

Gespensstergeschichten

– Wann ist die Anwesenheit eines Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung »erforderlich«? –

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Sommer, Köln

A. Einführung

Geplant war ein ambulanter Eingriff. Ein winziger Schnitt ohne jede prinzipielle Relevanz. Der *EGMR* hatte die Berufungsverwerfung des abwesenden Angeklagten für konventionswidrig erklärt, wenn sein Verteidiger anwesend ist.¹ Das Gesetz war zu ändern.² Therapeutisch hätte man vollständig auf den Verwerfungsmechanismus verzichten können. Das Problem wäre geräuschlos ohne Systembruch erledigt gewesen. Mit einer großen Lösung hätte man auch eine umfassende Vertretungssystematik in die StPO implementieren können. Es kam nicht dazu. Die Beharrungstendenzen waren dominant. Der *EGMR* sollte besänftigt, ein Randgeschehen des Strafprozesses lediglich alternativ modelliert werden. So sah der Plan des Gesetzgebers aus. Er scheint misslungen. Stattdessen bestehen nunmehr Aussichten auf einen längeren Aufenthalt in der Intensivstation von Wissenschaft und Praxis.

B. Neuer § 329 StPO – alte Verwerfungspraxis?

Der neue § 329 StPO stellt Gewissheiten des Prozesses in Frage. Bislang galt: Der Angeklagte gehört – zur Not mittels Gewalt – in den Gerichtssaal (§ 230 StPO). Gewohnheit und verbaler Weihrauch verdeckten, dass die StPO ein Al-

ternativmodell vorsieht, nämlich die Vertretung des abwesenden Angeklagten durch seinen Verteidiger. Das galt und gilt für Bagatelldelikte (§§ 232 ff. StPO) ebenso wie für Hauptverhandlungen nach Einspruch gegen einen Strafbefehl (§ 411 Abs. 2 StPO), Verhandlungen nach Berufungen der Staatsanwaltschaft (§ 329 Abs. 2 a.F.) sowie für jede Revisionshauptverhandlung. Auch wenn die Praxis dies gerne verdrängte: Die beiden Prozessmodelle führten ein Leben friedlicher Koexistenz. In einem Modell musste der Angeklagte anwesend sein, in einem anderen konnte er sich durch seinen Verteidiger vertreten lassen. Die Herausforderung einer dogmatischen Harmonisierung sah weder die Praxis noch die Wissenschaft.

Das neue Gesetz hat dies geändert. Zwar wurde nach der Kritik des *EGMR* die Möglichkeit der Vertretung des abwesenden Angeklagten und Berufungsführers eröffnet. Das in-

¹ EGMR StV 2013, 289.

² Der RefE BT-Drs. 18/352, S. 2, hält zu Recht eine Gesetzesänderung für alternativlos: »Die Vertragsstaaten der EMRK haben sicherzustellen, dass ihre innerstaatlichen Rechtsordnungen mit der Konvention übereinstimmen. Da eine konventionskonforme Auslegung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht möglich ist, kann die Entscheidung nur durch eine Änderung des nationalen Rechts umgesetzt werden.«

regierte Modell des Fakultativen zwischen den beiden tradierten Modellen der Anwesenheits- oder Abwesenheitsverhandlung befrachtet die Weichenstellung allerdings mit ungeklärten inhaltlichen Vorgaben. Der Berufungsrichter hat zu entscheiden, ob im Einzelfall die Anwesenheit des Angeklagten »erforderlich« ist.³ Der neue Entscheidungsvorgang bugsiert die gesamte Regelung in den Gefahrenbereich der erneuten Konventionswidrigkeit. Diese dramatischen Konsequenzen werden zunächst durch das neu eingeführte Prozedere verdeckt. Ist zwar nicht der die Berufung führende Angeklagte, wohl aber sein mit entsprechender Vollmacht ausgestatteter Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung anwesend, ist die Berufungsverwerfung ohne jede Verhandlung passé. Zur Beruhigung des *EGMR* muss mit dem Verteidiger erst einmal verhandelt werden. Zu seiner Beunruhigung kann das Verhandeln aber alsbald eingestellt werden: Erkennt der Berufungsrichter, dass die Anwesenheit des Angeklagten doch erforderlich ist, kann er dessen persönliches Erscheinen anordnen und die Verhandlung unterbrechen. Der Angeklagte ist zur Fortsetzung mit entsprechenden Hinweisen zu laden. Erscheint der Angeklagte in dem Fortsetzungstermin ebenfalls nicht, kann das Berufungsgericht sein Rechtsmittel ohne jede weitere Verhandlung nach alter Väter Sitte verwerfen. Das Szenario ist irritierend, da es der Prozesssituation im Fall *Neziraj*.l. Deutschland entspricht, das soeben mit aller Deutlichkeit als menschenrechtswidrig abgestempelt worden ist. Statt mit dem anwesenden Verteidiger zu verhandeln oder alternative Prozessmöglichkeiten wahrzunehmen, wird nicht verhandelt, sondern verworfen. Obwohl der Angeklagte sich auf das Prozessgrundrecht berufen kann, sich verteidigen zu lassen, wird er für seine Abwesenheit durch Entzug der gesamten Instanz bestraft. So umstritten die Diskussion um das Ausmaß der Konsequenzen der Entscheidung des *EGMR* im Fall *Neziraj* auch sein mag, eines steht fest: Ob generell hieraus ein allgemeines Menschenrecht auf Vertretung im Strafprozess abgeleitet wird oder nur ein kleiner Ausschnitt des Angeklagten auf anwaltlichen Beistand präzisiert wird – die Konsequenz des Rechtsmittelverlusts durch Abwesenheit ist bei Anwesenheit eines Verteidigers konventionsrechtlich nicht hinnehmbar.

