarkeit

In letzter Zeit gaben mehrere Revisionsverfahren Anlass, sich im Zusammenhang mit der Verwerfung der Berufung des Angeklagten gemäß § 329 Abs. 1 S. 1 StPO mit der Rechtsprechung des EGMR auseinanderzusetzen und die deutsche Rechtslage am Maßstab von Art. 6 EMRK einer erneuten Beurteilung zu unterziehen:

1. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.02.2012 - 2 RVs 11/12 = StV 2013, 299

Das OLG Düsseldorf verwarf die Revision des Angeklagten als unbegründet:

Auch unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des EGMR stehe allein die Anwesenheit eines verteidigungsbereiten Verteidigers der Anwendung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht entgegen, wonach die Berufung des unentschuldigt ausgebliebenen Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen sei. Ob die in § 329 Abs. 1 S. 1 StPO vorausgesetzte Vertretungsmöglichkeit, die sich auf Ausnahmefälle (§§ 234, 411 Abs. 2 StPO) beschränke, in zulässiger Weise durch konventionsfreundliche Auslegung erweitert werden könne, bedürfe mangels schriftlicher Vertretungsvollmacht des Verteidigers keiner Entscheidung.

2. OLG Hamm, Beschl. v. 14.06.2012 - 1 RVs 41/12 = StRR 2012, 463

Die Revision des Angeklagten gegen die Verwerfung seiner Berufung gemäß § 329 Abs. 1 S. 1 StPO wurde vom OLG als unbegründet zurückgewiesen.

Die Frage, ob § 329 Abs. 1 S. 1 StPO im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c MRK konventionsfreundlich dahin auszulegen sei, dass die Vertretung des Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung generell für zulässig erachtet werde, brauchte das OLG im Ergebnis nicht zu entscheiden, weil die Erteilung einer schriftlichen Vertretungsvollmacht für den in der Berufungshauptverhandlung anwesenden Pflichtverteidiger mit der Verfahrensrüge nicht vorgetragen worden war. Im Übrigen nahm das OLG Hamm in der Sache auf die Ausführungen der vorstehend referierten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 27.02.2012 Bezug.

3. OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 - 4 StRR (A) 18/12 = StV 2013, 302

Das OLG München erkannte,

¹ U.a. EGMR, Urt. v. 23.11.1993 (Poitrimol v. Frankreich), EGMR, Urt. v. 22.09.1994 (Pelladoah v. Niederlande), EGMR, Urt. v. 23.05.2000 (van Pelt v. Frankreich), EGMR, Urt. v. 22.09.2009 (Pietiläinen v. Finnland).

„a. Die Entscheidung des EGMR vom 08.11.2012, wonach § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht mit Art. 6 Abs. 1 und 3 MRK vereinbar sei, verkennt das Regelungsgefüge dieser Vorschrift und die Stellung des Verteidigers im deutschen Strafprozessrecht.

b. Selbst bei einer unterstellten Konventionswidrigkeit ist die Vorschrift angesichts ihres eindeutigen Wortlautes von deutschen Gerichten aufgrund ihrer Bindung an die geltenden Gesetze anzuwenden und eine auf die Konventionswidrigkeit der Vorschrift gestützte Revision offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO)“.

4. OLG Celle, Beschl. v. 19.03.2013 - 32 Ss 29/13 = StV 2014, 209

Das OLG Celle verwarf die Revision des Angeklagten als unbegründet:

„a. Die Anwendung von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO entzieht dem Angeklagten nicht das Recht, sich durch einen Rechtsanwalt verteidigen, sondern nur das Recht, sich in der Hauptverhandlung durch seinen Verteidiger ersetzen zu lassen. Dieses Recht wird aber von Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht geschützt.

b. Ohne entsprechende Darlegung einer dem Verteidiger erteilten Vertretungsvollmacht ist eine Verfahrensrüge der rechtsfehlerhaften Verwerfung des in der Berufungshauptverhandlung ausgebliebenen Angeklagten unzulässig“.

