

# Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO Band VI: §§ 296-332 StPO

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Jürgen Wolter

5. Auflage 2016. Buch. 924 S. Hardcover  
ISBN 978 3 452 28077 0

[Recht > Strafrecht > Strafverfahrensrecht, Opferschutz](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Albrecht/Degener/Deiters/Frisch/Frister/  
Greco/Jäger/Meyer/Paeffgen/Rogall/Velten/  
Weißer/Weßlau †/Wohlers/Wolter

# SK-StPO

Systematischer Kommentar  
zur Strafprozessordnung  
Mit GVG und EMRK

Herausgegeben von  
Jürgen Wolter

**Band VI**  
§§ 296–332 StPO

**5., neu bearbeitete Auflage**

des von Hans-Joachim Rudolphi † und Ellen Schlüchter †  
mit Wolfgang Frisch, Klaus Rogall und Jürgen Wolter  
begründeten Werkes

**Leseprobe**

Carl Heymanns Verlag 2016

Leseprobe

## § 329 Ausbleiben des Angeklagten; Vertretung in der Berufungshauptverhandlung

(1) <sup>1</sup>Ist bei Beginn eines Hauptverhandlungstermins weder der Angeklagte noch ein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht erschienen und das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt, so hat das Gericht eine Berufung des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen. <sup>2</sup>Ebenso ist zu verfahren, wenn die Fortführung der Hauptverhandlung in dem Termin dadurch verhindert wird, dass

1. sich der Verteidiger ohne genügende Entschuldigung entfernt hat und eine Abwesenheit des Angeklagten nicht genügend entschuldigt ist oder der Verteidiger den ohne genügende Entschuldigung nicht anwesenden Angeklagten nicht weiter vertritt,
2. sich der Angeklagte ohne genügende Entschuldigung entfernt hat und kein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht anwesend ist oder
3. sich der Angeklagte vorsätzlich und schuldhaft in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt hat und kein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht anwesend ist. <sup>3</sup>Über eine Verwerfung wegen Verhandlungsunfähigkeit nach diesem Absatz entscheidet das Gericht nach Anhörung eines Arztes als Sachverständigen. <sup>4</sup>Die Sätze 1 bis 3 finden keine Anwendung, wenn das Berufungsgericht erneut verhandelt, nachdem die Sache vom Revisionsgericht zurückverwiesen worden ist.

(2) <sup>1</sup>Soweit die Anwesenheit des Angeklagten nicht erforderlich ist, findet die Hauptverhandlung auch ohne ihn statt, wenn er durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht vertreten wird oder seine Abwesenheit im Fall der Verhandlung auf eine Berufung der Staatsanwaltschaft nicht genügend entschuldigt ist. <sup>2</sup>§ 231b bleibt unberührt.

(3) Kann die Hauptverhandlung auf eine Berufung der Staatsanwaltschaft hin nicht ohne den Angeklagten abgeschlossen werden oder ist eine Verwerfung der Berufung nach Absatz 1 Satz 4 nicht zulässig, ist die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten anzuordnen, soweit dies zur Durchführung der Hauptverhandlung geboten ist.

(4) <sup>1</sup>Ist die Anwesenheit des Angeklagten in der auf seine Berufung hin durchgeführten Hauptverhandlung trotz der Vertretung durch einen Verteidiger erforderlich, hat das Gericht den Angeklagten zur Fortsetzung der Hauptverhandlung zu laden und sein persönliches Erscheinen anzuordnen. <sup>2</sup>Erscheint der Angeklagte zu diesem Fortsetzungstermin ohne genügende Entschuldigung nicht und bleibt seine Anwesenheit weiterhin erforderlich, hat das Gericht die Berufung zu verwerfen. <sup>3</sup>Über die Möglichkeit der Verwerfung ist der Angeklagte mit der Ladung zu belehren.

(5) <sup>1</sup>Wurde auf eine Berufung der Staatsanwaltschaft hin nach Absatz 2 verfahren, ohne dass ein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht anwesend war, hat der Vorsitzende, solange mit der Verkündung des Urteils noch nicht begonnen worden ist, einen erscheinenden Angeklagten oder Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht von dem wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was in seiner Abwesenheit verhandelt worden ist. <sup>2</sup>Eine Berufung der Staatsanwaltschaft kann in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 und 2 auch ohne Zustimmung des Angeklagten zurückgenommen werden, es sei denn, dass die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 4 vorliegen.

(6) Ist die Verurteilung wegen einzelner von mehreren Taten weggefallen, so ist bei der Verwerfung der Berufung der Inhalt des aufrechterhaltenen Urteils klarzustellen; die erkannten Strafen können vom Berufungsgericht auf eine neue Gesamtstrafe zurückgeführt werden.

(7) Der Angeklagte kann binnen einer Woche nach der Zustellung des Urteils die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter den in den §§ 44 und 45 bezeichneten Voraussetzungen beanspruchen.

Übersicht:	Rdn.		Rdn.
<b>A. Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt, Normzweck, Problematik und Legitimation der Vorschrift</b> . . . . .	1	4. Zustellung des Verwerfungsurteils. . . . .	46
I. (Neuere) Entstehungsgeschichte und Regelungsgehalt . . . . .	1	<b>C. Sonstige Fälle der Verwerfung der Berufung des nicht durch einen Verteidiger vertretenen Angeklagten (Absatz 1 S. 2 Nr. 2 und 3)</b> . . . .	46a
II. Normzweck, Problematik und Legitimation der Vorschrift . . . . .	2	I. Verwerfung wegen Sichertfernens des Angeklagten ohne genügende Entschuldigung (Absatz 1 S. 2 Nr. 2) . . . .	46b
<b>B. Verwerfung der Berufung des nicht durch einen Verteidiger vertretenen Angeklagten wegen nicht genügend entschuldigtes Ausbleibens (Absatz 1 S. 1)</b> . . . . .	4	II. Verwerfung wegen vorsätzlicher und schuldhafter Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit seitens des Angeklagten (Absatz 1 S. 2 Nr. 3) . . . . .	46c
I. Ausbleiben des Angeklagten bei Beginn eines Hauptverhandlungstermins . . . . .	5	III. Der Verwerfung entgegenstehende Sachverhalte – Das Verwerfungsurteil . . . .	46i
1. Bei Beginn eines Hauptverhandlungstermins . . . . .	5	<b>D. Berufung der Staatsanwaltschaft (Absatz 2 S. 1 Alt. 2, Abs. 3)</b> . . . . .	47
2. Ausbleiben . . . . .	7	I. Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten (Absatz 2 S. 1 Alt. 2) – Verfahren bei erforderlicher Anwesenheit . . . . .	47
3. Entbindung von der Erscheinungspflicht . . . . .	10	II. Rücknahme der Berufung (Absatz 5 S. 2) . . . . .	50
4. Fehlende Vertretung des Angeklagten . . . . .	12	<b>E. Behandlung der Berufung des nicht erschienenen Angeklagten, für den ein Verteidiger erschienen ist</b> . . . . .	51a
II. Ordnungsgemäße Ladung des Angeklagten . . . . .	15	I. Unzulässigkeit der sofortigen Verwerfung der Berufung. . . . .	51a
III. Nicht genügend entschuldigtes Ausbleiben . . . . .	18	II. Durchführung der Hauptverhandlung bei alleiniger Anwesenheit des Verteidigers (Absatz 2 S. 1). . . . .	51b
1. Maßgeblichkeit der wirklichen Sachlage im Rahmen der Erkennbarkeit. . . . .	18	III. Verfahren bei notwendiger persönlicher Anwesenheit des Angeklagten – Folgen des Nichterscheins des Angeklagten (Absatz 4) . . . . .	51c
2. Grundsätzliche Begriffsbestimmung – Maßgebende Gesichtspunkte . . . . .	20	1. Sachverhalte notwendiger persönlicher Anwesenheit des Angeklagten . . . . .	51c
3. Einzelfälle. . . . .	22a	2. Anordnung des persönlichen Erscheinens und Verwerfung der Berufung bei unentschuldigtem Nichterscheinen . . . . .	51d
4. Kausalität des Entschuldigungssachverhalts für das Nichterscheinen . . . . .	30	IV. Verwerfung der Berufung wegen Sichertfernens des Verteidigers oder Beendigung des Vertretungsverhältnisses (Absatz 1 S. 2 Nr. 1) . . . . .	51f
5. Gerichtliche Prüfungspflicht . . . . .	31	1. Grundsätze – Gemeinsame Voraussetzungen der Verwerfung . . . . .	51f
IV. Angeklagter in Haft . . . . .	36	2. Verwerfung wegen Sichertfernens des Verteidigers ohne genügende Entschuldigung. . . . .	51g
V. Der Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 entgegenstehende und nicht entgegenstehende Sachverhalte. . . . .	38	3. Verwerfung wegen Beendigung des Vertretungsverhältnisses . . . . .	51h
1. Unzulässigkeit der Berufung – Verfahrenshindernisse . . . . .	38	4. Nicht hinreichend entschuldigtes Ausbleiben des Angeklagten . . . . .	51j
2. Keine Verwerfung bei Verhandlung nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht (Absatz 1 S. 4). . . . .	40		
3. Nicht entgegenstehende Sachverhalte . . . . .	41		
VI. Das Verwerfungsurteil. . . . .	42		
1. Grundsätzliches. . . . .	42		
2. Anforderungen an die Begründung . . . . .	43		
3. Verwerfung bei Wegfall der Verurteilung wegen einzelner Taten (Absatz 1 S. 3). . . . .	44		

V. Abschließende Entscheidungen – Rechtsmittel . . . . .	51k	IV. Entscheidung über die Wiedereinset- zung – Rechtsmittel. . . . .	64
<b>F. Berufung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft . . . . .</b>	<b>52</b>	<b>I. Revision . . . . .</b>	<b>67</b>
<b>G. Erzwingung der Anwesenheit des Angeklagten (Absatz 3) . . . . .</b>	<b>54</b>	I. Zulässigkeit und Zulässigkeits- schränkungen . . . . .	67
<b>H. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Absatz 3) . . . . .</b>	<b>56</b>	II. Verfahrensrüge und Sachrüge . . . . .	68
I. Wiedereinsetzung und Revision . . . . .	56	III. Verfahrensrüge und Umfang der Prüfung durch das Revisionsgericht . . . . .	72
II. Wiedereinsetzung – Frist . . . . .	58	IV. Die Entscheidung des Revisionsge- richts und ihre Folgen . . . . .	76
III. Wiedereinsetzungsgründe . . . . .	60		

#### Literatur:

*Asf* Vom Recht auf Verteidigung zum Recht auf Vertretung?, JZ 2013, 780; *Bartel* Der Gesetzgeber zwischen Skylla und Charybdis, DRiZ 2015, 176; *Barth* Verwerfung der Berufung nach § 329 StPO, NJW 1958, 373; *Beukelmann* Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten, NJW spezial 2014, 376; *Bick* Die Anfechtung von Verwerfungsurteilen nach § 329 I StPO und § 74 II OWiG, StV 1987, 273; *Bloy* Die Ausgestaltung der Rechtsmittel im Strafprozeßrecht, JuS 1986, 585; *Böhm* Die strafrechtliche Abwesenheitsverhandlung im Berufungsverfahren, NJW 2015, 3132; *R. Börner* Das Verwerfungsverbot aus § 329 Abs. 1 S. 1 StPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit c EMRK in der Revision, HRRS 2014, 132; *Böse* Art. 6 Abs. 3 lit c EMRK und die Verteidigung des abwesenden Angeklagten in der Berufung, FS Paeffgen, 2015, S. 567; *Busch* Begründung, Anfechtung und Revisibilität der Verwerfungsurteile der §§ 329 I und 412 I StPO, JZ 1963, 457; *Deutscher* Zur Neufassung des § 329 StPO, StRR 2015, 284; *Dittmar* Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Terminversäumnis des nicht wirksam geladenen Angeklagten, NJW 1982, 209; *Engel* Die Berufungsverwerfung aufgrund Säumnis des Angeklagten im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EGMR sowie des OLG München, ZJS 2013, 339; *Esser* (Nichts) Neues aus Straßburg – effektive Verteidigung bei Nichterscheinen des Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz (§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO), StV 2013, 331; *Frisch* Verwerfung der Berufung ohne Sachverhandlung und Recht auf Verteidigung. Zur Änderung des § 329 StPO, NStZ 2015, 69; *ders.* Zum Recht des abwesenden Angeklagten auf Verteidigung, insbesondere in der Berufungsinstanz, FS Paeffgen, 2015, S. 589; *Fromm* Überblick über neue Entscheidungen zum Entbinden des Betroffenen von der Erscheinungspflicht in der Hauptverhandlung, §§ 73 II, 74 I OWiG, DAR 2013, 368; *Gerst* Die Konventionsgarantie des Art. 6 III c und die Abwesenheitsverwerfung gemäß § 329 I 1 StPO – ein kleiner Schritt für Straßburg, ein zu großer für Deutschland?, NStZ 2013, 310; *Gollwitzer* Gerechtigkeit und Prozeßwirtschaftlichkeit, FS Kleinknecht, 1985, S. 147; *Hohendorf* Zur Revisibilität des Merkmals »genügende Entschuldigung« in § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO, GA 1979, 414; *Hüls/Reichling* Der abwesende Angeklagte in der (Berufungs-)Hauptverhandlung nach der EGMR-Entscheidung *Neziraj vs. Deutschland*, StV 2014, 242; *Kaiser* Betrunkene Beschuldigte und Zeugen im Strafverfahren, NJW 1968, 185; *ders.* Zur Wartepflicht des Gerichts bei Unpünktlichkeit von Beteiligten in Straf- und Berufungssachen, NJW 1977, 1955; *Kratz* Einige Überlegungen zur Nachprüfbarkeit des Merkmals »nicht genügend entschuldigtes Ausbleiben« aufgrund einer allein auf die Sachrüge gestützten Revision gegen ein Verwerfungsurteil nach § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO, in: Jung/Müller-Dietz (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens, 1989, S. 107; *Kudlich* Aktuelle Probleme der strafprozessualen Berufung, JA 2000, 588; *Küper* Zur Entbindung von der Erscheinungspflicht (§ 233 StPO) in der Berufungsinstanz, JR 1971, 325; *ders.* Berufungsverwerfung nach § 329 I StPO wegen Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten? – BGHSt 23, 231, JuS 1972, 127; *ders.* Befreiungsantrag nach § 233 Abs. 1 StPO und strafprozessuales »Versäumnisurteil«, NJW 1974, 1927; *ders.* Zur Auslegung des § 329 I 2 StPO, NJW 1977, 1275; *ders.* »Bagatellsachen«: Abwesenheitsverhandlung (§ 232 Abs. 1 S. 1 StPO), Vertretungsbefugnis (§ 234 StPO), Anordnung persönlichen Erscheinens (§ 236 StPO) und Verwerfung der Berufung (§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO), FS Wolter, 2013, S. 1019; *Laube* Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder Revision?, NJW 1974, 1365; *Meyer-Göfner* Verwerfung der Berufung wegen Ausbleibens des Angeklagten bei Fehlen von Prozeßvoraussetzungen, NJW 1978, 528; *ders.* Das von der Vorinstanz übersehene Fehlen einer Prozeßvoraussetzung, NJW 1979, 201; *ders.* Über das Zusammentreffen verschiedener Rechtsmittel, FS Gössel, 2002, S. 643; *ders.* Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Rechtsmittel, FS Hamm, 2008, S. 443; *ders.* Sachliche Unzuständigkeit und Verschlechterungsverbot, FS Volk, 2009, S. 455; *Meyer-Mews* Die Völkerrechts- und Konventionswidrigkeit des Verwerfungsurteils gem. § 329 I 1 StPO, NJW 2002, 1928; *Michel* Der Haftbefehl in der Berufungsinstanz, MDR 1991, 933; *Mosbacher* Straßburg locuta – § 329 I StPO finita?, NStZ 2013, 312; *Nöldeke* Zur Vereinfachung des Rechtsschutzes gegen die Verwerfungsurteile nach §§ 329 Abs. 1 und 412 StPO, GS K. Meyer, 1990, S. 295; *Nowak* Die Zulässigkeit der öffentlichen Zustellung im Sinne von § 40 Abs. 3 StPO im Jugendstrafverfahren, JR 2008, 234; *Preiser* Der Umfang der Prüfung des

Revisionsgerichts nach § 329 Abs. 1 StPO, GA 1965, 366; *Püschel/Sommer* Der Anwalt als Compliance-Officer im Strafprozess, AnwBl 2013, 168; *Rieß* Unentschuldigtes Ausbleiben des Angeklagten, Privatklägers oder Nebenklägers in der Berufungshauptverhandlung, NStZ 2000, 120; *Sax* Zur Frage der Zulässigkeit der sofortigen Verwerfung der Berufung (§ 329 Abs. 1 StPO) bei Ausbleiben des Angeklagten in einer späteren Hauptverhandlung, JR 1967, 41; *Schäfer* Das Berufungsverfahren in Jugendsachen, NStZ 1998, 330; *H.-W. Schmidt* Säumnis des Angeklagten, wenn der Staatsanwalt Berufung eingelegt hat, NJW 1957, 1389; *ders.* Verwerfung der Berufung des Angeklagten nach § 329 Abs. 1 StPO, SchlHA 1963, 262; *Schroeder* Revision der Staatsanwaltschaft bei Verwerfung der Berufung des nichterschiedenen Angeklagten, NJW 1973, 308; *Sieg* Nicht-Erscheinen des Angeklagten im Berufungsverfahren als Verwerfungsgrund, NJW 1978, 1845; *Sommer* Gespenstergeschichten, StV 2016, 55; *Spitzer* Das Recht des Angeklagten auf Vertretung in der Berufungshauptverhandlung, StV 2016, 48; *Ungewitter* Verwerfung der Berufung beim Ausbleiben des Angeklagten in einem späteren Termin?, NJW 1962, 2144; *Warda* Hauptverhandlung mit dem verhandlungsunfähigen, aber verhandlungswilligen Angeklagten?, FS Bruns, 1978, S. 415; *Weidemann* Verfahrens- und Sachzüge gegen Prozeßurteile, GS Schlüchter, 2002, S. 653; *Weigend* »Das erledigt mein Anwalt für mich«. – Hat der Angeklagte ein Recht auf Vertretung in der Hauptverhandlung?, FS Kühl, 2014, S. 947; *Wéßlau* Kann das Revisionsgericht an tatrichterliche Feststellungen zum eigenmächtigen Ausbleiben gebunden sein?, StV 2014, 236; *Widmaier* Die Verzichtsfiktion des § 342 Abs. 3 StPO – ehrwürdig, aber sinnlos und verfassungswidrig?, FS Rieß, 2002, S. 621; *Wöhlers* Der Strafverteidiger: Rechtsbeistand oder (auch) Vertreter des Beschuldigten?, FS Paeffgen, 2015, S. 621; *Zehetgruber* Zur Unvereinbarkeit von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO mit der EMRK. Zugleich eine Besprechung des OLG München vom 17. Januar 2013 – 4 StRR (A) 18/12, HRRS 2013, 397.

## A. Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt, Normzweck, Problematik und Legitimation der Vorschrift

### I. (Neuere) Entstehungsgeschichte und Regelungsgehalt

Die Vorschrift regelt das gerichtliche Verfahren, wenn der Angeklagte auf seine Berufung oder auf die Berufung der Staatsanwaltschaft hin unentschuldig ausbleibt; sie hat durch das »Gesetz« zur Stärkung der Rechte des Angeklagten auf Vertretung in der Berufungshauptverhandlung« vom 17. Juli 2015 eine tiefgreifende Umgestaltung erfahren.<sup>1</sup> Nach § 329 a.F.<sup>2</sup> war die Berufung des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen, wenn er zu Beginn der Hauptverhandlung nicht erschienen und sein Ausbleiben nicht genügend entschuldigt war (Absatz 1 S. 1 a.F.); auf eine Berufung der Staatsanwaltschaft hin konnte in einem solchen Fall ohne den Angeklagten verhandelt werden (Absatz 2 S. 1 a.F.) oder dieser vorgeführt werden (Absatz 4 S. 1 a.F.). Die Berufung des Angeklagten war bei dessen unentschuldigtem Ausbleiben auch dann ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen, wenn für den Angeklagten ein zur Verhandlung bereiter Verteidiger erschienen war, sofern nicht einer der (sehr begrenzten) Sachverhalte einer nach der StPO (gesetzlich) zulässigen Vertretung<sup>3</sup> vorlag.<sup>4</sup> Diese gesetzliche Lösung und die darauf beruhende Pra-

1 Vollständiger Titel: Gesetz zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Vertretung in der Hauptverhandlung und über die Anerkennung von Abwesenheitsentscheidungen in der Rechtshilfe, v. 17.07.2015, BGBl I, S. 1332. – Zur Nichtanwendbarkeit des Gesetzes auf vor dem Inkrafttreten des Gesetzes (25.07.2015) in der Berufungsinstanz bereits abgeschlossene Sachverhalte vgl. KG, Beschl. v. 16.09.2015, (2) 121 Ss 141/15 (51/15), bei Juris Ls. und Rn. 6; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 11.

2 Siehe dazu und zum Folgenden SK-StPO<sup>4</sup>/*Frisch* § 329 Rn. 1 ff., insb. Rn. 1–3, 4, 47 f.

3 Zu den Fällen einer nach § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. zulässigen Vertretung vgl. SK-StPO<sup>4</sup>/*Frisch* § 329 Rn. 12–14.

4 Zur Praxis der Verwerfung bei Erscheinen eines Verteidigers, aber Nichtvorliegen der (materiellen oder formellen) Voraussetzungen zulässiger Vertretung vgl. etwa OLG Oldenburg NStZ 1999, 156 sowie die eingeh. Nachw. bei SK-StPO<sup>4</sup>/*Frisch* § 329 Rn. 12 und 13; aus der Zeit nach Abschluss der Kommentierung der 4. Aufl. z.B. noch OLG Brandenburg StraFo 2015, 70; OLG Braunschweig, Beschl. v. 19.03.2014, 1 Ss 15/14 bei Juris; OLG Bremen StV 2014, 211 (212); OLG Celle NStZ 2013, 615 (616); OLG Düsseldorf StV 2013, 299; OLG Hamburg, Beschl. v. 10.06.2013, 2 Ss 11/13, bei Juris Ls. 2 und Rn. 13; OLG Hamburg, Beschl. v. 03.12.2013, 1 – 25/13 REV bei Juris Rn. 8 ff. = OLGSt StPO § 329 Nr. 36; KG, Beschl. v. 16.09.2015, (2) 121 Ss 141/15 (51/15), bei Juris Ls. und Rn. 12; OLG München NStZ 2013, 358 f.; OLG Thüringen, Beschl. v. 07.08.2013, 1 Ss 55/13 (180) bei Juris Rn. 11 f.

xis waren zwar von der Rechtsprechung des BVerfG, der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung und der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur als mit der Verfassung (insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip und dem Prinzip rechtlichen Gehörs) und der EMRK (insbesondere deren Art. 6) vereinbar erachtet worden.<sup>5</sup> Sie stießen indessen auf Kritik beim EGMR,<sup>6</sup> der ein solches Verfahren in einer vielbeachteten und kontrovers beurteilten Entscheidung für konventionswidrig erklärte. Nach seiner Auffassung verstößt es gegen das in Art. 6 Abs. 6 lit. c verankerte Recht des Angeklagten, sich durch einen Verteidiger vertreten zu lassen, wenn die Berufung des zu Beginn der Verhandlung ohne hinreichende Entschuldigung ausgebliebenen Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache verworfen wird, obwohl für ihn ein zur Verhandlung bereiter Verteidiger erschienen ist.<sup>7</sup> Die **Neufassung** des § 329 versucht das Gesetz an den Inhalt der Entscheidung des EGMR **anzupassen**,<sup>8</sup> nachdem die Judikatur sich ganz überwiegend außerstande gesehen hatte, der Rechtsprechung des EGMR auf der Grundlage des Gesetzestextes des § 329 a.F. Rechnung zu tragen.<sup>9</sup> Freilich greifen die gesetzlichen Änderungen über den durch die Entscheidung des EGMR entstandenen Änderungsbedarf erheblich hinaus (siehe unten Rdn. 4).<sup>10</sup>

- 1a** Die Änderungen der Vorschrift betreffen vor allem die Behandlung der vom Angeklagten (oder von seinem Verteidiger für ihn) eingelegten Berufung. Hinsichtlich der **Berufung der Staatsanwaltschaft** ist zwar der Gesetzestext ebenfalls erheblich umgestaltet worden (und hat an Übersichtlichkeit verloren – nicht zuletzt durch die annexartige Verknüpfung der staatsanwaltschaftlichen Berufung mit der Berufung des nicht anwesenden Angeklagten, für den ein Verteidiger erschienen ist [Absatz 2 S. 1]). Sachlich ist es hier jedoch (wie nach § 329 Abs. 2 S. 1 a.F.) dabei geblieben, dass über die Berufung der Staatsanwaltschaft bei für die Verhandlung nicht erforderlicher Anwesenheit des Angeklagten ohne diesen verhandelt werden kann (Absatz 2 S. 1 n.F.); ist seine Anwesenheit für den Abschluss der Hauptverhandlung über die staatsanwaltschaftliche Berufung erforderlich, so ist seine Vorführung oder Verhaftung anzuordnen (Absatz 3 Alt. 1). Die Möglichkeit einer Rücknahme der Berufung der Staatsanwaltschaft ohne Zustimmung des Angeklagten, die früher in § 329 Abs. 2 S. 2 vorgesehen war, ist nunmehr inhaltlich übereinstimmend in Absatz 5 S. 2 geregelt; Absatz 5 S. 1 enthält eine in § 329 a.F. nicht enthaltene Sondervorschrift, die für den Fall, dass vor der Verkündung des Urteils der Angeklagte oder für ihn ein Verteidiger erscheint, deren Unterrichtung über das in Abwesenheit des Angeklagten Verhandelte vorschreibt.

