

Der Anwalt als Compliance-Officer im Strafprozess

Neue Rechtsprechung des BGH und EGMR – was Anwälte wissen sollten

Rechtsanwalt Christof Püschel, Köln und Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Sommer, Köln

Qualität kommt von Qual. Das kann stimmen, muss aber nicht so sein. Anwaltliche Qualität hat häufig schlicht mit Wissen zu tun. Wer die aktuellen Tendenzen der BGH-Rechtsprechung kennt, rechtzeitig vom richtungsweisenden EGMR-Urteil erfährt und sich konsequent auf dem Laufenden hält, reüssiert auch in der Praxis. Die Autoren – erfahrene Rechtsanwälte in der Strafverteidigung und auch in der Anwaltsfortbildung bei der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV oder der Deutschen Anwaltakademie aktiv – beraten anhand von zwei Beispielen, was heute gute Strafverteidigung ausmacht. Der Beitrag ist keine Werbung für Konfliktverteidigung, aber für die konsequente Sicherung der Spielregeln des Strafprozesses im Interesse der Mandanten.

I. Die Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO

1. Grundsätze des Zwischenrechtsbehelfs

„Einspruch, Euer Ehren!“ In amerikanischen Gerichtsfilmern symbolisiert dieser Satz das typische Agieren des vor Gericht kämpfenden Verteidigers. Mit der ganzen Autorität seiner Rolle widerspricht der Anwalt dem als prozessrechtswidrig angesehenen Vorgehen des Staatsanwaltes – etwa weil er den vom Anklagevertreter präsentierten Beweis für unverwertbar hält oder dessen Befragung für unzulässig. Die Rolle des Richters beschränkt sich im Wesentlichen auf die des Schiedsrichters. Erst aufgrund des Protestes befindet er über die Verwertbarkeit des Beweismittels oder die Statthaftigkeit der Frage.

In deutschen Gerichtssälen hört man von Verteidigern derartigen Protest vergleichsweise selten. Dies nimmt Wunder und ist eine eher bedauerliche Entwicklung hiesiger Verhandlungskultur. Denn hier wie dort ist „die Form die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit“ (Jhering). Und hier wie dort ist der Verteidiger der einseitige Interessenvertreter des Angeklagten, zu dessen Primäraufgabe die *Bewahrung der Justizförmigkeit* des Verfahrens gehört. Unterschiedlich ist allein die Verfahrensstruktur. Während der Verteidiger sich im angloamerikanischen Parteiprozess mit dem Einspruch gegen kritikwürdige Verfahrensgestaltungen des Staatsanwaltes wendet, obliegt die Prozessgestaltung im Inquisitionsverfahren dem Vorsitzenden Richter. Anders als im adversatorischen Strafprozess agiert der Vorsitzende in Deutschland im Falle der Beanstandung daher nicht als neutraler Schiedsrichter. Er steht vielmehr selbst in der Kritik.

Der gesetzliche Anker für diese kontrollierende Kritik ist die Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO. Dieser *Zwischenrechtsbehelf* hat drei prozessuale Funktionen:

- Erstens verdeutlicht die Regelung, dass das *Gericht*, also der erkennende Spruchkörper als Ganzes, als gesetzlicher Richter für die Rechtmäßigkeit der Hauptverhandlung *verantwortlich* ist. Das Kollegialgericht befindet über die Beanstandung. Allerdings darf hier – anders als bei der Rüge der Befangenheit – der strukturell eigentlich voreingenommene Vorsitzende mitentscheiden.
- Zweitens garantiert die Beanstandung dem Angeklagten und seiner Verteidigung unmittelbaren *Rechtsschutz* und ermöglicht, dass rechtswidrige Maßnahmen des Vorsitzenden durch das Gericht revidiert werden. Ohne § 238 Abs. 2 StPO stünde einer Beschwerde regelmäßig § 305 S. 1 StPO entgegen mit der verfahrensunökonomischen Folge, dass Rechtsfehler erst mit der Revision gerügt werden könnten.
- Drittens interpretiert die höchstrichterliche Rechtsprechung § 238 Abs. 2 StPO darüber hinausgehend leider als Vehikel zur *Verhinderung unnötiger Revisionen*. Sie begreift den Verteidiger als eine Art strafprozessualen Compliance-Officer, dessen Obliegenheit es sei, rechtswidrige verfahrensleitende Anordnungen des Vorsitzenden zu beanstanden. Versäumt er dies, verwirkt er insoweit das Recht auf Revision (Rügepräklusion).