5. OLG Bremen, Beschl. v. 10.06.2013 - 2 Ss 11/13 = StV 2014, 211

Auch das OLG Bremen verwarf die Revision des Angeklagten als unbegründet:

„a. Dem Urteil des EGMR vom 08.11.2012 kommt in Parallelverfahren keine unmittelbare Bindungswirkung zu.

b. Die Öffnungsklausel des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO, wonach für den abwesenden Angeklagten ein Vertreter auftreten kann, wenn dies zulässig ist, steht ihrem Wortlaut nach einer konventionsfreundlichen Auslegung i.S.d. EGMR-Urteils zu Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht entgegen; dies scheidet vielmehr an dem sich aus dem Regelungszusammenhang ergebenden erkennbar entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers.

c. Die EMRK eröffnet den Gerichten keine Verwerfungskompetenz für ihr eindeutig entgegenstehende Gesetze und begründet keine Vorlegungspflicht.“

IV. Die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR und der sich daran anschließenden Entscheidungen bundesdeutscher Gerichte durch die Literatur

Zu dem Urteil des EGMR vom 08.11.2012 beziehen in der seitdem erschienenen Kommentarliteratur nur Meyer-Goßner, 56. Aufl., § 329 Rdnr. 15 sowie Meyer-Goßner/Schmitt, 56. Aufl., Art. 6 MRK Rdnr. 20a Stellung: Während Meyer-Goßner die Verwerfung der Berufung bei Anwesenheit eines anwaltlichen Vertreters für ausgeschlossen erklärt, kommt Schmitt zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung des EGMR mit der Rechtsprechung des BVerfG unvereinbar sei und den Strukturprinzipien der deutschen StPO widerspreche. Deshalb ließe sich ein konventionskonformer Zustand nicht durch eine erweiterte Auslegung der Vorschrift des § 329 Abs. 1 StPO, sondern nur durch eine entsprechende Anpassung seitens des Gesetzgebers herstellen, „die allerdings tiefgreifende Einschnitte in Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts in Kauf zu nehmen hätte“.

In der Aufsatzliteratur nehmen letztere Position auch RiBGH Mosbacher NStZ 2013, 312 und Hüls/Reichling StV 2014, 242 ein. Dieser Auffassung stehen mehrheitlich Stimmen in der Literatur entgegen, die - unbeschadet einer „tunlichen“ gesetzgeberischen Lösung - eine konventionskonforme Auslegung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO für möglich und zwingend halten. Danach sei grundsätzlich eine Berufungsverwerfung bei Anwesenheit eines vertretungsbereiten Verteidigers unzulässig. Erscheine die Anwesenheit des Angeklagten für die Sachaufklärung unerlässlich, habe das Gericht die Möglichkeit, gemäß § 329 Abs. 4 StPO die Anwesenheit des Angeklagten sicherzustellen (vgl. Püschel StraFo 2012, 493; Püschel/Sommer, AnwBl. 2013, 168, 171 f.; Esser StV 2013, 331, 339; Ast JZ 2013, 780; Gerst NStZ 2013, 310 und Zehetgruber HRRS 2013, 397, 404 f.).

V. Der Referentenentwurf des BMJV vom 19.12.2013 (BRAK-Nr. 12/2014 = RS-Nr. 10/2014)

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat aus dem Urteil des EGMR vom 08.11.2012 die Konsequenz gezogen, dass die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, ihre innerstaatliche Rechtsordnung in Übereinstimmung mit der Menschenrechtskonvention zu bringen, nur durch eine Änderung des nationalen Rechts eingelöst werden könne; eine konventionskonforme Auslegung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO sei nicht möglich. Damit bleibt auch dem BVerfG eine weitere Auseinandersetzung über das Verhältnis zwischen nationalem Verfassungsrecht und Konventionsrecht erspart, nachdem es sich in dem Verfahren Neziraj in seinem Beschl. v. 27.12.2006 = StraFo 2007, 190 in der Sache gegen die Rechtsprechung des EGMR positioniert hatte. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt das gesetzgeberische Vorhaben, weil es den – wie die OLG-Rechtsprechung zeigt – fortbestehenden Zustand der Rechtsunsicherheit im Hinblick auf eine konventionswidrige Verfahrenspraxis beendet.

