

Entscheidungen

Europarecht

StPO § 329

Die Berufung des Angeklagten darf nicht ohne Verhandlung zur Sache verworfen werden, wenn zwar der Angeklagte ausbleibt, aber ein verteidigungsbereiter Verteidiger erschienen ist (Red).

EGMR, 5. Sektion, Urt. v. 8.11.2012 – Beschwerde Nr: 30804/07 (Neziraj v. Deutschland)

Verfahren

[3] Der Beschwerdeführer trug vor, dass sein Recht auf Zugang zu einem Gericht, sein Recht auf rechtliches Gehör und sein Recht, sich durch einen Verteidiger seiner Wahl gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. c verteidigen zu lassen, in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren verletzt worden war. Er beschwerte sich darüber, dass das Berufungsgericht seine Berufung ohne jede Untersuchung seiner Begründung verworfen hatte, weil er der Hauptverhandlung selbst nicht beiwohnte, obwohl sein Anwalt anwesend und zu seiner Verteidigung bereit war ...

Sachverhalt

I. Die Umstände der Rechtssache

A. Das Verfahren vor den Strafgerichten

[7] Am 3.2.2003 verurteilte das AG Köln den Bf ... zu einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen ... Der Bf hatte Freispruch beantragt.

[8] Vertreten durch seinen Verteidiger legte der Bf Berufung gegen dieses Urteil ein.

[9] Am 11.9.2003 fand eine Hauptverhandlung vor dem LG Köln statt, bei der der Verteidiger des Bf anwesend war, während der Bf selbst nicht persönlich erschien. Mehrere Zeugen waren ebenfalls geladen. Der Verteidiger des Bf erklärte, dass ein Haftbefehl wegen verschiedener anderer Vorwürfe gegen den Bf erlassen worden sei. Der Bf habe es daher vorgezogen, nicht in der Hauptverhandlung persönlich zu erscheinen, er wolle allerdings von seinem Verteidiger vertreten werden. Er machte geltend, dass im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c der Konvention der Angekl das Recht habe, in einer Berufungsverhandlung von einem Anwalt vertreten zu werden.

[10] Durch Urteil vom selben Tag verwarf das LG entsprechend dem Antrag des StA die Berufung des Bf ...

[11] Am 26.9.2003 verwarf das OLG Köln die Revision des Bf ...

B. Das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht

[13] Am 27.12.2006 hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerde des Bf nicht zur Entscheidung angenommen ... (2 BvR 1872/03 = *StraFo* 2007, 190).

Würdigung durch den Gerichtshof

a) Zusammenfassung der einschlägigen Grundsätze

[45] Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass die Voraussetzungen des Abs. 3 des Art. 6 als spezielle Ausprägungen des Rechts auf ein faires Verfahren anzusehen sind, wie sie durch Abs. 1 garantiert sind. Er untersucht daher auf diese Rechte bezogene Beschwerden unter einem gemeinsamen Aspekt (s. *inter alia*, *Poitrimol v. France*, 23.11.1993, § 29, Series A no. 277-A; *Krombach v. France*, no. 29731/96, § 82, ECHR 2001-II).

[46] Zum wiederholten Male hatte der Gerichtshof sich mit der Frage zu befassen, ob ein Angekl, der ordnungsgemäß geladen war und aus freien Stücken auf sein persönliches Erscheinen ohne Entschuldigungsgründe verzichtete, berechtigt sei, sich durch einen „Verteidiger seiner Wahl“ im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. c verteidigen zu lassen.

[47] In seinen Präzedenzfällen („case-law“) führte der Gerichtshof aus, es sei im Interesse eines fairen Strafverfahrens von besonderer Bedeutung, dass ein Angekl persönlich erscheinen solle, und zwar sowohl im Hinblick auf sein rechtliches Gehör als auch im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Richtigkeit seiner Ausführungen zu überprüfen und sie den Aussagen des Opfers, dessen Interessen zu schützen sind, sowie den Aussagen der Zeugen gegenüberzustellen (s. *inter alia*, *Poitrimol*, a.a.O. § 35; und *Krombach*, o. angeführt § 86). Dies galt generell auch für eine weitere Anhörung in der Berufungsinstanz (s. *inter alia*, *Lala v. the Netherlands*, 22.9.1994, § 33, Series A no. 297-A; und *Pelladoah v. the Netherlands*, 22.9.1994, § 40, Series A no. 297-B). Der Gesetzgeber hat dementsprechend ungerechtfertigtem Nichterscheinen vor Gericht entgegenzuwirken (s.u.a. *Poitrimol* a.a.O., § 35; *Van Geyseghem v. Belgium* (GC), no. 26103/95, § 33, ECHR 1999-I; und *Van Pelt v. France*, no. 31070/96, § 66, 23.5.2000).

[48] Der Gerichtshof betonte allerdings, dass es ebenfalls für die Fairness eines strafgerichtlichen Systems von entscheidender Bedeutung sei, dass der Angekl angemessen verteidigt wird und zwar sowohl in der ersten als auch in der Berufungsinstanz (s.u.a., *Lala*, a.a.O., § 33; *Pelladoah*, a.a.O., § 40; *Van Pelt*, a.a.O., § 66; und *Kari-Pekka Pietiläinen v. Finland*, no. 13566/06, § 31, 22.9.2009).