C. Neuer § 329 StPO – alte Konventionswidrigkeit?

Es sind hier allenfalls zwei Unterschiede zum Fall *Neziraj* auszumachen: Zum einen erfolgt die kompromisslose Verwerfung erst am zweiten Hauptverhandlungstag. Dass die schlichte *Verzögerung der Verwerfung* die Rechtsverletzung auch nur minimieren könnte, ist allerdings nicht erkennbar. Das vorhergehende »Verhandeln« kann keinen *EGMR* Richter auf der Galerie des Gerichtssaals davon überzeugen, das Berufungsgericht habe sich um ein faires Verfahren für den Angeklagten bemüht. Wenn der Verteidiger zwar zu Fragen von Schuld und Strafe angehört wird, das Angehörte bei abermaliger Abwesenheit des Mandanten niemals Eingang in eine Sachentscheidung finden kann, ist die Verhandlung nicht mehr als eine äußerliche Fassade. Sie ersetzt keine Fairness.⁴ Der zweite Unterschied zur bereits entschiedenen Konstellation besteht darin, dass vor Verwerfung, der Berufungsrichter entschieden hat, die Anwesenheit des Angeklagten sei »erforderlich«. Wer die neue Verwerfungssituation vor dem Verdikt der Konventionswidrigkeit retten will, muss exakt in diesem Entscheidungsprozess Elemente entdecken, die

eine Menschenrechtsverletzung doch noch in den Status eines fairen Prozesses katapultieren können.

D. Vertretungsalltag nach der StPO

Die Begründung des Referentenentwurfs hatte sich hiermit nicht beschäftigt. Die Intention eines weitgehenden Verwerfungsregimes bis in völlig unpraktische Fallkonstellationen⁵ hinein hat den Blick für das Offensichtliche des Ausgangspunktes augenscheinlich verstellt. Man vertraute auf die Unterstützung bereits vorliegender Mechanismen. Schon nach geltendem Recht existiert als richterliche Option die Anordnung des persönlichen Erscheinens. Der Richter kann die bekannten Vertretungsmodelle nach überkommener Gesetzeslage jederzeit suspendieren (§ 236 StPO). Der Grund für die Weichenstellung unterschiedlicher Prozessmodelle ist vage. Als Maßstab wird der ebenso diffuse wie kaum überprüfbare *Aufklärungsgrundsatz* herangezogen. Das aufscheinende Willkürelement in dieser richterlichen Entscheidung schien bislang vertretbar, weil seine Konsequenzen überschaubar waren. Die Anordnung nach § 236 StPO führt zur Notwendigkeit der Durchführung einer – erstinstanzlichen – Hauptverhandlung. Ist der Angeklagte abwesend, bleibt dem Gericht die Möglichkeit von Zwangsmitteln, um die Durchführung der Hauptverhandlung zu gewährleisten. Verteidigungsverluste sind damit nicht verbunden. Das gilt insbesondere auch für den praktisch bedeutsamen Fall des Einspruchs gegen den Strafbefehl. Erscheint in der Hauptverhandlung lediglich der Verteidiger als Vertreter und nicht der Angeklagte, dessen persönliches Erscheinen angeordnet wurde, ist Verteidigungspotenz nicht berührt. Keinesfalls geht der abwesende Angeklagte seines Anspruchs auf Durchführung einer Hauptverhandlung verlustig. Will das Gericht nicht mit dem anwaltlichen Vertreter allein verhandeln, bleibt nur die Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung. Die Sorge um die Wahrung von Verteidigungsrechten kann hier die inhaltlichen Überlegungen zur Anwesenheit des Angeklagten nicht beeinflussen. Die Kriterien der Anordnung eines persönlichen Erscheinens bedürften bislang keiner näheren Untersuchung. Das an § 230 StPO orientierte übliche Prozessmodell verlangt die Anwesenheit, ohne sich die Frage der Sinnhaftigkeit im Einzelfall zu stellen. Das Prozessmodell der Vertretung reflektierte ebenso wenig die Auswirkungen der Abwesenheit auf die Wahrheitssuche; der Abwesende konnte schlicht vertreten werden. Die Frage der Erforderlichkeit der Anwesenheit mit der nunmehr in § 329 StPO aufscheinenden Konsequenz hat sich dem deutschen Strafrichter bislang nicht gestellt. Die vorliegende justizielle Praxis lässt zur Frage

3 Sehr viel enger hatte noch der RefE BT-Drs. 18/352, S. 7, den Gesetzestext angedacht: »Soweit nicht besondere Gründe die Anwesenheit des Angeklagten erfordern (...)« Dass die Anwesenheit des angeklagten Berufungsführer damit eher zum Ausnahmefall würde, stieß auf Kritik – s. insbes. *Frisch* NStZ 2015, 69 (72); in seiner Stellungnahme (Nr. 6/14) äußerte auch der *Deutsche Richterbund* die Befürchtung, das Regel-Ausnahmeverhältnis der erforderlichen Anwesenheit des Angeklagten werde gegenüber der konventionswidrigen Gesetzeslage umgekehrt. Die aktuelle Gesetzesfassung beruht auf einer Empfehlung des Rechtsausschusses auf BT-Drs. 18/5254.