Auch in der Sache trägt der Referentenentwurf dem Urteil des EGMR vom 08.11.2012 umfassend Rechnung (Ziffer 1) und kommt zu einer ausgewogenen Berücksichtigung sowohl der Verteidigungsrechte des Angeklagten als auch der legitimen Interessen der Justiz (Ziffer 2). Die Möglichkeit, im Berufungsverfahren die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten mit einem Verteidiger als seinem Vertreter durchzuführen, eröffnet dem Institut der Vertretung des in der Hauptverhandlung abwesenden Angeklagten einen breiteren Anwendungsbereich. Dies wird eine Präzisierung der Befugnisse des Verteidigers als Vertreter des abwesenden Angeklagten (§ 234 StPO) nach sich ziehen müssen (Ziffer VI.).

1. Regelungskonzept des Referentenentwurfs

- a. Der Referentenentwurf setzt das Urteil des EGMR vom 08.11.2012 in der Weise um, dass der abwesende Angeklagte durch seinen dazu ausdrücklich bevollmächtigten Verteidiger vertreten werden kann. Im Übrigen hält er daran fest, dass das unentschuldigte Ausbleiben des ordnungsgemäß zur Berufungshauptverhandlung geladenen Angeklagten dann mit der Verwerfung seiner Berufung sanktioniert werden darf, wenn sein Verhalten den Schluss zulässt, dass er an der Durchführung seiner Berufung und einer sachlichen Änderung des angefochtenen Urteils kein Interesse mehr hat. Die Anforderungen an diese Möglichkeiten einer Berufungsverwerfung werden präzisiert und neu konturiert:
- b. Statthaft ist die Berufungsverwerfung im Falle des unentschuldigten Ausbleibens des ordnungsgemäß geladenen Angeklagten nur dann, wenn
 - auch kein mit schriftlicher Vertretungsvollmacht ausgestatteter Verteidiger erschienen und auch dessen Ausbleiben nicht genügend entschuldigt ist;

- oder sich der mit schriftlicher Vertretungsvollmacht erschienene Verteidiger ohne genügende Entschuldigung aus der Hauptverhandlung wieder entfernt oder er den abwesenden Angeklagten nicht weiter vertritt;
- oder sich der zunächst anwesende Angeklagte ohne genügende Entschuldigung aus der Hauptverhandlung entfernt und auch kein mit schriftlicher Vertretungsvollmacht versehener Verteidiger anwesend ist;
- oder der Angeklagte sich vorsätzlich und schuldhaft in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt hat und nach Feststellung seiner Verhandlungsunfähigkeit durch einen ärztlichen Sachverständigen kein mit einer schriftlichen Vertretungsvollmacht ausgestatteter Verteidiger in der Hauptverhandlung anwesend ist.

Wie nach geltendem Recht (§ 329 Abs. 1 S. 2 StPO) soll es dabei verbleiben, dass eine Berufungsverwerfung unstatthaft ist, wenn das Berufungsgericht erneut verhandelt, nachdem die Sache vom Revisionsgericht zurückverwiesen worden ist (§ 329 Abs. 1 S. 4 RegE).