[49] Der Gerichtshof entschied durchweg, dass das letztere Interesse überwog und folgerichtig die Tatsache, dass ein Angekl. trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschien, ihn auch bei Ermangelung von Entschuldigungsgründen nicht seiner Rechte auf Verteidigung gem. Art. 6 Abs. 3 der Konvention berauben konnte (s. *Lala*, a.a.O., § 33; *Pelladoah*, a.a.O., § 40; *Van Geyselghem*, a.a.O., § 33; *Van Pelt*, a.a.O., § 66; *Harizi v. France*, no. 59480/00, § 49, 29.3.2005 und *Kari-Pekka Pietiläinen*, a.a.O., § 31).

[50] Der Gerichtshof betonte in diesem Zusammenhang, dass das Recht eines jeden einer Straftat Beschuldigten, effektiv durch einen – gegebenenfalls von Amts wegen beigeordneten – Anwalt verteidigt zu werden, auch ohne Absolutheitsanspruch zu den tragenden Grundlagen eines fairen Verfahrens gehört. Ein Angekl. verliert dieses Recht nicht allein deshalb, weil er zu der Verhandlung nicht erscheint (s. *Poitrinol*, a.a.O., § 34; *Van Geyselghem*, a.a.O., § 34; *Stroek v. Belgium*, nos. 36449/97 und 36467/97, § 23, 20.3.2001; *Goedhart v. Belgium*, no. 34989/97, § 26, 20.3.2001, und *Kari-Pekka Pietiläinen*, a.a.O., § 32).

[51] Wenngleich der Gesetzgeber ungerechtfertigter Abwesenheit entgegenwirken muss, kann er das Ausbleiben nicht dadurch bestrafen, dass er Ausnahmen zum Recht auf Beistand eines Verteidigers schafft. Die legitime Forderung, dass der Angekl. in der Verhandlung anwesend sein muss, kann durch andere Mittel als den Entzug des Rechts auf einen Verteidiger durchgesetzt werden (s. *Van Geyselghem*, a.a.O., § 34; *Van Pelt*, a.a.O., § 67; und *Kari-Pekka Pietiläinen*, a.a.O., § 32). 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 (s.u.a. *Van Geyselghem*, a.a.O., § 33; und *Kari-Pekka Pietiläinen*, a.a.O., § 31).

b) Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall

[52] Der Gerichtshof stellt fest, dass der Bf im vorliegenden Fall Beschwerde darüber erhoben hat, dass 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 wurde, da seinem Verteidiger nicht gestattet wurde, die Verteidigung in seiner Abwesenheit zu führen, und seine Berufung ohne jede Untersuchung seiner Begründung verworfen wurde. Er überprüft die Beschwerde, die im Wesentlichen den Problembereich im Hinblick auf das Recht des Bf thematisiert, sich durch einen Anwalt verteidigen zu lassen. In Konsequenz der Weigerung des nationalen Gerichts, dem Verteidiger des Bf dessen Verteidigung in Abwesenheit zu gestatten, wirft der Fall darüber hinaus Fragen im Hinblick auf das Recht des Bf auf Zugang zum Gericht und im Hinblick auf die Fairness des Verfahrens auf. Der Gerichtshof hat daher die Beschwerden im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 u. Abs. 3 lit. c. zusammen zu untersuchen.

[53] Der Gerichtshof stellt weiterhin fest, dass der vorliegende Fall ein Berufungsverfahren des Bf durch Wiederholung einer

mündlichen Verhandlung betrifft. Diese Berufungshauptverhandlung war die letzte Instanz, in der nach nationalem Recht der Fall vollständig im Hinblick auf tatsächliche und rechtliche Fragen untersucht werden konnte. Dennoch war der Verteidiger des Bf nicht berechtigt, diesen in seiner Abwesenheit ohne einen anerkannten Entschuldigungsgrund zu vertreten. Diese Situation ist daher vergleichbar mit den Fällen *Poitrinol* (a.a.O. § 28, 32), *Lala* (a.a.O. § 33), *Pelladoah* (a.a.O. § 38), *Van Geyselghem* (a.a.O. § 29), *Van Pelt* (a.a.O. §§ 62, 65), *Goedhart* (a.a.O. § 24), *Stroek* (a.a.O. § 21), *Harizi* (a.a.O. § 51) und *Kari-Pekka Pietiläinen* (a.a.O., § 25). Darüber hinaus war in dem Fall *Krombach* dem Bf nicht gestattet worden, sich durch seinen Verteidiger in seiner Abwesenheit bei der gerichtlichen Anhörung erster Instanz vertreten zu lassen. Trotzdem betrachtet der Gerichtshof diesen Fall als ebenso vergleichbar im Hinblick auf die in den vorbezeichneten Fällen erörterte Problematik, da der Bf gleichermaßen nicht zu einer Verhandlung erschien, zu der er ordnungsgemäß geladen war (ebd. §§ 83, 86).

[54] ... Die berechnigte Forderung, dass ein Angekl. bei seiner Anhörung vor dem Gericht anwesend sein muss, war durch andere Mittel umzusetzen als der Beraubung des Rechts auf Verteidigung durch seinen Anwalt (s. insbesondere §§ 49 u. 51 oben). Dementsprechend kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass es in all den angeführten Fällen zu einer Verletzung des Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. c gekommen war.