4 Hierauf spekulierte offensichtlich der BT-Rechtsausschuss, als er zur konventionskonformen Rechtfertigung der Verwerfung schlicht formulierte: »Der Verteidiger hatte nämlich in dem Hauptverhandlungstermin die Gelegenheit, für den Angeklagten umfassend vorzutragen«; vgl. BT-Drs. 18/5254, S. 6.

5 *Frisch* NStZ 2015, 69 (71): »überkompliziert und empirisch unzureichend belegt«.

der notwendigen Anwesenheit des Angeklagten besondere, die Verteidigungsinteressen konservierende Gesichtspunkte nicht erkennen.

Entgegen der Annahme im Gesetzgebungsverfahren gibt § 236 StPO für die weitgehenden Auswirkungen des Ausschlusses einer vollständigen Rechtsmittelinstanz ebenso wenig Anhaltspunkte wie ihre aktuelle Auslegung durch die Praxis. Wenn ohne Angabe von Leitlinien, allein den allgemeinen Aufklärungsgrundsatz im Blick, der neue § 329 StPO dem Richter »stets« die Möglichkeit einer Erscheinenanordnung gibt – er selbst zu allem Überfluss hieran nicht gebunden sein soll –, geht das Gesetz über Praktikabilitätsüberlegungen nicht hinaus.⁶ Den Entzug von Verteidigungsrechten, den der *EGMR* moniert hatte, rechtfertigt dies nicht.⁷

E. Die Erweiterung der Vertretung durch § 329 StPO

Dass die Rechtsprechung strengere Maßstäbe für die Anordnung des persönlichen Erscheinens im Berufungsverfahren entwickeln könnte, ist angesichts ihrer aktuellen Prägung nicht zu erwarten. Fordert der Aufklärungsgrundsatz, dass kein einziges erkennbares Erkenntnismittel unbenutzt bleiben darf, wenn auch nur die entfernte Möglichkeit besteht, dass vorläufige Bewertungsbilder des Gerichts verändert werden könnten,⁸ scheint die zwingende Anwesenheit des Angeklagten der Normalfall zu sein. Die Normalität des § 230 StPO gilt dem deutschen Richter als derart selbstverständlich, dass höchstrichterliche Entscheidungen die Anwesenheit gerade in Auseinandersetzungen mit der *Neziraj*-Entscheidung mit pathetischer Attitüde zu einem Strukturprinzip des deutschen Strafprozesses erhoben haben.⁹ Die Furcht der Richter vor einer Art Gespensterverhandlung ohne den Angeklagten lugt allenthalben hervor. Wer die gesetzlichen Vertretungsmodelle derart konsequent ausblenden kann, dem erschließt sich nicht der Problembereich der Bewahrung von Verteidigungsrechten im Abwesenheitsmodell – geschweige denn dessen Lösung. Zwangsläufig gefördert wird diese Ignoranz durch die kaum begründbare gesetzliche Regelung des »Normalfalls« der Anwesenheit nach § 230 StPO. Dabei gibt die Diskussion um die *EGMR* Entscheidung Anlass, den von der Rechtsprechung gefeierten Anwesenheitsgrundsatz kritisch zu beleuchten.

Steht allein die Effektivität der Sachverhaltsaufklärung unter Ausschöpfung aller staatlichen Machtausübung im Mittelpunkt der Überlegungen, macht die Anwesenheitspflicht Sinn. Das traditionelle Modell der obligatorischen Anwesenheit wird ebenso gerne pauschal wie unzutreffend mit den erweiterten Sachaufklärungsmöglichkeiten begründet. Dies mag für die Kommunikationssituation zwischen Richter und Angeklagten zutreffen. Der Richter erfährt unter Umständen mit der Einlassung bislang nicht vorstellbare Alternativszenarien; gleichzeitig vermag er diese durch seine Vernehmungstechniken im Ergebnis als Urteilsgrundlage zu disqualifizieren. Der Aufklärungsgewinn ist allerdings gleich Null, wenn der Angeklagte von seinem Recht Gebrauch macht, sich dieser Kommunikation zu entziehen. Orientiert an den allgemeinen Formulierungen der überkommenen Rechtsprechung ging auch die Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 329 StPO davon aus, dass Prozesssituationen

denkbar sind, bei denen es auf den unmittelbaren persönlichen Eindruck des Gerichts von der Person des Angeklagten ankomme und allein deswegen die Erforderlichkeit seiner Anwesenheit begründet sei.¹⁰ Entscheidungen zur Strafaussetzung zur Bewährung oder die Beurteilung erzieherischer Sanktionen in Jugendverfahren schwebten dem Gesetzgeber vor. Das Bestrafen von nicht fassbaren Gespenstern erschien nicht opportun. Eine Begründung dafür, weshalb ein allenfalls optischer Eindruck eines ansonsten schweigenden Angeklagten bei der Rechtsfindung einen entscheidenden Stellenwert haben soll, findet sich weder in der gesetzlichen Begründung noch in der überkommenen Rechtsprechung,¹¹ er wird allenfalls von verbalem Getöse (»unverzichtbar«) ersetzt.¹² Valide Rückschlussmöglichkeiten aus nonverbalen Verhalten werden von der Rechtsprechung »in geradezu dramatischer Art und Weise überschätzt«.¹³ Die Erkenntnisse der Psychologie deuten allenfalls in eine entgegengesetzte Richtung, wonach ein solcher Eindruck durch die Dominanz von Vorprägungen bei Entscheidungsbildungen einen Nährboden für Fehlentscheidungen darstellt. Auch hier werden eher emotionale richterliche Befindlichkeiten als eine rationale Wahrheitssuche reflektiert.