2. Gegenstand der Beanstandung

Tauglicher Gegenstand der Beanstandung des Verteidigers ist nach dem Wortlaut des § 238 Abs. 2 StPO jede „auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden. Was mag damit gemeint sein? Hier kommt es darauf an, dass der Verteidiger darlegt, durch das anstehende Verhalten des Vorsitzenden in seiner Verteidigung beeinträchtigt zu sein. Demnach ist nahezu jede Maßnahme des Vorsitzenden möglicher Gegenstand einer Beanstandung. Die Details eines justizförmigen und fairen Verfahrens sind zahllos. Der Anwendungsbereich der Verteidigerbeanstandung ist in seiner Weite kaum überschaubar. Belehrt der Richter einen Zeugen aus Sicht der Verteidigung fehlerhaft, kann der Verteidiger dies sofort beanstanden. Soll der in § 243 StPO vorgesehene „Programmpunkt“ der Verlesung der Anklageschrift schlicht unterbleiben, kann dies ebenso beanstandet werden wie die Verlesungsanordnung von Urkunden, die aus Sicht der Verteidigung unzulässige Protokollverlesungen darstellen. *Gesetzliche Regelungen* sind hier das Einfallstor für die Kritik der Verteidigung. Beispiel einer Beanstandung:

„Herr Vorsitzender, ich beanstande Ihre Anordnung, der Staatsanwaltschaft die Gelegenheit zu verweigern, die Anklage zu verlesen. Nach § 243 Abs. 3 S. 1 StPO handelt es sich bei der Anklageverlesung um eine zwingende Formalie zu Beginn der Hauptverhandlung. Sie ist weder überflüssig noch verzichtbar, auch wenn alle Beteiligten den Inhalt der Anklage im Vorfeld bereits zur Kenntnis genommen haben.“

Die eigentliche Bedeutung der Beanstandungsmöglichkeit liegt im *gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Bereich*. Nirgendwo ist zum Beispiel explizit geregelt, in welchem Abstand der Verteidiger von seinem Mandanten im Gerichtssaal zu platzieren ist, wie weit er von Zeugen entfernt ist, in welchem Umfang er aufgrund seiner Sitzposition den Zeugen beobachten kann. Ebenso fehlt es an Vorschrift

ten, in welcher Reihenfolge die Anhörung von Zeugen stattzufinden hat. Für die Länge eines Hauptverhandlungstages gibt es im Gesetz ebenso wenig Anhaltspunkte wie für eine Mittagspause. Auch für die Reihenfolge von Fragestellern bei den nicht richterlichen Verfahrensbeteiligten gibt es ebenso wenig Normen wie für die mögliche Berechtigung des Richters, ein als allzu lang empfundenes Plädoyer zu unterbrechen.

Jedes Detail der beanstandungswürdigen Verfahrensentwicklung beruht auf einer Maßnahme des Vorsitzenden und kann daher beanstandet werden. Wie weit das Anwendungsfeld der Beanstandungsmöglichkeit geht, zeigt eine reichsgerichtliche Entscheidung, die sogar das angeordnete Öffnen eines Fensters als prozessleitende Maßnahme bewertete, die nicht zuletzt angesichts der das Verfahren störenden Geräuschentwicklung berechtigterweise Anlass zur Kritik durch die Verteidigung gab.

Freilich spricht § 238 Abs. 2 StPO von der Beanstandung als *unzulässig*, gemeint ist indes als *rechtswidrig*. Die bloße Unzweckmäßigkeit kann daher mit dem Zwischenrechtsbehelf nicht gerügt werden. Der Argumentationsaufwand für die Verteidigung erhöht sich folglich, wenn keine unmittelbaren gesetzlichen Leitlinien zur Verfügung stehen. Hier gilt es auf allgemeine Verfahrensprinzipien oder Metagrundsätze des Strafverfahrens zurückzugreifen und etwa aus den Grundsätzen des fairen Verfahrens die Kritikwürdigkeit der Detailregelung des Vorsitzenden abzuleiten. Beispiel einer Beanstandung:

„Herr Vorsitzender, ich beanstande Ihre Maßnahme, meinen Mandanten auf der gesonderten Anklagebank fünf Meter entfernt von mir zu platzieren. Mein Mandant kann sich in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers bedienen, dies ergibt sich aus § 137 Abs. 1 StPO. Dies gilt auch für die Hauptverhandlung. Hieraus folgt die Möglichkeit einer sofortigen und spontanen Kommunikation zwischen Verteidiger und Angeklagten auch in laufender Hauptverhandlung. Die Erhebung von Rügen, die Beanstandung von Fragen oder andere Maßnahmen müssen sofort abgestimmt werden können. Dies ist angesichts der angeordneten Sitzordnung nicht möglich. Mein Mandant und ich müssen darüber hinaus jederzeit die Möglichkeit haben, parallel zur Beweisaufnahme, insbesondere bei Zeugenvernehmungen, den Akteninhalt zu studieren. Da der Verteidigung nur eine Kopie zur Verfügung steht, ist dies nur bei einer Sitzordnung möglich, bei der der Mandant unmittelbar neben mir platziert ist.“

Maßnahmen des Vorsitzenden sind nicht immer *explizit*. Hat er zum Beispiel im Vorfeld einen Zeugenplan erstellt, so ist bereits das Erscheinen des ersten Zeugen und der anstehende Beginn seiner Vernehmung Folge der prozessleitenden Maßnahme. Beispiel einer Beanstandung:

„Herr Vorsitzender, ich beanstande Ihre Anordnung, wonach Kriminaloberkommissar Müller als erster Zeuge zu vernehmen ist. KOK Müller ist der Ermittlungsführer und hat selbst keinerlei Wahrnehmungen zu Tatsachen gemacht, die die Schuld und Strafe betreffen. Er kann allenfalls über den Gang des Ermittlungsverfahrens berichten. Damit müsste er zwangsläufig auch über Inhalte von Ermittlungsergebnissen und damit auch von Zeugenvernehmungen berichten. Dies tangiert die Unbefangenheit – insbesondere der Schöffen – bei der späteren unmittelbaren Beweisaufnahme mit diesen Zeugen. Dies ist auch der gesetzgeberische Grund dafür, zu Beginn der Hauptverhandlung den ehrenamtlichen Richtern nur den Anklagesatz und nicht das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen der Anklageschrift zu eröffnen. Die einleitende Vernehmung des Ermittlungsbeamten unterläuft die Idee des Gesetzes, wonach sich das Gericht einen Eindruck primär unmittelbar durch die Wiedergabe eigener Wahrnehmungen von Zeugen zu verschaffen hat. Diese sind daher zuerst zu hören.“

Die Beanstandung ist ein Musterbeispiel für die Anforderung an den Verteidiger, in jeder Sekunde der Hauptverhandlung präsent zu sein, jedes Geschehen sofort in einen prozessualen Zusammenhang einzuordnen, und in einem zweiten Schritt mögliche Vor- und Nachteile für die Verteidigungsziele zu erfassen. Erscheint die Maßnahme des Vorsitzenden nach dieser Abwägung schädlich, muss die Verteidigung spontan und schnell reagieren. Ist die Maßnahme umgesetzt, kommt jede Beanstandung zu spät. Ordnet beispielsweise der Vorsitzende zum Abschluss eines Hauptverhandlungstages an, dass die Fortsetzung erst in drei Wochen stattfinden soll, hat der Verteidiger unter Umständen nur wenige Sekunden Zeit, sich für seine Beanstandung Gehör zu verschaffen und in seiner Kritik auf die Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes (Art. 6 Abs. 1 MRK) durch die beanstandete Maßnahme und die Notwendigkeit einer zügigeren Fortsetzung hinzuweisen.

2. Szenario nach der Beanstandung

Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass der Zwischenrechtsbehelf einen Suspensiveffekt hat, das heißt es ist dem Vorsitzenden zunächst nicht gestattet, die gerügte Maßnahme vorzunehmen. Die Beanstandung ist zudem in jedem Fall und unabhängig von ihren Erfolgsaussichten gemäß § 273 Abs. 1 StPO zu protokollieren. Ferner hat der Vorsitzende gemäß § 33 Abs. 1 StPO den übrigen Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör zu gewähren. Auch wenn das Gesetz ausdrücklich keine *Abhilfemöglichkeit* vorsieht, kann der Vorsitzende nach der Beanstandung seine Maßnahme revidieren und dem Begehren entsprechen. Auch dies ist in der Sitzungsniederschrift zu protokollieren. Ein Gerichtsbeschluss ergeht in diesem Fall nicht mehr.