[55] Der Gerichtshof nimmt in diesem Zusammenhang das Argument der Regierung und des BVerfG zur Kenntnis, wonach im deutschen Strafprozessrecht der Angekl. nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Anwesenheit hat, und dass er aus diesem Grund auf sein Anwesenheitsrecht in einer Hauptverhandlung nicht verzichten kann. Die Anwesenheit und das Verhalten des Bf – auch wenn dieser von seinem Schweigerecht Gebrauch machen will – war für die Strafgerichte von Bedeutung, um ihrer Pflicht der Wahrheitsuche und der Bestimmung einer angemessenen Strafe zu entsprechen.

[56] Der Gerichtshof bemerkt, dass er bereits zuvor mit ähnlichen Argumenten beklagter Vertragsstaaten befasst war ... Er gibt jedoch zu bedenken, dass das berechnigte Anliegen, wonach Angekl. zu ihrem Verfahren zu erscheinen haben, durch andere Mittel umgesetzt werden sollte als durch eine Beraubung des Verteidigungsrechts der betroffenen Person (s. dort §§ 33,34).

[57] Der Gerichtshof stellt des Weiteren fest, dass nach dem Vortrag der Regierung die zitierten Fälle sich vom aktuellen Fall ... unterscheiden sollen ...

[59] Der Gerichtshof bemerkt, dass in den von der Regierung angeführten Fällen die Bf tatsächlich aus unterschiedlichen Gründen in ihrer Abwesenheit durch die zuständigen Gerichte erster Instanz verurteilt worden waren. Andererseits waren in anderen der vorbezeichneten Fälle die Bf von den Gerichten erster Instanz in ihrer Anwesenheit verurteilt worden (s. insbesondere *Pelladoah*, a.a.O., §§ 10–11; *Van Geyselghem*, a.a.O., § 12; *Van Pelt*, a.a.O., §§ 14–18; und *Kari-Pekka Pietiläinen*, a.a.O., § 6). Dieser faktische Unter-

schied war daher für die Entscheidung des Gerichtshofs in den vorbezeichneten Fällen nicht entscheidend.

[60] Der Gerichtshof nimmt des weiteren das Argument der Regierung zur Kenntnis, dass der vorliegende Fall sich deswegen von den Fällen *Van Geyseghem* und *Krombach* unterscheidet, da nach deutschem Recht die Voraussetzungen und Grenzen des Verfahrens vom Gericht von Amts wegen zu überprüfen sind ...

[61] Der Gerichtshof bezieht sich auf seine Urteilsgründe in dem Fall *Van Geyseghem*, wonach das Berufungsgericht in jenem Fall beispielsweise von Amts wegen gesetzliche Verfolgungsbeschränkungen (s. dort §§ 31 und 35) und damit mögliche Verfahrenshindernisse zu untersuchen hatte. Er berücksichtigte dies und betonte trotzdem die verbleibende Tatsache, dass der Verteidiger einen unersetzlichen Beitrag zur Lösung der Streitigkeiten leistet und sein Auftreten notwendig ist, wo das Recht der Verteidigung wahrzunehmen ist (s. dort § 35). Ähnlich erörterte der Gerichtshof dies im Fall *Krombach*, wonach das nationale Gericht dem Verteidiger des Bf eine Gelegenheit hätte gewähren müssen, seine rechtlichen Argumente vorzutragen (den Ausschlussgrund *per rem judicatam* und die Non-bis-in-idem-Regel – weitere Verfahrenshindernisse), welche das Gericht selbst untersuchen durfte (siehe dort § 90). Hieraus folgt ..., dass es den Verteidigern der Bf unmöglich war, zu deren Gunsten Argumente vorzubringen, einschließlich rechtlicher Überlegungen beispielsweise im Hinblick auf Verfahrenshindernisse, unabhängig von der Frage, ob die innerstaatlichen Gerichte diese schon von Amts wegen zu untersuchen hatten.

[62] Daneben argumentierte die Regierung, dass ... der Angekl nach deutschem Recht durch einen Wiedereinsetzungsantrag oder eine Revision eine abermalige Überprüfung der Berechtigung seiner Abwesenheit ebenso erreichen kann wie des Versäumnisses des Gerichts, von Amts wegen Verfahrenshindernisse zu untersuchen.

[63] Der Gerichtshof nimmt zur Kenntnis, dass insoweit gewisse Unterschiede in den Gesetzssystemen der beklagten Staaten in den vorbezeichneten Verfahren bestehen ... Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass gewisse Unterschiede gleichwohl keine Rolle bei der Beurteilung gespielt hatten, ob eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. c im bisherigen Fallrecht gegeben war.

[64] Der Gerichtshof ist des Weiteren nicht von der Argumentation der Regierung überzeugt, dass er eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. c der Konvention im Fall *Kari-Pekka Pietiläinen* nur aufgrund der speziellen Umstände dieses Falles festgestellt habe ...