Dass der Richter den Menschen, dem er möglicherweise in Ausübung staatlicher Macht im Urteil Böses antun muss, auch sinnlich wahrnehmen will, mag psychologisch verständlich sein. Rechtliche Notwendigkeiten lassen sich hieraus nicht ableiten, auch wenn das gewohnte Prozessmodell des § 230 StPO ihm dies nahelegen scheint. Der von Verteidigern häufig gemutmaßten Intention des Strafrichters,

6 Dass es bei der richterlichen Entscheidung kaum um grundrechtssichernde Mechanismen, sondern um optionale subjektive Einschätzungen des Richters geht, verdeutlicht die Begründung des RefE BT-Drs. 18/3562, S. 73: »Die Bedeutung des persönlichen Eindrucks (...) einerseits (...) und der sonstigen Beweise andererseits sind abzuwägen, um zu überprüfen, ob die Anwesenheit des Angeklagten für Zwecke der Sachaufklärung der Option einer rascher durchzuführenden Verhandlung in seiner Abwesenheit vorzuziehen ist.« Schon im ersten Entwurf war dem Berufungsrichter ein weitgehendes Ermessen eingeräumt (anders die Einschätzung der *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme 13/2014, S. 9).

7 Dass dies vorhersehbar war, monierte bereits eine Stellungnahme des *RAV* zum Gesetzesentwurf. Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass eine optionale Regelung des Gesetzes von der durch die Konvention geschützten Autonomie des Angeklagten in Verteidigungsfragen nicht viel übrig lassen würde. Eher positiv schätzte die *Bundesrechtsanwaltskammer* (Stellungnahme 13/2014) die Wahrung der Autonomie durch den – ursprünglichen – Entwurf ein.

8 BGHSt 23, 176 (188); 30, 131 (143); BGH StV 1981, 164 (165); NStZ 1983, 376 (377); NStZ 1990, 384.

9 S. hierzu eine Reihe von Entscheidungen zur Anwendungen der *EGMR*-Vorgaben bei der alten Fassung des § 329 StPO: OLG München NStZ 2013, 358f; OLG Celle NStZ 2013, 615f; OLG Bremen StV 2014, 211 f.; OLG Hamburg, Beschl. v. 10.06.2013, 2 Ss 11/13; OLG Braunschweig, Beschl. v. 19.03.2014, 1 Ss 15/14; s. auch die Stellungnahme der *Neuen Richtervereinigung* zum Gesetzesentwurf, in der behauptet wird, die Abwesenheitsverhandlung in der Tatsacheninstanz widerspreche »dem herkömmlichen Bild des deutschen Strafprozesses«. Anwesenheit als Teil der »Systematik des Strafprozessrechts« propagieren auch *Hüls/Reichling* StV 2014, 242 (245).

10 BR-Drs. 4911/14, S. 76

11 Auch das *BVerfG* betont zwar den Vorteil der Anwesenheit des Angeklagten bei Entscheidungen über die Strafzumessung, hält aber im Ergebnis Abwesenheitsverhandlungen vor dem Revisionsgericht für möglich und nicht für verfassungswidrig; vgl. *BVerfG* StV 2007, 393. Diese Akzeptanz einer – gesetzlich erzwungenen – Reduzierung der optimalen Sachaufklärung verkennt die Gesetzesbegründung, wenn sie sich auf das *BVerfG* zur Unterstützung ihres Ausgangspunkts einer regelmäßigen Anwesenheitspflicht beruft.

12 So zuletzt unkritisch *Frisch* NStZ 2015, 69 (73); solche Prämissen finden sich in der überkommenen Rechtsprechung, z.B. bei BGHSt 35, 345 (349); 57, 123 (127); 29, 318 (320); OLG Celle StV 2013, 41; OLG Hamm StV 1997, 346; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 21 f.

13 *Wöblers* FS Paeffgen, 2015, S. 621 (629 m.w.N.).

durch persönliche Einflussnahme die Schweigeentscheidung des Angeklagten revidieren zu lassen, fehlt jede rechtliche Basis. Im Gegensatz zu justiziellen Vorstellungen kann der Fetisch Aufklärung durch Anwesenheit nicht absolut gesehen werden. Demokratisches Staatsverständnis und Freiheitsdenken können die Konsequenz der »Geisellaft« einer Hauptverhandlung nicht ausblenden. Wer die Subjektstellung des Angeklagten ernst nimmt, muss den Effekt der Sachverhaltsaufklärung durch Anwesenheit des Angeklagten relativieren. Das vom Angeklagten verlangte Sonderopfer der Anwesenheitspflicht bleibt stets ein Opfer, das konkreter Legitimation bedarf.¹⁴ Das gilt auch für die Behauptung der Optimierung der Ausübung rechtlichen Gehörs bei Anwesenheit. Die paternalistisch geprägte Ermöglichung der sinnvollen Wahrnehmung von Prozessrechten allein durch Anwesenheit des Angeklagten muss auch in ihrem Effekt der »Zwangsbeglückung« erkannt werden. Hat der Angeklagte einen Anspruch auf rechtliches Gehör, so kann er hierauf auch verzichten oder die Wirksamkeit seiner Wahrnehmung reduzieren. Als Prozesssubjekt muss der Angeklagte selbst entscheiden können, ob und in welchem Ausmaß er auf Verteidigungsrechte verzichten will. In Bigotterie schlägt die richterliche Sorge um, die anwaltliche Vertretung in Abwesenheit des Angeklagten müsse in eine rechtsstaatswidrige *reduzierte Verteidigung* münden. Gute Verteidigung mache deshalb angeblich Anwesenheit erforderlich.