Beharrt der Vorsitzende auf seiner Anordnung, führt er eine Entscheidung des Kollegialgerichts herbei. Diese Verfahrensweise soll ebenso für Prozesse vor dem *allein agierenden Strafrichter* gelten. Auch wenn hier der Verfahrensleitende und das Gericht identisch sind, muss der Vorsitzende „als Gericht“ durch einen protokollierten Beschluss entscheiden. Dies gewährleistet zum einen eine – zugegeben suboptimale – Selbstkontrolle des Einzelrichters. Zum anderen und insbesondere bleibt nur so die Rüge der behinderten Verteidigung in der Revision erhalten.

Üblicherweise entscheidet das Kollegialgericht nach Anhörung aller Verfahrensbeteiligten mittels eines förmlichen Beschlusses. Die *Beschlussfassung* setzt eine regelmäßig außerhalb des Sitzungssaals zu erfolgende *Beratung* des Kollegiums voraus. Sie hat zur Förderung des Verfahrens unverzüglich nach der Beanstandung zu erfolgen. Das Kollegium ist nicht auf eine Überprüfung der rechtlichen Konformität der beanstandeten Verfügung beschränkt, sondern es hat in sachlicher und rechtlicher Hinsicht eine *eigenständige Entscheidung* zu treffen. Mit der Rüge geht die Verantwortung für die Gestaltung des gerügten Teils der Prozessleitung auf das Gesamtgericht über. Die Zurückverlagerung der Sachleitung vom Vorsitzenden auf das Gericht soll nach dem Willen des Gesetzgebers verifizieren, ob der Vorsitzende tatsächlich im Sinne des Kollegialgerichts agierte.

Die Praxis ignoriert diesen Gesetzeszweck gerne. Die Meinung des Kollegiums, die Maßnahme des Vorsitzenden sei „nicht rechtswidrig“ oder gar „nicht unzulässig“ be-

ruht unseres Erachtens häufig auf einem Missverständnis der eigenen Rolle mit der Folge, dass sich das Gericht entgegen der gesetzlichen Intention auf eine Missbrauchskontrolle des Vorsitzenden beschränkt.

Vom Ergebnis der Entscheidung des Kollegialgerichts hängt es ab, ob diese zu begründen ist. Stattgebende Entscheidungen bedürfen keiner Begründung. Insofern beschränkt sich der Beschluss darauf, anstelle des Vorsitzenden die erforderliche Maßnahme zu treffen respektive die Anordnung aufzuheben. Weist das Gericht hingegen den Zwischenrechtsbehelf zurück, ist diese Entscheidung gemäß § 34 StPO zu begründen. Hierbei muss sich das Gericht mit den Argumenten des Beanstandenden inhaltlich auseinandersetzen. Bloße Floskeln und Formalbegründungen reichen nicht. Auch der bloße Rekurs auf die vermeintlich zutreffenden Gründe der Anordnung des Vorsitzenden begegnet Bedenken. Denn die Erwägungen des Vorsitzenden werden regelmäßig nicht protokolliert mit der Folge, dass auch der Beschluss für das Revisionsgericht nicht nachvollziehbar ist. So einfach darf sich das Gericht einer Überprüfung durch die Revision nicht entziehen.

3. Verteidigungstaktik: Vom Recht zur Pflicht der Beanstandung

Verteidigungstaktisch ist bei der Beanstandung vieles zu bedenken:

