

Abwesenheitsrecht des Angeklagten? Änderungsnotwendigkeit des § 329 StPO?

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

die Thematik ist von meinen Vorrednern umfassend und profund dargestellt. Ich schließe mich an und gehe mit ihnen davon aus, dass *de lege lata* nichts zu machen ist. Wir können uns damit dem Referentenentwurf zuwenden und diesen diskutieren.

Mir macht die Formulierung in § 329 Abs.1 Satz 1 EStPO Sorge: »Soweit nicht besondere Gründe die Anwesenheit des Angeklagten erfordern...«

Auf diesen Gedanken möchte ich meine Ausführungen beschränken. Wir haben zu sondieren, was es konkret bedeutet, wenn wir es dem Verteidiger entgegen § 329 Abs.1 StPO ermöglichen wollen, für den bewusst ferngebliebenen Angeklagten zur Sache zu verhandeln.

Der rechtliche Charakter der Sacheinlassung des Angeklagten ist mehrschichtig: Sie hat höchstpersönlichen Charakter; sie ist ein Erlebnisbericht, den ihm der Verteidiger im von der Untersuchungsmaxime, vom Aufklärungsgrundsatz bestimmten Strafverfahren nicht abnehmen kann; nicht als Vertreter und nicht als Beistand. Mit seiner Einlassung verteidigt sich der Angeklagte aber auch und bei seiner Verteidigung kann sich der Angeklagte im Verfahren jederzeit eines Verteidigers bedienen. Die Einlassung des Angeklagten ist *Auskunft* und *Mittel der Prozessführung* zugleich; die Übergänge fließen und damit auch die Unterscheidbarkeit von Vertretung und Verteidigung.

Damit trifft die Frage zentral das Verständnis der StPO von der Rolle des Angeklagten im Strafverfahren: Seine Rolle als selbstbestimmtes Prozesssubjekt mit selbständigen Rechten und Pflichten einerseits – und seine Rolle als Auskunftsperson, der er sich durch seine Anwesenheitspflicht generell nicht entziehen kann. Er ist *Beweisperson* zwar nicht im förmlichen Sinne, aber unbestritten in dem weiteren Sinne, dass sein gesamtes Verhalten von seiner Einlassung zur Sache über seine Fragen, Erklärungen und Reaktionen in der Beweisaufnahme bis zu seinem letzten Wort zum Inbegriff der Verhandlung zur Sache gehören und Grundlage des Urteils sein müssen.

Das abweichende Votum der beiden Richterinnen des EGMR ist für mich keineswegs unerträglich – wie Herr Esser meint (ich bin da bei Herrn Mosbacher) –; es kollidiert m. E. nicht mit der Unschuldsvermutung. Es steht nur dazu, dass der Angeklagte eben nicht nur selbstbestimmtes Subjekt im Verfahren ist, sondern durch seine Anwesenheitspflicht zu einem Teil auch Objekt – zumindest dadurch, dass er da ist und den Zeugen gegenüber steht. Er ist der Sache nach Beweismittel. Sein Recht zu schweigen ändert daran nichts.

Die Frage trifft genauso zentral das Verständnis der Strafprozessordnung von Verteidigung: Was unterscheidet die *Verteidigung* von der *Vertretung* des Angeklagten? Wird verteidigt, wenn der Anwalt die Einlassung des Angeklagten zur Sache vorträgt? Oder vertritt er ihn als Auskunftsperson? Ist das überhaupt möglich? Verteidiger, Vertreter, Übermittler – diese Begriffe in der Diskussion über dieselbe Verfahrenssituation kennzeichnen ein dogmatisch im wesentlichen ungeklärtes Feld. Wenn Herr *Schlothauer* in seiner Stellungnahme für die Bundesrechtsanwaltskammer völlig zu Recht die dogmatische Unklarheit in diesem Zusammenhang beklagt und hofft, dass die Änderung des § 329 StPO die Diskussion darüber ankurbelt, muss man doch erwidern: Umgekehrt wäre es besser - zunächst Klarheit schaffen, dann ändern.

Die StPO hält die beiden Rollen des Angeklagten nicht förmlich auseinander – wie etwa das Parteiverfahren im anglo-amerikanischen Strafverfahren. Dort stellt sich die Frage grundsätzlich anders; aber auch dort käme niemand auf die Idee, dass der Verteidiger den Angeklagten vertreten kann, wenn er als Beweismittel Angaben zur Sache macht.

Schließlich: Wie beantwortet die Strafprozessordnung die Frage außerhalb von § 329 Abs.1 StPO? Lässt sich die Frage überhaupt auf die Verfahrenssituation des § 329 StPO beschränken oder steht generell die Vertretbarkeit des Angeklagten bei der Sacheinlassung in der Tatsacheninstanz in Rede? Das sind großkalibrige Fragen, die die Heftigkeit der Diskussion erklären. Es ist schon richtig, dass über Strukturprinzipien des Strafprozessrechts gestritten wird.

