



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 24 Juli 2018

#### Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung

##### Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski LL.M. (UPenn) (Berichterstatter)

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

##### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

##### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland    Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

##### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Juristinnenbund  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Strafverteidigervereinigungen  
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,  
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,  
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,  
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,  
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht,  
Kriminalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## **Stellungnahme**

Die Bundesrechtsanwaltskammer **begrüßt** die Initiative des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Umsetzung der Richtlinie 2016/343/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren (ABIEU Nr. L 65 v. 11.3.2016, S. 1, nachfolgend RL 2016/343/EU). Diese Stellungnahme konzentriert sich auf die Vorschläge zur Umsetzung der vorgenannten Richtlinie und lässt daher die weiteren, redaktionellen Änderungen der StPO und weiterer verwandter Gesetze außer Betracht, welche im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung in dessen Art. 1 Nr. 1, Nr. 5, Art. 2 und Art. 3 enthalten sind.

## I. Zur Richtlinie 2016/343/EU

Diese Richtlinie 2016/343/EU ist als Teil des sogenannten „Fahrplans zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren“ (ABIEU Nr. C 295 v. 4.12.2009, S. 1) entstanden. Sie dient unmittelbar dem Ziel, einen Mindeststandard an Verfahrensgarantien im gesamten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu verankern. Mittelbar soll hierdurch das gegenseitige Vertrauen in die Strafjustizsysteme der EU-Mitgliedstaaten gestärkt und so die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen gefördert werden.

Im Hinblick auf den Umsetzungsbedarf der RL 2016/343/EU in Deutschland ist zunächst daran zu erinnern, dass die Richtlinie nur einen kritikwürdig geringen Mindeststandard vorgibt.<sup>1</sup> Dazu trägt bei, dass sich diese – methodisch angreifbar – zu sehr an der Rechtsprechung des EGMR zu orientieren und diese zu kodifizieren sucht: Dem EGMR obliegt nämlich eine *ex post*-Kontrolle, welche die Gesamtheit des betreffenden nationalen Strafverfahrens zum Gegenstand hat. In dieser Perspektive lassen sich einzelne Rechtsverstöße noch dergestalt kompensieren, dass sich ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK verneinen lässt. Hingegen sollte sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber den Polizeibeamten, Staatsanwälten und Richtern einen eindeutigen Handlungsmaßstab vorgeben.<sup>2</sup>

## II. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung

Vor dem Hintergrund, dass die Richtlinie spätestens zum 1. April 2018 in nationales Recht umzusetzen war (Art. 14 Abs. 1 RL 2016/343/EU), ist es nachvollziehbar, dass sich der vorgelegte Referentenentwurf auf die somit eiligen und zwingend notwendige Anpassungen der StPO an den durch die Richtlinie formulierten Mindeststandard beschränkt. Er bietet dabei eine in weiten Teilen **überzeugende und begrüßenswerte Konzeption** zur Umsetzung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung, wie es europarechtlich nunmehr durch Art. 8 f. RL 2016/343/EU determiniert ist. Zur vollständigen Umsetzung dieses Gewährleistungsinhalts der RL 2016/343/EU ist zusätzlich § 247 Satz 2 StPO zu streichen. Die für die 19. Legislaturperiode angedachte umfassende Kodifikation der Beweisverwertungsverbote sollte dazu genutzt werden, die Gewährleistung der Selbstbelastungsfreiheit europarechtskonform zu stärken. Im Hinblick darauf, dass die Richtlinie bereits bis zum 1. April 2018 in nationales Recht umzusetzen war (Art. 14 Abs. 1 RL 2016/343/EU), sollte indes bereits jetzt auf Grundlage des um eine Streichung des § 247 Satz 2 StPO ergänzten Referentenentwurfs das weitere Gesetzgebungsverfahren beschleunigt durchgeführt und abgeschlossen werden.

---

<sup>1</sup> Ahlbrecht, StV 2016, 257 (261 ff.); Brodowski, ZIS 2017, 11 (18) sowie BRAK-Stellungnahme Nr. 24/2014, S. 4 ff.

<sup>2</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 24/2014, S. 3 f. zum Kommissionsvorschlag.

### 1. Recht auf Anwesenheit in der Verhandlung (Art. 8 f. RL 2016/343/EU)

Der Referentenentwurf konzentriert sich auf Anpassungen der StPO im Hinblick auf das in Art. 8 f. RL 2016/343/EU gewährleistete Recht auf Anwesenheit in der Verhandlung und flankierende Belehrungsvorschriften.