- c. Da die weiterhin nach § 329 Abs. 1 RegE zulässigen Fälle der Verwerfung der Berufung des abwesenden Angeklagten nicht mit seinem Recht auf Zugang zum Gericht und auf rechtliches Gehör (Art. 6 Abs. 1 MRK) und mit dem Recht, sich durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK), kollidieren, wenn der Angeklagte durch sein Verhalten zu erkennen gibt, an der Durchführung seiner Berufung und einer sachlichen Änderung des angefochtenen Urteils kein Interesse mehr zu haben, setzt sich der Entwurf nicht in Widerspruch zu dem Urteil des EGMR vom 08.11.2012. Allerdings könnte das dem Angeklagten zugerechnete unentschuldigte Fernbleiben der Verhandlung bzw. das unentschuldigte Entfernen aus der Hauptverhandlung seines mit Vertretungsvollmacht ausgestatteten Verteidigers oder dessen Weigerung, den abwesenden Angeklagten weiter zu vertreten, der ständigen Rechtsprechung zu § 44 StPO entgegenstehen, wonach ein Verschulden des Verteidigers dem Angeklagten nicht zuzurechnen ist. Da nach dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz des § 85 Abs. 2 ZPO aber das Verschulden eines Vertreters dem Vertretenen zugerechnet wird, ist auch die Zurechnung des nicht genügend entschuldigten Verhaltens des Verteidigers als Vertreter des abwesenden Angeklagten konsequent.
- d. In § 329 Abs. 2 RegE ist nunmehr entsprechend der Vorgabe des EGMR die Zulässigkeit einer Vertretung des in der Berufungshauptverhandlung abwesenden Angeklagten verortet. Danach ist die Hauptverhandlung auch dann durchzuführen, wenn der unentschuldigt abwesende Angeklagte durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht vertreten wird.

Mit dem Erfordernis einer schriftlichen Vertretungsvollmacht des Verteidigers knüpft die Neuregelung an § 234 StPO an. Allerdings ist der Begründung zu § 329 Abs. 1 S. 1 RefE zu entnehmen, dass es sich hierbei um eine von dem Angeklagten zu unterzeichnende Vollmacht handeln soll. Demgegenüber ist es nach herkömmlicher herrschender Meinung zu § 234 StPO zulässig, dass die Vollmacht von dem Bevollmächtigten selbst unterzeichnet wird, wenn der Angeklagte ihn hierzu mündlich ermächtigt habe (vgl. nur Meyer-Goßner, 56. Aufl., § 234 Rdnr. 4; SSW/Grube, StPO, § 234 Rdnr. 6 jeweils unter Hinweis auf BayObLGSt 2001, 153 = NSTZ 2002, 277; ebenso OLG Dresden StRR 2013, 26 und Püschel StraFo 2012, 493, 494 f.). Angesichts der Tatsache, dass der Angeklagte mit der Vertretungsvollmacht elementare Verfahrensrechte in die Hand seines Verteidigers legt (Mosbacher NSTZ 2013, 312, 314), sprechen schon nach geltendem Recht gute Gründe dafür, einen sicheren Nachweis für die Vertretungsbefugnis des Verteidigers zu schaffen (LR/J.-P. Becker, 26. Aufl., § 234 Rdnr. 8; KK-StPO/Gmel, 7. Aufl., § 234 Rdnr. 3; SK StPO/Deiters, 4. Aufl., § 234 Rdnr. 4). Die zu unterstützende Auffassung des Regierungsentwurfs

sollte angesichts dieser Kontroverse einen ausdrücklichen Niederschlag im Gesetzestext selbst und nicht nur in der Gesetzesbegründung finden.

Unverändert bleibt nach § 329 Abs. 2 RegE die schon bislang nach § 329 Abs. 2 StPO bestehende Möglichkeit, über eine Berufung der Staatsanwaltschaft in Abwesenheit des nicht genügend entschuldigten Angeklagten zu verhandeln. Gemäß § 234 StPO bleibt es auch bei der Möglichkeit, dass er von einem schriftlich bevollmächtigten Verteidiger vertreten wird.

- e. Die Zulässigkeit einer Abwesenheitsverhandlung nach beiden Alternativen des § 329 Abs. 2 RegE steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass

„nicht besondere Gründe die Anwesenheit des Angeklagten erfordern“.

