

**Stellungnahme Nr. 01/2018 des
Gesetzgebungsausschusses des Deutsche Strafverteidiger e.V.**

zum

Referentenentwurf des BMJV

**„Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts des
Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung“**

Mitglieder

RA Björn Krug, Berlin / Frankfurt a.M. (Vorsitzender, Berichterstatter)

RA Dr. Christian Fröba, München (Berichterstatter)

RA Dr. Christian Rathgeber, Mag. rer. publ., Mainz

RA Dr. Christian Schmitz, Köln

RA Dr. Christian Schoop, Frankfurt a.M.

RA Dr. Karl Sidhu, LL.M., München

RA Eerke Pannenborg, LL.M., Dortmund

RA Marcus Traut, Wiesbaden / Würzburg

RA Raban Funk, Stolzenau

RAin Stefanie Schott, Darmstadt / Frankfurt a.M.

Beirat

Prof. Dr. Frank Schuster, Würzburg

Richter am OLG Prof. Dr. Matthias Jahn, Frankfurt (Berichterstatter)

Prof. Dr. Nina Nestler, Bayreuth

Priv.-Doz. Dr. habil. René Börner, Potsdam

I. Ausgangslage und Gesetzesbegründung

Die Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.03.2016 „über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren“¹ wäre bis zum 01.04.2018 in nationales Recht umzusetzen gewesen.

Das deutsche Recht entspreche den Vorgaben der Richtlinie bereits weitgehend, sodass nur drei Anpassungen der StPO im Bereich des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung erfolgen müssten:

1. Es fehle bisher in den Fällen zulässiger Abwesenheitsverhandlung nach § 231 Abs. 2 StPO an der gesetzlichen Verankerung einer Pflicht, darauf hinzuweisen, dass die Verhandlung in diesen Fällen in Abwesenheit des Angeklagten zu Ende geführt werden kann. Diese Hinweispflicht hinsichtlich der Folgen des Ausbleibens solle nunmehr eingeführt werden.
2. Es sei derzeit keine ausdrückliche Belehrung des Angeklagten über seine Rechte aus § 329 Abs. 7 StPO und § 356a StPO vorgesehen. Um das Recht auf eine neue Verhandlung im Sinne der Richtlinie wirksam durchzusetzen, bedürfe es einer solchen Belehrung.
3. Es bestehe Umsetzungsbedarf insoweit, als der inhaftierte Angeklagte nach § 350 Abs. 2 Satz 2 StPO derzeit kein Recht auf Anwesenheit in der Revisionshauptverhandlung hat. Gemäß § 350 Abs. 2 Satz 1 StPO kann der sich auf freiem Fuß befindliche Angeklagte in der Revisionshauptverhandlung erscheinen oder sich durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht vertreten lassen. Nach § 350 Abs. 2 Satz 2 StPO hat aber der Angeklagte, der inhaftiert ist, bislang keinen Anspruch auf Anwesenheit. Diese Ausnahme vom Anwesenheitsrecht des Angeklagten sei nicht durch die nach Art. 8 der Richtlinie zulässigen Ausnahmen gedeckt. Deshalb solle auch für den inhaftierten Angeklagten ein Recht auf Anwesenheit in der Revisionshauptverhandlung geschaffen werden.

¹ ABl. L 65 vom 11.03.2016, S. 1.

II. Stellungnahme zu den Änderungen im Rechtsmittelrecht

Die in der Richtlinie geregelten grundsätzlichen Rechte des Beschuldigten im Strafverfahren sind in Deutschland weitgehend umgesetzt.

Zutreffend stellt der Referentenentwurf fest, dass nur wenige Teilbereiche einer – im Übrigen: deutlich früher möglich gewesenen – Umsetzung bedürfen.

Zu 1.: Die erweiterte Hinweispflicht und deren Ausgestaltung in der Ladung sind sinnvoll und zweckmäßig.

Dem Änderungsvorschlag ist zuzustimmen.

Zu 2.: Der ausdrückliche Hinweis auf die Rechtslage bei Verstößen gegen die Gewährung rechtlichen Gehörs in § 329 Abs. 7 StPO-E und § 356a StPO-E ist sinnvoll und zweckmäßig.

Dem Änderungsvorschlag ist zuzustimmen.

Zu 3.: Auch dem inhaftierten Angeklagten ist ein Anwesenheitsrecht bei der Revisionshauptverhandlung zugestehen. Die Streichung von § 350 Abs. 2 Satz 2 StPO ist sinnvoll und zweckmäßig.