a) Klima in der Verhandlung

Der Einfluss der Verteidigung auf die Gestaltung der Beweisaufnahme und des generellen Prozessverlaufs ist enorm. Die Beanstandung bietet Raum für Diskussion über das richtige Prozessieren wie keine andere Verteidigungsoption. Wer sich diese Diskussionschance erhalten will, muss die negativen psychologischen Auswirkungen der Kritik bedenken. Kritik führt zu Abwehrmechanismen. Die inhaltliche Beanstandung kann daher auch in „weichere“ Worte verpackt werden. Bei Kollegialgerichten löst die Beanstandung den Zwang zur Beratung und zum Beschluss aus; ein Stühlerücken kann von Richtern als Last empfunden werden, weshalb es sich empfehlen kann, die unbegrenzt erscheinenden Aktionsmöglichkeiten zu dosieren. Ist Kommunikation aufgrund von Verhärtungen auf der Richterbank nicht mehr möglich, bietet die intensive Nutzung des Beanstandungsrechts die Chance, massive Unfairness anhand zahlreicher fehlerhafter Prozessschritte zu dokumentieren.

b) Vorbereitung einer Revision

Der Blick auf die Revision kann die Wahrnehmung dieser Option *zwingend* erscheinen lassen: Werden Umstände der Hauptverhandlung von der Verteidigung als unzulässige Behinderung aufgefasst, besteht möglicherweise keine Chance, diesen Sachverhalt dem Revisionsgericht zur Überprüfung zu unterbreiten. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Behinderung sich nicht auf die Verletzung einer konkreten Gesetzesnorm bezieht. Hier hat die Verteidigung nur die Chance, gemäß § 338 Nr. 8 StPO allgemein eine Beschränkung der Verteidigung zu rügen. Dies setzt allerdings voraus, dass eine solche Einschränkung in der Hauptverhandlung „*durch einen Beschluss des Gerichts*“ erfolgt war.

Um diese formale Voraussetzung zu produzieren, bleibt der Verteidigung häufig in der Hauptverhandlung nichts an-

deres übrig, als eine als Beschränkung der Verteidigung empfundene Maßnahme des Vorsitzenden zu beanstanden und dadurch den gerichtlichen Beschluss zu erzwingen.

c) Neue Entwicklung in der Rechtsprechung: BGH für Pflicht zur Beanstandung

Darüber hinaus hat die jüngere Rechtsprechung aus einem weiteren Gesichtspunkt das Recht der Beanstandung zur *Pflicht der Beanstandung* transformiert. Einem allgemeinen richterlichen Zeitgeist folgend entdeckte der BGH eine – im Gesetz nie vorgesehene – Mitverantwortung der Verteidigung für die Einhaltung des justizförmigen Verfahrens und instrumentalisiert ihn zum verfahrensrechtlichen Compliance-Officer. Aus der Chance, mit Hilfe des Zwischenrechtsbehelfs des § 238 Abs. 2 StPO Fehler des Vorsitzenden noch im Rahmen der Hauptverhandlung zu korrigieren, leitet der BGH seit kurzem eine Handlungspflicht der Verteidigung ab. Nimmt die Verteidigung diese nicht wahr, soll eine *Rügepräklusion in der Revisionsinstanz* die Folge sein. Will sich die Verteidigung die Möglichkeit einer Revisionsrüge erhalten, bleibt ihr damit aktuell nichts anderes übrig, als schon bei dem bloßen entfernten Verdacht einer Verfahrenswidrigkeit eine Beanstandung vorzubringen. Bei zu erwartendem Unmut auf der Richterbank über eine extensive Nutzung der Beanstandungsmöglichkeit verbleibt als Erklärung nur der Hinweis auf die veränderte Revisionsrechtsprechung.

Gefährlich für die revisionsbereite Verteidigung ist die Rechtsprechung insbesondere deswegen, weil sie gerne auf Prozessvorgänge rekurriert, die auf Anhieb nicht als zu beanstandende Maßnahme eines Vorsitzenden zu erkennen sind. So wurde eine Revisionsrüge im Hinblick auf einen verspäteten Hinweis der Kammer auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes erst nach Abschluss des Verteidigungsplädoyers als unzulässig bewertet, weil der Verteidiger die anschließende Aufforderung des Vorsitzenden, seinen Schlussvortrag zu beenden, nicht beanstandet hatte. Eine zu beanstandende Maßnahme sah der BGH auch in dem Verhalten einer Vorsitzenden, die einer Zeugin das von ihr reklamierte Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund einer Verlobung nicht zugestehen wollte. Schweigen der Verteidigung in dieser Situation wird angesichts der fehlenden Beanstandung schlicht als Zustimmung uminterpretiert.