Die Anwesenheit des Angeklagten kann in diesem Fall durch die Anordnung seines persönlichen Erscheinens und notfalls durch die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten erzwungen werden (§ 329 Abs. 3 RegE). Dies entspricht weitgehend dem geltenden § 329 Abs. 4 StPO. Durch den Zusatz, dass die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten nur dann zulässig ist, soweit dies zur Durchführung der Hauptverhandlung geboten ist (§ 329 Abs. 3 RegE), wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stärker Rechnung getragen, als dies bislang in § 329 Abs. 4 S. 2 StPO zum Ausdruck kommt. Danach ist von einer Vorführung oder Verhaftung dann abzusehen, wenn zu erwarten ist, dass der Angeklagte in der neu anzuberaumenden Hauptverhandlung ohne Zwangsmaßnahmen erscheinen wird.

§ 329 Abs. 2 RefE trägt damit auch den nach Auffassung des EGMR legitimen Interessen der Justiz an einem persönlichen Erscheinen des Angeklagten Rechnung.

Mit dem Verweis auf die „besonderen Gründe“, die eine Anwesenheit des Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung erfordern, will der Entwurf ausweislich seiner Begründung zwar verdeutlichen,

„dass die Anwesenheit des Angeklagten eher in Ausnahmefällen für erforderlich zu erachten sein wird und das Berufungsgericht danach häufig - insbesondere bei Bagatelldelikten - verpflichtet sein wird, ohne den Angeklagten zu verhandeln, der nach dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ohnehin das Recht hat, jede Einlassung zur Sache zu verweigern, so dass die Wahrheitsfindung im engeren Sinne häufig nicht eingeschränkt sein wird“ (RegE Begründung S. 48).

Ausführlich legt die Begründung des Entwurfs aber dar, wann im Hinblick auf die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) „besondere Gründe“ die Anwesenheit des Angeklagten erfordern. Negativ gewendet lasse sich eine Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten nur dann legitimieren, wenn zu erwartender Gegenstand der Hauptverhandlung ausschließlich die Erörterung von Rechtsfragen sei oder der Angeklagte zur Überzeugung des Gerichts in der Hauptverhandlung vollständig von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen beabsichtige und seine persönliche Anwesenheit für die Sachaufklärung nicht erforderlich sei. Auf die Anwesenheit des Angeklagten komme es demgegenüber insbesondere dann an, wenn das Gericht ihn zur Aufklärung der Tat in Augenschein nehmen müsse, wenn es im Hinblick auf eine mögliche Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung um den persönlichen Eindruck von ihm gehe oder wenn er zwecks Identifizierung oder bei sich widersprechenden Angaben mit Zeugen konfrontiert werden müsse.

Um bei einer nicht vorhersehbaren Entwicklung der Berufungshauptverhandlung nicht gezwungen zu sein, die Hauptverhandlung zu unterbrechen oder gar auszusetzen, dürfte in der Praxis nur geringe Neigung vorhanden sein, nicht auf der Anwesenheit des Angeklagten zu bestehen. Selbst wenn die Anordnung des persönlichen Erscheinens des Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung verfahrensfehlerhaft sein sollte, könnte das von ihm angefochtene Urteil darauf nicht beruhen.

- f. § 329 Abs. 4 RegE belässt es bei der in § 329 Abs. 2 S. 2 StPO geregelten Möglichkeit, dass die Staatsanwaltschaft eine Berufung auch ohne Zustimmung des Angeklagten zurücknehmen darf, wenn zulässigerweise in Abwesenheit des Angeklagten über die Berufung der Staatsanwaltschaft verhandelt wird (§ 329 Abs. 4 S. 2 RegE). Im Übrigen regelt § 329 Abs. 4 S. 1 RegE eine Unterrichtungspflicht des Vorsitzenden in Fällen, in denen erst zu einem späteren Zeitpunkt, aber noch vor Beginn der Urteilsverkündung der Angeklagte oder sein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht erscheint. Dies entspricht der bestehenden Unterrichtungspflicht gemäß §§ 231a Abs. 2, 231b Abs. 2 StPO.
- g. Unverändert bleibt auch die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 329 Abs. 3 StPO) was nunmehr in § 329 Abs. 6 RegE verortet ist.
- h. Für die Hauptverhandlung nach Einspruch gegen einen Strafbefehl wird § 412 dem neugeregelten Verfahren in § 329 StPO RegE angepasst (§ 412 S. 1 RegE).