Im Focus unseres Problems steht damit die Frage, ob, wie und unter welchen Voraussetzungen der Verteidiger bei der Sacheinlassung für den Angeklagten agieren kann – generell, also auch in Anwesenheit des Angeklagten und speziell in dessen Abwesenheit.

Es ist inzwischen unstreitig, dass der Verteidiger für den Angeklagten Einlassungen zur Sache abgeben kann. Er wird dabei entweder als Vertreter oder als Übermittler gesehen. Eindeutig wird diese Möglichkeit als Einbruch in

das Unmittelbarkeitsprinzip gesehen, der sich nur rechtfertigen lässt, wenn für das Gericht erkennbar ist, dass der Verteidiger die Sicht des Angeklagten vermittelt. Der zwangsläufige Verlust an Unmittelbarkeit und Beweiswert wird dadurch relativiert, dass das Gericht den *anwesenden* Angeklagten ergänzend befragen kann. Seine Reaktion gehört zum Inbegriff der Verhandlung, die zu würdigen ist.

Ist eine Verhandlung in *Abwesenheit* zulässig, so sieht die StPO Anlass, die Voraussetzungen, unter denen der Verteidiger für den Angeklagten Erklärungen abgeben darf, zu normieren - §§ 234, 411 StPO, § 73 OWiG. Damit wird zunächst klargestellt, dass die Abgabe von Sacheinlassungen für den Angeklagten in dessen Abwesenheit möglich aber keine Verteidigung ist. Dabei bleibt auch der Referentenentwurf. Es wird eine schriftliche Vertretungsvollmacht verlangt. Die Möglichkeit des Gerichts, jederzeit das persönliche Erscheinen des Angeklagten anzuordnen, relativiert in den derzeit möglichen Abwesenheitsverfahren auch hier Defizite bei der Aufklärung des Geschehens. Vom Gericht wird nicht verlangt, dass es die Notwendigkeit des persönlichen Erscheinens begründet. Das Gericht kehrt damit zum Normalzustand zurück – zur Grundstruktur, die keiner besonderen Begründung bedarf.

Nehmen wir alle Verfahren in den Blick, in denen nach der StPO verteidigt wird, sind Abwesenheitsverfahren, in denen der Verteidiger den Angeklagten in der Verhandlung zur Sache vertreten kann, durchaus keine Ausnahmen in der strafprozessualen Praxis.

In Ordnungswidrigkeitsverfahren wird nach der Strafprozessordnung verteidigt; und zwar in erheblichen Umfang in Abwesenheit des Angeklagten, der sich von einem Verteidiger vertreten lässt (§ 73 OWiG).

Nach der Möglichkeit, in *Strafbefehlen* auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu erkennen, wird ein Großteil der kleineren bis hinein in die mittlere Kriminalität auf dem Weg über § 411 StPO zur Verhandlung gebracht; es kann in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt werden, der sich von einem Verteidiger vertreten lassen kann – und zwar auch in der Berufungsinstanz.

Schließlich kann auch der sich in der Hauptverhandlung entfernende Angeklagte von seinem Verteidiger vertreten werden (§ 231, 234 StPO).

Damit haben wir in der Diskussion zur Kenntnis zu nehmen, dass bei Bewältigung der massenhaft zu erledigenden Strafverfahren die Vermittlung der Sacheinlassung des Angeklagten durch den Verteidiger Gang und Gäbe ist – häufig auch in Abwesenheit des Angeklagten. Flankiert wird dieses Verfahren jedoch immer von der Möglichkeit des Gerichts, das persönliche Erscheinen des Angeklagten anzuordnen.

Haben wir also *de lege ferenda* Anlass, ein vergleichbares Abwesenheitsverfahren in der Berufungshauptverhandlung zu fordern?

Die Frage kann man zunächst aus der spezifischen Rechtsmittelsituation angehen. Ein Grundrecht oder Menschenrecht auf eine zweite Tatsacheninstanz gibt es nicht. Sie wird bei Urteilen der Amtsgerichte mit dem nicht zu vermeidenden summarischen Charakter der Verfahren zur Bewältigung der kleineren bis mittleren Kriminalität begründet. Deshalb die Möglichkeit einer zweiten Verhandlung mit der selben Garantiedichte für alle Maximen des rechtsstaatlichen Verfahrens, namentlich auch bei Feststellung des Tatgeschehens. In dem Maße, in dem wir es zulassen, dass die Sacheinlassung des Angeklagten in dessen Abwesenheit als eine Art Parteivortrag vom Verteidiger auf der Grundlage der Akten argumentativ vermittelt wird, wird der Kernbereich der Berufung als vollständige Tatsacheninstanz verlassen. Wir landen in einer Diskussion über mögliche Mischformen unserer Rechtsmittel - eingeschränkte Berufung, erweiterte Revision -, die seit 40 Jahren zu nichts führt. Die Berufung als zweite Tatsacheninstanz will auch niemand in Frage stellen.