Die vom BGH abseits des Gesetzes erfundene Präklusionsregelung ist allerdings noch nicht zu einem schlüssigen Bild geformt. Beanstandungspflichten sollen offensichtlich auf den rechtlich nicht geregelten Bereich und/oder den Ermessensbereich des Vorsitzenden reduziert werden. Liegen rechtliche Maßstäbe vor, die dem Vorsitzenden keinerlei Entscheidungsspielraum belassen, darf hierüber in der Revision auch ohne vorhergehende Beanstandung entschieden werden. Eine nachvollziehbare Abgrenzung dieser Bereiche steht noch aus. Deutlich ist die gerechtfertigte Passivität allenfalls bei denjenigen Regelungen, die die Entscheidung ausnahmsweise allein dem Vorsitzenden überlassen (zum Beispiel die Bestellung eines Pflichtverteidigers) oder zwingend dem gesamten Gericht zuweisen (zum Beispiel Verlesungsanordnungen nach § 251 Abs. 4 StPO).

4. Fazit

Das Beanstandungsrecht ist für die Verteidigung bedeutungsvoller denn je. Zum einen muss der aktive Verteidiger die Gestaltungsmöglichkeiten der Beanstandung erkennen und nutzen. Zum anderen hat er mit Blick auf die Revision einen sehr viel umfassenderen Gebrauch dieses Rechtsbefehls ins Auge zu fassen, als er dies gewohnt ist.

II. Berufungsverwerfung nach § 329 Abs. 1 StPO

1. Fehlender Angeklagter: 15 Minuten entscheiden

Die Frustrationstoleranz des Verteidigers ist in erhöhtem Maße bei Beginn einer Berufungshauptverhandlung gefordert. Das Szenario ist jedem Verteidiger bekannt: In erster Instanz vor dem Amtsgericht wurde gekämpft – jedoch vergeblich. Der Mandant wurde zu einer (nicht akzeptablen) Strafe verurteilt. Eine Verbesserung der Situation verspricht die Berufungsinstanz. Nach Absprache mit dem Mandanten wurde das Rechtsmittel fristgerecht eingelegt. Nach Terminierung der Berufungshauptverhandlung wurde die Akte nochmals intensiv vorbereitet. Zur Terminsstunde sind alle Beteiligten erschienen. Der Vorsitzende und die beiden Schöffen, der Staatsanwalt und die vor dem Gerichtssaal wartenden Zeugen. Allein: Der Verteidiger vermisst seinen Mandanten.

Die drohenden Konsequenzen des Gesetzes sind fatal: Allein die *Abwesenheit des berufungsführenden Mandanten* soll ausreichen, ihm jede Chance auf die Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils zu nehmen. Die Berufung kann verworfen werden. Gesetzliche Voraussetzung des § 329 Abs. 1 StPO ist zum einen das unentschuldigte Fehlen, zum anderen die ordnungsgemäße Ladung des Mandanten. Kann (oder will) der Verteidiger auf die Frage des Vorsitzenden, wo der Mandant sei, nur mit einem Achselzucken antworten, wird dieser sich zu einer Wartezeit zurückziehen, um nach einer angemessenen Frist (mindestens 15 Min.) die arbeitssparende Konsequenz der Verwerfung zu ziehen.

Diese Viertelstunde hat der Verteidiger zu nutzen, um die misslichen Konsequenzen abzuwenden. In dieser Viertelstunde hat er Informationen zu sammeln, die möglicherweise eine *Entschuldigung* des Mandanten rechtfertigen. Erkenntnisquellen sind primär die zuvor gesammelten Mobiltelefonnummern des Mandanten und seiner nahen Angehörigen. Ergibt der Rundruf, dass der Mandant unvorhergesehener Weise in einem Stau steckt, sein Zug Verspätung hat, er eine aktuelle Drogentherapie absolviert oder in anderer Sache inhaftiert ist, können diese Informationen zur Entschuldigung des Mandanten nach Wiedereintritt in die Hauptverhandlung vorgebracht werden.