5 Vgl. BVerfG StraFo 2007, 190 (192); für die revisionsgerichtliche Praxis die Nachw. in der vorstehenden Fn.; für die Lit. z.B. KK/Paul § 329 Rn. 6; LR/Gössel § 329 Rn. 6; Meyer-Göfner<sup>55</sup> § 329 Rn. 15; SK-StPO<sup>4</sup>/Frisch § 329 Rn. 3 m.w.N.

6 Vgl. EGMR, 5. Sektion, Urt. v. 08.11.2012, Nr. 30804/07, Neziraj vs. Deutschland, abgedr. in StraFo 2012, 490 ff. und StV 2013, 289.

7 Dem EGMR zust. z.B. Böse FS Paeffgen, S. 567 (570 ff.); Engel ZJS 2013, 339 ff.; Esser StV 2013, 331 ff.; ders. StraFo 2013, 539 ff.; Gerst NStZ 2013, 310 ff.; Wöhlens FS Paeffgen, S. 621 ff.; Zehetgruber HRRS 2013, 397 ff.; abl. dagegen das Sondervotum der Richterinnen Power-Forde und Nußberger StraFo 2012, 492 f.; Mosbacher NStZ 2014, 312 ff.; Weigend FS Kühl, S. 947 ff.; differenzierend Frisch FS Paeffgen, S. 589 (596 ff., 601 ff.); eingeh. weit. Nachw. der Lit. bei Frisch NStZ 2015, 69 ff. und BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 2.

8 Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 17.12.2014, BT-Drucks. 18/3562, S. 1, 61, 67 ff. sowie die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. v. 18.06.2015, BT-Drucks. 18/5254, S. 1, 6; kommentierend zur Neufassung des § 329 Spitzer StV 2016, 48 ff.; krit. zur Neufassung des § 329 Sommer StV 2016, 55 ff.

9 Vgl. die oben in Fn. 4 aufgeführten Entscheidungen sowie ergänzend Böse FS Paeffgen, S. 567 (570 ff.); Frisch NStZ 2015, 69 ff. und Wöhlens FS Paeffgen, S. 621 (626 ff.).

10 Krit. zu den neuen, auch innerhalb des Ausschusses umstrittenen (vgl. BT-Drucks. 18/5254, S. 5) – weiteren Verwerfungstatbeständen die bei Frisch NStZ 2015, 69 (71 f.) nachgewiesenen Stellungnahmen des Deutschen Richterbundes, der Neuen Richtervereinigung und des Republikanischen Anwälten- und Anwältevereins. – Krit. zur Infragestellung von Strukturprinzipien des deutschen Strafverfahrens durch die Neufassung des § 329 auch BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 5–7.

Gravierender sind die vom Gesetz für den Fall des unentschuldigtem Ausbleibens des Angeklagten vorgesehenen Änderungen, soweit es um **Berufungen des Angeklagten** selbst geht. Das Gesetz differenziert hier im Anschluss an die Rechtsprechung des EGMR zwischen den Fällen, in denen für den unentschuldigtem zu Beginn eines Hauptverhandlungstermins ausgebliebenen Angeklagten auch **kein Verteidiger erschienen** ist, und jenen, in denen für ihn ein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht erschienen ist. Die erste Fallgruppe wird weiterhin so behandelt, wie dies auch das bisher geltende Recht schon vorgesehen hatte – die Berufung wird also ohne Hauptverhandlung zur Sache sofort verworfen (Absatz 1 S. 1); eine Ausnahme gilt nur (ebenfalls wie schon bisher) dann, wenn das Berufungsgericht erneut verhandelt, nachdem die Sache vom Revisionsgericht zurückverwiesen worden ist (Absatz 1 S. 4, früher Absatz 1 S. 2). Ist für den zu Beginn eines Hauptverhandlungstermins (ohne genügende Entschuldigung) ausgebliebenen Angeklagten **ein mit schriftlicher Vertretungsvollmacht versehener Verteidiger** erschienen, so ist eine sofortige Verwerfung unzulässig; vielmehr hat das Gericht hier auch ohne den Angeklagten zur Sache zu verhandeln, soweit dessen Anwesenheit für die Durchführung der Hauptverhandlung (unter Einschluss der Sachentscheidung) nicht erforderlich ist, sondern die Anwesenheit des Verteidigers genügt. Die Möglichkeit und Zulässigkeit einer solchen Hauptverhandlung ohne den Angeklagten endet, wenn sich im Verlauf der Hauptverhandlung zeigt, dass die Herbeiführung einer Sachentscheidung über die Berufung des Angeklagten dessen **Anwesenheit notwendig** macht. Anders als im Fall der staatsanwaltschaftlichen Berufung wird die Anwesenheit des Angeklagten nun freilich nicht durch dessen Vorführung oder Verhaftung bewirkt. Nach Absatz 4 S. 1 hat das Gericht im Falle einer von dem Angeklagten selbst eingelegten Berufung diesen vielmehr zur Fortsetzung der Hauptverhandlung zu laden und sein persönliches Erscheinen anzuordnen (Absatz 4 S. 1). Erscheint der Angeklagte zu diesem Fortsetzungstermin ohne genügende Entschuldigung nicht (und bleibt seine Anwesenheit weiterhin erforderlich), so hat das Berufungsgericht die Berufung zu verwerfen (Absatz 4 S. 2); auf die Möglichkeit einer solchen Verwerfung ist der Angeklagte in der Ladung hinzuweisen (Absatz 4 S. 3). Eine Vorführung oder Verhaftung auf eine vom Angeklagten eingelegte Berufung sieht das Gesetz nur ausnahmsweise vor, nämlich dann, wenn das Berufungsgericht erneut verhandelt, nachdem die Sache vom Revisionsgericht zurückverwiesen worden ist (Absatz 3 i.V.m. Absatz 1 S. 4).

Abgesehen von der – auch nicht durch die Anwesenheit eines Verteidigers kompensierten – unentschuldigtem Abwesenheit des Angeklagten zu Beginn einer Hauptverhandlung sieht Absatz 1 S. 2 **drei weitere Sachverhalte** vor, die nach bisherigem Recht zur Verwerfung ohne Sachverhandlung zur Folge haben. Dies ist der Fall, wenn der den (nicht genügend entschuldigtem) ausgebliebenen Angeklagten vertretende Verteidiger sich ohne genügende Entschuldigung entfernt oder den Angeklagten nicht weiter vertritt (Nr. 1), wenn der Angeklagte selbst sich ohne genügende Entschuldigung entfernt hat und kein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht anwesend ist (Nr. 2), sowie dann, wenn sich der nicht durch einen Verteidiger vertretene Angeklagte vorsätzlich und schuldhaft in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt hat (Nr. 3).

## II. Normzweck, Problematik und Legitimation der Vorschrift

Die in ihrer Neufassung etwas unübersichtlich gewordene Vorschrift<sup>11</sup> dient wie ihre Vorläuferin der Verfahrensbeschleunigung.<sup>12</sup> Sie will verhindern, dass der Angeklagte durch sein unentschuldigtes – auch nicht durch die Anwesenheit eines Verteidigers kompensiertes – Ausbleiben sowie

11 So die zutr. Beurteilung der Vorschrift in der Stellungnahme des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins, v. 10.04.2014, S. 2; s. auch *Sommer StV* 2016, 55 (56).

12 So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 70; zu § 329 a.F. BGHSt 17, 188 (189); BGHSt 27, 236 (239); BGHSt 30, 98 (99).



durch bestimmte weitere gleichgestellte Sachverhalte das weitere Verfahren und die Entscheidung des Berufungsgerichts verzögern kann.<sup>13</sup> Sie verfolgt damit einen **berechtigten Zweck**, der auch verfassungsrechtlichen Wertungen und Prinzipien (zügige Durchführung strafrechtlicher Verfahren, Beschleunigungsgrundsatz<sup>14</sup>) entspricht, und ist zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich. Freilich reicht das allein zur **Legitimation** der Vorschriften des § 329 nicht aus, da diese in Rechte und berechnigte Interessen des Angeklagten eingreifen: Die Vorschriften des Absatzes 1 S. 1 und 2 nehmen nicht nur im Interesse der Verfahrensbeschleunigung in Kauf, dass möglicherweise ein – zu Lasten des Angeklagten – ungerechtes Urteil rechtskräftig wird,<sup>15</sup> sondern beinhalten auch die Gefahr einer Verletzung des rechtlichen Gehörs;<sup>16</sup> Absatz 2 greift in Mitwirkungs- und Mitgestaltungsbefugnisse des Angeklagten ein; Absatz 3 ermächtigt im Interesse eines zügigen Abschlusses zu Eingriffen in die Freiheit des Angeklagten. Diese Eingriffe bedürfen der Rechtfertigung.

- 2a** Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur bedienen sich zur Legitimation des Eingriffs in das Interesse auf Beseitigung eines möglicherweise ungerechten Urteils (bei Verwerfung der Berufung ohne Sachverhandlung) sowie in bestimmte Mitwirkungs- und Gestaltungsrechte des Angeklagten (bei Durchführung der Berufung in seiner Abwesenheit) vielfach einer bestimmten Deutung des Verhaltens des Angeklagten. Dessen Säumigkeit rechtfertigt die Vermutung, dass er sein Rechtsmittel nicht weiterverfolgen wolle.<sup>17</sup> Diese Rücknahmevermutung dürfte zwar in der Tat häufig – auch in Fällen des späteren Sichtenfernens – dem wirklichen Willen des ausgebliebenen Angeklagten entsprechen und findet auch eine gewisse Stütze in § 391 Abs. 2. Ganz zu überzeugen vermag dieser Legitimationsversuch indessen nicht, denn in einer Reihe von Fällen (etwa des Versehens, des verschuldeten Irrtums oder der unzureichenden Planung usw.) läuft die Annahme einer zu vermutenden Zurücknahme auf eine blanke Fiktion hinaus,<sup>18</sup> die zudem für eine Legitimation des Verfahrens ohne Mitwirkung des Angeklagten bei staatsanwaltschaftlicher

13 BT-Drucks. 18/3562, S. 70; zu § 329 a.F. BGHSt 15, 287 (289); BGHSt 17, 188 (189) und BGHSt 17, 391 (395); BGHSt 23, 331 (334); BGHSt 25, 281 (284); BGHSt 27, 236 (238 f.); BayObLG JR 2000, 80 m.Anm. *Rosenau*; OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (348 f.); OLG Köln VRS 65 (1983), 47; OLG Hamm NStZ-RR 1997, 368; OLG München wistra 2008, 480; zust. BVerfG StraFo 2007, 190 (191); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 1; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 1; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 1; HK/Rautenberg § 329 Rn. 1; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 1; KK/Paul § 329 Rn. 1; LR/Gössel § 329 Rn. 1; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 1; SSW-StPO/Brunner § 329 Rn. 4.

14 Vgl. dazu, insb. auch zum öffentlichen Interesse an einer zügigen Durchführung des Verfahrens, BVerfGE 41, 246 (250); BVerfGE 122, 248 (273); BGHSt 26, 228 (232); BGHSt 52, 349 (355); *Meyer-Goßner/Schmitt* Rn. 160; *Landau* NStZ 2011, 537 (545); *Laue* GA 2005, 648 ff., je m.w.N.

15 BGHSt 17, 188 (189); BGHSt 23, 331 (335); OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 29 S. 3; OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 31 S. 2, 4 = ZfSch 2012, 230 f.; OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (349); OLG Stuttgart MDR 1982, 775; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 2; KK/Paul § 329 Rn. 1; LR/Gössel § 329 Rn. 2.

16 OLG Bamberg, Beschl. v. 06.09.2013, 3 Ss 20/13, bei Juris Ls. 1 und Rn. 8 = OLGSt StPO § 329 Nr. 32.

17 So – im Anschluss an *Hahn* Materialien, S. 1019 – RGSt 61, 278 (280); RGSt 64, 239 (246); BGHSt 15, 287 (289); BVerfG (K), Beschl. v. 29.03.2007, 2 BvR 2366/06, BeckRS 2007, 23772; BGHSt 24, 143 (150); BayObLGSt 1963, 106; BayObLGSt 1988, 103 (104); OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.03.2011, (1) 53 Ss 19/11 (5/11), bei Juris Rn. 7; OLG Düsseldorf StV 1982, 127; OLG Hamm VRS 109 (2005), 40 (41); KG NJW 1969, 475; OLG Koblenz NJW 1975, 322; OLG Köln OLGSt StPO § 329 Nr. 30; OLG München wistra 2008, 480; OLG München NJW 2008, 3797 (3798 f.); AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 1; *Meyer-Goßner/Schmitt* § 329 Rn. 2; *Radtke/Hohmann/Beukelmann* § 329 Rn. 1; *Rosenau* JR 2000, 81 (82) und die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 67.

18 OLG Köln, Beschl. v. 08.07.2013, III–2 Ws 354/13, bei Juris Rn. 12 = OLGSt StPO § 329 Nr. 33: »Unterstellung«; KK/Paul § 329 Rn. 1; *Hanack* JZ 1973, 693 (694); *Sommer* StV 2016, 55 (59); *Spitzer* StV 2016, 48 f.; »unwiderlegbare Vermutung«; dazu dass die Vermutung insb. in den Fällen nicht trug, in denen für den abwesenden Angeklagten ein Verteidiger erschienen war, nach § 329 a.F. aber die Berufung gleichwohl verworfen wurde, vgl. *Frisch* NStZ 2015, 69 (74); *Böse* FS Paefßen, S. 567 (572); BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 12; s. aber auch *K. Meyer* JR 1978, 393.

Berufung nicht taugt.<sup>19</sup> In diesem verbleibenden Bereich, in dem die Annahme eines Rücknahmewillens eine Fiktion darstellt oder ersichtlich nicht trägt, lässt sich die Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 und 2 (bzw. des Verfahrens nach Absatz 2 S. 1) allein noch durch die Erwägung legitimieren, dass den Angeklagten, der eine Verhandlung über die von ihm eingelegte Berufung wünscht, die Obliegenheit trifft, das zu erbringen, was von ihm zu einer den (legitimierbaren) Prinzipien der Hauptverhandlung entsprechenden Durchführung derselben gefordert werden muss. Kommt er dem (durch sein nicht genügend entschuldigtes) nicht nach, so kann seinem Verlangen nicht entsprochen und seine Berufung muss ohne Sachverhandlung verworfen werden.<sup>20</sup> Die nunmehr in § 329 Abs. 1 vorgesehene Möglichkeit, sich zur Durchführung der Hauptverhandlung durch einen Verteidiger vertreten zu lassen, soweit die persönliche Anwesenheit zur Verhandlung über seine Berufung nicht notwendig ist, mildert diese Folge im Rahmen des prozessual Möglichen und Vertretbaren nochmals ab, trägt dadurch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit wie der Gewährleistung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK (Recht auf Verteidigung durch einen Verteidiger) Rechnung und eröffnet dem Angeklagten zugleich auch bei persönlichem Ausbleiben Möglichkeiten des rechtlichen Gehörs.<sup>21</sup> Ebenso ist auf diese Weise in den Fällen einer staatsanwaltschaftlichen Berufung, zu deren Verhandlung es der Anwesenheit des Angeklagten nicht bedarf, bei Ausbleiben des Angeklagten, aber Anwesenheit eines Verteidigers in angemessener Weise für rechtliches Gehör und prozessuale Partizipation gesorgt.<sup>22</sup>

Prinzipiell legitimierbar ist aber auch die Regelung, die § 329 n.F für die Fälle enthält, in denen eine sachgerechte (d.h. den Prinzipien der Wahrheitsfindung und Rechtskonkretisierung entsprechende) Verhandlung über die Berufung in Abwesenheit des Angeklagten nicht (mehr) möglich ist. Die insoweit für Berufungen der Staatsanwaltschaft als Möglichkeit vorgesehene **Vorführung** und **Verhaftung** (Abs. 3) kann der Angeklagte abwenden; die entsprechenden Maßnahmen sind daher legitimierbar, wenn sie wegen des Nichterscheinens des Angeklagten zur sachgerechten Verhandlung über die Berufung erforderlich sind und das öffentliche Interesse an der sachgerechten Verhandlung gewichtig genug ist, um den Eingriff in die Freiheit zu rechtfertigen (ein jenseits des § 329 liegendes Problem). Nicht weniger sachgerecht ist die gesetzliche Lösung für den Fall, in dem sich zeigt, dass über eine vom Angeklagten eingelegte Berufung nur in seiner Anwesenheit weiterverhandelt werden kann: Der Angeklagte, der prinzipiell nicht durch einen Freiheitseingriff dazu gezwungen werden kann, eine sachgerechte Verhandlung über

19 Schon deshalb, weil es insoweit an einem Rechtsmittel, das der Rücknahmedisposition des Angeklagten unterliegt, fehlt.

20 Was man auch in die – freilich unnütz pejorativ klingende – Formulierung kleiden mag, der Angeklagte habe durch sein unentschuldigtes (nicht kompensiertes) Ausbleiben seinen Anspruch auf Sachverhandlung »verwirkt«; in diesem Sinne z.B. *Busch* JZ 1963, 457 (458); *Hanack* JZ 1973, 693 (694); *Küper* JuS 1972, 127 (128 f.); *Schroeder* NJW 1973, 308; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 1; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 3; KK/*Paul* § 329 Rn. 1; LR/*Gössel* § 329 Rn. 77; im Grundgedanken auch BGHSt 27, 236 (239); BGHSt 30, 98 (99); BayObLG JR 2000, 80 (81) m. Anm. *Rosenau*; OLG Stuttgart MDR 1982, 775; LG Berlin NStZ-RR 1997, 338 (339); strikt gegen die Legitimation aus Verwirkung, aber auch aus einer Obliegenheitsverletzung *Böse* FS Paeffgen, S. 567 (573 ff.); *Sommer* StV 2015, 55 (59).

21 Zur Sachgerechtigkeit dieses Teils der gesetzlichen Lösung vgl. *Frisch* NStZ 2015, 69 (70); *ders.* FS Paeffgen, S. 589 (596 ff.).

22 Freilich verstößt die Durchführung der Hauptverhandlung, soweit dafür eine persönliche Anwesenheit des Angeklagten nicht erforderlich ist, jenseits der Fälle etwa notwendiger Verteidigung auch dann nicht gegen rechtsstaatliche Grundsätze oder die Prinzipien eines fairen Verfahrens, wenn der Angeklagte im Falle der staatsanwaltschaftlichen Berufung freiwillig auf die Entsendung eines Verteidigers verzichtet: Der Angeklagte kann unter diesen Voraussetzungen nicht einfach durch unentschuldigtes Nichterscheinen und den Verzicht auf Vertretung durch einen Verteidiger die sachliche Verhandlung über eine Berufung der Staatsanwaltschaft sperren; die Anwesenheit des Angeklagten ist insoweit keine Verfahrensvoraussetzung (BayObLG NJW 1969, 807; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 47).

seine eigene Berufung zu ermöglichen,<sup>23</sup> deren Schicksal grundsätzlich seiner Disposition unterliegt,<sup>24</sup> muss es als Kehrseite dieser Freiheit hinnehmen, dass über seine Berufung nicht sachlich entschieden wird, weil ohne Verletzung prozessualer Prinzipien (Aufklärungspflicht usw., vgl. unten Rdn. 51c und d) nicht entschieden werden kann, und **seine Berufung verworfen** wird, wenn er seine dafür etwa erforderliche persönliche Anwesenheit verweigert.<sup>25</sup> Er muss sich daran festhalten lassen, dass er selbst nicht bereit ist, einer für eine sachgerechte Entscheidung über seine eigene Berufung bestehenden Obliegenheit nachzukommen.

- 3 Wenngleich die in § 329 n.F. enthaltenen Regelungen damit heute den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 GG, den Prinzipien des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und dem Recht des Angeklagten auf Verteidigung (unter Einschluss des Rechts, sich durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen, Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) entsprechen und auch rechtliches Gehör eröffnen (insbesondere auch in Gestalt der Unterrichtung nach Absatz 5, falls nach einer Abwesenheitsverhandlung der Angeklagte oder sein Verteidiger doch noch erscheinen) bzw. nicht abschneiden, ist doch nicht zu übersehen, dass die Anwendung der Regelungen des § 329 für den Angeklagten mit Härten verbunden ist. Dies gilt vor allem für den nicht verteidigten Angeklagten und hier wieder insbesondere für den, der sich einen Verteidiger nicht leisten kann (und auch – mangels notwendiger Verteidigung – keinen Anspruch auf Bestellung eines Verteidigers hat). Er kann unter Umständen schon durch ein leichtes Verschulden seinen Anspruch auf **Justizgewährung** (dazu Vor § 296 Rdn. 19 f.) in der Berufungsinstanz oder (im Falle der staatsanwaltschaftlichen Berufung) auf Ausübung seiner prozessualen Mitwirkungsrechte verlieren.<sup>26</sup> Vor diesem Hintergrund, also der Vermeidung von Härten gegenüber dem Angeklagten ist einsichtig,<sup>27</sup> dass die Rechtsprechung immer wieder betont hat, die Regelung des Absatz 1 S. 1 (Verwerfung der Berufung des Angeklagten bei nicht genügend entschuldigtem Ausbleiben) sei eine **Ausnahmevorschrift** und **eng auszulegen**.<sup>28</sup> Freilich hat die Rechtsprechung selbst sich keineswegs immer an diese Leitlinie gehalten (siehe unten Rdn. 9, 16, 17, 40). Überdies ist die Leitlinie etwas zu grob. Nicht nur der Begriff der »nicht genügenden

23 So auch BVerfG StraFo 2007, 190 (193); OLG Brandenburg wistra 2012, 43 f.; LG Zweibrücken VRS 112 (2007), 40; Frisch NSTz 2015, 69 (72).

24 Eine Ausnahme besteht für den Fall, in dem das auf die Berufung des Angeklagten ergangene Berufungsurteil aufgehoben und die Sache vom Revisionsgericht zu erneuter Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden ist. Hier besteht nach dem Eingreifen des Revisionsgerichts und dem Fehlen eines das Verfahren sachlich akzeptabel abschließenden Urteils (insoweit anders als im Normalfall der Berufung des säumigen Angeklagten) ein öffentliches Interesse am sachlichen Abschluss des Verfahrens – weshalb es gerechtfertigt ist, wenn das Gesetz in Absatz 3 Alt. 2 dieselben Möglichkeiten (Vorführung und Verhaftung) wie bei einer staatsanwaltschaftlichen Berufung eröffnet.