2. Bewertung

Der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts auf Vertretung durch einen Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung trägt den Verteidigungsinteressen des Angeklagten und seiner Autonomie weitgehend Rechnung. Es liegt in seiner Hand zu entscheiden, ob er bei „gewillkürter Abwesenheit“ seine Interessen durch einen mit Vertretungsvollmacht ausgestatteten Verteidiger wahrnehmen lassen will oder stattdessen doch der Ladung zur Berufungshauptverhandlung Folge leistet. Welches Vorgehen für ihn Vorteile verspricht oder eher Risiken heraufbeschwört, muss er gemeinsam mit dem zu bevollmächtigenden Verteidiger in eigener Verantwortung entscheiden. Seine Autonomie wird eingeschränkt durch die der gerichtlichen Aufklärungspflicht geschuldeten Möglichkeit, auf seiner Anwesenheit zu bestehen und diese notfalls mit Zwangsmitteln durchzusetzen. Es bleibt bei Einführung einer gesetzlichen Regelung im Sinne des Entwurfs der Rechtsprechung und ihrer Begleitung durch die Wissenschaft vorbehalten zu konkretisieren, welche „besonderen Gründe“ so beschaffen sind, dass das Recht des Angeklagten, „sich durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen“ und der Hauptverhandlung fernzubleiben, zurückstehen muss. Denn ein Ermessen wird dem Vorsitzenden der kleinen Strafkammer durch § 329 Abs. 2 S. 1 RegE nicht eingeräumt. Die Neuregelung unterscheidet sich damit von § 236 StPO, wo die Entscheidung über die Anordnung des persönlichen Erscheinens des Angeklagten in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

VI. Ausblick

Recht und Praxis der Vertretung eines abwesenden Angeklagten durch seinen Verteidiger fristen ein Schattendasein². Außer für die Hauptverhandlung nach Einspruch gegen einen Strafbefehl (§ 411 Abs. 2 S. 1 StPO) betreffen die Regelungen der Strafprozessordnung, nach denen die Befugnis zur Vertretung durch einen Verteidiger besteht, Fallgestaltungen mit Ausnahmecharakter. Von den Möglichkeiten einer Abwesenheitsverhandlung nach §§ 232 und 233 StPO wird so gut wie nie Gebrauch gemacht. Auch in den weiteren Fällen, in denen die Hauptverhandlung ohne Anwesenheit des Angeklagten stattfinden kann (insbesondere §§ 231 Abs. 2, 231a, 231b und 329 Abs. 2 StPO), kommt es nur ausnahmsweise zu einer Fortsetzung der Hauptverhandlung mit dem Verteidiger als Vertreter.

Dementsprechend rückständig ist die Dogmatik des Vertretungsrechts. Ungeklärt sind nach wie vor viele damit zusammenhängende Fragen. Das gilt schon für den zulässigen Umfang der Abgabe von Verfahrenserklärungen und der Geltendmachung von Verfahrensrechten. So soll nach h.M. der nach § 234 StPO zur Vertretung des abwesenden Angeklagten ermächtigte Verteidiger nicht befugt sein, die Zustimmung zur Einbeziehung einer in der Hauptverhandlung erhobenen Nachtragsanklage (§ 266 Abs. 1 StPO) zu erklären.³ Ebenso soll die Vertretungsbefugnis nicht Platz greifen, „wo Zweck und Struktur des Strafverfahrens jede Vertretung ausschließen“.⁴ So ist beispielsweise noch ungeklärt, ob bei der für eine Verständigung gemäß § 257c StPO erforderlichen Zustimmung der Verteidiger den Angeklagten vertreten oder ob die Zustimmung des Verteidigers diejenige des Angeklagten nicht ersetzen kann.⁵