[65] Abschließend ergänzt der Gerichtshof, dass seine Schlussfolgerungen in dem dargestellten Fallrecht zu dem Streitgegenstand nicht von der Frage abhängen, ob die Unzulässigkeit der Berufung des Bf nach innerstaatlichem Recht als Sanktion für ein Sich-Entziehen des Angekl angesehen werden kann. Er stellt allerdings fest, dass in einer Anzahl von untersuchten Beschwerdefällen – wie im vorliegenden Fall – vor der versäumten Hauptverhandlung ein Haftbefehl gegen die Bf ergan-

gen war (s. z.B. *Poitrimol*, a.a.O., § 20; *Lala*, a.a.O., § 10; und *Goedhart*, a.a.O., § 10). Dieser Umstand war für die Überlegungen des Gerichtshofs nicht entscheidend. Er wiederholt in diesem Zusammenhang, dass ein Angekl nicht verpflichtet war, sich der Haft auszuliefern, um sein Recht sicherzustellen, eine Verhandlung unter konventionsgemäßen Bedingungen des Art. 6 zu führen (s. *Krombach*, a.a.O., § 87).

[66] Hieraus folgt, dass die im Fallrecht des Gerichtshofs aufgestellten Grundsätze (s. §§ 45–51) ... auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden sind, der insoweit nicht anders beurteilt werden kann, weder auf der Grundlage des Sachverhalts noch auf Grund von Unterschieden des innerstaatlichen Strafrechts.

[67] Es lag damit eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 lit. c der Konvention vor.

Im Ergebnis zustimmendes Sondervotum der Richterinnen Power-Forde und Nussberger

Mit der Mehrheit haben wir eine Verletzung festgestellt, gleichwohl halten wir ein Überdenken des häufig kritisierten und umstrittenen Fallrechts des Gerichtshofs zu Art. 6 Abs. 3 lit. c der Konvention für sinnvoll, das nach unserer Ansicht die Staaten zu Reformen der Strafprozessordnungen veranlasst, die weder notwendig noch hilfreich sind.

Art. 6 Abs. 3 lit. c der Konvention definiert als Minimalstandard des Strafprozesses, dass jedermann, der einer Straftat beschuldigt wird, das Recht hat, sich selbst oder durch einen Anwalt seiner Wahl verteidigen zu lassen.

Während das Recht auf Verteidigung („legal assistance“) deutlich darauf abzielt, dem Beschuldigten die Unterstützung eines Anwalts zu sichern, hat der Gerichtshof diese Voraussetzung als Recht des Beschuldigten auf Abwesenheit vom Gerichtsverfahren und Vertretung durch einen Anwalt interpretiert. Während dies bei Rechtssystemen akzeptabel erscheinen mag, bei denen das Strafprozessrecht ein Verfahren in Abwesenheit erlaubt und hier das Recht des Angekl auf rechtliches Gehör nicht abgesichert ist, kann diese Betrachtung nicht auf Gesetzssysteme übertragen werden, die Verhandlungen *in absentia* nicht zulassen, aber bestimmte Konsequenzen oder Sanktionen an die unentschuldigte Abwesenheit des Angekl in der zweiten Instanz knüpfen, nachdem der Fall schon vollständig durch das Gericht erster Instanz verhandelt worden war.

Anerkanntermaßen ist das rechtliche Gehör des Angekl eine der wesentlichen Garantien des Art. 6 der Konvention. Die andere Seite der Münze ist, dass der Angekl auch zuhören muss, nicht nur den an ihn gestellten Fragen, sondern auch den Vorwürfen, den Ausführungen der Zeugen und Sachverständigen und – insbesondere – den Darstellungen des Opfers seiner Leiden. Die persönliche Konfrontation mit und das Bewusstsein der öffentlichen Diskussion über das Verbrechen und die Schuld des Angekl ist eine Voraussetzung für eine effektive Rehabilitation und Reintegration in die Gesellschaft, die das grundsätzliche Ziel der Bestrafung ist. Auch wenn der Rechtsanwalt im Stande ist, Argumente für die

Verteidigung des Angekl im Gerichtssaal vorzutragen, kann er seinen Mandanten nicht ersetzen. Wenn der Angekl nicht an der Hauptverhandlung teilnimmt, in der faktische und rechtliche Fragen diskutiert werden, verliert der Prozess seinen Hauptzweck.

Aus diesem Grund hat der Gerichtshof stets betont, „dass es von überragender Bedeutung ist, dass der Angekl vor Gericht erscheint, sowohl wegen seines Anspruchs auf rechtliches Gehör als auch wegen der Notwendigkeit, die Richtigkeit seiner Darstellungen zu überprüfen und sie mit denen der Zeugen und denen des Opfers, dessen Interessen ebenfalls zu schützen sind, zu vergleichen. Der Gesetzgeber muss dementsprechend im Stande sein, ungerechtfertigte Abwesenheiten zu vermeiden“ (s. *Poitrinol v. France*, 23.11.1993, § 35, Series A no. 277-A).

Aus unserer Sicht ist es nicht zutreffend, abzuwägen zwischen der Pflicht des Gesetzgebers, ungerechtfertigte Abwesenheiten zu verhindern, und dem Recht des Angekl, angemessen verteidigt zu werden. Dies würde der Unterscheidung zwischen dem Recht auf Verteidigung und dem Recht auf Abwesenheit vom Verfahren nicht gerecht. Unbestritten hat der im Verfahren anwesende Angekl das Recht, sich durch einen Beistand verteidigen zu lassen. Dennoch teilen wir nicht die Ansicht des Gerichtshofs, dass der Angekl das durch Art. 6 Abs. 3 lit. c der Konvention garantierte Recht auf Verteidigung durch einen Anwalt verlieren würde. Ihm wird schlicht das Recht entzogen, sich durch seinen Anwalt ersetzen zu lassen, ein Recht, das in der Konvention nicht garantiert ist.