25 Näher dazu Frisch NSTz 2015, 69 (73 f.), wo diese nun im Gesetz umgesetzte Lösung erstmals vorgeschlagen worden ist.

26 S. auch Busch JZ 1963, 457 und BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 3, 6 f.

27 Vgl. auch BVerfG StraFo 2007, 190 ff.; BayVerfGH, Entsch. v. 03.05.2005, Vf. 53-VI-03, bei Juris Rn. 18 ff.

28 Vgl. RGSt 61, 278 (280); BGHSt 17, 188 (189); BayObLG NJW 1981, 183; BayObLG JR 2000, 80 (81): (umgekehrt) weite Auslegung der »genügenden Entschuldigung«; BayObLG StV 2001, 338; OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 31; OLG Bamberg OLGSt StPO Nr. 32: weite Auslegung des Begriffs der »genügenden Entschuldigung«; OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.03.2011, (I) 53 Ss 19/11 (5/11), bei Juris Rn. 7; OLG Celle GA 1960, 316; OLG Hamm NJW 1965, 410; OLG Hamm StraFo 2012, 193 (194); KG JR 1969, 270; OLG Koblenz NJW 1975, 322; OLG Koblenz StraFo 2009, 421 (422); OLG Köln NJW 1953, 1036; OLG Köln, Beschl. v. 05.02.2013, III – 1 RVs 12/13, bei Juris Rn. 48 = StraFo 2013, 251 f.; OLG Stuttgart MDR 1964, 695; OLG Stuttgart Justiz 2001, 227; OLG Stuttgart wistra 2006, 319 (320); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 2; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 1; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 22; HK/Rautenberg § 329 Rn. 2; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 9; LR/Gössel § 329 Rn. 2; Meyer-Gößner/Schmitt § 329 Rn. 2; krit. aber Sax JR 1967, 41; aus verfassungsrechtlicher Sicht BVerfG (K), Beschl. v. 29.03.2007, 2 BvR 2366/06, BeckRS 2007, 23772.

Entschuldigung« bedarf einer engen Auslegung (bzw. umgekehrt die »genügende Entschuldigung« einer großzügigen); bei staatsanwaltschaftlichen Berufungen sollte auch von der (die Mitwirkungsrechte des Angeklagten aushebelnden) Annahme nicht erforderlicher Anwesenheit des Angeklagten nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden – so wie umgekehrt im Falle der Berufung des Angeklagten sorgfältig und kritisch bedacht werden sollte, ob die dem Angeklagten unter Umständen nur schwer mögliche Anwesenheit zur Sachentscheidung wirklich erforderlich ist, um eine Verwerfung von Berufungen zu vermeiden, über die durchaus vertretbar auch ohne den Angeklagten hätte entschieden werden können.<sup>29</sup>

## B. Verwerfung der Berufung des nicht durch einen Verteidiger vertretenen Angeklagten wegen nicht genügend entschuldigtem Ausbleibens (Absatz 1 S. 1)

Absatz 1 S. 1 sieht die Verwerfung der vom Angeklagten eingelegten Berufung ohne Verhandlung zur Sache vor, wenn (I.) der Angeklagte bei Beginn einer Hauptverhandlung ausgeblieben und (II.) für ihn auch kein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht erschienen ist, er (III.) ordnungsgemäß geladen war und (IV.) sein Nichterscheinen nicht genügend entschuldigt ist. Nach der oben (Rdn. 2a) genannten Ratio ist dabei stillschweigend vorausgesetzt, dass er gehalten war zu erscheinen, woran es fehlt, wenn er von der Pflicht zu erscheinen entbunden war (s. unten Rdn. 10 und 11). Vorausgesetzt ist weiter eine **zulässige** Berufung; wenn es schon an einer Zulässigkeitsvoraussetzung der Berufung fehlt, so ist die Berufung nach § 322 Abs. 1 (nach Beginn der Hauptverhandlung also durch Urteil, § 322 Abs. 1 S. 2) zu verwerfen,<sup>30</sup> da diese Entscheidung Vorrang vor dem Verwerfungsurteil nach § 329 Abs. 1 S. 1 hat.<sup>31</sup> Stillschweigend vorausgesetzt ist endlich, dass das Gericht bei Erscheinen des Angeklagten überhaupt zur Sache verhandeln dürfte, also kein der Sachverhandlung entgegenstehendes **Verfahrenshindernis** besteht; im Falle eines Verfahrenshindernisses ist nicht die Verwerfung der Berufung nach Absatz 1 S. 1, sondern die Einstellung des Verfahrens nach § 206a oder § 260 Abs. 3 geboten.<sup>32</sup> Umstritten ist freilich, ob Letzteres nur für den Fall gilt, dass das Verfahrenshindernis – wie z.B. die zwischenzeitlich eingetretene Rechtskraft<sup>33</sup> – erst nach dem Urteil der ersten Instanz, also insbesondere in der Berufungsinstanz eingetreten ist,<sup>34</sup> oder auch dann, wenn es schon in der ersten Instanz bestand, aber vom Erstgericht übersehen wurde.<sup>35</sup>

### I. Ausbleiben des Angeklagten bei Beginn eines Hauptverhandlungstermins

#### 1. Bei Beginn eines Hauptverhandlungstermins

Notwendig für die Verwerfung ist, dass der Angeklagte bei Beginn eines Hauptverhandlungstermins ausbleibt. Das ist gemäß § 324 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 1 der Aufruf zur Sache, und

<sup>29</sup> Das ist m.E. auch der berechnete Kern der im Übrigen zu weit gehenden Annahme von *Sommer StV* 2016, 55 (59), die Anwesenheit des Angeklagten sei bei von ihm selbst eingelegter Berufung zu deren sachgerechter Durchführung praktisch so gut wie nie erforderlich.

<sup>30</sup> AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 4; KK/Paul § 329 Rn. 13; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 2.

<sup>31</sup> BGHSt 30, 98 (99 f.); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 4; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 37; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 7; *ders.* NJW 1978, 528.

<sup>32</sup> OLG Celle wistra 2012, 73 (im Zusammenhang eines Verwerfungsurteils nach § 412 i.V.m. § 329 Abs. 1); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 5; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 38; LR/Gössel § 329 Rn. 64; näher unten Rdn. 38f.

<sup>33</sup> Vgl. etwa OLG Hamm NStZ-RR 2008, 383.

<sup>34</sup> Insoweit anerkannt, vgl. KK/Paul § 329 Rn. 13; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 8.

<sup>35</sup> S. dazu einerseits AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 5; HK/Rautenberg § 329 Rn. 5; andererseits Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 8, je m.w.N., sowie unten Rdn. 39, 69.

zwar auch, wenn dieser verspätet erfolgt, denn die Verspätung beendet die Pflicht zur Anwesenheit nicht.<sup>36</sup> Ist eine Sache zurückgestellt worden, so kommt es auf den erneuten Aufruf an,<sup>37</sup> im Falle eines Fortsetzungstermins (zu dessen Erfassung durch Satz 1 s. Rdn. 6a), in dem ein Aufruf zur Sache im engeren Sinn des § 243 Abs. 1 S. 1 nicht erfolgt, muss das Gericht durch einen »Aufruf« nach außen zu erkennen gegeben haben, dass es nunmehr mit der Verhandlung beginnen will.<sup>38</sup> Da das Gesetz fordert, dass der Angeklagte **bei Beginn** eines Hauptverhandlungstermins ausbleibt, entfällt nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes die Möglichkeit eines Verwerfungsurteils nach Satz 1, wenn der bei Beginn des Termins anwesende Angeklagte sich vorzeitig entfernt,<sup>39</sup> freilich sieht die Neufassung des Gesetzes hierin nun unter den Voraussetzungen des Absatz 1 S. 2 Nr. 2 einen eigenständigen Verwerfungssachverhalt (dazu unten Rdn. 46b–d).

- 6 Nicht notwendig** ist, dass es sich bei der Verhandlung, bei deren Beginn der Angeklagte fehlt, um die **erste** Berufungsverhandlung in der anhängigen Sache handelt. Dies ergab sich schon bisher aus dem – durch das 1. StVRG umgestalteten – Gesetzeswortlaut des Absatzes 1 S. 1, der nicht auf den Beginn »der«, sondern den Beginn »einer« Hauptverhandlung abstellte.<sup>40</sup> Das Berufungsgericht hatte daher die vom Angeklagten eingelegte Berufung auch bisher schon nach Absatz 1 S. 1 zu verwerfen, wenn die Berufungshauptverhandlung nach einer **Aussetzung** neu begann und der Angeklagte bei Beginn der erneuten Hauptverhandlung ausblieb.<sup>41</sup> Dies galt unabhängig davon, ob in der ausgesetzten Verhandlung zur Sache verhandelt worden ist oder nicht,<sup>42</sup> und auch dann, wenn es sich um ein Berufungsverfahren handelt, das nach ergebnisloser vorläufiger Einstellung nach § 153a fortgesetzt wird.<sup>43</sup> Ein Fall des Beginns einer Hauptverhandlung liegt begrifflich an sich auch vor, wenn das Berufungsgericht nach der Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht einen neuen Verhandlungstermin anberaumt hat. Doch sieht Absatz 1 S. 4 für diesen Fall ausdrücklich die Unanwendbarkeit des Satzes 1 vor (näher – auch zur Einschränkung des Absatzes 1 S. 4 – unten Rdn. 40).
- 6a** Die Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz vom 17. Juli 2015 bringt eine nochmalige Erweiterung der gebotenen Verwerfungen, da nach der Neufassung für die Verwerfung nicht mehr das Ausbleiben zu Beginn einer Hauptverhandlung überhaupt erforderlich ist, sondern das Ausbleiben zu Beginn eines Hauptverhandlungstermins genügt.<sup>44</sup> Anders als nach bisherigem Recht, nach dem die Voraussetzungen für eine Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 nicht erfüllt waren (und nur nach den §§ 231 Abs. 2, 232 verfahren werden konnte<sup>45</sup>), wenn die Hauptverhandlung

36 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 6; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 13 und 18; LR/Gössel § 329 Rn. 8 m.w.N.; ebenso die Gesetzesbegründung zur Neufassung, BT-Drucks. 18/3562, S. 68.

37 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 6; LR/Gössel § 329 Rn. 8.

38 S. die Begründung des Gesetzes, BT-Drucks. 18/3562, S. 68; Spitzer StV 2016, 48 (49).

39 RGSt 63, 53 (57); BGHSt 23, 332 f.; BayObLGSt 1980, 73 = NJW 1981, 183; OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (348 f.); KG JR 1985, 343 f.; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 13; LR/Gössel § 329 Rn. 8; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 6; s. dazu erg. Rdn. 8 und die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 69 f.

40 BGHSt 27, 236 (239); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 6; KK/Paul § 329 Rn. 2; LR/Gössel § 329 Rn. 9; Meyer-Göfner/Schmitt<sup>57</sup> § 329 Rn. 3; s. auch Rieß NJW 1975, 81 (89); ders. JR 1986, 441 (443).

41 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 6; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 17; KK/Paul § 329 Rn. 2; LR/Gössel § 329 Rn. 10; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 3.

42 BGHSt 27, 236 (239); KK/Paul § 329 Rn. 2; LR/Gössel § 329 Rn. 10.

43 OLG DüsseldorfVRS 72 (1987), 193 = MDR 1987, 517; keine entsprechende Anwendung von § 329 Abs. 1 S. 2; LR/Gössel § 329 Rn. 10.

44 Zu der damit intendierten Erweiterung der Verwerfungssachverhalte vgl. die Begründung des Gesetzes (BT-Drucks. 18/3562), S. 68; Spitzer StV 2015, 48 (49).

45 OLG Hamm, Beschl. v. 26.06.2008, 5 Ss 266/08, bei Juris Rn. 5; s. auch OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (349); HK/Rautenberg § 329 Rn. 9; Meyer-Göfner/Schmitt<sup>57</sup> § 329 Rn. 3; Peters S. 630.

nur **unterbrochen** worden war und der Angeklagte zum Fortsetzungstermin nicht erschien,<sup>46</sup> hat damit nach der Neufassung des Gesetzes eine Verwerfung der Berufung nach Absatz 1 S. 1 nunmehr auch in diesem Fall zu erfolgen.<sup>47</sup> Denn auch bei dieser Sachlage ist nach der Gesetzesbegründung »die Vermutung gerechtfertigt, dass das Interesse (des Angeklagten) an der weiteren Durchführung der Berufung, etwa angesichts eines nicht erwartungsgemäßen Verlaufs der bisherigen Beweisaufnahme, erloschen ist.«<sup>48</sup>

Die gesetzliche Begründung ist **zu undifferenziert**; der **Wortlaut** des Gesetzes greift deshalb zu weit und bedarf einer **teleologischen Reduktion**, soll das Gesetz nicht abermals durch den EGMR als Prozessstrafe wegen Nichterscheidens beanstandet werden.<sup>49</sup> Schon die Annahme der Gesetzesbegründung, der zu Beginn eines Fortsetzungstermins ohne genügende Entschuldigung nicht erschienene Angeklagte bekunde damit, dass sein Interesse an der weiteren Durchführung der Berufung erloschen sei,<sup>50</sup> ist eine problematische Fiktion – und zwar weit mehr noch als im Falle des Ausbleibens im ersten Hauptverhandlungstermin. Hat er in diesem ersten Termin bereits ausgesagt oder ist die bisherige Beweisaufnahme für ihn positiv verlaufen, so mag er auch denken, dass er das seine getan hat und nicht mehr benötigt wird, und deshalb (unter Umständen zunächst) nicht erschienen sein.<sup>51</sup> Hiervon abgesehen verkennt die Gesetzesbegründung aber vor allem, dass die Legitimation des § 329 Abs. 1 S. 1 nicht allein auf der schwachen fiktiven Basis eines vermuteten fehlenden Interesses, sondern vor allem darauf beruht, dass das Verhalten des Angeklagten eine vermeidbare Verfahrensverzögerung zur Folge hat.<sup>52</sup> Der im Justizgewährungsanspruch (und damit im Rechtsstaatsprinzip) wurzelnde Anspruch auf eine sachliche Überprüfung des Ersturteils im Rahmen der Berufung erlischt zwar, erlischt aber auch nur, wenn die Nichterbringung des vom Angeklagten erwarteten Verhaltens zu einer Verzögerung des Verfahrens führt. Ist dies nicht der Fall, insbesondere weil der Angeklagte schon vernommen ist und dem Gericht damit jene Information gegeben hat, die er geben wollte und kann das Verfahren damit ohne ihn genauso zu Ende geführt werden wie dann, wenn er stumm anwesend wäre (wozu er ein Recht hat), so gibt es in Wahrheit keinen tragfähigen und insbesondere auch keinen im Bereich des Normzwecks des § 329 liegenden Grund, ihm durch die Verwerfung der Berufung die sachliche Überprüfung des Ersturteils zu versagen. Eine solche Verwerfung diene nicht mehr der Verhinderung der Verfahrensverzögerung, sondern erweist sich in Wahrheit als ein Instrument zur Verfahrensverkürzung, das auf einer fiktiven Basis (fehlendes Interesse an Durchführung) mit nicht tragfähigen Argumenten ein gesetzlich eingerichtetes und bisher im hier befürworteten Umfang bestehendes und auch angemessen funktionierendes Rechtsmittel sachlich »leerlaufen« lässt.<sup>53</sup> Letztlich geht es hier nicht mehr um die Verhinderung von Verfahrensverzögerung, sondern um die Reaktion auf ein unerwünschtes prozessuales Verhalten, das mit einiger Sicherheit vom EGMR wiederum als Prozessstrafe eingestuft werden wird. Man kann den Berufungsgerichten daher nur raten, von der Verwerfung nur dann Gebrauch zu machen, wenn das Nichterscheinen des Angeklagten in einem Fortsetzungstermin wirklich zu einer Verfahrensverzögerung führt. Wenn das nicht der Fall ist, weil der Angeklagte schon

6b

46 BayObLG VRS 61 (1981), 131; OLG Hamm, Beschl. v. 26.06.2008, 5 Ss 266/08, bei Juris Rn. 5; OLG Karlsruhe NStZ 1990, 297; HK-GS<sup>3</sup>/Halbtritter § 329 Rn. 2; KK<sup>7</sup>/Paul § 329 Rn. 2; LR<sup>26</sup>/Gössel § 329 Rn. 11; Bloy JuS 1986, 585 (591); Ranft Rn. 2039; AK-StPO/Dölling Rn. 6; Meyer-Göfner/Schmitt<sup>57</sup> § 329 Rn. 3.

47 BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 17; KMR/Brunner § 329 Rn. 18; Spitzer StV 2016, 48 (49).

48 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 68.

49 Vgl. EGMR, 5. Sektion, Urt. v. 08.11.2012, Nr. 30804/07, *Neziraj vs. Deutschland*, abgedr. in StraFo 2012, 490 (491 Tz. 51).

50 BT-Drucks. 18/3562, S. 71.

51 Vgl. dazu schon *Frisch* NStZ 2015, 69 (72).

52 Vgl. oben Rdn. 2 und 2a; im Grunde von der Gesetzesbegründung eine Seite zuvor selbst (pauschal) betont, BT-Drucks. 18/3562, S. 70.

53 Zu der sich aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes ergebenden Unzulässigkeit, ein Rechtsmittel »leerlaufen« zu lassen, vgl. etwa BVerfGE 78, 88 (99); BVerfGE 96, 27 (39); BVerfGE 104, 220 (232); s. erg. SK-StPO/*Frisch* Vor § 296 Rdn. 17 ff. und § 304 Rdn. 54.

vernommen worden ist, sollte – wie bisher – nach dem für solche Fälle adäquaten § 231 Abs. 2 verfahren werden.

## 2. Ausbleiben

- 7 Ein Ausbleiben des Angeklagten** bei Beginn eines Hauptverhandlungstermins liegt vor, wenn der Angeklagte körperlich nicht erschienen ist. Im Hinblick auf die weitreichenden Folgen ist der Begriff eng auszulegen (s. schon oben Rdn. 3). Es genügt deshalb nicht, dass der Angeklagte bei Aufruf der Sache nicht im Gerichtssaal anwesend ist,<sup>54</sup> sofern er im Gerichtsgebäude (auf dem Gerichtsflur; in einem Zeugenzimmer usw.) anwesend war und hätte aufgefunden werden können; denn dass das Gericht innerhalb verständiger Grenzen nach ihm **suchen lässt**, wird diesem im Hinblick auf die weitreichenden Folgen des Absatzes 1 S. 1 zugemutet.<sup>55</sup> Ebenso muss das Gericht nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens und im Hinblick auf die ihm obliegende Fürsorgepflicht eine **angemessene Zeit zuwarten**, bevor es nach Absatz 1 S. 1 verwirft.<sup>56</sup> Wie weit dabei die Grenzen zumutbarer Suchmaßnahmen zu ziehen sind und wie die Dauer der mit dem tatsächlichen Aufruf der Sache,<sup>57</sup> aber nicht vor der angesetzten Terminszeit beginnenden<sup>58</sup> Wartefrist zu bemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab<sup>59</sup> – die erforderliche Wartefrist wird mit in der Regel jedenfalls 10 Minuten,<sup>60</sup> von anderen mit in der Regel 15 Minuten angegeben.<sup>61</sup>
- 7a** Die Pflicht, einen **weiteren Zeitraum über die Wartepflicht** von 15 Minuten hinaus zuzuwarten, kann sich für das Gericht im Hinblick auf das Grundrecht des rechtlichen Gehörs ergeben, wenn der Angeklagte (oder sein Verteidiger) vor dem Termin oder noch innerhalb der Wartefrist konkrete Verzögerungsgründe genannt und mitgeteilt hat, dass er noch innerhalb angemessener Zeit erscheinen werde.<sup>62</sup> Wie lange das Gericht dabei unter Beachtung der Grundsätze des fairen

54 Zutr. AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 7; a.A. HK/Rautenberg § 329 Rn. 12.

55 RGSt 61, 175 (177); RG HRR 1927 Nr. 669; RG DRiZ 1932, 150; OLG Frankfurt NSTZ-RR 2001, 85; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 7; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 17; KK/Paul § 329 Rn. 4.

56 RGSt 61, 175 (177); BayObLG NJW 1959, 2224; BayObLGSt 1988, 103 = VRS 76 (1989), 137; OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.03.2011, (1) 53 Ss 19/11 (5/11), bei Juris Rn. 9; OLG Frankfurt NJW 1954, 934; OLG Frankfurt NSTZ-RR 2001, 85 f.; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 7; KK/Paul § 329 Rn. 4; LR/Gössel § 329 Rn. 4.

57 So die Begründung des Gesetzes, BT-Drucks. 18/3562, S. 68; OLG Frankfurt NSTZ-RR 2001, 85 f.; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 4; Spitzer StV 2016, 48 (49).

58 Spitzer StV 2016, 48 (49); problematisch OLG Düsseldorf NSTZ-RR 2001, 303; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 17; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 13, die nur auf die angegebene Terminszeit abstellen.

59 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 7; KK/Paul § 329 Rn. 4.

60 OLG Köln JMBL. NW 1972, 63.

61 So BayObLG DAR 1987, 315; OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.03.2011, (1) 53 Ss 19/11 (5/11), bei Juris Rn. 9; OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.05.2012, (2) 53 Ss 60/12 (22/12), bei Juris Rn. 11 ff.; OLG Düsseldorf NSTZ-RR 2001, 303; OLG Frankfurt NSTZ-RR 2011, 21 f.; OLG Hamm VRS 54 (1978), 450 (451); KG NSTZ-RR 2006, 183 (184); KG, Beschl. v. 02.05.2005, 1 AR 490/05, bei Juris Rn. 5 f.; OLG Koblenz DAR 1980, 280; OLG Köln StraFo 2013, 251 f.; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 17; HK/Rautenberg § 329 Rn. 11; ebenso die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/3265, S. 68; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 3; Kaiser NJW 1977, 1955; s. auch VerfGH Berlin NJW 2004, 1158 (1159); verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

62 VerfGH Berlin NJW 2000, 1451 f. (m.w.N.); OLG Hamm NZV 2003, 49; KG NSTZ-RR 2002, 218 (219); KG StraFo 2013, 427 f.; OLG Köln, Beschl. v. 05.02.2013, III – 1 RVs 12/13, bei Juris = StraFo 2013, 251 f.; OLG Köln, Beschl. v. 08.07.2013, III – 2 Ws 354/13, bei Juris Rn. 13, 15 = OLGSt StPO § 329 Nr. 33; OLG Thüringen, Beschl. v. 18.09.2012, 1 Ss 71/12, bei Juris; s. auch BayObLGSt 1988, 103 (105) m.w.N.; OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.03.2011, (1) 53 Ss 19/11 (5/11), bei Juris Rn. 9, 11 f. und OLG Hamm NSTZ-RR 1997, 368 (369); BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 17; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 6; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 13.

Verfahrens und der Fürsorgepflicht<sup>63</sup> zuwarten muss, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab,<sup>64</sup> wobei insbesondere die Frage der Verschuldetheit oder Unverschuldetheit der Verspätung und die Bedeutung der Sache eine Rolle spielen und das Gericht ihm bekannte zusätzliche Verzögerungen (z.B. besondere Dauer einer Einlasskontrolle) zu berücksichtigen hat;<sup>65</sup> bei leicht unterlaufenden Versehen und zugesagtem Erscheinen kann danach durchaus auch ein Zuwarten von einer knappen Stunde geboten sein,<sup>66</sup> wenn dadurch weitere Belange des Berufungsgerichts, insbesondere die ordnungsgemäße Behandlung der weiteren anstehenden Verfahren, nicht beeinträchtigt werden.<sup>67</sup> Hat das Gericht die Angeklagte, die den Termin verwechselt hatte, sogar telefonisch auffordern lassen, auf jeden Fall noch zu erscheinen, so muss es im Blick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens jedenfalls so lange warten, wie die Angeklagte zum unverzüglichen Aufsuchen des Sitzungsortes benötigt.<sup>68</sup>

Erscheint der Angeklagte **verspätet** (auch nach Ablauf der Wartezeit nach Rdn. 7), **aber vor** **8** **Erläss des Verwerfungsurteils** nach Absatz 1 S. 1, erschöpft sich also die Verfahrensverzögerung in der vom Gericht bereits hingenommenen Wartezeit, ist Absatz 1 S. 1 im Hinblick auf das fehlende Drohen weiterer Verfahrensverzögerungen nach seiner Ratio nicht anwendbar.<sup>69</sup> Entfernt sich der bei Beginn der Hauptverhandlung anwesende Angeklagte später **vorzeitig**, so scheidet eine Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 zwar anerkanntermaßen aus,<sup>70</sup> weil hier schon die Wortlautvoraussetzungen nicht erfüllt sind und eine extensive Auslegung oder gar eine Analogie bei § 329 gerade nicht in Betracht kommt (s. oben Rdn. 3); doch sieht die Neufassung des Gesetzes in Absatz 2 S. 2 Nr. 2 hier einen eigenständigen Verwerfungstatbestand vor (dazu unten Rdn. 46e–h)<sup>71</sup>. Ebenso scheidet die Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 wegen eindeutiger Nichterfüllung der Wortlautvoraussetzungen aus, wenn der Angeklagte anwesend ist, sich aber weigert, an der Verhandlung (durch Angaben zur Sache oder auch nur zur Person) mitzuwirken;<sup>72</sup> ein

63 Vgl. dazu OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.03.2011, (1) 53 Ss 19/11 (5/11), bei Juris Rn. 9, 12; OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.05.2012, (2) 53 Ss 60/12 (22/12), bei Juris Rn. 11 = StraFo 2012, 270; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 251; KG StraFo 2013, 427 f.; OLG Köln StraFo 2004, 143; OLG München VRS 113 (2007), 117 (118 f.).