Fraglos ist die Effektivität der Verteidigung gemindert, wenn der Angeklagte selbst dem Geschehen der Beweisaufnahme nicht beiwohnt. Wenn er aus seiner persönlichen Sicht hilfreiche Stellungnahmen zu erfolgten Teilen der Beweisaufnahme abgeben könnte (§ 257 Abs. 1 StPO), wenn er in seinem letzten Wort dem Gericht erstmalig ihn entlastende Momente vermitteln könnte, reduziert er bei Abwesenheit die Möglichkeiten der Beeinflussung der richterlichen Überzeugungsbildung. Er könnte Fragen an Zeugen stellen, die er nur aufgrund seines eigenen Erlebens als Einziger im Gerichtssaal stellen könnte. Bei unerwarteten Entwicklungen der Beweisaufnahme ist er möglicherweise der Einzige, der seinem Verteidiger Hinweise zu neuen Beweisanträgen geben könnte – oder gar eigene Anträge stellen könnte. Zusammengefasst: Vertretung auch durch einen bestens informierten Anwalt ist in vielen Konstellationen die schlechtere Verteidigung. Diese Konstellation kann das Gericht allerdings nicht zum Anlass nehmen, auf die Optimierung der Verteidigung durch Anwesenheit hinzuwirken und eine Verweigerungshaltung sogar zu sanktionieren. Die Minimierung der Effektivität der Verteidigung kann nicht die Begründung für deren völligen Entzug liefern. Wenn allgemein über die Sicherstellung von Grundsätzlichem hinaus, dem Gericht ein Einfluss auf die Art und Weise der Verteidigung entzogen sein muss, kann im Berufungsverfahren nichts anderes gelten. Darüber hinaus gilt: Gerade die Unterzeichnung der besonderen Vollmacht dokumentiert in Verbindung mit der Abwesenheit in der Hauptverhandlung, dass der Angeklagte bewusst diese Situation gesucht und im Ergebnis für sich als vorteilhaft bewertet hat.

Wird im § 329 StPO Anwesenheit nicht begründungslos eingefordert, sondern ist sie prozess- und menschenrechtskonform zu begründen, ist eine Verwerfungs-Konstellation der extreme Ausnahmefall.

F. Die Vertretung der schweigenden Mandanten wird zur Regel

Hat der Berufungsrichter über den anwesenden Verteidiger oder durch andere Quellen erfahren, dass der Kommunikationsverzicht einer bewussten Entscheidung des abwesenden Angeklagten entspringt, kann seine Anwesenheit nicht erforderlich sein.¹⁵ Nicht die wünschenswerte Anwesenheit nach Maßstäben des Aufklärungsgrundsatzes für ein erstinstanzliches Verfahren kann die Erforderlichkeit i.S.d. § 329 StPO begründen, die Rechtsbeschränkung durch Verwerfung kann vielmehr allenfalls da stattfinden, wo ein rechtsstaatliches Urteil ohne Anwesenheit des Angeklagten zwingend ausgeschlossen ist.¹⁶

Für erforderlich hält der Berufungsrichter das Erscheinen möglicherweise dann, wenn er die Kommunikation mit dem Angeklagten zur Urteilsfindung für essentiell erachtet und gleichzeitig keinerlei Informationen darüber hat, ob das Fernbleiben des Angeklagten mit einer bewussten Entscheidung zur Kommunikationsverweigerung einhergeht. Das neu eingeführte Prozedere des § 329 StPO führt hier allerdings nicht weiter.

Nachdem der Vorsitzende die Erforderlichkeit im ersten Hauptverhandlungstermin erkannt hat, daher für die Fortsetzung das persönliche Erscheinen angeordnet hat und den Angeklagten mit entsprechenden Informationen zum Fortsetzungstermin geladen hat, besteht sein Informationsdefizit auch am zweiten Hauptverhandlungstag bei erneuter Abwesenheit möglicherweise fort. Verwirft er jetzt die Berufung, agiert er konventionswidrig. Es ist kein Grund ersichtlich, der den Richter im Gegensatz zur Entscheidungssituation des Falles *Neziraj* privilegieren könnte. Im Gegenteil: Die konventionswidrige Verwerfung im Fall *Neziraj* erfolgte, weil das Gesetz das Kommunikationsbedürfnis unterstellte. Sie erfolgte, obwohl der Angeklagte seinerzeit wusste, dass er sogar verhaftet werden konnte (§ 329 Abs. 4 a.F.). In der aktuellen Situation wird mit der Zustellung der Ladung zur Fortsetzung lediglich seine Information unterstellt, dass das Gericht sein Erscheinen für erforderlich erachtet. Auch bei dieser Fiktion ist keine Legitimation ersichtlich, die die Durchführung der Hauptverhandlung allein in Anwesenheit des Verteidigers verhindern und stattdessen den Verlust der gesamten Rechtsmittelinstanz legitimieren könnte. Aufklärungsbedürfnis kann somit eine Verhinderung von Verteidigung nicht rechtfertigen. Die Verweigerung jeglicher Aufklärung in einer Berufungshauptverhandlung kann nicht darauf gestützt werden, Aufklärungselemente seien mangels Gesprächsmöglichkeiten mit dem Angeklagten nicht realisierbar. Dass die Anhörung des Angeklagten dem Aufklärungsgebot entspricht, kann nur Minimalvoraussetzung der Bejahung einer Erforderlichkeit der Anwesenheit sein, nicht deren hinreichende Begründung.