Das Fallrecht des Gerichtshofs ist verwirrend: Allein aufgrund des Wunsches des Angekl nach einer abermaligen Verhandlung hat jedermann anwesend zu sein, und Zeugen können sogar gezwungen werden, an dieser Verhandlung teilzunehmen; derweil ist es dem Angekl gestattet, abwesend zu bleiben. Die Vorstellung ist schwierig, wie eine Wiederholung der gesamten Untersuchung der Tatsachen- und Rechtsfragen eines Falles in zweiter Instanz ohne die Anwesenheit des Angekl besser dem Zweck der Wahrheitssuche und der Festlegung einer fairen Strafe dienen könnte als dieselbe Untersuchung in erster Instanz in Anwesenheit des Angekl.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Sommer, Köln

Anmerkung

Das Urteil des EGMR vom 8.11.2012 hat große praktische Bedeutung für den deutschen Strafprozess. Die Berufungsverhandlung vor der kleinen Strafkammer ist nicht mehr dieselbe wie vor der Entscheidung des EGMR. Faktisch ist die Verwerfungsregel des § 329 Abs. 1 StPO obsolet. Ein vertretungsbereiter Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung hindert die Verwerfung, selbst wenn der Angeklagte unentschuldig abwesend ist (hierzu unter I.). Die Entscheidung dürfte über die Konventionswidrigkeit des Verwerfungsurteils hinausgehende Folgen auch für die erstinstanzliche Hauptverhandlung haben (hierzu sub II.).

I. 1. Art. 6 Abs. 3c EMRK garantiert das Recht jedes Angeklagten, sich durch einen Verteidiger *vertreten* zu lassen. Zugegeben: Der Wortlaut der für die Auslegung der EGMR maßgeblichen¹ englischen und französischen Fassung der Konvention spricht lediglich von „*legal assistance*“ bzw. „*l'assistance d'un défenseur*“. Der EMRK deutet die Vorschrift indes seit zwanzig Jahren extensiv als Recht auf Vertretung durch einen Verteidiger („*to be legally replaced by a lawyer*“).² Der EuGH sah in dieser Vertretungsmöglichkeit sogar einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts.³ Dieser Grundsatz gilt sowohl in erster Instanz als auch im Rechtsmittelverfahren.⁴ Doch bis heute hat die deutsche Strafjustiz diese Rechtsprechung nicht rezipiert. Damit ist jetzt zumindest in einem Teilbereich – der Verwerfungspraxis gem. § 329 Abs. 1 StPO – definitiv Schluss.

2. Deutschland ist als verurteilter Vertragsstaat nach Art. 46 EMRK an das Urteil gebunden. Unmittelbar gilt dies nur für den Beschwerdeführer in dem entschiedenen Fall. Die Bindungswirkung der Entscheidung geht jedoch über die beteiligten Parteien und den konkreten Fall hinaus. Urteilen des EGMR kommt eine faktische Orientierungs- und Leitfunktion jenseits des entschiedenen Streitgegenstands zu,⁵ und zwar selbst gegenüber nicht verfahrensbeteiligten Mitgliedsstaaten („*erga omnes*“-Wirkung).⁶ Diese mittelbare präjudizielle Wirkung verdichtet sich bei Parallelfällen im betroffenen Mitgliedsstaat zu einer Pflicht zur Beendigung der konventionswidrigen Praxis in gleichgelagerten Konstellationen.⁷ Die deutsche Justiz hat sicherzustellen, dass sich der festgestellte Konventionsverstoß in zukünftigen, ähnlich gelagerten Fällen nicht wiederholt. Denn sonst verhielte sich Deutschland erneut vertragswidrig. Dem deutschen Berufungsgericht ist es also künftig nicht mehr gestattet, die Berufung des unentschuldig ausgebliebenen Angeklagten bei Anwesenheit eines vertretungsbereiten Verteidigers gem. § 329 Abs. 1 StPO zu verwerfen.

3. Hätte die deutsche Strafjustiz die Leitfunktion der Rechtsprechung des EGMR schon in der Vergangenheit beachtet, wäre Deutschland das vorliegende Verfahren und die Verurteilung erspart geblieben. Der Gerichtshof hat in zahllosen Fällen die sehr stringente Rechtsprechung zur Frage einer Berufungsverwerfung bei Abwesenheit des Angeklagten und

¹ S. Schlussklausel in Art. 59 Nr. 4 Abs. 2 EMRK, vgl. a. Meyer, EMRK, 2012, Einl. Rn 56.

² Erstmals im Urteil *Poitrinol/Frankreich* v. 23.11.1993, ÖJZ 1994, 467. Diese Interpretation hält SK-Paeffgen, EMRK, 4. Aufl., Art. 6 Rn 138a, für eine „unvertretbare Wortlaut-Überschreitung“.

³ EUGH NJW 2000, 1853, 1854.

⁴ EGMR, Urteil *Pietiläinen/Finnland* v. 22.9.2009, HRRS 2009 Nr. 981; LR-Esser, EMRK, 26. Aufl., Art. 6 Rn 703.