Unbedingt hat der Verteidiger sich in der Verhandlungspause der Akteneinsicht zu versichern. Ziel ist es, Anhaltspunkte zu finden, um die richterliche Annahme einer *ordnungsgemäßen Ladung* zu erschüttern. Die Formalien müssen eingehalten werden, der Angeklagte muss in der Ladung über die Folgen seines Ausbleibens belehrt worden sein, Ladungsfristen müssen ebenso eingehalten worden sein wie die zutreffende Ladungsanschrift. Letztere ist begründet durch den tatsächlichen ständigen Aufenthaltsort des Mandanten und nicht – wie häufig unterstellt – die Anschrift seiner polizeilichen Meldung.

Folgt das Gericht nach Wiedereintritt in die Hauptverhandlung nicht der Argumentation der Verteidigung und verwirft die Berufung, bleibt nachträglich die Chance des Antrags auf Wiedereinsetzung oder Revision, gegebenenfalls auch der Verbindung beider Rechtsbehelfe (§ 342 StPO).

2. Neue Rechtsprechung des EGMR

Dieses mehr als ein Jahrhundert lang geübte Prozedere hat seit kurzem keinen Bestand mehr. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einer Entscheidung vom 8.11.2012 (StraFo 2012, 490 ff. mit Anmerkung *Püschel*) diese Verfahrensweise für menschenrechtswidrig erklärt. Praktisch hat nach dieser Entscheidung § 329 Abs. 1 StPO einen großen Teil seines Anwendungsbereichs verloren.

Rechtlicher Ansatz hierfür ist die Konventionsgarantie des Art. 6 Abs. 3c MRK, die dem Angeklagten das unbedingte Recht zugesteht, sich entweder in einem Strafverfahren selbst zu verteidigen oder sich von einem Anwalt verteidigen zu lassen. In den letzten beiden Jahrzehnten hat der Gerichtshof in zahlreichen (Deutschland nicht betreffenden) Entscheidungen seine Interpretation dieser Garantie verdeutlicht. Auch der Gerichtshof respektiert ein legislatorisches Interesse daran, in allen Strafverhandlungen – und damit auch in Berufungsverhandlungen – die Anwesenheit des betroffenen Angeklagten sicher zu stellen. Dieses Interesse wird allerdings überragt von dem Fairnessgrundsatz eines strafgerichtlichen Systems, wonach der Angeklagte sich entsprechend Art. 6 Abs. 3c MRK angemessen verteidigen lassen kann. Allein seine Abwesenheit in einer Hauptverhandlung kann nicht zum Verlust dieses tragenden Grundsatzes eines fairen Verfahrens führen. Der EGMR: *„Es ist Aufgabe der Gerichte sicherzustellen, dass das Gerichtsverfahren fair ist, und dementsprechend dafür zu sorgen, dass der Anwalt, der vor Gericht zu dem augenscheinlichen Zweck erscheint, seinen Mandanten in dessen Abwesenheit zu verteidigen, dazu Gelegenheit erhält.“*

3. Der verteidigungsbereite Anwalt

Die Konsequenz für die zukünftigen Berufungsverfahren vor deutschen Gerichten ist deutlich. Ist ein *verteidigungsbereiter Anwalt* in der Berufungshauptverhandlung erschienen, so kann allein die Abwesenheit des Angeklagten selbst nicht zur Verwerfung seiner Berufung führen. Welche Folgerungen der Gesetzgeber aus dieser Entscheidung ziehen wird, bleibt abzuwarten. Vorerst hat sich die Verteidigung darauf einzustellen, zu Gunsten des Mandanten die Bedingungen zu schaffen, die eine Verwerfung unmöglich machen.

Passives Zuwarten des Verteidigers in der Hauptverhandlung kann aktuell nur nachteilig sein. Vielmehr hat der Verteidiger seine Bereitschaft, den abwesenden Mandanten zu verteidigen und zu vertreten, in besonderer Weise deutlich zu machen. Eine ausdrückliche *Erklärung der Verteidigungsbereitschaft* und der Antrag auf entsprechende *Protokollierung* müssen zum Standard von Verteidigungsverhalten in dieser Situation zählen. Da schließlich das Vorliegen einer *besonderen Vertretungsvollmacht* Voraussetzung für eine wirksame Vertretung des Angeklagten sein soll, braucht der Verteidiger eine derartige ausdrückliche schriftliche Vertretungsvollmacht. Eine solche Vollmacht „zur Vertretung des Angeklagten in dessen Abwesenheit“ kann der Verteidiger aufgrund einer mündlichen Ermächtigung des Mandanten auch selbst

ausstellen und unterzeichnen. Diese Vertretungsvollmacht sollte der Verteidiger dem Gericht spätestens bei Wiedereintritt in die Berufungshauptverhandlung vorlegen.