¹⁴ So schon *Bernsmann* FS Kriele, 1997, S. 697 (698); *Julius* GA 1992, 295; *Stein* ZStW 97, 303 (326); *Püschel* StraFo 2012, 495.

¹⁵ So schon *Püschel* StraFo 2012, 494 in einer ersten Reaktion auf das *Neziraj*-Urteil des *EGMR*; ebenso nach der alten Rechtslage *BeckOK-StPO*/Eschelbach, 2015, § 329 Rn. 26.

¹⁶ Die Formulierung BT Drs. 18/5254 »Die Möglichkeiten einer Vertretung enden aber dort, wo die persönliche Anwesenheit des Angeklagten für eine Sachentscheidung erforderlich ist« gibt die gesetzlichen Vorgaben dann zutreffend wieder, wenn die Anwesenheit als »zwingend erforderlich« gedacht wird.

I. Keine Ausnahme bei der Wiedererkennung

Die Erforderlichkeit der Anwesenheit des kommunikationsunwilligen Angeklagten beschränkt sich damit auf die besondere Gestaltung der Beweisaufnahme, in der es auf eine *Gegenüberstellung* des Angeklagten mit Zeugen oder Mitangeklagten ankommt. Sachaufklärung kann hier entscheidend von der schlichten optischen Wahrnehmbarkeit des Angeklagten abhängen. Zwar erscheint es praktisch, dass solche Wiedererkennungstests im Gerichtssaal unter Aufsicht des Gerichts erfolgen. In der Berufungshauptverhandlung dürfte hieraus jedoch nur in den seltensten Fällen die Erforderlichkeit der Anwesenheit des Angeklagten folgen. Die Notwendigkeit, sich selbst zum Beweismittel machen zu müssen, geht stets mit einer Verletzung der Grundrechte des Angeklagten einher. Ein solcher Eingriff steht daher unter dem besonderen Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit.¹⁷ Da Wiedererkennungsleistungen prozessual einer Berufungshauptverhandlung regelmäßig vorgelagert sind und die Wiederholung einer solchen Wiedererkennung in der Berufungshauptverhandlung keinen oder nur einen minimalen Beweiswert hat, benötigt auch der um Aufklärung bemühte Berufungsrichter die Person des Angeklagten nicht. Im Mittelpunkt der Beweisaufnahme steht die Aufklärung der Wiedererkennungs-Genese. Um darüber hinaus selbst festzustellen, dass der Angeklagte z.B. 1,80 m groß ist oder blondes Haar hat, reichen dem Gericht zumeist anderweitige Erkenntnismöglichkeiten, die die Akte offeriert. Die Erforderlichkeit der Anwesenheit zum Zwecke der äußeren Besichtigung wird daher ein praktisch kaum auftretender Ausnahmefall sein. Das in schwärzesten Farben gemalte Szenario, wonach der Angeklagte durch seine schlichte Abwesenheit notwendige Sachaufklärung hintertreibt und damit das gesamte Verfahren torpediert,¹⁸ ist für die Berufung eine Schimäre.

Andere Rechtfertigungen der Konventionsverletzung durch Verwerfen sind nach den Vorgaben des *EGMR* nicht (mehr) tolerabel.

II. Abwesenheit vs. Prozessgrundsätze

Die Interpretation des alten § 329 StPO, wonach der Angeklagte allein durch seine Abwesenheit in der Berufungshauptverhandlung sein Desinteresse und damit seinen *Verzicht auf die Durchführung des Rechtsmittels* deutlich macht, ist nach der *EGMR* Entscheidung obsolet. Ein Verzicht setzt eine klare und unmissverständliche Erklärung voraus¹⁹ und kann nicht durch eine gesetzliche Fiktion ersetzt werden. Erst recht nicht, wenn der Berufungsführer sein Interesse durch die Entsendung eines anwaltlichen Vertreters dokumentiert. Entgegen allen Ideen zu *Mitwirkungspflichten des Berufungsführers* verbleibt das Strafverfahren auch in der zweiten Instanz ein Strafverfahren – mit der Konsequenz, dass der Angeklagte auch in seiner Rolle als Berufungsführer niemals auf eine Kooperation verpflichtet werden kann. Weder ist der Verlust des Rechtsmittels mit der Begründung der Verwirkung durch »treuwidriges Ausbleiben« gerechtfertigt noch kann dem Rechtsmittelführer im Strafverfahren eine Art Obliegenheitsverletzung vorgeworfen werden.²⁰