⁵ BVerfG NJW 2011, 1931, 1935; LR-Esser, a.a.O., EGMR-Verfahren, Rn 255 ff. m.w.N.

⁶ LR-Esser, a.a.O., EGMR-Verfahren, Rn 258; Grabenwarter, JZ 2010, 857, 861.

⁷ Grabenwarter, JZ 2010, 857, 861.

Anwesenheit seines Verteidigers fixiert.⁸ Die Entscheidungslinien der Verfahren gegen andere Staaten weisen im Kern keine Differenzen zur deutschen Rechtslage auf. Das vorliegende Urteil des EGMR verdeutlicht dies. Die Auseinandersetzung mit den Argumenten der deutschen Regierung stellt sich für das Gericht nicht als intellektuelle Herausforderung dar, sondern allenfalls als respektvoller Akt. Bis zur letzten Sekunde dokumentierten damit die Regierung und die deutsche Justiz, wie schwer sie sich in der Realität damit tun, dem eigenen Anspruch auf vollständige Umsetzung der Konventionsinterpretation durch den EGMR Rechnung zu tragen.

Bereits im Jahre 1999 hat *Sommer* in dieser Zeitschrift darauf hingewiesen, dass die Verwerfungspraxis gem. § 329 Abs. 1 StPO mit den Vorgaben der EMRK – wie sie der EGMR schon seinerzeit in gefestigter Rechtsprechung interpretierte – nicht in Einklang zu bringen ist.⁹ *Meyer-Mews* bezeichnete die deutsche Rechtsprechung deswegen schon vor einem Jahrzehnt als unhaltbar.¹⁰ Die Stimmen, die im Hinblick auf die langjährige EGMR-Rechtsprechung für eine Restriktion des § 329 Abs. 1 StPO plädierten, blieben aber vereinzelt.¹¹ In der gerichtlichen Praxis stand die Bequemlichkeit der Verwerfungspraxis der Einsicht einer Priorität der EGMR-Rechtsprechung entgegen. Die Legitimation des § 329 Abs. 1 StPO im Lichte der Straßburger Rechtsprechung erfolgte in der deutschen Rechtsprechung mit überschaubarem argumentativem Aufwand.¹² Ein weiteres Nachdenken der Justiz über diese Konstellation wurde endgültig eingestellt, nachdem sich das Bundesverfassungsgericht – gerade im nunmehr vom EGMR entschiedenen Fall – um eine Abgrenzung von der gefestigten Rechtsprechung des EGMR unter Anführung vermeintlicher Besonderheiten des deutschen Strafprozessrechts bemüht hatte.¹³ Die Argumentationslinien für den Vortrag der Regierung in Straßburg waren damit vorgegeben. Deren fehlende Relevanz lässt sich aus dem Urteil ablesen.

4. Für ein künftiges konventionskonformes Vorgehen des Berufungsgerichts im Falle der Abwesenheit des Angeklagten bei Präsenz eines verteidigungsbereiten Verteidigers ließe sich erwägen, die Anwesenheit des Angeklagten in ähnlicher Weise wie in erster Instanz zu erzwingen. Vorführung oder gar Verhaftung nach § 329 Abs. 4 StPO könnten häufiger als in der Vergangenheit angeordnet werden. Diese Zwangsmittel dürften indes nur dann der EMRK entsprechen, wenn die Anwesenheit des Angeklagten zur Sachaufklärung unerlässlich ist. Dies könnte etwa bei einer Strafmaßberufung der Fall sein, wenn sich das Berufungsgericht einen persönlichen Eindruck vom Angeklagten verschaffen will. Es dürfte hingegen konventionswidrig sein, die Präsenz auch in Konstellationen zu erzwingen, in denen der Verteidiger für den Angeklagten erklärt, dieser wolle sich nicht selbst zur Sache einlassen. Sowohl in dieser Konstellation als auch in Fällen, in denen die Anwesenheit auch durch Zwangsmittel zeitnah nicht sichergestellt werden kann, müssen die Gerichte dem Verteidiger künftig die Möglichkeit geben, den Angeklagten in seiner Abwesenheit zu verteidigen.¹⁴ § 329 Abs. 1 S. 1 StPO ist mithin konventionskonform dahin-

gehend auszulegen, dass eine zulässige Vertretung entsprechend Art. 6 Abs. 3c EMRK auch dann vorliegt, wenn der abwesende Angeklagte durch einen Verteidiger vertreten wird und seine Anwesenheit nicht zwingend erforderlich ist.¹⁵

5. Auch die Verteidigung muss sich ab sofort auf die veränderte Lage in der Berufungshauptverhandlung einstellen. Erfolgte bisher häufig nach vergeblichem Zuwarten auf den Angeklagten allenfalls ein Achselzucken des Verteidigers, hat er nunmehr aktiv zu werden. Auf die Rechtsprechung des EGMR kann sich nur berufen, wer vertretungsbereit und verteidigungswillig ist. Die Bereitschaft, den abwesenden Mandanten verteidigen und vertreten zu wollen, hat der Verteidiger in besonderer Weise deutlich zu machen. Ein Antrag zur Protokollierung der Verteidigungsbereitschaft sollte für den Verteidiger die Regel sein, bevor sich das Berufungsgericht zur Beratung zurückzieht.