#### **a) Maßgaben der Richtlinie**

Nach der Konzeption des Art. 8 RL 2016/343/EU ist Verdächtigen und beschuldigten Personen stets das Recht einzuräumen, in einer sie betreffenden Verhandlung anwesend zu sein (Abs. 1). Hiervon sind von Europarechts wegen nur **wenige Ausnahmen** zugelassen, die jeweils eine gesetzliche Vorschrift im nationalen Recht voraussetzen:

- Dies betrifft zunächst den Ausschluss aus der Verhandlung, „wenn dies für die Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs des Strafverfahrens erforderlich ist“, wobei auch dann die Verteidigungsrechte zu wahren sind (Abs. 5).
- Europarechtlich unbedenklich sind auch schriftliche Verfahren oder Verfahrensabschnitte, soweit „das Recht auf ein faires Verfahren gewahrt bleibt“ (Abs. 6).
- Abwesenheitsverfahren *ohne* vorherige Unterrichtung (Art. 8 Abs. 4 RL 2016/343/EU) erfordern zwingend ein Recht auf eine umfassende neue Verhandlung gem. Art. 9 RL 2016/343/EU und sind mit guten Gründen in Deutschland weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* vorgesehen.

Art. 8 Abs. 2 RL 2016/343/EU stellt hingegen bei Licht besehen *keine* Ausnahme vom Recht auf Anwesenheit dar. Wie sich insbesondere aus ErwGr. 35 Satz 2, ErwGr. 36 bis 38 ergibt, betreffen Abwesenheitsverfahren nach Art. 8 Abs. 2 RL 2016/343/EU Fälle, „in denen Verdächtige und beschuldigte Personen [...] auf dieses Recht [...] verzichten“ und trotz rechtzeitiger Information über die Verhandlung und über die Folgen des Nichterscheinens entweder auf ihre Anwesenheits- und Mitwirkungsrechte (Art. 8 Abs. 2 lit. a RL 2016/343/EU) verzichten oder sich durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt vertreten lassen (Art. 8 Abs. 2 lit. b RL 2016/343/EU).

#### **b) Umsetzung**

Gravierender Umsetzungsbedarf im deutschen Strafverfahrensrecht besteht – nach den insoweit zutreffenden und zu begrüßenden Erwägungen des Referentenentwurfs – vor allem in Bezug auf die Revisionshauptverhandlung (§ 350 StPO, sogleich (1)) sowie bei den Belehrungspflichten über die Folgen des Nichterscheinens (2). Daneben ist **§ 247 Satz 2 StPO zu streichen**; jedenfalls mittelfristig ist an eine Streichung des § 232 StPO zu denken (3).

### (1) § 350 StPO-E – Art. 1 Nr. 7 RefE (Revisionshauptverhandlung)

Mit Art. 8 RL 2016/343/EU unvereinbar ist die derzeitige Ausgestaltung des § 350 StPO, die einem inhaftierten Beschuldigten keinen Anspruch auf Anwesenheit einräumt, obschon diese Gerichtsverhandlung unter Umständen für ihn letztinstanzlich feststellt, ob ihm für etliche Jahre die Freiheit entzogen bleibt. Diesen Mangel des geltenden Rechts behebt die vorgeschlagene Änderung des § 350 StPO. Gleiches gilt auch für eine Kodifikation der bisherigen Praxis, eine Terminsmitteilung an alle zur Anwesenheit berechtigten Verfahrensbeteiligten zu tätigen.

**(2) §§ 35a, 231, 329, 356a StPO-E – Art. 1 Nr. 12, Nr. 4, Nr. 6, Nr. 8 RefE (Belehrung); § 40 StPO-E – Art. 1 Nr. 3 RefE (öffentliche Zustellung)**

Um sich auf die Ausnahmeregelung der Art. 8 Abs. 2, Abs. 5 RL 2016/343/EU stützen zu können und Strafverfahren in sehr eng begrenztem Umfang auch in Abwesenheit des Angeklagten durchführen bzw. fortsetzen zu können, ist eine umfassende Belehrung über das Anwesenheitsrecht und über die Folgen des Ausbleibens unabdingbar und auch europarechtlich geboten. Daher sind die vorgeschlagenen Änderungen der §§ 35a, 231, 329, 356a StPO uneingeschränkt zu begrüßen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer verschließt sich nicht der vorgeschlagenen, europarechtlich indes nicht geforderten Ausweitung der öffentlichen Zustellung nach § 40 Abs. 3 StPO-E auf eine vom Angeklagten eingelegte Revision unter der Maßgabe, dass diese – wie bisher – nur als ultima ratio in Betracht kommt.