64 OLG Köln StraFo 2004, 143; OLG Köln OLGSt StPO § 329 Nr. 30.

65 OLG Hamm NZV 2003, 49.

66 OLG Köln OLGSt StPO § 329 Nr. 30; OLG München VRS 113 (2007), 117 (119); OLG Zweibrücken VRS 112 (2007), 122 (123); restriktiver OLG Oldenburg NJW 2009, 1762 (1763) bei allerdings auch anderer Falllage; noch großzügiger OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.03.2011, (1) 53 Ss 19/11 (5/11), bei Juris Rn. 11 f.: Zumutbarkeit, bei angekündigtem Eintreffen noch 1¼ Stunden zu warten; ebenso OLG Brandenburg Beschl. v. 15.05.2012, (2) 53 Ss 60/12 (22/12), bei Juris Rn. 11–14 = StraFo 2012, 270.

67 OLG Hamm SVR 2008, 262.

68 OLG Köln StraFo 2004, 143; s. auch OLG Hamm NZV 2003, 49.

69 BayObLGSt 1952, 80 (81): Widerlegung der Rücknahmefiktion durch nachträgliches Erscheinen; OLG Oldenburg MDR 1985, 430: bei solcher Sachlage keine Verwirkung durch Säumnis; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 7; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 6; KK/Paul § 329 Rn. 4; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 13; ebenso die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 69 und Spitzer StV 2016, 48 (50).

70 Vgl. RGSt 63, 53 (57); BGHSt 23, 331 (333); BayObLG NJW 1981, 183; OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (348 f.); OLG Celle StV 1994, 365; KG JR 1985, 343; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 7; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 13, 19; KK/Paul § 329 Rn. 4; LR/Gössel § 329 Rn. 8; vgl. ferner BayObLG JR 1982, 215 (216) mit krit. Anm. Göhler, Eb. Schmidt § 329 Rn. 9; ebenso die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 69 und Spitzer StV 2016, 48 (51).

71 Zu den insoweit bislang vorgeschlagenen Verfahren nach den §§ 231 Abs. 2, 232, 236 vgl. für die Berufungsinstanz BGHSt 15, 287 (290 f.); OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (348 f.); KK/Paul § 329 Rn. 4; K. Meyer JR 1978, 393 sowie AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 7; KK/Paul § 329 Rn. 4; KMR/Brunner (63. EL Mai 2012) § 329 Rn. 17.

72 KK/Paul § 329 Rn. 4; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 13; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 5; a.A. bei Verweigerung auch von Angaben zur Person LG Berlin NStZ-RR 1997, 338.



solcher Angeklagter ist vielmehr wie ein Angeklagter zu behandeln, der von seinem Schweigerecht Gebrauch macht.<sup>73</sup>

- 9 Einen Fall des Ausbleibens i.S.d. Absatzes 1 S. 1 nehmen die Rechtsprechung und h.M.<sup>74</sup> auch an, wenn der Angeklagte zwar erschienen ist, sich aber durch den Genuss von **Alkohol** oder **anderen berauschenden Mitteln**<sup>75</sup> schuldhaft und in Kenntnis der dadurch verursachten Vereitelung der Hauptverhandlung in den Zustand der **Verhandlungsunfähigkeit** versetzt hat. Das ist zwar im Blick auf die dadurch bewirkte Verfahrensverzögerung von der Ratio des Absatzes 1 S. 1 her unmittelbar einleuchtend, vom Wortlaut her aber nur in einem übertragenen Sinne noch gedeckt<sup>76</sup> und zeigt damit, auch wenn man es als noch hinnehmbare erweiternde Interpretation akzeptiert,<sup>77</sup> dass die von der Rechtsprechung und h.M. betonte Notwendigkeit enger Auslegung (s. oben Rdn. 3) zumindest an dieser Stelle nicht durchgehalten wird. Freilich hat die bisher h.M. durch die Einfügung des Absatz 1 S. 2 in der Nr. 3 durch das Gesetz selbst eine Stütze erfahren, da der dort geschilderte Verwerfungstatbestand als eine Bestätigung und Weiterführung der bisher h.M. auf den bisher nach h.M.<sup>78</sup> nicht erfassten Fall einer späteren Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit, insbesondere durch Alkohol- oder Drogenkonsum, zu verstehen ist. Aus dem neu eingefügten Verwerfungstatbestand mit seinen eng gefassten Voraussetzungen ergibt sich dabei im Wege einer systematischen Interpretation zugleich, dass im Fall einer schon zu Beginn des Hauptverhandlungstermins bestehenden Verhandlungsunfähigkeit nur die **vorsätzliche** und **schuldhafte Herbeiführung** der Verhandlungsunfähigkeit die Folge des Absatzes 1 S. 1 nach sich ziehen kann; bei einer nicht vom Angeklagten vorsätzlich verschuldeten Verhandlungsunfähigkeit sieht die Vorschrift die Verwerfung nicht vor.<sup>79</sup> Erst recht gibt der Wortlaut der Vorschrift keine Befugnis zum Erlass eines Verwerfungsurteils, wenn der Angeklagte weder körperlich ausgeblieben noch wirklich verhandlungsunfähig erschienen ist, sondern seine Verhandlungsunfähigkeit nur vortäuscht;<sup>80</sup> ein solcher Angeklagter ist vielmehr sachgerechterweise einem erschienenen Angeklagten gleichzuerachten, der von seinem Schweigerecht Gebrauch macht.<sup>81</sup> Trägt sich das Gericht mit dem Gedanken an eine Verwerfung wegen »Nichterscheins in Gestalt des Erscheinens in einem schuldhaft herbeiführten Zustand der Verhandlungsunfähigkeit«, so hat es vor seiner Entscheidung (insbesondere) über die Frage des Gegebenseins einer solchen Verhandlungsunfähigkeit einen Arzt als Sachverständigen anzuhören (Absatz 1 S. 3; dazu noch unten Rdn. 46h).

### 3. Entbindung von der Erscheinspflicht

- 10 Von einem Ausbleiben kann – vom Wortsinn her wie nach der Ratio – nur die Rede sein, wenn das Erscheinen des Angeklagten (im Blick auf die grundsätzliche Anwesenheitspflicht) erwartet

73 Vgl. KG JR 1969, 270 m. Anm. *Eb. Schmidt*; KK/*Paul* § 329 Rn. 4.

74 BGHSt 23, 331 (334 f.); OLG Frankfurt NJW 1968, 217; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 8; KK/*Paul* § 329 Rn. 4; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 14; *Radtke/Hohmann/Beukelmann* § 329 Rn. 6; *Kaiser* NJW 1968, 185; *Küper* JuS 1972, 127 (129); *Roxin/Schünemann* § 54 Rn. 24; ebenso nunmehr die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 69 und *Spitzer* StV 2016, 48 (50).

75 Dazu OLG Köln VRS 65 (1983), 47; *Seetzen* DRiZ 1974, 259 f.

76 Abl. daher *Eb. Schmidt* JR 1969, 270.

77 Krit. insoweit *Küper* JuS 1972, 127 (130): Überschreitung der Wortlautgrenze, aber sachlich gerechtfertigte Analogie.

78 OLG Celle StV 1994, 365; OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 174 (175); OLG Karlsruhe NStZ 1990, 297; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 8; KK/*Paul* § 329 Rn. 4; vgl. auch OLG Köln MDR 1981, 162.

79 I.S. einer solchen Beschränkung ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 69; i.S. eines Verschuldensfordernisses schon OLG Köln VRS 65 (1983), 47; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 8; *Warda* FS Bruns, S. 415 (437 f.).

80 KG JR 1969, 270 m. zust. Anm. *Eb. Schmidt*; OLG Köln MDR 1981, 162; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 8; AnwK-StPO/*Rotsch/Gasa* § 329 Rn. 5; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 14 und 15; LR/*Gössel* § 329 Rn. 6.

81 KG JR 1969, 270 mit zust. Anm. *Eb. Schmidt*; KK/*Paul* § 329 Rn. 4.

werden durfte. Daran fehlt es mit der Folge der Unzulässigkeit eines Verwerfungsurteils nach Absatz 1 S. 1, wenn der Angeklagte von der **Pflicht zum Erscheinen** gemäß §§ 233, 332 **entbunden** worden ist. Der Angeklagte braucht sich in diesem Fall auch nicht vertreten zu lassen.<sup>82</sup> Daran hat sich auch durch die Neufassung des § 329 nichts geändert – und zwar nicht nur in dem Sinne, dass in einem Fall der Entbindung vom Erscheinen bei Nichterscheinen des Angeklagten kein Verwerfungsurteil ergehen darf, sondern auch mit der Folge, dass hier sein Erscheinen nicht nach § 329 Abs. 3 mit Zwangsmitteln herbeigeführt werden darf.<sup>83</sup>

Notwendig ist dabei freilich stets, dass das **Berufungsgericht** den Angeklagten von der Pflicht zum Erscheinen entbunden hat; entsprechende Bewilligungen durch das Erstgericht wirken in der Berufungsinstanz nicht fort.<sup>84</sup> Der Antrag, von der Pflicht zum Erscheinen entbunden zu werden, kann sogar noch von einem dazu bevollmächtigten **Verteidiger** in der **Berufungsverhandlung** gestellt werden.<sup>85</sup> Lehnt das Gericht einen solchen Antrag (durch in der Hauptverhandlung zu verkündenden Beschluss, § 35 Abs. 1) ab, so kann es (nunmehr freilich nur, sofern dem Verteidiger eine weitergehende schriftliche allgemeine Vertretungsvollmacht fehlt) sogleich auch die Berufung nach Absatz 1 S. 1 verwerfen; es ist, da die Ablehnung nur den prozessualen Regelzustand bestehen lässt, nicht erforderlich, dass es vor Erlass des Verwerfungsurteils nach Absatz 1 S. 1 den ablehnenden Beschluss auch noch dem Angeklagten selbst bekanntmacht.<sup>86</sup>

#### 4. Fehlende Vertretung des Angeklagten

Schon nach der bisherigen Fassung des § 329 schied auch bei Ausbleiben des Angeklagten zu Beginn einer Hauptverhandlungstermins (damals einer Hauptverhandlung) eine Verwerfung nach § 329 Abs. 1 S. 1 aus, wenn für den Angeklagten ein Verteidiger mit Vertretungsvollmacht und dem Willen, den Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung zu vertreten, erschienen war. Freilich musste es sich nach § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. insoweit um einen Fall zulässiger Vertretung handeln. Die Zulässigkeit bestimmte sich dabei nach den §§ 234, 387 Abs. 1 und § 411 Abs. 2, die sich für die Zulässigkeit z.T. auf andere Vorschriften (z.B. § 232) und die in diesen statuierten Voraussetzungen bezogen – womit es an einer zulässigen Vertretung fehlte und die Berufung trotz eines vertretungsbereiten und bevollmächtigten Verteidigers doch zu verwerfen war, wenn die insoweit statuierten formellen oder materiellen Voraussetzungen nicht erfüllt waren.<sup>87</sup> Da gerade das Fehlen dieser Voraussetzungen es den Gerichten entscheidend erschwerte, der Entscheidung des EGMR (dazu oben Rdn. 1) Rechnung zu tragen und bei Erscheinen eines zur Vertretung bevollmächtigten und bereiten Verteidigers nicht zu verwerfen, sondern in eine sachliche Verhandlung einzutreten,<sup>88</sup> verzichtet § 329 Abs. 1 S. 1 n.F. auf das Erfordernis einer (nach anderen Vorschriften) zulässigen Vertretung. Statt dessen reicht es aus, dass für den abwe-

82 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 9; KK/Paul § 329 Rn. 5; nach der Neufassung des § 329 Spitzer StV 2016, 48 (51).

83 So ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329; vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 70.

84 RGSt 64, 239 (244); BayObLGSt 1956, 20; OLG Schleswig SchlHA 1964, 70; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 9; LR/Gössel § 329 Rn. 55.

85 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 9; KK/Paul § 329 Rn. 5; KMR/Paulus § 329 Rn. 8.

86 BGHSt 25, 281 (284 f.) auf Vorlagebeschluss; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 9; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 3; KK/Paul § 329 Rn. 5; Küper NJW 1974, 1927 (1928, 1930 f.); ders. JR 1971, 325; wohl auch Schlichter Rn. 683.2; a.A. (zuvor) u.a. BayObLG NJW 1970, 1055 m. abl. Anm. Küper NJW 1970, 1562 f. und krit. Bespr. Küper JR 1971, 325.

87 S. dazu im Einzelnen SK-StPO<sup>4</sup>/Frisch § 329 Rn 12–14 sowie (noch vor der Änderung des § 329) Küper FS Wolter, S. 1019 ff.

88 Vgl. z.B. OLG München NStZ 2013, 358 f.: nicht mit dem Wortlaut des § 329 Abs. 1 S. 1 vereinbar; zust. OLG Braunschweig, Beschl. v. 19.03.2014, 1 Ss 15/14, bei Juris; OLG Celle NStZ 2013, 615 (616); OLG Thüringen, Beschl. v. 07.08.2013, 1 Ss 55/13 (180), bei Juris Rn. 11 f.; dagegen Engel ZJS 2013, 339 (345); Esser StraFo 2013, 253 (255); Gerst NStZ 2013, 310 (311); Zehetgruber HRRS 2013, 397 (403 f.); i.S. einer Unvereinbarkeit mit dem »sich aus dem Regelungszusammenhang erge-

senden Angeklagten ein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht erschienen ist. § 329 Abs. 1 S. 1 n.F. erklärt damit unter diesen Voraussetzungen die Vertretung in der Berufungsinstanz im praktischen Ergebnis selbst für zulässig und trägt damit dem vom EGMR betonten Recht des Angeklagten Rechnung, sich in der Berufungshauptverhandlung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK jedenfalls grundsätzlich durch einen Verteidiger verteidigen lassen zu dürfen – eines Rechts, welches er allein wegen seines Nichterscheins zur Verhandlung nicht verlieren dürfe.<sup>89</sup>

- 13 Nach Absatz 1 S. 1 steht der Verwerfung nur entgegen, wenn die vom Angeklagten zur Vertretung ermächtigte erschienene Person ein Verteidiger ist, das heißt eine Person, die der Angeklagte nach § 138 Abs. 1 und 2 StPO als **Verteidiger** wählen kann – die schriftliche Vertretungsbefugmächtigung anderer Personen genügt nicht, auch nicht, wenn es sich um als Beistand in der Berufungshauptverhandlung nach § 149 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 zugelassene Personen (Ehegatten, Lebenspartner oder gesetzliche Vertreter eines Angeklagten) oder einer nach § 69 Abs. 1 JGG durch das Gericht bestellten Beistand für den jugendlichen Angeklagten handelt.<sup>90</sup> Erforderlich ist weiter, dass dem erschienenen Verteidiger eine **Vertretungsvollmacht** erteilt worden ist. Dafür genügt die allgemeine Verteidigungsvollmacht nach § 137, die dem Verteidiger nur die Rechtsstellung eines Beistands verschafft,<sup>91</sup> nicht; als Beistand hat der Verteidiger zwar eigene Rechte und Pflichten, Vertreter im Sinne des § 329 Abs. 1 S. 1 (und einer Reihe anderer Vorschriften) ist er damit aber grundsätzlich noch nicht.<sup>92</sup> Zur Erlangung von Vertretungsvollmacht bedarf es vielmehr einer ausdrücklichen Erklärung, dass der Verteidiger über die allgemeine Verteidigungsvollmacht hinaus **rechtswirksam Verfahrensbefugnisse für den Angeklagten wahrnehmen** darf,<sup>93</sup> ihn also »in der Erklärung und im Willen« im Hauptverhandlungstermin und zwar der Berufungsinstanz<sup>94</sup> vertreten darf.<sup>95</sup> Dementsprechend genügt auch das bloße Erscheinen eines nach § 140 bestellten Pflichtverteidigers nicht.<sup>96</sup> Die Vertretungsvollmacht bedarf nach Absatz 1 S. 1 im Interesse der Rechtssicherheit der **Schriftform**, die hier im selben Sinne wie in den §§ 234 Abs. 2, 314 Abs. 2, 350 Abs. 2, 387 Abs. 1, 411 Abs. 2 S. 1 zu verstehen ist.<sup>97</sup> Die schriftliche Vertretungsvollmacht kann dabei in derselben Urkunde wie die Verteidigungsvollmacht erteilt sein. Sie kann durch den Angeklagten auch zu Protokoll erklärt worden sein oder sich aus einer schriftlichen Erklärung des Angeklagten gegenüber dem Gericht ergeben.<sup>98</sup> Dagegen soll es nach der gesetzlichen Begründung des Absatz 1 S. 1 nicht genügen, wenn die Vollmacht aufgrund einer mündlichen Erteilung des Angeklagten von dem zu bevollmächtigen

benden erkennbar entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers« OLG Bremen StV 2014, 211 (212); OLG Hamburg, Beschl. v. 10.06.2013, 2 Ss 11/13, bei Juris Ls. 2 und Rn. 13.

89 EGMR, Urt. v. 08.11.2012, Nr. 30804/07, *Neziraj vs. Deutschland*, Tz. 50 = StraFo 2012, 490 (491).

90 S. dazu die Gesetzesbegründung zum neugefassten § 329 Abs. 1 S. 1, BT-Drucks. 18/3562, S. 67.

91 OLG Hamm, Beschl. v. 03.04.2014, III – 5 RVs 11/14, bei Juris Rn. 4 = ZfSch 2014, 470; *Meyer-Göfner/Schmitt* Vor § 137 Rn. 1 f.; SK-StPO<sup>4</sup>/Wohlers Vorbem. Vor §§ 137 ff. Rn. 26 ff., 50 ff.

92 S. dafür die Begründung des Gesetzesentwurfs zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 67; ferner OLG Celle NSTz 2013, 615 (616); OLG Hamm, Beschl. v. 03.04.2014, III – 5 RVs 11/14, 5 RVs 11/14, bei Juris Rn. 4 = ZfS 2014, 470; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 31; LR/*Becker* § 234 Rn. 1; *Meyer-Göfner/Schmitt* Vor § 137 Rn. 10 und 234 Rn. 2.

93 So auch die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 67; LR/*Becker* § 234 Rn. 1; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 234 Rn. 1; SK-StPO/*Deiters* § 234 Rdn. 5.

94 So KG, Beschl. v. 10.09.2015, (2) 121 Ss 141/15 (51/15), bei Juris Rn. 9: nicht ausreichend sei die Ermächtigung »zur Vertretung nach § 411 II« und die »ausdrückliche Ermächtigung auch nach §§ 233 I, 234«.

95 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 67; *Pfeiffer* § 234 Rn. 1; SK-StPO/*Deiters* § 234 Rdn. 5.

96 So ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 67; OLG Celle NSTz 2013, 615 (616); OLG Hamm NJW 1970, 1245; OLG Hamm, Beschl. v. 03.04.2014, III – 5 RVs 11/14, 5 RVs 11/14, bei Juris Ls. 3 und Rn. 4; *Spitzer* StV 2016, 48 (49).

97 Vgl. dazu *Meyer-Göfner/Schmitt* § 234 Rn. 5; SK-StPO/*Deiters* § 234 Rdn. 4 m.w.N.

98 So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 68; BGHSt 9, 356; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 234 Rn. 5; *Spitzer* StV 2016, 48 (49).

genden Verteidiger selbst unterzeichnet wird.<sup>99</sup> Zum Nachweis der Vollmacht in der Verhandlung vgl. unten Rdn. 51a; zur Frage der Erteilung von Untervollmacht *Spitzer StV* 2016, 48 (49). Hinsichtlich des »**Erscheinens**« des vertretungsermächtigten Verteidigers intendiert die Neufassung des Gesetzes dagegen nach der Begründung des Gesetzes keine sachliche Änderung.<sup>100</sup> Das Erscheinen im Rechtssinne setzt danach nicht nur – wie beim Angeklagten selbst – ein Erscheinen in verhandlungsfähigem Zustand,<sup>101</sup> sondern vor allem auch voraus, dass der mit Vertretungsvollmacht ausgestattete Verteidiger den Angeklagten wirklich verteidigen will,<sup>102</sup> also zur Vertretung bereit ist.<sup>103</sup> Daran fehlt es, wenn der Verteidiger erklärt oder zu erkennen gibt, dass er den Angeklagten nicht vertreten will.<sup>104</sup> Die Rechtsprechung hat einen solchen nicht hinreichenden Willen zur eigentlichen Sachverhandlung z.B. in einem Fall angenommen, in dem der Verteidiger nur zu dem Zweck erschienen war, einen bereits früher gestellten, auf Verhandlungsunfähigkeit gestützten Aussetzungsantrag zu wiederholen<sup>105</sup> – freilich muss die fehlende Bereitschaft, bei einer Nichtstattgabe nicht mehr für den Angeklagten als Vertreter tätig zu werden (und damit das Desinteresse an Sachverhandlung zum gegenwärtigen Zeitpunkt), deutlich zum Ausdruck gebracht worden sein (also Unzulässigkeit der Verwerfung, wenn der Verteidiger bereit ist, bei Ablehnung des Aussetzungsantrags auch ohne den Angeklagten zu verhandeln<sup>106</sup>). Dagegen soll es am Verteidigerwillen nicht schon deshalb fehlen, weil der Verteidiger keine Erklärungen zur Sache abgibt<sup>107</sup> – denn auch gegenüber dem sich so verhaltenden Angeklagten ist dies kein zur Verwerfung berechtigender Grund (ist dem vielmehr prozessordnungsgemäß auf andere Weise Rechnung zu tragen). Letztlich Tatfrage ist es, wie die **Erklärung des Verteidigers, mangels ausreichender Information für den Angeklagten nicht tätig werden zu können**,<sup>108</sup> zu interpretieren ist: Ist darin (naheliegender) eine Weigerung zu sehen, für den Angeklagten überhaupt tätig zu werden, so fehlt es an einer Vertretung i.S.d. Absatzes 1 S. 1 – womit eine Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 an sich möglich ist. Will der Verteidiger dagegen auch bei dieser Sachlage die Interessen des Angeklagten wahren und dient der Hinweis auf die mangelnde Information nur dazu zu erklären, warum er nicht i.S. bestimmter Einzelmaßnahmen tätig werden könne und zur Sache nichts sage, so liegt ein Vertretungsfall (der Absatz 1 S. 1 sperrt)

14

99 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 68 (unter ausdrücklicher Ablehnung von BayObLG NStZ 2002, 277 [278]); ebenso BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 32; SK-StPO/*Deiters* § 234 Rdn. 4 m.w.N.; *Spitzer StV* 2016, 48 (49).

100 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 69.

101 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 69; *Spitzer StV* 2016, 48 (50).

102 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 69; ebenso auch bisher schon KG JR 1985, 343 (344); AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 10.

103 AnwK-StPO/*Rotsch/Gasa* § 329 Rn. 6; KK/*Paul* § 329 Rn. 6; *Spitzer StV* 2016, 48 (50 mit weit. Verdeutlichungen, wann dies angenommen werden kann); s. auch – zu den §§ 411 Abs. 2, 412 – OLG Brandenburg wistra 2012, 43 (44).

104 So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 69 m.w.N. *Spitzer StV* 2016, 48 (50 f. mit Hinweisen auf insoweit praktisch bedeutsame Fälle).

105 KG JR 1985, 343; KK/*Paul* § 329 Rn. 6; *Meyer-Gofßner/Schmitt* § 329 Rn. 16; ohne Stellungnahme AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 10.

106 OLG Köln StV 1992, 567.

107 KG JR 1985, 343 (344); AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 10; KK/*Paul* § 329 Rn. 6; LR/*Gössel* § 329 Rn. 46; *Meyer-Gofßner/Schmitt* § 329 Rn. 15 f.; *Roxin*<sup>25</sup> § 52 Rn. 25.