Darüber hinaus wird der Verteidiger dem Berufungsgericht vorsorglich zu vermitteln haben, dass die Aufklärungspflicht die Anwesenheit des Mandanten nicht erfordert und schon aus diesem Grunde die Anordnung von Zwangsmitteln gem. § 329 Abs. 4 StPO konventionswidrig und unverhältnismäßig wäre. Schließlich ist nach herkömmlicher Auffassung das Vorliegen einer besonderen Vertretungsvollmacht Voraussetzung für eine wirksame Vertretung des Angeklagten; die gewöhnliche Verteidigervollmacht soll allein nicht ausreichend sein.¹⁶ Der Pflichtverteidiger braucht ebenfalls eine derartige ausdrückliche schriftliche Vertretungsvollmacht.¹⁷ Eine solche Vollmacht „zur Vertretung des Angeklagten in dessen Abwesenheit“ kann der Verteidiger aufgrund einer mündlichen Ermächtigung des Mandanten auch selbst ausstellen und unterzeichnen.¹⁸ So oder so sollte der Verteidiger dem Gericht die Vertretungsvollmacht spätestens bei Beginn der Berufungshauptverhandlung vorlegen.

II. 1. Nach der Rechtsprechung des EGMR darf der Beschuldigte für seine Abwesenheit nicht mit dem Verlust seiner Verteidigungsrechte sanktioniert werden. Dies dürfte Konsequenzen auch für die Verwerfungspraxis in OWi-Verfahren haben.

⁸ Urteil *Poitrinol/Frankreich* v. 23.11.1993, ÖJZ 1994, 467; Urteil *Lala/Niederlande* v. 22.9.1994, ÖJZ 1995, 196; Urteil *van Geyseghem/Belgien* v. 21.1.1999, Nr. 26 103/95; Urteil *Krombach/Frankreich* v. 13.2.2001, NJW 2001, 2387; Urteil *Pietiläinen/Finnland* v. 22.9.2009, HRRS 2009 Nr. 981.

⁹ StraFo 1999, 402, 403.

¹⁰ *Meyer-Mews*, NJW 2002, 1928 f.

¹¹ LR-Esser, a.a.O., Art. 6 Rn 710 f.; Graf/*Eschelbach*, StPO, 2. Aufl., § 329 Rn 7; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 140, 147; vgl. a. *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 262 Fn 328.

¹² S. z.B. BayObLG NStZ-RR 2000, 307, 308.

¹³ S. BVerfG StraFo 2007, 190 ff.; vgl. a. OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2012, 218.

¹⁴ S. schon EGMR, Urteil *Pietiläinen/Finnland*, HRRS 2009 Nr. 981.

¹⁵ Vgl. a. LR-Esser, a.a.O., Art. 6 Rn 711 a.E.; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 140, 148.

¹⁶ OLG Köln StV 1981, 119; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.2.2012, III-2 RVs 11/12, Rn 21 (bei juris); *Burhoff*, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 5. Aufl., Rn 1095 m.w.N.

¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.2.2012, III-2 RVs 11/12, Rn 21 (bei juris).

¹⁸ BayObLG NStZ 2002, 277; *Burhoff*, a.a.O., Rn 1095 a.E.

Denn auch dort gilt Art. 6 Abs. 1–3 EMRK.¹⁹ Nach geltendem Recht besteht für den Betroffenen gem. § 73 Abs. 1 OWiG die Pflicht, in der Hauptverhandlung zu erscheinen. Bleibt der nicht von seiner Anwesenheitspflicht befreite Betroffene der Hauptverhandlung unentschuldigt fern, muss das Gericht den Einspruch gegen den Bußgeldbescheid gem. § 74 Abs. 2 OWiG ohne Verhandlung der Sache verwerfen. Die im früheren § 74 Abs. 2 S. 2 OWiG vorgesehene Möglichkeit, trotz des unentschuldigtes Ausbleibens sachlich über den Einspruch zu entscheiden, ist mit der Neufassung der Norm durch das OWiG-ÄndG v. 26.1.1998 entfallen. Die heutige klare gesetzliche Pflicht zur Einspruchsverwerfung bei Abwesenheit ist konventionswidrig. Daher ist eine Gesetzesänderung zwangsläufig.

2. Nach traditionellem Verständnis ist der Verteidiger nur in Ausnahmefällen (z.B. § 234 i.V.m. § 231 Abs. 2, §§ 231a ff.; § 411 Abs. 2 S. 1 StPO) befugt, den Beschuldigten zu vertreten.²⁰ Dieses Reduzieren der Verteidigung auf eine akzessorisch verstandene Unterstützungs- und Beistandsfunktion ist mit Art. 6 Abs. 3c EMRK im vom EGMR in ständiger Rechtsprechung gedeuteten Sinne unvereinbar. Hiernach gewährt die Norm das Recht auf Vertretung durch einen Rechtsanwalt. Verinnerlicht die Praxis des Strafverfahrens den Verteidiger als möglichen Substitut des Beschuldigten, hat dies kaum zu überschaubaren Konsequenzen. Nur exemplarisch sei die in jüngster Zeit heftig und kontrovers diskutierte Frage angeführt, ob und inwieweit sich der Angeklagte durch seinen Verteidiger zur Sache einlassen kann.²¹ Im Lichte der ständigen Rechtsprechung des EGMR ist die Antwort eindeutig: Das fundamentale Recht, sich durch einen Verteidiger vertreten zu lassen, darf dem Angeklagten nicht ausgerechnet bei seinem wichtigsten Verteidigungsmittel, der Einlassung zur Sache, genommen werden.