Dem Änderungsvorschlag ist insoweit zuzustimmen.

Soweit die Änderungsvorschläge in § 350 Abs. 1 Satz 2 StPO-E und § 350 Abs. 2 Satz 2 StPO-E darauf abzielen, dass ein Verteidiger in der Revisionshauptverhandlung nicht stets notwendig sein soll, ist dem zu widersprechen. Die bislang zur Begründung einer Abwesenheitsmöglichkeit des inhaftierten Angeklagten vorgebrachten Argumente² werden maßgeblich auf die folgende Erwägung des *Bundesverfassungsgerichts*³ gestützt:

„Da das RevGer. an die tatsächlichen Feststellungen und Würdigungen der Vorinstanz gebunden ist und eigene tatsächliche Feststellungen nicht treffen darf, kann es hier nur um die Erörterung von Rechtsfragen gehen. (...) Allerdings muß auch in dieser Hauptver-

² BeckOK-StPO/Wiedner, 29. Ed. Stand 01.01.2018, § 350 Rn. 9 m.w.N.

³ BVerfGE 54, 100 (116 f.) = NJW 1980, 1943 (1945).

handlung die Verteidigung des Angekl. gewährleistet sein. Nachdem der Bevollmächtigte des Bf. zu seinem Pflichtverteidiger in der Revisionsinstanz bestellt wurde und dieser in der Hauptverhandlung vor dem BGH die Verteidigung auch wahrnahm, war den Anforderungen an die Gewährung des rechtlichen Gehörs für den Bf. und auf ein faires Verfahren Genüge getan.“

Bereits die zugrunde liegende Beschreibung des Revisionsverfahrens in Strafsachen entspricht nicht mehr der heutigen Verfahrenswirklichkeit.

Die Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* datiert vom 16.04.1980, mithin aus einer Zeit, in der die sog. erweiterte Revision sich erst allmählich in der Verfahrensrealität durchzusetzen vermochte. Seither ist aber insbesondere die Beweiswürdigung über die sog. Darstellungsrüge von Amts wegen zu prüfender, alltäglicher Gegenstand der Erörterungen in der Revisionsinstanz geworden.⁴ Danach sind heute bestimmte sachliche Mindestanforderungen an das angefochtene Urteil zu stellen, um dem Revisionsgericht eine Prüfung der Rechtsfragen überhaupt erst zu ermöglichen. Hier geht es um die Überprüfung der Darstellung der Tatsachenbasis im tatrichterlichen Urteil, so dass sich insoweit nicht mehr nur von erörterungsbedürftigen „Rechtsfragen“ sprechen lässt. Dazu treten andere Erweiterungen mit evidentem Tatsachenbezug im Bereich der Strafzumessung, etwa die dem oben aufgeführten Zitat ebenfalls zeitlich nachfolgende Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts*,⁵ nach der es eine verfassungskonforme Auslegung des § 354 Abs. 1a StPO es gebieten kann, einer Entscheidung des Revisionsgerichts einen aktuellen Strafzumessungssachverhalt zugrunde zu legen. Dies hat sogar einen unmittelbaren Bezug zum Angeklagten, der über

⁴ Statt Vieler *Knauer*, NSTz 2016, 1 (3): „Die Revisionsgerichte gehen nunmehr davon aus, dass bei einer fehlenden Auseinandersetzung mit naheliegenden abweichenden Erklärungen, Geschehensabläufen und Sachverhaltsdarstellungen das tatrichterliche Urteil lückenhaft oder in der Darstellung widersprüchlich sein oder gegen die Denkgesetze verstoßen würde“. Stat. Angaben dazu bei *Barton*, FS Fezer, 2008, S. 333 (340 ff.).

⁵ *BVerfGE* 118, 212 (235): „Das Revisionsgericht kann sich aber auf andere Weise als durch eine förmliche Beweisaufnahme über die tatsächliche Grundlage seiner Strafzumessung ins Bild setzen“.

entsprechendem Vortrag zu seiner Lebensführung seit dem tatrichterlichen Urteil die Entscheidung des Revisionsgerichts zu seinen Gunsten zu beeinflussen vermag. Diese Beispiele für den stark gewachsenen Tatsachenbezug des Revisionsverfahrens ließen sich leicht mehren.