108 S. dazu – ein ausreichendes Erscheinen des Verteidigers bejahend – BayObLGSt 1980, 73 = NJW 1981, 183 = NStZ 1981, 112 m. abl. Anm. *Meyer-Gofßner*; ebenso BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 34; KMR/*Paulus* § 329 Rn. 9; *Roxin*<sup>25</sup> § 52 Rn. 25; abl. und insoweit für die Möglichkeit eines Verwerfungsurteils dagegen (beiläufig) KG JR 1985, 343 (344); HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 15; HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 7; ebenso LR/*Gössel* § 329 Rn. 46; *Schlüchter* Rn. 682.2 Fn. 283; differenzierend *Meyer-Gofßner* NStZ 1981, 113 f.

jedenfalls solange vor, wie man solches Verhalten nicht als mit der Funktion eines Vertreters unvereinbar ansieht und deshalb zu einem Fall (in concreto) unzulässiger Vertretung gelangt.<sup>109</sup>

- 14a Das **Nichterscheinen** eines mit Vertretungsvollmacht versehenen **Verteidigers** hat nur dann die Verwerfung der Berufung des unentschuldigt ausgebliebenen Angeklagten zur Folge, wenn es selbst **nicht hinreichend entschuldigt** ist. Ist es genügend entschuldigt, etwa weil der mit schriftlicher Vertretungsvollmacht ausgestattete Verteidiger auf dem Weg in die Verhandlung bewusstlos wurde oder in einen Unfall mit erheblichen Verletzungsfolgen verwickelt wurde oder in einen unvorhersehbaren Stau geriet, so steht das auch im Falle eines selbst nicht genügend entschuldigt ausgebliebenen Angeklagten der Verwerfung der Berufung entgegen.<sup>110</sup> Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Nichterscheinen des Verteidigers genügend oder nicht genügend entschuldigt ist, gelten dabei zunächst die für die Entschuldigung des Angeklagten in der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze entsprechend (dazu unten Rdn. 18 ff.), desgleichen für die das Gericht in Bezug auf die Frage der genügenden Entschuldigung treffenden Prüfungspflichten (unten Rdn. 31 ff.) – unbeschadet dessen, dass sich mit Bezug auf die »nicht genügende Entschuldigung« des Verteidigers sicher eine Reihe von Fragen stellen werden, für die sachgerechte Antworten erst noch entwickelt werden müssen.

## II. Ordnungsgemäße Ladung des Angeklagten

- 15 Nur wenn der Angeklagte »ordnungsgemäß« geladen worden ist, darf seine Berufung nach Absatz 1 S. 1 bei Ausbleiben zu Beginn der Hauptverhandlung verworfen werden.<sup>111</sup> Ordnungsgemäß ist die (schriftliche) Ladung nur, wenn sie zutreffende Angaben über **Ort, Zeit und Gegenstand der Verhandlung** enthält;<sup>112</sup> die Fassung der Ladung in deutscher Sprache genügt für die Wirksamkeit auch gegenüber einem sprachunkundigen Ausländer.<sup>113</sup> Die Ladung muss dem Angeklagten selbst oder seinem nach § 145a Abs. 2 ermächtigten Verteidiger<sup>114</sup> **zugestellt** worden sein<sup>115,116</sup>; die Zustellung an einen sonstigen Bevollmächtigten genügt nicht.<sup>117</sup> **Ersatz-zustellung** (§ 37 Abs. 1 StPO i.V.m. §§ 178 ff. ZPO) reicht aus;<sup>118</sup> **öffentliche Zustellung**

109 Für die Zulässigkeit eines Sachurteils in einem solchen Fall daher mit Recht Meyer-Göfner NStZ 1981, 113 (114).

110 Die doppelte Notwendigkeit der Behandlung der Frage der Entschuldigung als Folge der Neufassung des § 329 ist auch in der Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329 betont, vgl. BT-Drucks, 18/3562, S. 69; s. ferner Spitzer StV 2016, 48 (50).

111 BGHSt 24, 143 (149 f.); OLG Hamm NStZ 1982, 521 m.Anm. K. Meyer, OLG Hamm VRS 107 (2004), 109 (110 f.); KG JR 1976, 425 m.Anm. Wendisch; KG JR 1984, 78; OLG Karlsruhe NJW 1981, 471; OLG Stuttgart MDR 1986, 778; OLG Stuttgart NStZ 1989, 91; OLG Thüringen, Beschl. v. 07.11.2007, 1 Ss 273/07, bei Juris Rn. 12.

112 BGHSt 24, 143 (150); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 15; LR/Gössel § 329 Rn. 12.

113 BayOBLGSt 1995, 215 = NStZ 1996, 248; OLG Köln, Beschl. v. 09.12.2014, III – 1 RVs 167/14, bei Juris Ls. 2 u. Rn. 15 ff. = NStZ-RR 2015, 317 (318); OLG Nürnberg NStZ-RR 2010, 286; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 5; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 9 a.A. LG Heilbronn StV 2011, 406 (Ls.). – Eine andere Frage ist, ob bei Fehlen einer Übersetzung ein Ausbleiben entschuldigt ist und dies einen Wiedereinsetzungsgrund darstellt; s. dazu OLG Köln aaO. bei Juris Rn. 23 (mit Ablehnung im konkreten Fall).

114 Zur Notwendigkeit ausdrücklicher Ermächtigung OLG Düsseldorf StV 1982, 127 f.; OLG Düsseldorf StV 1990, 356; OLG Köln StV 1993, 402; OLG Stuttgart NStZ-RR 2005, 319; die Zustellung an den Pflichtverteidiger, der über keine Vollmacht nach § 145a Abs. 2 verfügt, genügt nicht, OLG Karlsruhe StraFo 2011, 509.

115 OLG Dresden StraFo 2005, 423; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 26.

116 Zur Ladung des inhaftierten Angeklagten vgl. § 216 Abs. 2 und unten Rdn. 36 f.

117 OLG Dresden StraFo 2005, 423; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 14; KK/Paul § 329 Rn. 3.

118 Statt vieler OLG Hamm VRS 101 (2001), 439 (440), OLG Hamm, Beschl. v. 06.10.2009, 3 Ss 425/09, bei Juris Rn. 7 f.; OLG Hamm NStZ-RR 2014, 376; OLG Stuttgart Justiz 2003, 489 (490); OLG Nürnberg NStZ-RR 2010, 286; zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit BVerfG NStZ-RR 1997, 70 (71).

(§ 40), die im Falle einer vom Angeklagten eingelegten Berufung unter erleichterten Voraussetzungen zulässig ist (§ 40 Abs. 3),<sup>119</sup> ebenfalls<sup>120</sup> – es sei denn, die Aushangfrist ist nicht eingehalten worden<sup>121</sup>; doch soll eine öffentliche Zustellung dann nicht zulässig sein, wenn der Angeklagte zur Tatzeit jugendlicher war, da die öffentliche Zustellung dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit im Jugendstrafrecht widerspreche;<sup>122</sup> desgleichen nicht, wenn ein Angeklagter im Zeitpunkt der Anordnung der öffentlichen Zustellung und deren Bewirkung unter Betreuung steht und der Aufgabenbereich des Betreuers gerade auch die Vertretung gegenüber Gerichten umfasst.<sup>123</sup> Zu einer ordnungsgemäßen Ladung i.S.d. Absatzes 1 S. 1 gehört außerdem der nach § 323 Abs. 1 S. 2 geforderte **Hinweis auf die Folgen des Ausbleibens**, der auch die Fälle des § 329 Abs. 1 S. 2 und des § 329 Abs. 2 und 3 StPO umfassen muss.<sup>124</sup> Ist dieser Hinweis in der Ladung unterblieben oder ist er nicht ordnungsgemäß, missverständlich oder unvollständig<sup>125</sup> erteilt worden (und ist der Angeklagte auch nicht durch den Hinweis nach § 35a S. 2 über die Folgen seines Nichterscheinens ausführlich belehrt worden), so darf die Berufung des Angeklagten nicht nach Absatz 1 verworfen werden,<sup>126</sup> auch dann nicht, wenn eine Ladung zu einem früheren Termin den (ordnungsgemäßen) Hinweis enthielt.<sup>127</sup> <sup>128</sup> Desgleichen steht es der sofortigen Verwerfung der Berufung entgegen, dass der **Verteidiger** unter Verstoß gegen § 218 **nicht geladen** worden ist.<sup>129</sup> Wegen der Folgen weiterer fehlerhafter Sachbehandlungen in Bezug auf den Verteidiger s. unten Rdn. 28.

Die in Rdn. 15 genannten Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Ladung, die im Freibeweisverfahren festgestellt werden, müssen **sicher** erfüllt sein, damit eine Verwerfung der Berufung des ausgebliebenen Angeklagten zulässig ist. Sind sie nicht erfüllt oder bleibt **zweifelhaft**, ob sie erfüllt sind und damit eine ordnungsgemäße Ladung erfolgt ist, so scheidet die Verwerfung schon am Fehlen der formellen (freilich material fundierten, oben Rdn. 2 f.) Voraussetzungen des Ver-

119 S. dazu näher BayObLGSt 2000, 138.

120 KG NJW 1969, 475; KG NSTz 2009, 111 (112); OLG Hamburg JR 1982, 122 m. Anm. *Wendisch*; OLG Köln NJW 1957, 153 (154); OLG Köln, Beschl. v. 09.12.2014, III – 1 RVs 167/14, bei Juris Ls. 2 u. Rn. 15 ff. = NSTz-RR 2015, 317 f.; OLG Stuttgart MDR 1982, 775; OLG Stuttgart Justiz 2001, 227 (es sei denn, dem Berufungsgericht wird noch vor der Berufungsverhandlung die inländische Anschrift des Angeklagten bekannt); BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 29 m. weit. Einzelheiten; a.A. OLG Frankfurt JR 1978, 392 m. abl. Anm. *K. Meyer*.

121 OLG Hamburg StraFo 2014, 294.

122 OLG Stuttgart StV 1987, 309; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 14; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 9; SK-StPO<sup>4</sup>/*Wefßlau* § 40 Rn. 3; a.A. KG NSTz-RR 2006, 120 f.; KG JR 2006, 301 ff. m. abl. Anm. *Eisenberg/Haeseler* (dort S. 304 ff. umfassender Überblick über Rspr. und Lit.); LG Zweibrücken MDR 1991, 985 und *Nowak* JR 2008, 234 (237 f.).

123 OLG Frankfurt NSTz-RR 2004, 210 f.

124 BT-Drucks. 18/3562, S. 69; *Spitzer* StV 2016, 48 (50); s. erg. SK-StPO/*Frisch* § 323 Rdn. 14 ff.

125 Vgl. z.B. OLG Oldenburg StraFo 2009, 114 und OLG Oldenburg StraFo 2009, 336; eingeh. weit. Nachw. bei SK-StPO/*Frisch* § 323 Rdn. 14 ff. – Zum Fehlen einer Übersetzung der Belehrung gilt das oben zur fehlenden Übersetzung der Ladung Gesagte entsprechend.

126 BayObLGSt 1975, 30 = MDR 1975, 683; BayObLGSt 1995, 217 (218) = NSTz 1996, 248; OLG Düsseldorf MDR 1987, 868 (869); OLG Naumburg, Beschl. v. 14.11.2013, 2 Ss 155/13, 2 Ss 71/13, bei Juris = OLGSt StPO § 329 Nr. 35; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 15; KK/*Paul* § 329 Rn. 3; LR/*Gössel* § 329 Rn. 16; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 10; *Bloy* JuS 1986, 585 (591 f.); zur Frage der etwaigen Notwendigkeit der Abfassung des Hinweises in einer für den Angeklagten verständlichen Sprache BayObLG NJW 1976, 2084 f.; OLG Köln StV 1996, 13 (14); LG Heilbronn StV 2011, 406.

127 BayObLGSt 1975, 30 (32 f.); OLG Hamm NSTz-RR 2008, 380; OLG Koblenz NJW 1981, 2074; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 35.

128 S. erg. SK-StPO/*Frisch* § 323 Rdn. 14 ff.

129 BayObLGSt 2001, 31 (32 f.) = VRS 100 (2001), 452; OLG Köln VRS 98 (2000), 138 (139) (beide Entscheidungen auch zur Frage, inwieweit das Urteil auf der unterlassenen Ladung des Verteidigers, also der Verletzung des § 218 S. 1, beruhen kann); BayObLG StV 2002, 356 (Ls.); *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 11a; *Radtke/Hohmann/Beukelmann* § 329 Rn. 9.

werfungsurteils;<sup>130</sup> darauf, ob das Nichterscheinen des Angeklagten entschuldigt oder von ihm (mit) zu vertreten ist, kommt es nicht an.<sup>131</sup> Eine **Ausnahme** gilt nur für die Fälle, in denen der Angeklagte ohnehin **nicht erscheinungswillig** war: Hier fehlt es an der **Ursächlichkeit** des Zustellungsmangels oder des fehlenden bzw. nicht ordnungsgemäßen Hinweises für das Nichterscheinen des Angeklagten vor Gericht; es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Angeklagte an der Durchführung der Berufung nicht interessiert ist (s. auch oben Rdn. 2, 2a), und diese daher zu verwerfen.<sup>132</sup> Freilich darf ein Verwerfungsurteil dabei im Hinblick auf den oben Rdn. 3 erwähnten legitimierenden Hintergrund des Absatzes 1 S. 1 nur ergehen, wenn (das Berufungsgericht) **sicher** ist, dass der Fehler für das Ausbleiben des Angeklagten ohne Bedeutung war.<sup>133</sup>

- 17 Sonstige Defizite des Verfahrens und auch gewisse sonstige **Ladungsfehler** stehen einer Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 nicht von vornherein entgegen. Dass das mit der Berufung angefochtene **Urteil** des Amtsgerichts zu Beginn der Berufungsverhandlung noch **nicht zugestellt** war, hindert eine Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 nicht.<sup>134</sup> Die **Nichteinhaltung der Ladungsfrist** nach § 217 Abs. 1 gibt dem Angeklagten zwar das Recht, die Aussetzung der Verhandlung zu verlangen (§ 217 Abs. 2), sie lässt aber die Wirksamkeit der Ladung unberührt und steht, wenn der Angeklagte keinen (begründeten) Aussetzungsantrag gestellt hat, der Verwerfung der Berufung nicht schon von vornherein entgegen.<sup>135</sup> Allerdings kann sie Bedeutung erlangen, wenn sie das Ausbleiben des Angeklagten nach den Umständen des Einzelfalles als entschuldigt erscheinen lässt,<sup>136</sup> weil sie auch einen an sich erscheinungswilligen Angeklagten an der Teilnahme gehindert hätte.<sup>137</sup>

130 OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2005, 263 (Nr. 31); OLG Stuttgart NStZ 1989, 91 f.; OLG Thüringen, Beschl. v. 07.11.2007, 1 Ss 273/07, bei Juris Rn. 17; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 15; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 7; KK/Paul § 329 Rn. 3.

131 OLG Thüringen, Beschl. v. 07.11.2007, 1 Ss 273/07, bei Juris Rn. 17.

132 OLG Düsseldorf StV 1982, 216 (217); OLG Hamm NStZ-RR 2008, 380 f.; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 314; KG GA 1975, 148; KG VRS 108 (2005), 110; KG, Urt. v. 23.06.2008, (2/5) 1 Ss 213/04 (6/05), bei Juris Rn. 43; OLG Köln, Beschl. v. 09.12.2014, III – 1 RVs 167/14, bei Juris Rn. 13 = NStZ-RR 2015, 317 f. (mit Ausnahme für den Fall einer öffentlichen Zustellung); OLG Oldenburg GA 1993, 462; OLG Saarbrücken VRS 44 (1973), 190; OLG Stuttgart NStZ-RR 2005, 319 (320); LG Verden NJW 1974, 2194 (2195 f.); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 16; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 27; HK/Rautenberg § 329 Rn. 19; KK/Paul § 329 Rn. 3; s. auch KMR/Brunner (63. EL Mai 2012) § 329 Rn. 11, der als entscheidend ansieht, ob durch den Ladungsmangel der Schutzzweck der §§ 216, 323 Abs. 1, 329 Abs. 1 gegenüber dem Angeklagten verletzt ist (in 78. EL Dezember 2015 nicht mehr enthalten).

133 OLG Oldenburg GA 1993, 462; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 16; LR/Gössel § 329 Rn. 14.

134 BayObLG NJW 1994, 1748; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 5; a.A. OLG Hamm JMBL. NW 1982, 107 (108).

135 RG DJZ 1931, 501; BGHSt 24, 143 (150); BayObLG NJW 1967, 457 = JR 1967, 190 m. abl. Anm. Koffka; OLG Köln NJW 1955, 1243; OLG Köln StraFo 2001, 266 (268 f.); OLG Saarbrücken VRS 44 (1973), 190; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 16; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 30 (mit Zweifeln, ob das auch im Blick auf die Möglichkeit, dem Verteidiger eine schriftliche Vertretungsvollmacht zu erteilen, noch gelten kann); KK/Paul § 329 Rn. 3; KMR/Brunner (63. EL Mai 2012) § 329 Rn. 11; a.A. OLG Dresden DRiZ 1932 Nr. 538; Eb. Schmidt § 217 Rn. 7 und Nachtrag I § 217 Rn. 10; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 9; SK-StPO/Deiters § 217 Rdn. 11 m.w.N.; offengelassen von OLG Frankfurt NStZ-RR 1999, 18.

136 BGHSt 24, 143 (152); BayObLG NJW 1967, 457; OLG Brandenburg NStZ-RR 2009, 318; OLG Frankfurt NStZ-RR 1999, 18 (19); OLG Köln StraFo 2001, 266 (269); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 16; HK/Rautenberg § 329 Rn. 18; KK/Paul § 329 Rn. 3.

137 KG VRS 107 (2004), 119 f.; KG VRS 108 (2005), 110.

### III. Nicht genügend entschuldigtes Ausbleiben

#### 1. Maßgeblichkeit der wirklichen Sachlage im Rahmen der Erkennbarkeit

Schon nach dem bisherigen Wortlaut des Absatzes 1 S. 1 war außerdem vorausgesetzt, dass das Ausbleiben des Angeklagten »nicht genügend entschuldigt ist«. Die auch in der Neufassung mitenthaltene Formulierung des Gesetzes ist im Grundsatz präzise: Es kommt nicht darauf an, ob sich der Angeklagte genügend entschuldigt »hat«, sondern ob er es »ist«,<sup>138</sup> nicht das Vorbringen des Angeklagten ist also (jedenfalls primär, s. dazu noch Rdn. 19 a.E.) maßgebend, sondern die **wirkliche Sachlage**, also das wirkliche Gegebensein eines entschuldigenden Sachverhalts.<sup>139</sup> Nach der Neufassung des § 329 setzt die Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 freilich nicht nur voraus, dass das Ausbleiben des ordnungsgemäß geladenen Angeklagten nicht genügend entschuldigt ist. Hat der Angeklagte einen zu ladenden Verteidiger,<sup>140</sup> so ist die Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 nur dann möglich, wenn auch der Verteidiger trotz ordnungsgemäßer Ladung ohne genügende Entschuldigung nicht erschienen ist.<sup>141</sup> Nicht nur das Erscheinen, sondern bereits das entschuldigte Nichterscheinen des (mit schriftlicher Vertretungsvollmacht versehenen) Verteidigers schließt also die Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 aus. Dabei kommt es auch insoweit nicht darauf an, ob der Verteidiger sich entschuldigt hat, sondern darauf, ob ein entschuldigender Sachverhalt gegeben ist. Auch im Übrigen gelten die folgenden Darlegungen zur genügenden Entschuldigung, die angesichts der bisheriger Gesetzeslage und der dazu ergangenen Rechtsprechung und Literatur am ausgebliebenen Angeklagten und der Entschuldigung seines Ausbleibens orientiert sind, mit gewissen etwa notwendigen Modifizierungen für die Frage eines genügend entschuldigtes Ausbleibens des Verteidigers entsprechend.

Das gesetzliche Erfordernis, dass sowohl das Nichterscheinen des Angeklagten als auch das des Verteidigers nicht genügend entschuldigt ist, wirft nicht nur eine Reihe von Einzelfragen (Übertragbarkeit der Entschuldigungssachverhalte vom Angeklagten auf den Verteidiger) auf. Es führt auch zur grundsätzlichen Frage, ob das Ausbleiben des Angeklagten nicht möglicherweise deshalb entschuldigt ist, weil er sich auf das **Erscheinen** des von ihm sorgfältig ausgewählten **Verteidigers verlassen hat**, der dann auch nicht, und zwar ohne genügende Entschuldigung, erschienen ist. Die Gesetzesbegründung erachtet in diesem Fall das Ausbleiben des Angeklagten für nicht entschuldigt, weil dieser sich das Verhalten des Verteidigers »zurechnen lassen muss« und kommt deshalb auch für diesen Fall zur gebotenen Verwerfung.<sup>142</sup> Das scheint zwar auf den ersten Blick dazu in Widerspruch zu stehen, dass dem Angeklagten das Verschulden seines Verteidigers normalerweise nicht zugerechnet wird,<sup>143</sup> verdient im Ergebnis aber Zustimmung. Das Gesetz trägt den Regelungen der EMRK und der Judikatur des EGMR<sup>144</sup> schon dadurch

138 RGSt 62, 420 (422); BGHSt 17, 391 (396); OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 31 S. 3 = ZfSch 2012, 230; OLG Celle StV 1987, 192; OLG Düsseldorf StV 1987, 9 (10); OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 166/15, bei Juris Rn. 16; OLG Hamm NStZ-RR 1998, 281 (282); OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141; KG VRS 107 (2004), 119 (120); OLG Koblenz VRS 64 (1983), 211 (212); OLG Köln NJW 1982, 2617; OLG Köln StraFo 2006, 413; OLG München wistra 2008, 480; OLG Nürnberg NJW 2009, 1761 (1762); OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 22; KK/Paul § 329 Rn. 7; KMR/Brunner § 329 Rn. 20; Meyer-Goßner/Schmitt § 329 Rn. 18 f.; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 11.

139 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 20; LR/Gössel § 329 Rn. 26.

140 So, wenn ihm ein Verteidiger bestellt worden ist oder wenn die Wahl eines von ihm gewählten Verteidigers dem Gericht angezeigt worden ist (§ 218 S. 1).

141 So auch ausdrücklich die Begründung der Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 69; Spitzer StV 2016, 48 (50).

142 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 69; ebenso KMR/Brunner § 329 Rn. 13; Spitzer StV 2016, 48 (50).

143 Vgl. auch die krit. Überlegungen und die Wiedergabe von Stellungnahmen bei Frisch NStZ 2015, 69 (72, 75 f.).

144 EGMR, 5. Sektion, Urt. v. 08.11.2012, Nr. 30804/04, Neziraj vs. Deutschland, StraFo 2012, 490–492 (Tz. 45, 50, 52).



Rechnung, dass es dem Angeklagten die Möglichkeit gibt, die Verwerfung seiner Berufung durch die Entsendung eines Verteidigers mit schriftlicher Vertretungsvollmacht zu verhindern. Indem es eine Verwerfung selbst dann nicht zulässt, wenn der Verteidiger nicht erschienen, aber sein Erscheinen (oder sein späteres Entfernen oder Nichtmehrvertreten; s. Absatz 1 S. 2 Nr. 1) genügend entschuldigt ist, geht es über die Judikatur des EGMR sogar hinaus und entlastet den Angeklagten von bestimmten Risiken der Wahrnehmung seiner Rechtsmittelinteressen im Wege der Vertretung. Dafür, ihm auch noch das Risiko abzunehmen, dass der von ihm beauftragte Verteidiger seine Vertretungstätigkeit aus irgendwelchen Gründen nicht hinreichend wahrnimmt, nicht erscheint, sich ohne genügende Entschuldigung entfernt oder ihn nicht mehr vertritt, gibt es keinen überzeugenden Grund – wer dieses Risiko ausschließen will, mag selbst zur Verhandlung erscheinen, wie dies den Strukturprinzipien des deutschen Strafprozesses entspricht. Den Angeklagten von diesen Risiken zu entlasten und dafür vermeidbare Verfahrensverzögerungen in Kauf zu nehmen, wäre eine völlig unangemessene Lösung kollidierender Interessen.