3. Die Entscheidung des EGMR gibt hinreichenden Anlass, die Anwesenheitspflicht des Angeklagten auch jenseits der Berufungshauptverhandlung zu überdenken. Eine überzeugende Rechtfertigung der Präsenzpflcht des Angeklagten gem. § 230 Abs. 1 StPO steht aus. Warum muss ein Angeklagter, der sich nicht selbst verteidigen will, Fortbewegungs- und Handlungsfreiheit in ggf. erheblichem Umfang opfern und darüber hinaus möglicherweise seine psychische und physische Integrität aufgrund der Inanspruchnahme durch eine sich über Monate oder Jahre erstreckende Hauptverhandlung derart kompromisslos akzeptieren, nur weil Staatsanwaltschaft und Gericht einen hinreichenden Tatverdacht bejaht haben?²²

Eine tragfähige Begründung für dieses Sonderopfer gibt auch das Sondervotum zweier Richterinnen des EGMR nicht. Es macht betroffen, dass die obersten Wächterinnen des Art. 6 Abs. 2 EMRK den vermutlich unschuldigen Bürger in öffentlicher Verhandlung an den Pranger stellen wollen, damit dieser sich zwangsweise die Schilderungen des „Opfers“ anhört. Traurig stimmt zudem, dass sie in völliger Verkennung der Unschuldsvermutung diese Inszenierung als ersten Schritt zur Rehabilitation und Reintegration des Angeklagten begreifen. Zum Kernbestand der Unschuldsvermutung gehört – soweit

ersichtlich bislang unstrittig – das Verbot, dem Angeklagten bereits vor endgültiger Feststellung der Schuld Belastungen aufzubürden, um dadurch unmittelbare Wirkungen spezial- oder generalpräventiver Art zu erzielen.²³ Entsprechend kann die tief in die Rechte des Angeklagten eingreifende Präsenzpflcht nicht mit viktimologischen Erwägungen gerechtfertigt werden, zumal die Hauptverhandlung ein Erkenntnisprozess ist, in dem erst aufgeklärt werden soll, ob es „Täter“ und *vice versa* „Opfer“ gibt.

Ein nüchterner Umgang mit der aufgeworfenen Frage nach der Legitimation der Anwesenheitspflicht wird insbesondere berücksichtigen müssen, dass die Ausnahmeregelungen der §§ 231 Abs. 2 ff. StPO und insbesondere ihre Ausdehnung auf die Massenverfahren des Strafbefehls die Tür zu Abwesenheitsurteilen längst weit aufgestoßen haben. Rechtsstaatlich bestehen keine Bedenken dagegen, die Abwesenheit des Angeklagten zu akzeptieren, wenn auf der einen Seite feststeht, dass diese Entscheidung einen auf ausreichender Informationsgrundlage getroffenen ausdrücklichen Verzicht des Angeklagten widerspiegelt, und auf der anderen Seite die Vertretung durch einen professionellen Verteidiger gewährleistet ist. Der Angeklagte hat das Recht der Teilhabe und Anspruch auf rechtliches Gehör. Der fürsorglich aufgedrängte Schutz des § 230 Abs. 1 StPO lässt sich demgegenüber rechtsstaatlich nicht überzeugend begründen und schwerlich mit Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK vereinbaren. Rechte sind verzichtbar.

Konsequenz des vorliegenden Urteils sollten daher gesetzgeberische Erwägungen zur allgemeinen Ausdehnung der Vertretung des abwesenden Angeklagten durch seinen Verteidiger sein.

Dass ein solches Konzept auch aus anderen Gründen rechtsstaatliche Defizite des deutschen Strafprozesses kompensieren kann, deutete *Weigend* in seinem Festvortrag zum Herbstkolloquium der AG Strafrecht im November 2012 an. Ein Strafprozess, der nicht von der Prämisse der unbedingten Anwesenheit des Angeklagten lebt, kann leichteren Herzens auf die Sicherstellung einer solchen Anwesenheit verzichten. Haftbefehle wegen Fluchtgefahr ließen sich nur noch in einem sehr viel engeren Rahmen begründen. Allein durch Aufhebung einer solchen Haftsituation motivierte Geständnisse würden rarer, ein entscheidender Faktor von Fehlurteilen damit minimiert.

III. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat *prima facie* die Konventionswidrigkeit der Verwerfungspraxis deutscher Berufungsgerichte bei abwesendem Angeklagten und vertretungsbereitem Verteidiger festgestellt. Auf den

¹⁹ LR-Esser, a.a.O., Art. 6 Rn 74 m.w.N.

²⁰ Meyer-Göfner, StPO, 55. Aufl., Vor § 137 Rn 10; Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Rn 13.

²¹ Vgl. BGH NSTZ 2008, 349, 350 mit abl. Bspr. Schlösser, NSTZ 2008, 310.

²² Bernsmann, FS f. Kriele, 1997, S. 697, 698.

²³ Stein, ZStW 97 (1985), 303, 326 m.w.N.

zweiten Blick zeitigt die Entscheidung Folgewirkungen, deren Umfang sich aktuell nur erahnen lässt.

Rechtsanwalt Christof Püschel, Köln