Ebenso wenig kann der *Beschleunigungsgrundsatz* als ein maßgebliches Kriterium zur Bestimmung der Erforderlichkeit einer Anwesenheit des Berufungsführers herangezogen werden. Die Beschleunigung des Strafverfahrens rührt maßgeblich aus einem subjektiven Anspruch des Angeklagten her

(Art. 6 Abs. 1 MRK: »Jede Person hat ein Recht darauf, dass [...] innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.«) Ein darüber hinaus bestehendes öffentliches Interesse an einem zügigen Abschluss des gesamten Verfahrens ist in der hier diskutierten Konstellation nicht berührt. Das Gesetz sieht (mindestens) drei Instanzen vor; dieser gesetzlichen Konstruktion wohnt zwangsläufig ein nicht unerheblicher Zeitaufwand inne. Soweit ein allgemeines Beschleunigungsinteresse mit dem denkbaren Verlust von Beweismittelqualitäten begründet wird, ist es in der Berufungsinstanz reduziert. Die die Verurteilung tragenden Beweismittel sind bereits richterlich in erster Instanz ausgeschöpft und damit – zumindest vorläufig – gesichert worden. Eine Beschränkung von Beschuldigtenrechten mit dem Argument, auch der Berufungsrichter müsse Beweismittel zügig ausschöpfen, ist auf diesem Hintergrund nur schwer denkbar.

Ein weiterer Gesichtspunkt der ständigen Rechtsprechung des *EGMR*, auf der der Fall *Neziraj* nur aufbaut, sollte bei den Bemühungen um die begriffliche Erfassung der erforderlichen Anwesenheit nicht aus den Augen verloren werden: Es gibt trotz der richterlichen Idee einer sinnvollen Aufklärung *berechtigter Interessen* des Angeklagten, sich dem bewusst zu verweigern. Im Fall *Neziraj* war dies beispielsweise die Befürchtung des Angeklagten, er könne bei Erscheinen in der Berufungshauptverhandlung in anderer Sache verhaftet werden. Niemand hat die Verpflichtung, sich selbst den Strafverfolgungsbehörden auszuliefern und sich sehenden Auges in Haft zu begeben.²¹ Herr *Neziraj* agierte somit im Rahmen seiner Rechte, wenn er zur Wahrung seines Freiheitsrechts die Berufungshauptverhandlung nicht wahrnahm; den Gerichten ist es untersagt, in Konsequenz durch Verweigerung von Verteidigungsrechten einen Bürger letztlich zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen Kooperation zu zwingen.²²

Weder Verfassung²³ noch EMRK gewähren dem Angeklagten ein Recht auf Abwesenheit und Vertretung durch den Verteidiger. Unter Berücksichtigung der Vorgaben des *EGMR* sind allerdings nach der Neuregelung des § 329 StPO praktisch keine Prozesskonstellationen vorstellbar, die eine Verwerfung bei Abwesenheit rechtfertigen könnten. Wenn die Idee des Gesetzgebers darin bestanden haben sollte, die Vertretung an den Rand der Phänomenologie der Berufungshauptverhandlungen anzusiedeln, ist ihm dies angesichts der neuen gesetzlichen Formulierungen misslungen. Erforderlichkeit ist faktisch nicht begründbar, so dass der Berufungsführer letztlich das Wahlrecht hat, ob er erscheinen will oder nicht.

Geprägt von der Praxis der obligatorischen Anwesenheit nach § 230 StPO sowie dem traditionellen Anwendungsbeereich des § 329 StPO geriet der Kern der notwendigen Gesetzesänderung in Vergessenheit: Gerade die Anwesenheit des Verteidigers stellt sicher, dass das Verfahren auch in der Berufungsinstanz zügig durchgeführt und ggf. auch beendet werden kann.

17 BVerfGE 16, 202.

18 BR-Drs. 491/14, S. 72, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGHSt 17, 188; 23, 334; 27, 236.

19 S. schon *EGMR* ÖJZ 1994, 467.

20 S. hierzu ausführlich *Böse* FS Paefffgen (Fn. 13), S. 567 (573 ff.).

21 *EGMR*, Urte. v. 22.09.09, NJW 2001, 2387.

22 S. SK-StPO/EMRK/Paefffgen, 4. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 148.

23 Insoweit zutreffend BVerfG StraFo 2007, 190 f., das die Verfassungsbeschwerde von Herrn *Neziraj* noch abgelehnt hatte.