- 19 Für das Gegebensein oder Nichtgegebensein einer **genügenden Entschuldigung i.S.d. Absatzes 1 S. 1** ist die wirkliche Sachlage (oben Rdn. 18) zwar als Ausgangspunkt, aber nicht allein entscheidend. Miteinzubeziehen ist auch die Reichweite der (in Bezug auf das Gegebensein eines »genügenden Entschuldigungssachverhalts« bestehenden) **gerichtlichen Prüfungspflicht** (s. dazu Rdn. 31 ff.) und die damit verbundene Möglichkeit oder Unmöglichkeit, danach einen etwa wirklich gegebenen Entschuldigungssachverhalt zu erkennen. Ist der wirklich gegebene Entschuldigungssachverhalt für das Gericht mangels irgendwelcher Anhaltspunkte im Rahmen pflichtgemäßer Prüfung von Amts wegen (s. Rdn. 32) **nicht erkennbar**, so ist das Ausbleiben des Angeklagten (oder seines Verteidigers) i.S.d. Absatzes 1 S. 1 nicht genügend entschuldigt – sind also die Voraussetzungen für eine Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 gegeben (und eine Revision gegen das Verwerfungsurteil muss erfolglos bleiben).<sup>145</sup> Der wirklich gegebene Entschuldigungsgrund wird bei dieser Sachlage erst – bei entsprechendem Vortrag<sup>146</sup> – im Rahmen der Wiedereinsetzung (Absatz 7) relevant. Für die Frage der genügenden Entschuldigung des Ausbleibens i.S.d. Absatzes 1 S. 1 kommt es also darauf an, ob der Angeklagte (oder der Verteidiger) unter Berücksichtigung der Reichweite der Nachprüfungspflicht des Gerichts in concreto als entschuldigt anzusehen ist, weil diese Nachprüfung zu einem Sachverhalt führt bzw. geführt hätte, der eine genügende Entschuldigung darstellt.<sup>147</sup> **Indirekt** ist damit auch das **Vorbringen des Angeklagten** bzw. Verteidigers (wie das anderer Personen) bedeutsam. Insbesondere bei Tatsachen, die nur die ausgebliebene Person kennt, kann es entscheidend von deren Vorbringen oder Nichtvorbringen abhängen, ob das Gericht einen an sich gegebenen Entschuldigungssachverhalt hätte erkennen müssen<sup>148</sup> und das Ausbleiben des Angeklagten damit i.S.d. Absatzes 1 S. 1 entschuldigt ist (mit der Folge der Unzulässigkeit des Verwerfungsurteils und des Erfolgs einer etwaigen Revision) oder nicht (so dass das Berufungsgericht die Berufung zulässigerweise verworfen hat und der an sich gegebene Entschuldigungssachverhalt nur noch im Wege der Wiedereinsetzung nach Absatz 7 geltend gemacht werden kann). S. erg. unten Rdn. 34, 56 f., 75.

## 2. Grundsätzliche Begriffsbestimmung – Maßgebende Gesichtspunkte

- 20 **In begrifflicher Hinsicht** ist eine **genügende Entschuldigung** nach **Rechtsprechung und h.M.** (zu deren Problematik a.E. dieser Rdn.) dann anzunehmen, wenn dem Angeklagten (oder Verteidiger) nach den Umständen des Einzelfalles ein Erscheinen nicht zumutbar war und ihm

145 S. OLG Karlsruhe NJW 1969, 476; KG GA 1973, 29 (30 f.) und unten Rdn. 56 f., 67 ff.

146 S. dazu etwa OLG Düsseldorf NJW 1985, 2207.

147 BGHSt 17, 391 (396 f.); OLG Karlsruhe NJW 1969, 476; OLG Köln VRS 71 (1986), 371 (372).

148 OLG Hamm NZV 2006, 165 f. und OLG Hamm, Beschl. v. 31.07.2008, 2 Ss 291/08, bei Juris Rn. 11; KG VRS 108 (2005), 110 (111); OLG München, Beschl. v. 08.05.2006, 4St RR 66/06, bei Juris Rn. 14; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 20; s. auch OLG Karlsruhe NJW 1969, 476; KG GA 1973, 30.

deshalb wegen seines Ausbleibens **billigerweise kein Vorwurf** gemacht werden kann.<sup>149</sup> Zur Feststellung dessen soll die Verpflichtung zum Erscheinen vor Gericht gegen die Gründe für das Ausbleiben *abgewogen* werden;<sup>150</sup> im Rahmen dieser Abwägung wird auch die **Bedeutung des Verfahrens** als zu berücksichtigender Umstand angesehen.<sup>151</sup> Wegen des Ausnahmekarakters des Absatzes 1 S. 1 (s. oben Rdn. 2, 2a) wird dabei allgemein eine weite, tendenziell zugunsten des Angeklagten ausgerichtete Auslegung des Begriffs der genügenden Entschuldigung und damit – umgekehrt – eine enge Auslegung der »nicht genügenden Entschuldigung« für richtig gehalten.<sup>152</sup> – Die vorstehenden grundsätzlichen Begriffsmerkmale kennzeichnen die »genügende Entschuldigung« bzw. deren Fehlen als **Rechtsbegriff**; die Revisionsgerichte überprüfen dementsprechend, ob das Berufungsgericht in der Anwendung (oder Nichtanwendung) des Absatzes 1 S. 1, die auch in dieser Hinsicht **keine** Ermessensentscheidung ist,<sup>153</sup> von einem zutreffenden Verständnis (einer zutreffenden Auslegung) des Begriffs der »genügenden« bzw. »nicht genügenden« Entschuldigung ausgegangen ist;<sup>154</sup> s. erg. unten Rdn. 72 f.

Die begriffliche Umschreibung der »genügenden« bzw. »nicht genügenden« Entschuldigung seitens der h.M. ist **wenig befriedigend**; ohne eine verfügbare umfangreiche Kasuistik (s. dazu Rdn. 23 ff.) gäbe sie der Rechtsanwendung nur wenig Halt. Das gilt insbesondere für den (ohnehin selbstverständlichen) Hinweis auf die Umstände des Einzelfalles. Aber auch, dass dem Angeklagten (oder dem Verteidiger) kein Vorwurf gemacht werden kann, ist nur eine Reformulierung der fehlenden Schuld; entscheidend wäre zu wissen, unter welchen Voraussetzungen es an der Vorwerfbarkeit fehlt; das vage Kriterium der **Billigkeit** gibt darauf keine Antwort. Auch der Hinweis auf die Abwägung beschreibt nur, was zu tun ist, nicht das maßgebende Ergebnis; er betrifft im Übrigen nur *eine* bestimmte Fallgruppe (nämlich die Sachverhalte in Rdn. 22).  
 Versucht man den Begriff aus grundsätzlicher Sicht zu erfassen, so ist zunächst bedeutsam, dass sich die Frage der genügenden oder ungenügenden Entschuldigung auf die **Pflicht** oder **Obliegenheit** des Angeklagten (oder des Verteidigers) bezieht, durch **bestimmte Verhaltensweisen**

149 BayObLG JR 2000, 80 (81) m.Anm. *Rosenau*; BayObLGSt 2001, 14 (16); OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 31 S. 3 = ZfSch 2012, 230; OLG Brandenburg NJW 1998, 842; OLG Bremen StV 1987, 11; OLG Düsseldorf NJW 1973, 109 (110); OLG Düsseldorf StV 1984, 148; OLG Düsseldorf NStZ 1984, 331; OLG Düsseldorf NJW 1985, 2207; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 287; OLG Koblenz NJW 1975, 322; OLG Koblenz StraFo 2009, 421 (422); OLG Köln StraFo 2011, 54 f.; OLG München wistra 2008, 480; OLG Zweibrücken NStZ-RR 2000, 111; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 18; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 22; HK/Rautenberg § 329 Rn. 21; LR/Gössel § 329 Rn. 35.

150 RGSt 66, 150 (151 f.); OLG Bremen StV 1987, 11 und OLG Bremen StV 1987, 242; OLG Hamm NZV 2006, 165 f.; OLG Köln VRS 111 (2006) 43 (44); OLG Köln StraFo 2010, 73; OLG Köln StraFo 2011, 54; OLG München, Beschl. v. 08.05.2006, 4St RR 66/06; OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1614) m.w.N.; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 18; KK/Paul § 329 Rn. 9.

151 Vgl. etwa RGSt 66, 150 (152); OLG Düsseldorf NJW 1973, 109 (110); OLG Hamm VRS 109 (2005), 40 (42); OLG Koblenz VRS 47 (1974), 359 (361); OLG München wistra 2008, 480; OLG Stuttgart NJW 1978, 1120; OLG Stuttgart Justiz 1988, 215 (216); OLG Stuttgart wistra 2006, 319 (320).

152 BGHSt 17, 391 (396 f.); BayObLG NJW 1956, 838; BayObLGSt 1988, 103 (104) = VRS 76 (1989), 137; BayObLG JR 2000, 80 (81); OLG Düsseldorf NJW 1973, 109; OLG Düsseldorf NJW 1985, 2207; OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; OLG Hamm StraFo 2012, 193 (194); OLG Karlsruhe NJW 1969, 476; OLG Koblenz StraFo 2009, 421 (422); OLG Köln VRS 111 (2006), 43 (44); OLG Stuttgart Justiz 1988, 215; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 18; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 9; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 22; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 9; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 23; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 13. – S. erg. oben Rdn. 8.

153 BGHSt 33, 394 (398); BayObLG JR 2000, 80 (81); OLG München wistra 2008, 480; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 9; missverständlich BayObLG NJW 1966, 1981 (1982); OLG Hamburg JZ 1963, 480 (481).

154 BGHSt 17, 391 (396 f.); OLG Hamm NJW 1963, 65; OLG Hamm StraFo 2012, 193 f.; OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1614); OLG Saarbrücken NStZ 1991, 147 (m.w.N.); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 18; KK/Paul § 329 Rn. 10.

**für seine Anwesenheit bei der Hauptverhandlung Sorge zu tragen.**<sup>155</sup> Eine Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 scheidet daher von vornherein aus (ist nicht legitimierbar), wenn der Angeklagte (oder der Verteidiger) diese **erwarteten Verhaltensweisen ergriffen hat**, gleichwohl aber nicht (rechtzeitig) anwesend war – wie etwa dann, wenn er mit ausreichender Zeitreserve gestartet ist, aber durch Umstände, auf die man sich nicht einzustellen braucht, am (rechtzeitigen) Erscheinen gehindert wurde (s. erg. unten Rdn. 29 m. Rechtsprechungsnachweisen). Bei der Bestimmung der insoweit zu ergreifenden Maßnahmen und dessen, was in Rechnung gestellt werden muss, stellen sich ganz ähnliche Fragen wie im Rahmen der Sorgfaltspflichten im materiellen Recht. Hat sich der Angeklagte (oder Verteidiger) insoweit korrekt verhalten, so fehlt es im Grunde schon an einer Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung, womit er – da das Gesetz in Absatz 1 S. 1 nur diesen Begriff kennt – natürlich (geradezu erst recht) als entschuldigt anzusehen ist. Hat er die erwarteten Maßnahmen objektiv **nicht ergriffen**, so liegt ein Fall der genügenden Entschuldigung jedenfalls immer dann vor, wenn er das Unterbleiben der zur Termineinhaltung notwendigen Handlung **nicht zu vertreten hat**<sup>156</sup> – etwa weil er zur Vornahme der entsprechenden Handlungen ganz nicht fähig war (z.B. Reiseunfähigkeit infolge Krankheit; vgl. die Rechtsprechungsnachweise unten Rdn. 23) oder an ihrer Vornahme durch einen Irrtum gehindert wurde, den er sich nicht zurechnen lassen muss (z.B. falsche Sachbehandlung oder Auskunft durch das Gericht selbst; s. die Nachw. unten Rdn. 27 und 28; verständliche Einschätzung einer Situation<sup>157</sup>). Freilich ist, da das Gesetz nicht vom »unverschuldeten«, sondern vom »nicht genügend entschuldigten« Ausbleiben spricht, an dieser Stelle noch weiterzugehen: Auch Fälle eines **geringfügigen Verschuldens**, etwa Versehen, die jedermann unterlaufen können (so z.B. das Übersehen eines Termins, der vor beinahe einem Jahr mitgeteilt worden ist,<sup>158</sup> die Verwechslung des Gerichtsortes<sup>159</sup> oder der Ladungszeit bei gestaffelter Ladung der Zeugen<sup>160</sup>), bilden keine ausreichende Legitimationsgrundlage für die Herbeiführung der gravierenden Folgen des Absatzes 1 S. 1, so dass auch in solchen Fällen geringen Verschuldens von einer genügenden Entschuldigung auszugehen ist.<sup>161</sup>

- 22 Hat der Angeklagte die **notwendigen Maßnahmen nicht ergriffen** und hat er das auch zu **vertreten**, insbesondere weil er sich aus bestimmten Gründen (etwa wegen der sonst eintretenden Folgen oder der Nichterfüllung anderer Pflichten) dafür entschieden hat, sich in dieser Weise zu verhalten,<sup>162</sup> so kommt es für die Frage der »genügenden« oder »nicht genügenden« Entschuldigung entscheidend auf das **Gewicht dieser Gründe** an: Sind diese so gewichtig, dass bei ihrem Gegebensein das durch Absatz 1 S. 1 verfolgte Interesse an der Vermeidung von Verfahrensverzögerungen **zurücktreten** muss (Indiz: bei der gegebenen Lage bestünde ein Anspruch auf Terminverlegung), so ist damit zugleich stets ein Fall der genügenden Entschuldigung gegeben.<sup>163</sup> Freilich ist ein – angesichts der nur begrenzten Vergleichbarkeit der kollidierenden Interessen nur schwer feststellbares – *Überwiegen* der gegen das Erscheinen sprechenden Gründe *nicht erforderlich*. Für eine – zudem auch nur »genügende« – *Entschuldigung* reichen auch

155 Zutr. OLG Hamm StraFo 2004, 211 (212): Notwendigkeit einer objektiven Pflichtverletzung.

156 Zutr. OLG Hamm StraFo 2004, 211 (212): unentschuldigte Säumnis setzt auch Pflichtverletzung in subjektiver Hinsicht voraus; s. auch BayObLGSt 2001, 14 (17): subjektive Vorwerfbarkeit eines objektiv etwa fehlerhaften Verhaltens; OLG Thüringen, Beschl. v. 24.05.2004, 1 Ss 344/03, bei Juris Rn. 28.

157 Vgl. BayObLGSt 2001, 14 (17).

158 OLG Saarbrücken NStZ 1991, 147.

159 OLG München VRS 113 (2007), 117 (118 f.).

160 OLG Zweibrücken VRS 112 (2007), 122 (123).

161 Zutr. OLG München NStZ-RR 2006, 20 (21); OLG München NJW 2008, 3797 (3799); OLG Stuttgart StV 1988, 72; OLG Stuttgart Justiz 1988, 215 (216); OLG Thüringen, Beschl. v. 24.05.2004, 1 Ss 344/03, bei Juris Rn. 27 f.

162 S. auch RGSt 66, 150 (151); KG GA 1973, 29 (30); OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1615): Fall des Nichterscheinens *wollens*.

163 RGSt 66, 150 (151 f.); Beispiel: die Wahrnehmung des Termins wäre für den Angeklagten oder für von ihm zu versorgende Personen mit erheblichen gesundheitlichen Risiken verbunden; s. erg. unten Rdn. 23 f.

weniger gewichtige Gründe aus, sofern sie nur so bedeutsam sind, dass eine prinzipiell durchaus erscheinungswillige Person ihretwegen vernünftigerweise eine Terminverlegung erbitten würde und diese auch erwarten dürfte.<sup>164</sup> Sachlich bedeutet das zum einen, dass Gründe, die dauernder Natur sind und denen durch eine Terminverschiebung nicht Rechnung getragen werden kann (wie z.B. weite Entfernung des Wohnorts vom Gerichtsort) als genügende Entschuldigung regelmäßig ausscheiden.<sup>165</sup> Zum anderen beinhaltet es natürlich auch, dass die Bedeutung des Hinderungsgrundes als »genügende Entschuldigung« nicht völlig unabhängig von der Möglichkeit einer **Verschiebung** und den mit dieser verbundenen Folgen und damit von der Bedeutung der Sache (s. schon oben Rdn. 20 m.w.N.) gesehen werden darf: Würde die Verschiebung z.B. zu noch größeren Problemen bei anderen Beteiligten führen, so verfallen die beim Angeklagten vorliegenden Hinderungsgründe als »genügende Entschuldigung« (und allenfalls ein insoweit anzunehmender Irrtum des Angeklagten mag noch der Annahme der »nicht genügenden Entschuldigung« entgegenstehen).

### 3. Einzelfälle

Aus den vorstehenden grundsätzlichen Leitlinien ergeben sich für die praktisch **wichtigsten** **22a**  
**Einzelfälle** (zum Fall der Inhaftierung s. näher unten Rdn. 36 und 37) folgende Konsequenzen:  
**Krankheit des Angeklagten** beinhaltet nicht nur eine genügende Entschuldigung, wenn sie **23**  
dem Angeklagten – wie etwa bei Bettlägerigkeit wegen einer akuten Erkrankung<sup>166</sup> oder bei  
Bruch der Beinprothese wegen Entwöhnung der Krücken<sup>167</sup> – das Erscheinen in der Hauptver-  
handlung unmöglich macht und es damit im Grunde schon an (einer Nichterfüllung) der Erschei-  
nenspflicht fehlt. Auch wenn der Angeklagte hätte erscheinen können, ist er genügend entschul-  
digt, wenn das Erscheinen, insbesondere die Reise zum Gericht, die Gefahr einer wesentlichen  
Verschlimmerung der Krankheit<sup>168</sup> oder einer erheblichen Gesundheitsgefährdung<sup>169</sup> beinhaltet,  
mit unzumutbaren Beeinträchtigungen des Wohlbefindens (nicht nur einer psychischen Belas-  
tung durch das Verfahren<sup>170</sup>) verbunden ist<sup>171</sup> oder den frühzeitigen Abbruch einer Drogenthera-  
pie zur Folge hätte<sup>172</sup>; denn bei dieser Sachlage tritt richtigerweise das Interesse an Vermeidung  
einer gewissen Verzögerung des Verfahrens zurück. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um  
physische oder psychische Erkrankungen handelt;<sup>173</sup> andererseits bedeutet **Arbeitsunfähigkeit**  
keineswegs automatisch, dass ein das Nichterscheinen hinreichend entschuldigender Sachverhalt  
vorliegt,<sup>174</sup> desgleichen nicht der Umstand, dass sich der Angeklagte derzeit »stationär in einem  
Krankenhaus befindet«. <sup>175</sup> Entscheidend ist vielmehr, ob die Krankheit nach ihrer Art oder ihren  
Auswirkungen, insbesondere nach dem Umfang der von ihr ausgehenden körperlichen oder

164 OLG München NStZ-RR 2006, 20 f.: Umstände, die das Vertrauen des Angeklagten, das Gericht werde seinem Verlegungsantrag stattgeben, rechtfertigen; im Ansatz ähnlich OLG Celle, Beschl. v. 10.11.2011, 32 Ss 130/11, bei Juris Ls. und Rn. 12 ff.

165 So auch LR/*Gössel* § 329 Rn. 40; s. ferner BayObLG NJW 1994, 1748 (1749) sowie RGSt 66, 239 (246) und erg. unten Rdn. 25.

166 OLG Hamm JMBL. NW 1965, 82; OLG Köln VRS 71 (1986), 371.

167 OLG Zweibrücken OLGSt StPO (a.F.) § 329 S. 35.

168 Vgl. etwa OLG Düsseldorf MDR 1982, 956; OLG Köln NJW 1979, 2362; weit. Nachw. bei LR/*Gössel* § 329 Rn. 36.

169 RG JW 1931, 1604.

170 OLG Düsseldorf NStE StPO § 329 Nr. 16.

171 OLG Düsseldorf NStZ 1984, 331; OLG Hamm NStZ-RR 1998, 281 (282) = StraFo 1998, 233.

172 KG StV 1995, 575.

173 OLG Köln StraFo 2010, 73 (paranoide Psychose); BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 25; LR/*Gössel* § 329 Rn. 36 m.w.N.

174 OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141 (142); zur Bedeutung näher OLG Stuttgart Justiz 2004, 126 f.

175 OLG München VRR 2007, 116 f. (wo gleichzeitig fraglich war, ob überhaupt eine Erkrankung vorliegt); BayVerfGH, Entsch. v. 03.05.2005, Vf. 53-VI-03, bei Juris Rn. 21 ff.

geistigen Beeinträchtigungen, eine Teilnahme an der Hauptverhandlung **unzumutbar** macht,<sup>176</sup> was bei schweren Durchfallerkrankungen,<sup>177</sup> akuten Migräneanfällen,<sup>178</sup> paranoider Psychose mit der Gefahr psychophysischer Dekompensation<sup>179</sup> oder starken krankheitsbedingten Schmerzen, die eine stationäre Schmerztherapie erfordern,<sup>180</sup> nicht aber ohne Weiteres bei »Kreislaufproblemen«<sup>181</sup> der Fall ist. Auch unter dem Aspekt einer wesentlichen Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten kommt Krankheit als genügende Entschuldigung in Betracht,<sup>182</sup> da das Interesse an Verfahrensbeschleunigung in einem rechtsstaatlichen Strafverfahrensrecht jedenfalls nicht höher zu veranschlagen ist als das an der prinzipiellen Möglichkeit des Angeklagten zu einer effektiven Verteidigung; **Verhandlungsunfähigkeit** (die prinzipiell entschuldigt<sup>183</sup>) braucht dabei (noch) nicht vorzuliegen.<sup>184</sup> Inwieweit das **Unterlassen von Maßnahmen zur Behebung** einer unverschuldeten **Verhandlungsunfähigkeit** das Ausbleiben zu einem unentschuldeten macht, hängt von der Zumutbarkeit der entsprechenden Maßnahmen ab; allenfalls wenn übliche Behandlungsmaßnahmen unterlassen werden, nicht bei Unterlassen stationärer Behandlung mit erheblichen Eingriffen kann von nicht entschuldigter Säumnis gesprochen werden.<sup>185</sup> Eine allgemeine **Pflicht**, sich »**rechtzeitig**« in **ärztliche Behandlung** zu begeben, um die Teilnahme an der Hauptverhandlung sicherzustellen, kann jedenfalls, von der Vagheit einer solchen Pflicht und ihrer Inadäquatität als Grundlage eines Verschuldensurteils ganz abgesehen, nicht anerkannt werden.<sup>186</sup> – Der Krankheit gleich zu erachten sind infolge von **Unfällen** (nach OLG Düsseldorf<sup>187</sup> auch: infolge des bei einer polizeilichen Festnahme geleisteten Widerstands) oder des Todes von nahen Angehörigen<sup>188</sup> eingetretene Zustände, aber auch die (die Reise unmöglich machenden oder die Verteidigungsmöglichkeiten wesentlich einschränkenden) Folgen eines **Selbstmordversuchs**,<sup>189</sup> es sei denn, der »Selbstmordversuch« belegt geradezu die aktuelle Erscheinensunwilligkeit des Angeklagten, weil dieser so die Verzögerung des Verfahrens erreichen wollte.<sup>190</sup> – Eine **Operation** bildet einen Entschuldigungsgrund nur, wenn sie unaufschiebbar ist;<sup>191</sup> dasselbe gilt für einen Arztbesuch oder eine ambulante oder stationäre Behand-

176 BayObLG NStZ-RR 2003, 87 f.; OLG Düsseldorf NStZ 1984, 331; OLG Düsseldorf StV 1987, 9; OLG Hamm NStZ-RR 1998, 281; OLG Hamm, Beschl. v. 26.04.2007, 1 Ws 282/07, bei Juris Rn. 10; KG, Beschl. v. 05.11.2001, 1 AR 1279/01, bei Juris; OLG Köln NStZ-RR 2009, 86.

177 OLG Köln VRS 111 (2006), 43 (44 f.).

178 BayObLG NStZ-RR 2003, 87 f.

179 OLG Köln StraFo 2010, 73; s. auch OLG Hamm StraFo 2012, 193 (194: in Schüben auftretende psychiatrische Erkrankung).

180 OLG Hamm, Beschl. v. 26.04.2007, 1 Ws 282/07, bei Juris Rn. 11; OLG Köln, Beschl. v. 12.03.2010, 2 Ws 143/10, bei Juris Rn. 7 f.

181 KG, Beschl. v. 05.11.2001, 1 AR 1279/01, bei Juris Rn. 2.

182 OLG Stuttgart wistra 2006, 319 (320); s. auch OLG Köln VRS 111 (2006), 43 (44 f.); LR/Gössel § 329 Rn. 36.

183 Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 26.

184 OLG Düsseldorf MDR 1982, 954; OLG Düsseldorf StV 1987, 9; OLG Düsseldorf StraFo 2000, 126; OLG Köln VRS 72 (1987), 442 (444); OLG Köln VRS 111 (2006), 43 (44); OLG Rostock StraFo 2001, 417 (418); OLG Stuttgart wistra 2006, 319 (320); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 22; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 26.

