

Unverteidigter Angeklagter

StPO §§ 338 Nr. 5, 4 Abs. 1, 140

Erklärt der nicht zum allgemeinen oder amtlichen Vertreter bestellte erschienene Rechtsanwalt, er sei als »Vertreter« des beigeordneten Verteidigers erschienen, könne aber nicht als Verteidiger des Angeklagten auftreten, da er mit dem Verfahrensstoff nicht vertraut sei, liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO auch dann vor, wenn lediglich über die Abtrennung des Verfahrens verhandelt und entschieden wird.

BGH, Beschl. v. 13.04.2010 – 3 StR 24/10 (LG Hildesheim)

Aus den Gründen: [1] Das LG hat den Angekl. [u.a.] wegen Betrugs in 19 Fällen (...), zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. und 9 M. verurteilt. Ferner hat es ein Notebook des Angekl. eingezogen. Mit der hiergegen gerichteten Revision rügt der Angekl. die Verletzung materiellen Rechts und beanstandet das Verfahren. Das Rechtsmittel hat mit der Rüge vorschriftswidriger Abwesenheit eines notwendigen Verteidigers in der Hauptverhandlung Erfolg. (...) I.

[2] Der Bf. beanstandet zu Recht, daß ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung in Abwesenheit eines notwendigen Verteidigers stattgefunden hat (§ 338 Nr. 5 StPO).

[3] 1. Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

[4] Am 10.10.2008 bestellte der Vors. der StrK die RAe A. und S. zu Verteidigern des Angekl. In der nachfolgenden Hauptverhandlung gegen den Angekl. und den Mitangekl. Ar. bestimmte das LG für die Schlußvorträge der Verteidiger Fortsetzungstermin auf den 09.06.2009. In diesem Termin blieb sowohl RA A. als auch RA S. aus. Stattdessen erschien RA Sch. und erklärte, er komme als »Vertreter« für den erkrankten RA A., könne aber nicht als Verteidiger des Angekl. auftreten, da er mit dem Verfahrensstoff nicht vertraut sei. Auf Anregung des Verteidigers des Mitangekl. beschloß das LG hierauf die Abtrennung des Verfahrens gegen den Angekl. und bestimmte insoweit Fortsetzungstermin auf den 22.06.2009. Der Hauptverhandlung gegen den Mitangekl. gab es sodann mit dem Schlußvortrag des Verteidigers und der Verkündung des Urteils Fortgang.

[5] 2. Die Rüge hat Erfolg, denn während der Verhandlung und Entscheidung über die Verfahrenstrennung war entgegen § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO kein Verteidiger des Angekl. anwesend.

[6] a) RA Sch. war nicht der Verteidiger des Angekl. Zum allgemeinen Vertreter von RA A. war er weder amtlich (§ 53 Abs. 2 S. 3 BRAO) noch – wie sich aus der eingeholten Erklärung von RA A. zur Überzeugung des *Senats* ergibt – durch diesen selbst bestellt (§ 53 Abs. 2 S. 1 oder 2 BRAO). Eine »Untervollmacht« für die Verteidigung des Angekl. konnte RA A. nicht erteilen, denn die Bestellung zum Verteidiger blieb auf seine Person beschränkt (*Meyer-Göfner*, StPO 52. Aufl. § 142 Rn. 15). Da RA Sch. nach dem unwidersprochen gebliebenen Revisionsvorbringen die Übernahme der Verteidigung abgelehnt hat, konnte der Angekl. ihn auch nicht ausdrücklich oder stillschweigend zum Verteidiger wählen (*Meyer-Göfner* a.a.O. vor § 137 Rn. 4).

[7] b) Allerdings liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nur vor, wenn die Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung abwesend war. Bei der Verhandlung und Entscheidung über die Verfahrenstrennung war dies indes der Fall, denn es ist nicht bereits denkgesetzlich ausgeschlos-

sen, daß das Urteil gegen den Angekl. auf der Abwesenheit eines Verteidigers während dieses Verfahrensabschnitts beruht (vgl. *Meyer-Göfner* a.a.O. § 338 Rn. 36; *BGH* NStZ 2006, 713 [= StV 2007, 20]).