**(3) Weiterer Reformbedarf zur Gewährleistung des Rechts auf Anwesenheit**

§ 247 StPO – insbesondere dessen Satz 2 – sieht eine sehr weitreichende Einschränkung des Rechts auf Anwesenheit vor, zumal dies zugleich das Konfrontationsrecht des Beschuldigten (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) beschneidet. Da jedenfalls den Schutzziele, die Satz 2 verfolgt, auch durch eine audiovisuelle Vernehmung nach § 247a StPO Genüge getan werden kann, ist die Einschränkung des Rechts zur „Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs des Strafverfahrens“ in diesen Fällen nicht erforderlich. Daher ist § 247a StPO Vorrang vor § 247 Satz 2 StPO einzuräumen. Im Übrigen ist jedenfalls zu fordern, die Entfernung des Angeklagten nach § 247 StPO dadurch abzufedern, dass die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig wird (§§ 140, 141 Abs. 2 StPO).

Jedenfalls mittelfristig ist im Hinblick auf die umfassende Gewährleistung des Rechts auf Anwesenheit zudem zu erwägen, das praktisch nur wenig bedeutsame Abwesenheitsverfahren nach § 232 StPO angesichts der zumeist bestehenden und oftmals genutzten Möglichkeit der Überleitung ins Strafbefehlsverfahren (§ 408a StPO)<sup>3</sup> zu streichen.

**2. Recht auf Unschuldsvermutung (Art. 3 ff. RL 2016/343/EU)**

Der Referentenentwurf sieht keinen Umsetzungsbedarf im Hinblick auf die Ausprägungen des Rechts auf Unschuldsvermutung, wie sie in Art. 3 ff. RL 2016/343/EU kodifiziert sind. Gestützt wird dies beispielhaft bei der Unschuldsvermutung i.e.S. darauf, dass dieser „fundamentale Rechtsgrundsatz im Rechtsstaatsprinzip nach Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes [mit] Verfassungsrang“ verankert und zudem in Art. 6 Abs. 2 EMRK normiert sei (S. 10 f.). Ähnliche Erwägungen enthält der Referentenentwurf hinsichtlich der Beweislast (S. 13) und hinsichtlich der Aussage- und Selbstbelastungsfreiheit (S. 14). Um diese zentralen strafverfahrensrechtlichen Grundsätze stärker als bisher zu verdeutlichen, sollte zumindest mittelfristig erwogen werden, diese stärker als bisher im Normtext der StPO zu verankern.

Bedenken bestehen allerdings dahingehend, ob die in der Rechtsprechung des BGH entwickelte **Widerspruchslösung** (statt Zustimmungslösung) sowie die nur sehr begrenzt angenommenen **Fernwirkung** von Verstößen gegen die Selbstbelastungsfreiheit tatsächlich vollumfänglich mit Art. 7, 10 Abs. 2 RL 2016/343/EU vereinbar sind (so der RefE, S. 14 f.). Indes handelt es sich bei beiden Figuren um – nicht kodifizierte – Rechtsprechungslinien. Ferner hat die Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens ohnehin vorgeschlagen, eine **umfassende Kodifikation der**

<sup>3</sup> Siehe nur *Arnoldi*, in: MüKo-StPO, 2016, § 232 Rn. 2 m.w.N.

**Beweisverwertungsverbote** zu prüfen.<sup>4</sup> Im Lichte der dringend gebotenen Umsetzung der RL 2016/343/EU (vgl. Art. 14 Abs. 1 RL 2016/343/EU) verschließt sich die Bundesrechtsanwaltskammer daher nicht der Ausrichtung des Referentenentwurfs, der insoweit nicht gesetzgeberisch eingreifen will. Vielmehr sind bis zu einer umfassenden Kodifikation diese Fragen zunächst der Rechtsprechung – zukünftig auch derer des EuGH – zu überlassen und von diesen Korrekturen anzumahnen.

- - -

---

<sup>4</sup> BMJV, Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, S. 7 unter ausdrücklichem Verweis auf den Gesetzentwurf der Bundesrechtsanwaltskammer für die Einführung einer Zustimmungslösung als Alternative zu der von der Rechtsprechung entwickelten Widerspruchslösung bei zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Beweisverwertungsverböten, BRAK-Stellungnahme Nr. 17/2012.