Damit wird schon deutlich, dass eine Beschränkung des Fragenbereichs auf die Berufung nicht möglich und wohl auch nicht beabsichtigt ist. Die Frage lautet: Besteht Anlass, die Möglichkeiten von Abwesenheitsverfahren generell zu erweitern?

Ich meine grundsätzlich nein. Die mit dem Unmittelbarkeitsprinzip, dem Mündlichkeitsprinzip und der Untersuchungsmaxime noch zu vereinbarenden Möglichkeiten von Abwesenheitsverfahren sind ausgeschöpft.

Nach meiner Meinung wäre es aber nicht systemwidrig, wenn der Weg, der über § 411 StPO in Strafbefehlsverfahren und über § 73 OWiG in OWi-Verfahren eingeschlagen worden ist, in der Situation des § 329 Abs. 1 StPO weiter gegangen wird. Das hieße:

1. Grundsätzlich kann sich der Angeklagte in der Berufungshauptverhandlung von einem Verteidiger vertreten lassen.
2. Das Gericht ist stets befugt, das persönliche Erscheinen des Angeklagten anzuordnen. Es bleibt bei § 236 StPO in diesen Fällen. Die Vorführungs- und Haftbefehlsfrage kann modifiziert werden.
3. Bleibt der Angeklagte trotz angeordneten persönlichen Erscheinens unentschuldigt der Hauptverhandlung fern, so hat das Gericht die Berufung des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen. Es hat aber auch die Möglichkeit, die Anordnung des persönlichen

Erscheinens wieder aufzuheben und bei einem vertretungsbefugten Verteidiger in Abwesenheit des Angeklagten zu verhandeln.

Damit bliebe man in der Struktur der StPO. Das geltende Recht ist bei der Anordnung des persönlichen Erscheinens an der Untersuchungsmaxime orientiert. Mit der Anordnung nach § 236 StPO entfällt die Voraussetzung des § 234 StPO – der Verteidiger kann den fern gebliebenen Angeklagten nicht vertreten. Der Vorsitzende kann die Anordnung aber auch wieder aufheben, was zur fakultativen Möglichkeit führt, den abwesenden Angeklagten von seinem Verteidiger vertreten zu lassen.

Im Ergebnis nicht anders ist es im Strafbefehlsverfahren nach § 411 Abs. 2 StPO: Dort kann der vertretungsbefugte Verteidiger den Angeklagten zwar immer vertreten – auch wenn der Angeklagte trotz Anordnung des persönlichen Erscheinens ferngeblieben ist. Der Vorsitzende hat aber zu entscheiden, ob er das angeordnete Erscheinen erzwingen oder in Abwesenheit des Angeklagten verhandeln will. Auch hier haben wir im Ergebnis die gleiche fakultative Möglichkeit eines Abwesenheitsverfahrens.

Das wäre mein Weg auch im § 329 StPO.

Der Referentenentwurf geht einen anderen Weg. Er verlangt vom Richter eine Begründung dafür, warum die Anwesenheit des Angeklagten erforderlich ist. Es sollen besondere Gründe die Anwesenheit erfordern; die soll der Richter darlegen. Damit wird die Unüberprüfbarkeit der gerichtlichen Anordnung des persönlichen Erscheinens verlassen und ein unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt, der auch revisionsrechtlich überprüfbar ist. Wenn es nicht mehr genügen soll, dass der Richter sagt: Ich will den Angeklagten sehen und die Schöffen sollen ihn auch sehen, haben wir nicht mehr die vollständige Tatsacheninstanz, die die StPO meint. Der Streit über die Gründe, die in der Entwurfsbegründung beispielhaft genannt werden, hat bereits begonnen. Mit einer gewissen Schadensfreude habe ich gelesen, dass *Schlothauer* in seiner Stellungnahme für die Bundesrechtsanwaltskammer – nachvollziehbar – bezweifelt, dass die Notwendigkeit eines Hinweises nach § 265 StPO ein solcher besonderer Grund ist.

Eine Schlussbemerkung: Es ist auch eine Frage der Glaubwürdigkeit. Man kann nicht den Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung beklagen und die Stellung des Angeklagten in der Beweisaufnahme stärken wollen – z.B. sein Konfrontationsrecht – und gleichzeitig den Schwerpunkt der Verhandlung immer mehr in eine argumentative Diskussion der professionellen Verfahrensbeteiligten verlagern, wo der Angeklagte wie eine Partei vom Verteidiger vertreten wird.

Das Interesse des Verteidigers, sich den Angeklagten nicht um Kopf und Kragen reden zu lassen, ist nachvollziehbar; kann aber weder für den Rechtsanwender noch für den Gesetzgeber ein Argument sein.