[8] aa) Werden Strafsachen gegen mehrere Angekl., die wegen eines sachlichen Zusammenhangs miteinander verbunden waren (§§ 2, 3 StPO), wieder getrennt, so führt dies zu einer grundlegenden Veränderung des prozessualen Verhältnisses der Angekl. zueinander. Die Trennung kann den weiteren Gang der Untersuchung beeinflussen und die Verteidigung beschränken, denn ihre Wirkung erschöpft sich nicht allein darin, daß ein bisheriger Mitangekl. die verfahrensrechtliche Stellung eines Zeugen erhält. Sie kann auch die Möglichkeiten des Gerichts und des Angekl. beeinträchtigen, sich mit Abweichungen oder Übereinstimmungen in den wechselseitigen Einlassungen unmittelbar auseinanderzusetzen. Dem entspricht es, daß eine Verfahrenstrennung im Einzelfall die Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO verletzen kann (*Meyer-Göfner* a.a.O. § 2 Rn. 14). Aus demselben Grund sind auch der Schlußvortrag des Verteidigers eines Mitangekl. und dessen letztes Wort grundsätzlich wesentliche Teile der Hauptverhandlung (vgl. *BGHSt* 32, 270 [= StV 1984, 185]; *BGH* NStZ 1983, 34). Der denkbare Ausnahmefall, daß es an jeglichem Bezug der den Mitangekl. (noch) angelasteten Taten zueinander fehlt, liegt hier nicht vor, denn dem Mitangekl. lagen vier Fälle der Urkundenfälschung zur Last, zu denen dem Angekl. Anstiftung vorgeworfen wurde (vgl. Taten 9, 13 und 14 der Urteilsgründe).

[9] Die Verfahrenstrennung steht nach § 4 Abs. 1 StPO im Ermessen des Gerichts. Damit bleibt die Möglichkeit, daß der Angekl., wäre er verteidigt gewesen, der Verfahrenstrennung widersprochen und das LG zu einer anderen Entscheidung bewogen hätte.

[10] bb) Daß das LG die Trennung auch außerhalb der Hauptverhandlung hätte beschließen können, führt zu keinem anderen Ergebnis, denn darin läge eine andere Gestaltung des Verfahrens mit eigenständigen prozessualen Regelungen zur Wahrung der Rechte der Verteidigung. So wäre eine dem Angekl. gegen die Trennung abweichend von § 305 StPO eröffnete Beschwerde (*Meyer-Göfner* a.a.O. Rn. 13) nicht durch den unmittelbaren Fortgang der Hauptverhandlung gegen den Mitangekl. gegenstandslos geworden. Hier hat das LG den Weg der Entscheidung in der Hauptverhandlung gewählt; das Verfahren muß sich deshalb an den dafür geltenden Vorschriften messen lassen. Zwar ist in der Rspr. des *BGH* anerkannt, daß die Nichtbeachtung der Vorschriften über die Öffentlichkeit bei Verfahrensvorgängen, die auch außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden können, nicht zum absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO führt. Solche Vorgänge sind jedoch vom Schutzbereich des Öffentlichkeitsgrundsatzes von vornherein nicht erfaßt, so daß es bereits an einer Rechtsverletzung fehlt (*BGH* NStZ 2002, 106, 107; *NJW* 2003, 2761 [= StV 2003, 650]; 2004, 865, 867 [= StV 2004, 353]). Für den hier in Frage stehenden Verstoß gegen § 338 Nr. 5 StPO lassen sich daraus keine Schlüsse ziehen, denn das Recht des Angekl. auf wirksame Verteidigung besteht auch bei einer Entscheidung außerhalb der Hauptverhandlung fort. (...)