185 BayObLG JR 2000, 80 (81) m. im Wesentlichen zust. Anm. Rosenau 81 (83) und Bespr. Kudlich JA 2000, 588 (589 f.).

186 OLG Köln NStZ-RR 2009, 86.

187 OLG Düsseldorf StraFo 2001, 269.

188 OLG Hamm MDR 1961, 169: Beerdigung der Mutter am Vortage.

189 OLG Koblenz NJW 1975, 322 m. Anm. Krause NJW 1975, 1713; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 22; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 25; LR/Gössel § 329 Rn. 36.

190 OLG Koblenz NJW 1975, 322 m. Anm. Krause NJW 1975, 1713; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 22; LR/Gössel § 329 Rn. 36.

191 OLG Koblenz OLGSt StPO § 329 Nr. 3; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 26; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 19.

lung.<sup>192</sup> – Zur Frage des **Nachweises** der Krankheit als genügende Entschuldigung s. Rdn. 34 im Zusammenhang der Prüfungspflicht des Gerichts.

**Kollidiert** die Pflicht zum Erscheinen mit anderen **rechtlichen Verpflichtungen** (was freilich 24 voraussetzt, dass diese unaufschiebbar sind, d.h. wirklich nur bei gleichzeitiger Verletzung der Erscheinungspflicht erfüllt werden können), wird dies bei entsprechendem Gewicht der kollidierenden Pflichten (über Gedanken nach dem Muster der rechtfertigenden oder entschuldigenden Pflichtenkollision) regelmäßig ebenfalls zu einer genügenden Entschuldigung führen. So liegt es etwa bei einer Kollision der Erscheinungspflicht mit der **Pflicht zur Fürsorge** für den (sonst nicht versorgten) lebensgefährlich erkrankten<sup>193</sup> oder wegen einer akuten Erkrankung dringend der Hilfe bedürftigen Ehegatten,<sup>194</sup> für einen sonstigen schwer erkrankten Angehörigen<sup>195</sup> oder für die Ehefrau im Fall ihrer Niederkunft<sup>196</sup> – jeweils solange die Situation der Unabkömmlichkeit besteht.<sup>197</sup> Entsprechendes gilt, wenn der Angeklagte durch **öffentlich-rechtliche Pflichten**, gegen die er bei Wahrnehmung des Termins verstoßen würde, am Erscheinen gehindert ist – wie etwa ein Ausländer, der nach rechtskräftiger Ausweisung das Land verlassen hat und zu einer nach dem Ausweisungstermin liegenden Verhandlung nicht erscheint.<sup>198</sup> Aber auch **sittliche Pflichten**, deren Einhaltung erwartet wird, oder **religiöse Verpflichtungen**, denen sich ein Gläubiger nicht entziehen kann, bilden in einem Gemeinwesen, das die Beachtung des Sittengesetzes und die Achtung der Glaubensfreiheit sogar verfassungsrechtlich festgeschrieben hat, Gründe, die bei der Verfahrensterminierung zu beachten wären (oben Rdn. 22) und daher genügend entschuldigen – wie etwa die Hinderung am Erscheinen durch die Organisation oder die Teilnahme an der Beerdigung der Mutter<sup>199</sup> oder der Umstand, dass die Gerichtsverhandlung an einem Tag stattfindet, an dem die Religion des Angeklagten diesem die Teilnahme verbietet<sup>200</sup>. 25 Auch andere Gründe als Krankheit oder kollidierende Verpflichtungen können die Wahrnehmung des Termins so sehr **erschweren** (oder gar unmöglich machen; zur Relevanz oben Rdn. 21 a.E.), dass das Nichterscheinen genügend entschuldigt ist. Das gilt insbesondere, wenn die Wahrnehmung des Termins für den Angeklagten mit **Reisen** verbunden ist. Fehlt die Zeit zur Vorbereitung oder Ausführung der Reise, so liegt darin schon deshalb ein hinreichender Entschuldigungssachverhalt,<sup>201</sup> weil bei dieser Sachlage die Pflichterfüllung praktisch unmöglich ist; desgleichen, wenn der Angeklagte infolge völliger Mittellosigkeit nicht in der Lage ist, die Reise zu dem Gerichtsort noch rechtzeitig anzutreten<sup>202</sup> oder aufgrund sehr bescheidener

192 OLG Thüringen, Beschl. v. 12.04.2006, 1 Ws 82/06, bei Juris.

193 OLG Celle Nds. Rpfl. 1956, 230 (231); weit. Nachw. bei LR/*Gössel* § 329 Rn. 37.

194 BayObLGSt 2001, 14 (16 f.).

195 RGSt 66, 150 (151 f.).

196 OLG Celle MDR 1966, 949; KG, Beschl. v. 30.09.2015, 3 Ws 427/15, 3 Ws (B) 427/15 – 162 Ss 89/15, bei Juris Ls. und Rn. 4; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 25.

197 OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 21 (22).

198 BayObLG StV 2001, 339; OLG Bremen StraFo 2005, 381; OLG Dresden, Beschl. v. 14.12.2010, 1 Ss 866/10, bei Juris Rn. 5 f.; OLG Düsseldorf StV 1983, 193 m.w.N.; KG, Beschl. v. 03.09.2001, (4) 1 Ss 245/00 (9/01), bei Juris (mit Ausführungen zur Relevanz der Nichtbeantragung einer »Betretenserlaubnis« nach § 9 Abs. 3 AuslG a.F. [entspricht § 11 Abs. 2 AufenthG] für die Frage der ungenügenden Entschuldigung des Nichterscheinens); OLG Köln StraFo 2008, 29; OLG Stuttgart NStZ-RR 2004, 338 (339 [dort auch dazu, dass der Angeklagte in solchen Fällen nicht gehalten ist, sich um eine »Betretenserlaubnis« zu bemühen]); AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 25; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 25; LR/*Gössel* § 329 Rn. 42 m. weit. Beisp., etwa kollidierenden Gerichtsterminen; zu für solche Fälle bestehenden Obliegenheiten, deren Nichterfüllung der Qualifikation des Ausbleibens als »entschuldigt« entgegensteht, vgl. LG Dresden VRR 2010, 363.

199 OLG Hamm MDR 1961, 169; s. auch OLG Köln NJW 1993, 1345.

200 OLG Köln NJW 1993, 1345.

201 So auch RG JW 1932, 1151.

202 OLG Celle MDR 1955, 184; OLG Stuttgart NJW 1978, 1120; s. auch OLG Thüringen, Beschl. v. 24.05.2004, 1 Ss 344/03, bei Juris Rn. 27 f. = OLGSt StGB § 9 Nr. 3 S. 4 f.; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 25.

Mittel die (längere) Flugreise erst zu einem etwas späteren Zeitpunkt durchführen kann<sup>203</sup>. Der bloße Umstand, dass der Wohnort des Angeklagten vom Gerichtsort **weit entfernt** ist, kann demgegenüber eine genügende Entschuldigung jenseits der Fälle möglicher (und vom Angeklagten erbetener) Entbindung von der Erscheinungspflicht nicht begründen;<sup>204</sup> und zwar schon deshalb nicht, weil es sich insoweit (jenseits der Fälle möglicher Entbindung von der Erscheinungspflicht) um einen Umstand handelt, dem auch durch eine Terminverlegung nicht Rechnung getragen werden könnte, der unter den gegebenen Bedingungen also für den Angeklagten (aus seiner Sicht) ein dauerndes Hindernis bildet und der deshalb – weil die Berufung auf der Basis der Vorstellungen des Angeklagten damit nicht durchführbar ist – zur Verwerfung führen muss. Auch der Umstand, dass sich der Angeklagte während des Gerichtstermins im (benachbarten) **Ausland** befindet, im Ausland arbeitet und »unabkömmlich« ist<sup>205</sup> oder eine Auslandsreise unterbrechen müsste, bildet (jenseits der Geringfügigkeitsfälle mit möglicher Entbindung von der Erscheinungspflicht) regelmäßig keinen Sachverhalt hinreichender Entschuldigung.<sup>206</sup> Das muss als Regel (anders z.B., wenn der Angeklagte keine Rückflugmöglichkeit zur Erreichung des Gerichtsortes erhält<sup>207</sup>) schon deshalb gelten, weil der Zeitaufwand in solchen Fällen meist nicht wesentlich über längeren inländischen Reisen liegt und in vergleichbaren Fällen Erscheinen ja auch von anderen Verfahrensbeteiligten (z.B. im benachbarten Ausland wohnenden Zeugen) prinzipiell erwartet wird. Jedenfalls fehlt es an einer genügenden Entschuldigung des Fernbleibens aber dann, wenn der Angeklagte die sein Erscheinen erschwerende Situation nach Kenntnis des Verhandlungstermins durch eine eigenverantwortliche Entscheidung überhaupt erst selbst geschaffen hat (Gedanke des **Vorverschuldens**)<sup>208</sup> – wie etwa dann, wenn er nach Kenntnis des Verhandlungstermins kurzfristig zu einer verschiebbaren Auslandstätigkeit abreist<sup>209</sup> oder eine auf diesen Zeitpunkt fallende Urlaubsreise bucht. Da man von dem, der Berufung eingelegt hat, erwarten darf, dass er sich bei jederzeit verschiebbaren Urlaubsreisen (was freilich von den Umständen des Einzelfalles abhängt) nicht selbst die Grundlage für die Terminwahrnehmung entzieht, stellt darüber hinaus regelmäßig auch eine nach Berufungseinlegung ohne Rücksicht auf die zu erwartende Verhandlung (z.B. fehlende Nachfrage beim Gericht hinsichtlich des voraussichtlichen Termins) gebuchte Urlaubsreise keine genügende Entschuldigung dar.<sup>210</sup>

- 26** Auch **berufliche** oder **geschäftliche Inanspruchnahmen** oder **Verpflichtungen** können unter gewissen weiteren Voraussetzungen eine genügende Entschuldigung begründen. Freilich gilt dies nur, wenn eine wirkliche Kollisionssituation besteht, nicht wenn die Angelegenheit jederzeit aufschiebbar<sup>211</sup> oder eine Vertretung möglich und zumutbar ist<sup>212</sup> – wie im Falle der durch Dritte möglichen Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben auf einer Großbaustelle<sup>213</sup> oder der Verschiebbarkeit einer Dienst- oder Urlaubsreise ohne gravierende Verluste<sup>214</sup>. Denn bei die-

203 OLG Celle, Beschl. v. 10.11.2011, 32 Ss 130/11, bei Juris Rn. 12 ff. (unter Hinweis darauf, dass die Ablehnung eines Verlegungsantrags hier unverhältnismäßig gewesen wäre).

204 So auch LG Bielefeld NStZ-RR 1998, 343; LR/Gössel § 329 Rn. 40; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 17; s. auch AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 24.

205 OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 29 S. 4.

206 Vgl. OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1615); OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 29; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 23; s. auch BayObLG NJW 1994, 1748 (Mitteilung des Verteidigers, sein Mandant habe eine längere Auslandsreise angetreten und sei bis auf Weiteres auch für ihn nicht erreichbar).

207 OLG Oldenburg Nds. Rpf. 2004, 47 (48).

208 S. auch BayObLG NJW 1994, 1748 (1749); OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1615).

209 OLG Koblenz VRS 47 (1974), 359 (361 f.).

210 OLG Düsseldorf VRS 64 (1983), 438; OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1615); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 23; LR/Gössel § 329 Rn. 39.

211 OLG Düsseldorf NJW 1960, 1921 f.; OLG Hamm VRS 39 (1970), 208; KG GA 1973, 29 (30); OLG Koblenz VRS 47 (1974), 359 (361); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 23; Meyer-Göfner § 329 Rn. 28.

212 LR/Gössel § 329 Rn. 38.

213 KG GA 1972, 127 (128); s. auch OLG Hamm VRS 39 (1970), 208.

214 OLG Düsseldorf VRS 64 (1983), 438 (439); OLG Koblenz VRS 47 (1974), 359 (362); Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 28 m.w.N.

ser Sachlage hat die die unterschiedlichsten Interessen koordinierende gerichtliche Terminfestsetzung und die damit verbundene öffentlich-rechtliche Pflicht zum Erscheinen vor Gericht eindeutig Vorrang.<sup>215</sup> Aber auch wenn es um unaufschiebbare Angelegenheiten oder einmalige Termine geht oder eine Vertretung nicht zu finden ist, kann dies allein für die Annahme einer genügenden Entschuldigung nicht ausreichen, sollen Gerichtsverhandlungen überhaupt noch prinzipiell termingerecht durchführbar sein.<sup>216</sup> Eine genügende Entschuldigung kommt in diesem Bereich vielmehr nur **ausnahmsweise** in Betracht,<sup>217</sup> wenn mit der Nichtwahrnehmung der Tätigkeit oder Angelegenheit zugleich erhebliche weitere Nachteile verbunden sein sollten, die der Angeklagte zur Ermöglichung einer sachgerechten Entscheidung dem Gericht mitzuteilen hat<sup>218</sup> – etwa erhebliche **wirtschaftliche Verluste**,<sup>219</sup> der angekündigte oder mögliche **Verlust des Arbeitsplatzes** bei Terminwahrnehmung im Falle einer Nichtfreistellung durch den Arbeitgeber<sup>220</sup> oder gravierende ideelle Einbußen oder schädliche Fernwirkungen. Da es in diesem Bereich weniger auf die Natur der kollidierenden Angelegenheit als vielmehr auf das Gewicht der drohenden negativen Folgen bei (Schaffung der Grundlagen für eine) Terminwahrnehmung ankommt, kann auch eine seit Langem, nicht dagegen eine erst nach der Ladung gebuchte<sup>221</sup> **Urlaubsreise**, die nach der Terminmitteilung nicht ohne große finanzielle Verluste rückgängig zu machen ist und die sich zum Zweck der Terminwahrnehmung auch nicht zumutbar unterbrechen lässt,<sup>222</sup> einen genügenden Entschuldigungsgrund darstellen,<sup>223</sup> nicht dagegen genügt der bloße Umstand, dass für den Zeitpunkt der Hauptverhandlung ein Urlaub geplant ist.<sup>224</sup> Nicht zu entschuldigen vermögen auch – wie im Rahmen des § 35 StGB<sup>225</sup> – vom Angeklagten befürchtete **Folgen**, die **von Rechts wegen hinzunehmen** sind. Die Befürchtung des Angeklagten, aufgrund eines in anderer Sache bestehenden Vollstreckungshaftbefehls festgenommen zu werden, begründet daher keine genügende Entschuldigung.<sup>226</sup>

Differenzierend zu behandeln sind die Fälle, in denen der Angeklagte wegen eines **Irrtums** 27 in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht der Hauptverhandlung fernbleibt. Der vom Angeklagten nicht zu vertretende Irrtum begründet prinzipiell einen Sachverhalt genügender Entschuldigung – so etwa, wenn der Angeklagte vom Gericht selbst oder von seinem Verteidiger eine falsche oder missverständliche Information über den Hauptverhandlungstermin erhalten,<sup>227</sup> eine bisher zuverlässige Vertrauensperson den Termin falsch eingetragen hat<sup>228</sup> oder wenn er

215 OLG Hamm VRS 109 (2005), 40 (42); OLG Hamm NZV 2006, 165; KG VRS 108 (2005), 110 (111); OLG Köln StraFo 2011, 54; OLG München, Beschl. v. 08.05.2006, 4St RR 66/06, bei Juris Rn. 11.

216 Zutr. KG GA 1972, 127 (128).

217 So auch OLG Düsseldorf VRS 64 (1983), 438; OLG Hamm NZV 2006, 165 f.; OLG Koblenz VRS 47 (1974), 359 (361); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 23; LR/Gössel § 329 Rn. 38.

218 OLG Hamm NZV 2006, 165 f.; s. erg. oben Rdn. 19.

219 OLG Düsseldorf NJW 1960, 1921 (1922); OLG Köln StraFo 2011, 54 f. (drohender Verlust der Wohnung im Rahmen einer Zwangsversteigerung bei Teilnahme an der Hauptverhandlung); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 23; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 28.

220 OLG Hamm NJW 1995, 207 = VRS 87 (1994), 138; KG VRS 108 (2005), 110 (112); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 23; KMR/Paulus § 329 Rn. 36.

221 OLG Brandenburg VRR 2008, 393 f.; LG Berlin NZV 2007, 253 (254).

222 OLG Brandenburg VRR 2008, 393 (394); s. erg. oben Rdn. 25.

223 OLG Brandenburg VRR 2008, 393 f.; OLG Düsseldorf NJW 1973, 109 (110); BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 25; tendenziell noch großzügiger OLG Hamm VRS 109 (2005), 40 (42 f.); anders nur bei Buchung erst nach der Ladung.

224 Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 28.

225 Vgl. dort etwa SK-StGB/Rogall (125. EL 2010) § 35 Rn. 37 ff.; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 35 Rn. 24 ff.

226 OLG Hamm JMBL. NW 1976, 9; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 26; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 25; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 18.

227 OLG Zweibrücken NStZ-RR 2000, 111 (Gericht); OLG Karlsruhe AnwBl. 1977, 224 (Verteidiger); Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 25 und 29; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 16.

228 OLG Frankfurt NStZ-RR 2001, 85.



annehmen durfte, der Inhalt der von ihm vorgelegten Atteste reiche aus, um ihn genügend zu entschuldigen,<sup>229</sup> oder sein Verteidiger dürfe ihn in einer Berufungssache vertreten<sup>230</sup>. Genügend entschuldigt ist das Ausbleiben des Angeklagten auch, wenn der **Verteidiger** über die Zulässigkeit der Vertretung eine falsche Erklärung abgegeben hat und es für den Angeklagten keinen Grund gibt, der Erklärung des Verteidigers nicht zu vertrauen,<sup>231</sup> oder wenn der Angeklagte auf die Auskunft seines Verteidigers vertraut, die dem Verteidiger aufgrund einer Erkrankung nicht mögliche Teilnahme an der Hauptverhandlung werde, weil er als Pflichtverteidiger beigeordnet sei, zu einer Aufhebung des Termins der Hauptverhandlung führen, so dass er (der Angeklagte) zu dem anberaumten Termin nicht zu erscheinen brauche<sup>232</sup>. Hat freilich das Gericht selbst dem Angeklagten mitgeteilt, dass es die Auffassung des Verteidigers nicht teile, so entfällt diese Vertrauensgrundlage und das Nichterscheinen des Angeklagten ist als nicht hinreichend entschuldigt anzusehen.<sup>233</sup> Gleiches gilt – ähnlich wie bei der Frage der Vermeidbarkeit eines Verbotssirrtums<sup>234</sup> – wenn der Angeklagte aufgrund sonstiger Umstände (z.B. der Unvereinbarkeit der Auskunft des Verteidigers mit dem Inhalt der Ladung,<sup>235</sup> Widersprüchen in der Auskunft des Verteidigers oder erkennbarer Unsicherheit des Verteidigers, offensichtlicher Unhaltbarkeit eines Rates) Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft haben musste und ihm eine (weitere) Erkundigung zuzumuten war<sup>236</sup> – wie dann, wenn der Verteidiger selbst sich hinsichtlich einer Entschuldigung nur vorsichtig ausgedrückt hat<sup>237</sup> oder seine Erklärung darin bestand, den Angeklagten (im Falle einer Verzögerung des Beginns der Hauptverhandlung durch die Dauer des vorangehenden Verfahrens) nach längerer Wartezeit zum Verlassen des Gerichtsgebäudes aufzufordern<sup>238</sup>. Aus ganz entsprechenden Gründen kann der Angeklagte sich nicht mehr auf eine Zusage des Verteidigers, er werde verlässlich eine Terminsverlegung erwirken, verlassen (und fehlt damit ohne genügende Entschuldigung), wenn das Gericht den Angeklagten von der Nichtvertagung unterrichtet hat.<sup>239</sup> Nicht genügend entschuldigt ist das Ausbleiben des Angeklagten ferner dann, wenn es darauf beruht, dass dieser **ihn selbst treffende Obliegenheiten verletzt** hat – wie dies der Fall ist, wenn der ortsabwesende Angeklagte die Unkenntnis von der Ladung selbst verschuldet hat,<sup>240</sup> wenn der des Deutschen nicht hinreichend mächtige Angeklagte es versäumt hat, sich eine ihm unverständliche Ladung übersetzen zu lassen,<sup>241</sup> wenn die Ladung nicht so sorgfältig aufbewahrt wurde, dass eine jederzeitige Vergewisserung über den Termin möglich

229 OLG Rostock StraFo 2001, 417 (418).

230 OLG Hamm StraFo 2004, 211 (212) m. Hinweisen auf die Notwendigkeit einer subjektiven Pflichtverletzung.

231 RGSt 64, 239 (246 f.); RG HRR 1931 Nr. 2090; BayObLG NJW 1956, 838 (839): Missverständnis des Ladungsvordrucks; OLG Hamm NJW 1971, 108; OLG Hamm VRS 42 (1972), 289; OLG Hamm NStZ-RR 1997, 113; OLG Karlsruhe MDR 1957, 760 f.; OLG Karlsruhe AnwBl. 1977, 224; KG VRS 127 (2014), 164 f.; OLG Koblenz VRS 44 (1973), 290 (294); OLG Zweibrücken NJW 1968, 1977 (1978); Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 25.

232 OLG Hamm NStZ-RR 2010, 245 f.

233 OLG Koblenz VRS 44 (1973), 290 (294 f.).

234 Vgl. dazu SK-StGB/Rudolphi (37. EL 2002) § 17 Rn. 40.

235 BayObLG NStZ-RR 2003, 85 (86).

236 BayObLG NStZ-RR 2003, 85 (86); OLG Düsseldorf JMBL. NW 1971, 8; OLG Hamm JMBL. NW 1978, 32; KG VRS 127 (2014), 164 f.; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 26; LR/Gössel § 329 Rn. 44.

237 OLG Hamm JMBL. NW 1978, 32.

238 OLG Hamm VRS 55 (1978), 275; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 29; a.A. HK/Rautenberg § 329 Rn. 22; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 16.

239 OLG Koblenz VRS 44 (1973), 290 (294 f.); KMR/Brunner § 329 Rn. 30; s. auch OLG Düsseldorf JMBL. NW 1966, 153.

240 OLG Düsseldorf JMBL. NW 1985, 286.

241 OLG Hamm JMBL. NW 1981, 166; OLG Nürnberg NStZ-RR 2010, 286; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 21; s. auch OLG Köln, Beschl. v. 09.12.2014, III – 1 RVs 167/14, bei Juris Rn. 23 = NStZ-RR 2015, 317 f.

ist,<sup>242</sup> wenn der Angeklagte sich hinsichtlich des Sitzungsbeginns an der einem Dritten (Zeugen) mitgeteilten Ladungszeit orientiert hat,<sup>243</sup> oder wenn der Angeklagte nach Stellung eines Verlegungsantrags (oder Antrags auf Entbindung vom Erscheinen), es unterlässt, sich bei seinem Verteidiger oder dem Gericht zu erkundigen, ob dem Antrag stattgegeben wurde<sup>244</sup>.