Nicht minder umstritten ist die Frage, inwieweit der Verteidiger als Vertreter des abwesenden Angeklagten für diesen Erklärungen zur Sache abgeben darf. Auch wenn die ganz überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung sich für die Zulässigkeit der Vertretung auch bei Erklärungen zur Sache ausspricht⁶, vermögen die dafür angeführten Argumente nicht die damit verbundenen rechtlichen und praktischen Probleme aus der Welt zu schaffen. Beinhaltet eine Erklärung des Angeklagten „zur Sache“ Angaben zu einem tatsächlichen Geschehen, stellt dies einen Erlebnisbericht dar, dem keine Wahrnehmungen des Verteidigers zugrunde liegen. Erklärungen zur Sache, auch wenn sie ein Geständnis beinhalten, müssen auf ihre Glaubhaftigkeit überprüft werden, was nur durch Vernehmung, Vorhalte und ergänzende Befragung des Angeklagten in Person möglich ist.⁷ Auf den Verteidiger käme bei einer Erklärung zur Sache als weiteres Problem hinzu, dass er anders als der Angeklagte der Wahrheitspflicht unterliegt und diese in diesem Zusammenhang auch

² Von den 625.858 im Jahr 2003 vor den Amtsgerichten erledigten Verfahren, in denen überhaupt eine Hauptverhandlung stattfand, erfolgte in nur 6,55 % (41.002) der Fälle eine Hauptverhandlung ohne Anwesenheit des Angeklagten. Bei den im Jahr 2003 von den Landgerichten erstinstanzlich erledigten Verfahren mit Hauptverhandlung waren es nur 0,01 % (110), bei den erledigten Verfahren in der Berufungsinstanz mit Hauptverhandlung immerhin 10,36 % (4.333) der Fälle: Zahlen des Statistischen Bundesamts zit. nach Olk, Die Abgabe von Sacherklärungen des Angeklagten durch den Verteidiger, 2006, S. 88. In wie vielen Fällen davon der abwesende Angeklagte durch einen Verteidiger vertreten wurde, lässt sich den mitgeteilten Zahlen nicht entnehmen.

³ Vgl. nur LR-*Stuckenberg*, 26. Aufl., § 266 Rdnr. 19 m.w.N.

⁴ LR-*J.-P. Becker*, 26. Aufl., § 234 Rdnr. 11.

⁵ Vgl. einerseits LR-*Stuckenberg*, 26. Aufl., § 257c Rdnr. 53, andererseits SK-StPO/*Velten*, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 23.

⁶ Vgl. die Nachweise bei LR-*J.-P. Becker*, 26. Aufl., § 234 Rdnr. 14.

⁷ Zu diesen Bedenken *Kruse*, Parteierklärungen und Sachverhaltsfeststellung in der Hauptverhandlung, 2001, S. 94; *Olk*, Die Abgabe von Sacherklärungen des Angeklagten durch den Verteidiger, 2006, S. 93 ff. (auch zu der von *Park* StV 1998, 60 und StV 2001, 594 entwickelten Lösung einer Vertretung nur in der Erklärung und nicht im Willen).

nicht durch seine Schutzaufgabe relativiert ist.⁸ Anders als der Angeklagte partizipiert er auch nicht an dessen Selbstbegünstigungsprivileg, was Strafbarkeitsrisiken wegen des Vorwurfs der (versuchten) Strafvereitelung nach sich zieht.

Diese und andere Probleme wird es zu lösen gelten, sobald das Recht auf Vertretung des abwesenden Angeklagten durch seinen Verteidiger aus seinem bisherigen Schattendasein heraustritt.

- - -

⁸ Vgl. hierzu These 19 der Thesen zur Strafverteidigung, vorgelegt vom Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992.