In Anbetracht des prozessual formalisierten Revisionsverfahrens, auch und gerade in der Hauptverhandlung, liegt die verpflichtende Mitwirkung eines Verteidigers damit mehr als nahe. Hat der Angeklagte keinen Wahlverteidiger, ist ihm bereits bei sachgerechter Auslegung des § 140 Abs. 2 StPO stets ein Verteidiger zu bestellen; dies gilt nicht nur für die Revisionsbegründung,⁶ sondern auch und gerade für die Hauptverhandlung in Revisionsstrafsachen. Nur so kann eine – letztlich auch verfahrensfördernde – Erörterung der entscheidungserheblichen Rechtsfragen und ihrer Tatsachenbasis (siehe oben) erfolgen. Wie sich aus § 349 Abs. 2 und 4 StPO ergibt, wird es bei Anberaumung einer Hauptverhandlung häufig an einer Einstimmigkeit im Strafsenat fehlen oder – nach ständiger Terminierungspraxis – eine eigentlich im Beschlussverfahren entscheidbare Revision der Staatsanwaltschaft zur Verhandlung anstehen,⁷ so dass eine rechtliche Erörterung mit einer klar akzentuierten Position der Verteidigung zwingend ist.

Auch die bisherige Rechtslage bzw. Rechtspraxis, zwar in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vor dem Oberlandesgericht oder dem Landgericht die Mitwirkung eines Verteidigers als notwendig zu erachten (§ 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO), eine entsprechende Beiordnung jedoch nicht auf die Revisionsverhandlung zu erstrecken,⁸ ist aus den vorgenannten Gründen zu ändern.

Der Änderungsvorschlag ist daher insoweit abzulehnen.

⁶ Löwe-Rosenberg/Lüderssen/Jahn, StPO, 27. Aufl. 2006, § 140 Rn. 117.

⁷ Vgl. dazu auch *BVerfGE* 112, 185 (203 f.); krit. Barton, in: Jahn/Nack (Hrsg.), *Strafprozessrechtspraxis und Rechtswissenschaft – getrennte Welten? Referate und Diskussionen auf dem 1. Karlsruher Strafrechtsdialog*, 2008, S. 77 (83).

⁸ Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. 2017, § 140 Rn. 9.

§ 350 Abs. 3 StPO-E sollte vielmehr die verpflichtende Beiordnung eines Verteidigers und dessen Ladung für den Fall der Anberaumung einer mündlichen Hauptverhandlung im Revisionsverfahren vorsehen, sofern sich kein Wahlverteidiger gemeldet hat.⁹

III. Zur „flankierenden“ Änderung des § 40 Abs. 3 StPO-E

Die „flankierende“ Änderung in § 40 Abs. 3 StPO-E ist bei Umsetzung der verpflichtenden Anwesenheit eines Verteidigers in der Revisionshauptverhandlung zum einen unnötig. Zum anderen wird nicht beachtet, dass inhaltliche Entscheidungen des Revisionsgerichts auch im Beschlussweg erfolgen können (vgl. § 349 StPO) und in der Rechtswirklichkeit in gut 75 % aller Fälle beim BGH (und den Oberlandesgerichten) auch tatsächlich erfolgen¹⁰ - anders als Entscheidungen des Berufungsgerichts (vgl. § 322 StPO). Es ist überdies nicht erkennbar, was dieser Vorschlag mit der Umsetzung der Richtlinie und der damit beabsichtigten Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung zu tun haben soll.

Der Änderungsvorschlag ist daher insoweit abzulehnen.

Berlin / Frankfurt a.M. / München, d. 18.05.2018

⁹ Der Vollständigkeit sei darauf hingewiesen, dass die Schlussfolgerung der Entwurfsbegründung, „(d)ie bisher vertretene Auffassung, die Bestellung eines Pflichtverteidigers ende vor der Revisionshauptverhandlung, (werde) sich nach der Streichung der Sonderregelung des § 350 Abs. 3 StPO und angesichts der systematischen Stellung des § 140 StPO nicht mehr halten lassen“ (S. 22), ein Beleg dafür ist, dass die Auffassung der bisher h.M., die Bestellung wirke nicht mehr für die Revisionshauptverhandlung, bereits *de lege lata* anfechtbar ist (siehe – als Vertreter der bisherigen Minderheitsansicht – zur Argumentation im Einzelnen Löwe-Rosenberg/Lüderssen/Jahn, *a.a.O.*, § 141 Rn. 30 m.w.N.).

¹⁰ Barton, GedS Weßlau, 2016, S. 33 (40).