G. Fazit: eine neue Verteidigungsoption

Die Konsequenz: Pure Vertretungsfälle werden die Gerichtssäle der Berufungskammern überschwemmen. Vertretungsverteidigung wird eine Option, deren Ausübung die Analyse von Chancen und Gefahren voraussetzt und deren Spannungen zu anderen Prozessprinzipien bei weitem noch nicht ausgelotet sind.²⁴ Eine bislang im Schatten allgemeiner Aufmerksamkeit geführte Diskussion wird für den Ausgang mancher Berufungsverhandlung entscheidend sein. Wie weit reicht das Vertretungsrecht des Verteidigers? Welche Vertretungshandlungen muss das Gericht zugunsten des Abwesenden berücksichtigen, welche Defizite darf es zu dessen Lasten verwerten? Dass der Verteidiger Prozesserkklärungen des Angeklagten in dessen Namen abgeben darf, entspricht aktueller Rechtsansicht.²⁵ Wenn sich dies z.B. auch auf Zustimmungserklärungen bei den §§ 153, 153a StPO bezieht, so muss sich dies trotz aller Besonderheiten des Verfahrens konsequent auch auf Verständigungen erstrecken. Dass Zurechnungen im Strafprozess an rechtsstaatliche Grenzen stoßen können, wird bei der Einlassung deutlich, die der vertretende Verteidiger für seinen abwesenden Mandanten vor Gericht vornimmt. Das Vertretungsmodell muss im Sinne der angestrebten praktischen Verfahrensförderung hier eine Verteidigererklärung zulassen. Dies konzidiert schon die aktuelle Rechtsprechung,²⁶ und ist gerade für die geständige Einlassung auch jedem Richter evident. Als bizarr muss es allerdings erscheinen, wenn auf der einen Seite der allein anwesende Rechtsexperte über das Schweigerecht seines Mandanten belehrt werden soll, oder offen bleibende Nachfragen des Gerichts dem Angeklagten Nachteile bei der Beweiswürdigung einbringen sollen, obwohl fehlendes eigenes Mit-

erleben und mangelhafte Information, Erklärungen für ausbleibende Antworten des Verteidigers nahelegen.²⁷ Die Lancierung des Vertretungsmodells dürfte in der Zukunft weitere diskussionswürdige Konstellationen produzieren, für die in der Praxis Entscheidungsvorgaben zu erarbeiten sind.

Läuft das neue Prozessmodell letztlich auf eine Verteidigungsoption hinaus, hat Verteidigung die richterlichen Befürchtungen zu Gespenstergeschichten ernst zu nehmen. Auch wenn rechtlich das richterliche Bedürfnis nach Präsenz des Angeklagten nicht fassbar ist, muss sich Verteidigung über die psychischen Konsequenzen der An- und Abwesenheit des Mandanten Gedanken machen. Kaum präsentable kriminelle Archetypen lassen sich so zwar angstbesetztem Strafbedürfnis entziehen. Abwesenheit konserviert allerdings auch ein durch die Akten gezeichnetes Bild des Mandanten. Soll dem entgegen gewirkt werden und verspricht sich die Verteidigung einen Effekt durch das schlichte Erscheinungsbild, wird man auf die Wahrnehmung der neuen Option verzichten. Auch für Verteidiger könnte ein längerer Lernprozess eingeleitet sein.

24 Frisch FS Paeffgen (Fn. 13), S. 589 (602), der allerdings nahezu jeder Öffnung hin zu einem Vertretungsmodell skeptisch gegenüber steht und die »unerträglichen Folgen« der seines Erachtens zu weit formulierten EGMR-Entscheidung kritisiert.

25 BGHSt 9, 356 f.; Wöblers FS Paeffgen (Fn. 13), 634 m.w.N.

26 BGH StV 2007, 620 für den Fall der schlichten – ansonsten inhaltslosen – Billigung der Verteidigereinlassung durch den Angeklagten.

27 Zu diesen Problemen nach alter Rechtslage bereits Geppert FS Rudolphi, 2004, S. 643 ff.; Gillmeister FS Mehle, 2009, S. 233 ff.; Beulke FS Strauda, 2006, S. 87 ff.

StV

Schwerpunktthema:
Wirtschaftsstrafrecht

STRAFVERTEIDIGER

REDAKTION

RA Prof. Dr. Björn Gercke
Prof. Dr. Matthias Jahn
RA Dr. habil. Helmut Pollähne
RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer

Beratender Redakteur:
Prof. Dr. Klaus Lüderssen

AUS DEM INHALT

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Unschuldsvermutung nach Freispruch
Stuckenberg

Bundesverfassungsgericht
Verfassungskonforme Auslegung des Geldwäschetatbestands

Unüberwachte Telefonate Gefangener mit ihren Anwälten; effektiver Rechtsschutz

Bundesgerichtshof
Absehen von der Anordnung des Verfalls wegen unbilliger Härte

Betrügerischer Verkauf von Eigentumswohnungen an überschuldete Kunden
Schlösser

Betrug bei Immobilienverkäufen infolge nicht offengelegter Vermittlungsprovisionen

Arbeitgeberstellung

Bestechlichkeit eines Amtsträgers in der EU

Oberlandesgerichte
Celle
Rückgewinnungshilfe/dinglicher Arrest

Hinreichender Tatverdacht der Beihilfe zur Steuerhinterziehung (»Beweisbarkeitsprognose«)

Köln
Entbindung von der Schweigepflicht durch Insolvenzverwalter **Gatzweiler/Wölky**

München
Gesellschaftsrechtliche Aufsichtspflichten der Konzernmutter im Verhältnis zu Tochtergesellschaften

Aufsätze
Milan Kuhli
Überforderung des Strafprozesses? Zur Frage des verfahrensrechtlichen Umgangs mit Massenbetrugsfällen

Albert Spitzer
Das Recht des Angeklagten auf Vertretung in der Berufungshauptverhandlung

Ulrich Sommer
Gespenstergeschichten – Wann ist die Anwesenheit eines Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung »erforderlich«?

Rezension

Zeitschriften

Online
Ausgabe

auf jurion.de

Heft 1
Januar 2016
Seiten 1 – 64
36. Jahrgang
Art.-Nr. 07764601
PVSt 20232

1

Carl H