4. Reaktion des Gerichts: Zwangsmittel drohen

Die Verteidigung muss auch dahingehend präpariert sein, dass außer einer Aussetzung des Verfahrens auf unbestimmte Zeit dem Mandanten nunmehr verstärkt *Zwangsmittel drohen*. Vorführung oder gar Verhaftungen nach § 329 Abs. 4 StPO werden möglicherweise sehr viel stärker in den richterlichen Fokus genommen. Auch hier muss die Verteidigung vorbereitet sein: Argumentativ ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu reaktivieren, da im Gegensatz zur erstinstanzlichen Verhandlung aufgrund des Verschlechterungsverbots feststeht, mit welcher Maximalsanktion der Angeklagte in der Berufungsinstanz zu rechnen hat. Handelt es sich um eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe oder sogar nur um eine Geldstrafe, dürfte sich häufig die Inhaftierung des Mandanten allein zur Durchführung einer Berufungshauptverhandlung als unverhältnismäßig erweisen. Jedenfalls kann die Verteidigung mit guten Gründen anführen, dass das Berufungsgericht zunächst die Vorführung als das mildere Mittel zu wählen hat.

5. Neue Verteidigungsstrategien und Ordnungswidrigkeitenverfahren

Die neuen Verteidigungsstrategien sind sicherlich nur vorläufiger Art. Gesetzgebung und Rechtsprechung werden die aktuellen Voraussetzungen modifizieren. Die Verteidigung hat dies konsequent zu beobachten. Die Verteidigung muss allerdings auch die weitergehende Chancen der aktuellen Situation erkennen: Diese dürften insbesondere auch in gerichtlichen *Ordnungswidrigkeitenverfahren* liegen. Auch für diese gerichtlichen Verfahren gelten die Garantien des Art. 6 der Menschenrechtskonvention. Nach geltendem Recht besteht für den Betroffenen gem. § 73 Abs. 1 OWiG grundsätzlich die Pflicht, in der Hauptverhandlung zu erscheinen. Bleibt der nicht von seiner Abwesenheitspflicht befreite Betroffene der Hauptverhandlung unentschuldig fern, konnte das Gericht bisher den Einspruch ohne weitere Verhandlungen nach § 74 Abs. 2 OWiG verwerfen. Auch diese Verwerfungspraxis ist bei Präsenz eines verteidigungsbereiten Verteidigers konventionswidrig und nicht mehr zulässig. Eine Gesetzesänderung steht zu erwarten; eine Rückkehr zu der im früheren § 74 Abs. 2 S. 2 OWiG vorgesehene Möglichkeit, trotz des unentschuldigten Ausbleibens sachlich über den Einspruch zu entscheiden, drängt sich de lege ferenda auf. Einstweilen wird der Verteidiger geltend machen, dass die Aufklärungspflicht die Anwesenheit des Mandanten nicht erfordert im Sinne des § 73 Abs. 2 OWiG und dieser daher von der Erscheinungspflicht zu entbinden ist. Kommt das Gericht dem Antrag nach, kann der Verteidiger mit der entsprechenden schriftlichen Vollmacht seinen Mandanten gem. § 73 Abs. 3 OWiG vertreten. Glaubt das Gericht, auf die Anwesenheit des Betroffenen nicht verzichten zu können, bleibt ihm nur die Aussetzung der Hauptverhandlung.

6. Fazit

Einmal mehr führt die Rechtsprechung des EGMR zu gravierenden Änderungen des deutschen Strafprozesses. Weder in der Berufungshauptverhandlung noch in der Hauptverhandlung nach Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid darf künftig die unentschuldigte Abwesenheit des Mandanten mit dem Verlust des Rechtsmittels sanktioniert werden. § 329 Abs. 1 StPO und § 74 Abs. 2 OWiG dürften weitgehend obsolet sein.



Christof Püschel

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Köln. Er ist Dozent der Deutschen Anwaltakademie.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.



Prof. Dr. Ulrich Sommer, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht. Er gehört dem geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV an.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.