Auch die **fehlerhafte** oder **unzweckmäßige Sachbehandlung seitens des Gerichts** selbst kann das Ausbleiben des Angeklagten genügend entschuldigen. Dies gilt nicht nur, wenn das Gericht durch fehlerhafte Auskunft den Irrtum des Angeklagten, nicht erscheinen zu müssen, hervorgerufen hat (oben Rdn. 27). Es trifft vielmehr auch dann zu, wenn das Gericht durch eine zu beanstandende Sachbehandlung selbst erst die Situation des Ausbleibens geschaffen hat und es bei korrekter Sachbehandlung zu einem Ausbleiben (möglicherweise) nicht gekommen wäre. Das ist z.B. der Fall, wenn das Gericht einen rechtzeitig gestellten Antrag auf Vertagung oder Entbindung von der Anwesenheitspflicht nicht rechtzeitig beschied<sup>245</sup> oder fehlerhaft abgelehnt hat,<sup>246</sup> wenn es dem Angeklagten für die Hauptverhandlung nicht den (z.B. angesichts einer anwaltlichen Vertretung des Verletzten) gebotenen Schutz in Gestalt eines (notwendigen) Verteidigers hat zukommen lassen,<sup>247</sup> den Verteidiger nicht zur Hauptverhandlung geladen hat<sup>248</sup> oder dem Verteidiger, der wegen einer Terminkollision um eine Terminverlegung gebeten hat, eine solche willkürlich versagt wird<sup>249</sup> – denn es ist dem Angeklagten, der sich in der Berufungsverhandlung des Beistands eines Verteidigers bedienen will, nicht zumutbar, die Verteidigung ohne diesen Beistand zu führen.<sup>250</sup> Auch eine unzweckmäßige, nämlich fast ein Jahr vor dem Verhandlungstermin hinausgegebene Ladung pflegt das Ausbleiben des Angeklagten genügend zu entschuldigen – und zwar nicht nur dann, wenn man annimmt,<sup>251</sup> es sei dem Angeklagten nicht zuzumuten, sich auf einen so langen Zeitraum einzurichten,<sup>252</sup> denn bei dieser Verfahrensweise hat das Gericht die Gefahr eines Übersehens des Termins selbst zumindest entscheidend mitbewirkt, so dass ein verbleibendes geringes Verschulden des Angeklagten der Annahme einer (nicht völligen, sondern nur) »genügenden« Entschuldigung nicht entgegensteht (s. erg. oben Rdn. 21 a.E.). Die bloße (versehentliche) Nichtentscheidung über einen Antrag des nicht verteidigten Angeklagten auf Akteneinsicht macht dagegen das Erscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung noch nicht unzumutbar und bildet daher keine genügende Entschuldigung des Ausbleibens.<sup>253</sup>

Differenzierend zu behandeln sind die Fälle der **Verspätung des Angeklagten** (ohne dass der Angeklagte noch vor Erlass des Verwerfungsurteils eintrifft; zu diesem Fall schon oben Rdn. 8).

242 KG NZV 2002, 51.

243 OLG Hamm, Beschl. v. 11.09.2014, III – 5 RVs 85/14, bei Juris Ls. 3 und Rn. 17 = NStZ-RR 2014, 376.

244 OLG Karlsruhe NStE StPO § 329 Nr. 18; LG Arnsberg, Urt. v. 30.08.2013, 6 Ns 7/13, bei Juris Rn. 14; LG Berlin NZV 2007, 253 (254); LG Potsdam NStZ-RR 2013, 317 (Ls.); Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 25 a.E.; s. auch BVerfG, Beschl. v. 14.05.2001, 2 BvR 404/01, bei Juris.

245 RGSt 59, 277 (279); OLG Hamm NJW 1971, 108; OLG Oldenburg NJW 1964, 830; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 25; Küper NJW 1974, 1927 (1931); vgl. aber auch OLG Schleswig SchlHA 1976, 159 zu einem kurz vor der Verhandlung gestellten Antrag.

246 OLG Köln VRS 85 (1993), 443; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 25; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 20.

247 OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (349); OLG Stuttgart NStZ-RR 2004, 388 f.; OLG Stuttgart NStZ-RR 2008, 312 (313) = StV 2009, 12 f.; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 11a.

248 Vgl. oben Rdn. 15 a.E.m.w.N.

249 OLG Koblenz StraFo 2009, 421 (422).

250 BayObLGSt 2001, 101 (102 f.); OLG Koblenz StraFo 2009, 421 (422); OLG Stuttgart StV 2009, 12; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 11a.

251 So OLG Saarbrücken NStZ 1991, 147 (148); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 25; HK/Rautenberg § 329 Rn. 22.

252 Insoweit krit. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 169, das im Rahmen der Zumutbarkeit Vorkehrungen gegen das Vergessen des Termins fordert.

253 OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 287 (288).

Bei Benutzung **öffentlicher Verkehrsmittel** hat der Angeklagte alles von ihm zur Einhaltung des Verhandlungstermins Erwartete getan, wenn bei fahrplanmäßigem Eintreffen des Verkehrsmittels das rechtzeitige Erscheinen in der Hauptverhandlung gewährleistet gewesen wäre;<sup>254</sup> freilich ist es, damit dem Gericht deshalb wegen genügender Entschuldigung ein Verwerfungsurteil verwehrt ist, auch notwendig, dass Anhaltspunkte in dieser Richtung (z.B. Anruf) vorliegen (s. schon oben Rdn. 19 und unten Rdn. 31 ff.). Auch die **Versäumung eines Zuges** kann, wenn sie dem Gericht mitgeteilt wird und keine weiteren Umstände ermittelt sind, eine hinreichende Entschuldigung bilden, wenn zugleich feststeht, dass der Angeklagte sich darum bemüht, den Gerichtstermin zu erreichen.<sup>255</sup> Bei Benutzung eines **privaten PKW**, bei der rechtspraktisch vor allem Pannen,<sup>256</sup> Unfälle,<sup>257</sup> Staus und Verkehrsbehinderungen durch unvorhersehbare Witterungsverhältnisse<sup>258</sup> sowie Parkschwierigkeiten<sup>259</sup> eine Rolle spielen, ist entscheidend, ob der Angeklagte bei Fahrtantritt bei gewöhnlichem Verlauf mit rechtzeitigem Eintreffen rechnen durfte.<sup>260</sup> Da hierbei angesichts vielfältiger, im Einzelnen schwer voraussehbarer Möglichkeiten der Verzögerung im Straßenverkehr von vornherein eine ausreichende Zeitreserve einzukalkulieren ist,<sup>261</sup> liegt damit ein Fall genügender Entschuldigung nur vor, wenn es sich um eine auch die angemessene Sicherheitsspanne noch übersteigende (und damit im Grunde nicht voraussehbare) Verzögerung handelt. Freilich ist selbst bei dieser Sachlage jeweils noch zu prüfen, ob nicht durch ein etwa mögliches (und zumutbares<sup>262</sup>) Umsteigen auf öffentliche Verkehrsmittel noch ein rechtzeitiges Eintreffen möglich gewesen wäre.<sup>263</sup> **Verspätungen** aufgrund von **Einkasskontrollen** sind differenzierend zu behandeln, da solche Kontrollen nicht unüblich sind und der Angeklagte sich daher im Rahmen des Voraussehbaren auf sie einzurichten hat.<sup>264</sup> Eine Dauer von nahezu 25 Minuten braucht dabei freilich nicht in Rechnung gestellt zu werden, so dass es an einem unentschuldigtem Ausbleiben fehlt, wenn der Angeklagte nur wegen einer derart langen Kontrolle (und einer zusätzlichen Verlegung der Sitzung in einen entfernt gelegenen anderen Saal) erst geringfügig nach Ablauf der Wartefrist (oben Rdn. 7) erscheint.<sup>265</sup>

254 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 24; s. auch OLG Köln JMBL. NW 1972, 63 = MDR 1972, 166: die Benutzung eines Verkehrsmittels, das schon bei planmäßiger Ankunft die rechtzeitige Anwesenheit nicht gewährleistet, genügt nicht.

255 OLG München wistra 2008, 480 m. weit. Hinweisen auf in solchen Fällen zu klärende Fragen.

256 Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1973, 1515; OLG Hamm VRS 97 (1999), 44.

257 OLG Karlsruhe MDR 1957, 760.

258 OLG Bremen DAR 1956, 133; KG NStZ-RR 2002, 218 (219); OLG Thüringen NStZ-RR 2006, 147 (auch zur Frage, inwieweit sich ein Angeklagter auf die Zeitangabe eines elektronischen Routenplaners verlassen darf); VerfGH Berlin NJW 2004, 1158 (1159).

259 OLG Nürnberg OLGSt StPO § 44 Nr. 2.

260 OLG Hamm VRS 97 (1999), 44 (48); OLG Karlsruhe NJW 1973, 1515; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 24; KMR/Brunner § 329 Rn. 29; LR/Gössel § 329 Rn. 41.

261 OLG Bamberg NJW 1995, 740; KG, Beschl. v. 02.05.2001, 1 AR 237/01, bei Juris; OLG Thüringen NStZ-RR 2006, 147; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 25; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 27; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 15; nach BVerfG StV 1994, 113 (m. abl. Anm. Sieg) ist insoweit die fachgerichtliche Forderung, einen deutlich höheren »Sicherheitszuschlag« als eine halbe Stunde einzukalkulieren, nicht zu beanstanden; zu »Überspannungen« in diesem Bereich VerfGH Berlin NJW 2004, 1158 (1159), der mit Recht betont, der Angeklagte müsse nicht »so frühzeitig zum Gerichtstermin« aufbrechen, »dass er im Regelfall Gefahr läuft, viel zu früh anzukommen und seine Zeit mit unangemessen langem Warten zubringen zu müssen«.

262 S. dazu OLG Hamm VRS 97 (1999), 44 (48).

263 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 24; KMR/Brunner § 329 Rn. 29; LR/Gössel § 329 Rn. 41; a.A. insoweit wohl VerfGH Berlin NJW 2004, 1158 (1159).

264 KG, Beschl. v. 02.05.2001, 1 AR 237/01, bei Juris Rn. 5.

265 KG NStZ-RR 2006, 183 (184); s. freilich auch KG, Beschl. v. 02.05.2001, 1 AR 237/01, bei Juris Rn. 5 f.

#### 4. Kausalität des Entschuldigungssachverhalts für das Nichterscheinen

Das objektive Gegebensein eines Entschuldigungssachverhalts i.S.d. Rdn. 22–29 bzw. eines vergleichbaren, an sich das Nichterscheinen genügend entschuldigenden Sachverhalts ist nur eine notwendige, keine hinreichende Bedingung dafür, dass dem Berufungsgericht trotz ordnungsgemäßer Ladung und Nichterscheinens des Angeklagten ein Verwerfungsurteil verwehrt ist. Dies nicht nur deshalb, weil es auch bei wirklichem Gegebensein eines solchen Sachverhalts noch darauf ankommt, ob das Gericht diesen Sachverhalt bei Wahrnehmung seiner (begrenzten) Prüfungspflicht (dazu Rdn. 19, 31 ff.) erkennen konnte. Auch wenn ein derartiger Sachverhalt gegeben und für das Berufungsgericht erkennbar gewesen sein sollte, steht dieser dem Erlass eines Verwerfungsurteils nur entgegen, wenn er tatsächlich den Grund für das Nichterscheinen bildete. War der Angeklagte **ohnehin entschlossen, nicht zu erscheinen**, und ist dies klar feststellbar, so hat das Berufungsgericht trotz Vorliegens des (dann eben unerheblichen) Entschuldigungssachverhalts nach Absatz 1 S. 1 zu verwerfen<sup>266</sup> – denn auch in diesem Fall ist das Nichterscheinen entweder Ausdruck fehlender Interessiertheit an der weiteren Verhandlung oder (trotz des – eben irrelevanten – Entschuldigungssachverhalts) fassbarer fehlender Mitwirkungsbereitschaft. Desgleichen vermag z.B. eine unfallbedingte Verletzung, die sich der Angeklagte auf dem Weg zum Gerichtsort zugezogen hat, das Nichterscheinen in der Hauptverhandlung dann nicht zu entschuldigen, wenn der Angeklagte auch ohne den Unfall den Gerichtsort nicht mehr rechtzeitig hätte erreichen können, weil er zu spät gestartet ist.<sup>267</sup>

#### 5. Gerichtliche Prüfungspflicht

Wie schon oben Rdn. 19 erwähnt, ist für die Zulässigkeit des Verwerfungsurteils zweierlei entscheidend: (erstens) die wirkliche Sachlage – dass also objektiv ein das Nichterscheinen begründender Entschuldigungssachverhalt vorliegt, und (zweitens) die Erkennbarkeit eines etwaigen Entschuldigungssachverhalts seitens des Berufungsgerichts bei Wahrnehmung seiner Prüfungspflicht. Dementsprechend ist von zentraler Bedeutung für die Anwendbarkeit des Absatzes 1 S. 1 (und begrifflich exakt: des in Absatz 1 S. 1 vorausgesetzten komplexen Begriffs der »nicht genügenden Entschuldigung«) das **Wesen** und die **Reichweite** der das Berufungsgericht treffenden **Prüfungspflicht**.

Die gravierende Folge der Verwerfung einer vom Angeklagten eingelegten Berufung wegen nicht genügend entschuldigtem Ausbleibens ist nur zu legitimieren, wenn das **Gericht davon ausgehen darf**, dass das Ausbleiben des Angeklagten **nicht genügend entschuldigt** ist (und damit angenommen werden darf, dass er entweder kein Interesse daran hat, die Berufung weiterzuverfolgen, oder doch jedenfalls nicht bereit ist, der ihn insoweit treffenden Mitwirkungslast nachzukommen, oben Rdn. 2, 2a). Dementsprechend hat das Gericht, das von dieser ausnahmsweise vorgesehenen, mit erheblichen Nachteilen für den Angeklagten verbundenen Verwerfung des Rechtsmittels Gebrauch machen will, **von Amts wegen** zu prüfen, ob die Voraussetzung des »nicht genügend entschuldigtem« Ausbleibens gegeben ist (nicht etwa hat der Angeklagte, der dazu wegen seiner Abwesenheit aktuell von vornherein nicht, vielfach aber auch zuvor nicht in der Lage ist, seine Entschuldigung darzutun). Es hat dabei nicht nur ihm direkt gegebenen Hinweisen (z.B. des Verteidigers über die Bettlägerigkeit des Angeklagten<sup>268</sup>) nachzugehen, sondern nach Feststellung des Ausbleibens des Angeklagten von sich aus zu prüfen, **ob Umstände**

266 OLG Düsseldorf StV 1982, 216; OLG Karlsruhe MDR 1978, 75; KG GA 1975, 148 (149); KG, Urt. v. 23.06.2008, (2/5) 1 Ss 213/04 (6/05), bei Juris Rn. 44 = StRR 2009, 22; OLG Oldenburg GA 1993, 462 (463); OLG Oldenburg NStZ-RR 2012, 180; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 9; HK/Rautenberg § 329 Rn. 21; KK/Paul § 329 Rn. 10; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 23; a.A. Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 13; zum vergleichbaren Fall bei fehlender Ursächlichkeit eines Ladungsfehlers vgl. oben Rdn. 16.

267 KG, Beschl. v. 27.06.2001, 1 AR 718/01, bei Juris.

268 OLG Köln VRS 71 (1986), 371.

**erkennbar** sind, die das Ausbleiben des Angeklagten genügend entschuldigen könnten.<sup>269</sup> Zu diesem Zweck sind die **Akten** daraufhin durchzusehen, ob sich aus ihnen hinreichende Anhaltspunkte für einen etwaigen Entschuldigungsgrund, etwa ein Vertagungsantrag, Hinweise auf eine Erkrankung, eine bevorstehende Reise oder eine Abschiebung usw., ergeben.<sup>270</sup> Weiter wird man im Blick auf möglicherweise unterbliebene oder nicht rechtzeitig weitergegebene Mitteilungen richtigerweise fordern müssen, dass das Gericht in der **Geschäftsstelle nachfragt**, ob dort ein Entschuldigungsschreiben oder -anruf eingegangen ist.<sup>271</sup> Ggf. sind auch in der Hauptverhandlung **anwesende Personen** (z.B. der Verteidiger oder nahestehende Zeugen) nach dem Verbleib des Angeklagten zu **befragen**.<sup>272</sup> Ergeben diese Quellen **keine Anhaltspunkte** für eine mögliche Entschuldigung, so braucht das Gericht weitere Nachprüfungen nicht mehr anzustellen,<sup>273</sup> sondern hat das Verwerfungsurteil zu erlassen. Entsprechendes gilt, wenn die vom Angeklagten als ausreichende Entschuldigung erachteten und allein vorgetragenen Tatsachen für eine »genügende Entschuldigung« aus Rechtsgründen nicht ausreichen.<sup>274</sup>

- 33 Ergeben sich dagegen **Anhaltspunkte** für einen möglicherweise vorliegenden **Entschuldigungsgrund** (Hinweise in den Akten, Anruf des Angeklagten in der Geschäftsstelle mit Hinweisen auf einen als Entschuldigung ausreichenden Sachverhalt, Erklärungen eines zur Berufungsverhandlung erschienenen Zeugen, Übersendung einer Krankheitsmitteilung oder eines Attestes), so ist das Gericht **verpflichtet nachzuprüfen**, ob der entsprechende Entschuldigungsgrund **tatsächlich vorliegt**.<sup>275</sup> Nicht notwendig ist dies nur, wenn bereits die dem Gericht vorliegende Erklärung den Entschuldigungssachverhalt in hinreichender Weise belegt – wie dies bei einem im Original vorgelegten privatärztlichen Attest der für eine Entschuldigung genügenden Krankheit regelmäßig der Fall ist.<sup>276</sup> Dagegen bedarf es ggf. weiterer Nachprüfung, wenn ein vorgelegtes ärztliches Attest nicht eindeutig ist,<sup>277</sup> der Angeklagte zum Nachweis seiner Verhandlungsunfähigkeit nur eine dazu nicht geeignete Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einreicht,<sup>278</sup> eine Erkrankung lediglich mitgeteilt, ein ärztliches Zeugnis aber nicht vorgelegt worden ist.<sup>279</sup>

269 RGSt 62, 420 (422); RGSt 64, 239 (246); BGHSt 17, 391 (396); BayObLG NJW 1956, 838 (839); OLG Karlsruhe NJW 1969, 476; OLG Köln NJW 1982, 2617; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 19; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 8; KMR/Brunner § 329 Rn. 22.

270 OLG Frankfurt NJW 1974, 1151; OLG Düsseldorf NJW 1960, 1921; OLG Düsseldorf StV 1983, 193; KG StV 1992, 67; OLG Stuttgart NStZ-RR 2004, 338 (339); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 19; KK/Paul § 329 Rn. 8; Meyer-Göbner/Schmitt § 329 Rn. 18.

271 OLG Brandenburg NStZ-RR 1997, 275; OLG Frankfurt NJW 1974, 1151; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 19; zurückhaltender KK/Paul § 329 Rn. 8.

272 OLG Frankfurt NJW 1974, 1151; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 19; LR/Gössel § 329 Rn. 22.

273 OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 29 S. 3; OLG Koblenz NJW 1975, 322; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 19; Meyer-Göbner/Schmitt § 329 Rn. 20.

274 KG GA 1973, 29 (30).

275 BGHSt 17, 391 (396); BayObLGSt 1997, 145 = NJW 1998, 172; BayObLG NStZ-RR 1999, 143; OLG Düsseldorf StV 1983, 193; OLG Düsseldorf StV 1987, 9; OLG Düsseldorf VRS 89 (1995), 132 (134); OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 166/15, bei Juris Ls. 2 und Rn. 14; OLG Hamm NStZ-RR 1997, 368; OLG Hamm NStZ-RR 1998, 281 (282); OLG Hamm VRS 107 (2004), 206 f.; OLG Hamm StraFo 2012, 193 (194); OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141; KG GA 1973, 29 (30); KG JR 1978, 36; KG VRS 107 (2004), 119 (120); OLG Köln StraFo 2006, 205 f. und OLG Köln StraFo 2006, 413; OLG München NJW 2008, 3797 (3798 f.); OLG Nürnberg NJW 2009, 1761 (1762); OLG Stuttgart Justiz 1996, 110 (111); OLG Stuttgart Justiz 2004, 126 f.; LG Zweibrücken VRS 100 (2001), 32; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 19; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 23; KK/Paul § 329 Rn. 9.

276 OLG Düsseldorf VRS 71 (1986), 292 (293); OLG Düsseldorf VRS 84 (1993), 458; OLG Frankfurt StV 1988, 100; OLG Köln NStZ-RR 2009, 86 f.

277 BayObLGSt 1998, 79 (81) = NJW 1999, 879; OLG Düsseldorf StV 1994, 364 (365); OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141; KG, Beschl. v. 05.11.2001, 1 AR 1279/01, bei Juris Rn. 2; KK/Paul § 329 Rn. 9; Meyer-Göbner/Schmitt § 329 Rn. 19.

278 OLG Düsseldorf VRS 87 (1994), 439; KG JR 1978, 36; OLG Köln NJW 1982, 2617.

279 OLG Hamm NStZ-RR 1997, 240.

oder der Verteidiger auf die Inhaftierung des Angeklagten im Ausland hinweist<sup>280</sup>. Werden dem Gericht derartige Anhaltspunkte für ein Ausbleiben und dessen Gründe schon vor der Hauptverhandlung bekannt, so muss es die Zeit bis zur Hauptverhandlung für die Überprüfung nutzen.<sup>281</sup> Die insoweit notwendige weitere Nachprüfung erfolgt im Wege des **Freibeweises**, also in jeder dazu geeigneten Form ohne Bindung an die Regeln des **Strengbeweises**,<sup>282</sup> in der Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sieht die Rechtsprechung i.d.R. eine konkludente Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht.<sup>283</sup> Beweismittel, die nur mit erheblicher Verzögerung beigebracht oder ausgewertet werden können, scheiden dabei freilich aus; ihre Heranziehung wäre mit dem **Beschleunigungszweck** des Absatzes 1 S. 1 nicht vereinbar.<sup>284</sup> Das Gericht ist vielmehr nur zur Erhebung solcher Beweise verpflichtet, die sofort zur Verfügung stehen, nur zu einer geringfügigen Verzögerung führen und eine Entscheidung in derselben Hauptverhandlung zulassen.<sup>285</sup> Ist das Gericht im Rahmen der Überprüfung zum Ergebnis gelangt, dass ein genügender Entschuldigungsgrund für das Ausbleiben nicht vorliegt, so kann es unmittelbar (s. erg. unten Rdn. 42) seine Verwerfungsentscheidung treffen; der Angeklagte braucht vor dieser Entscheidung nicht mehr gehört zu werden.<sup>286</sup>

Die **Last der Feststellung**, dass die Voraussetzungen des Absatzes 1 S. 1 gegeben sind, liegt beim **Gericht**; dieses hat bei Anwendung des Absatzes 1 S. 1 durch geeignete Beweismittel festzustellen, dass ein Sachverhalt genügender Entschuldigung des Angeklagten nicht gegeben ist.<sup>287</sup> Das bedeutet zugleich, dass den **Angeklagten keine Verpflichtung** trifft, seinerseits das Gegebensein eines Entschuldigungsgrundes **nachzuweisen** oder glaubhaft zu machen.<sup>288</sup> Dementsprechend darf das Berufungsgericht die Berufung des nicht erschienenen Angeklagten auch nicht deshalb verwerfen, weil der Angeklagte es versäumt habe, sich rechtzeitig zu entschuldigen oder das Gegebensein eines Entschuldigungsgrundes überzeugend zu belegen,<sup>289</sup> entscheidend ist vielmehr allein, ob ein Entschuldigungssachverhalt wirklich gegeben und mit den dem

280 KG VRS 107 (2004), 119 (120); OLG Köln StraFo 2006, 205 (206).

281 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 19; LR/Gössel § 329 Rn. 25.

282 BayObLG NJW 1966, 1981 (1982); BayObLG NJW 1999, 879; BayObLG StV 2001, 338 f.; OLG Düsseldorf StV 1994, 364 (365); OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; OLG Hamm NJW 1965, 410; OLG Hamm StraFo 2012, 193 (194); OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141; KG VRS 107 (2004), 119 (120); OLG Köln NJW 1982, 2617; OLG Köln StraFo 2006, 413; OLG München NJW 2008, 3797 (3798); OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613; OLG Zweibrücken StV 2001, 336 (Ls.); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 19; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 9; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 23; KK/Paul § 329 Rn. 9; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 19; a.A. aber wohl Preiser GA 1965, 366 (369 f.): Strengbeweis sei erwünscht.

283 BayObLG NStZ-RR 1999, 143; BayObLG StV 2001, 338; OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141; OLG Nürnberg NJW 2009, 1761 f.; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 12.

284 OLG Hamburg JR 1959, 29; OLG Hamburg JZ 1963, 480; OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 166/15, bei Juris Rn. 14; OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141 (142); OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1614); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 19; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 9; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 23; HK/Rautenberg § 329 Rn. 20; KMR/Brunner § 329 Rn. 22.

285 BayObLG NStZ-RR 2003, 87 (88); KG VRS 107 (2004), 119 (120); Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 12.

286 BayObLG NJW 1966, 1981 (1982); OLG Hamm NJW 1965, 410; KK/Paul § 329 Rn. 9.

287 OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 166/15, bei Juris Rn. 13.

288 BayObLG NStZ-RR 2003, 87; OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 31 S. 3 = ZfSch 2012, 230 f.; OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 32; OLG Düsseldorf StV 1987, 9; OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; KG VRS 108 (2005), 110 (111); OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 166/15, bei Juris Ls. 3 und Rn. 15; OLG Köln StraFo 2006, 205 (206); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 20; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 23; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 9; KK/Paul § 329 Rn. 8; abw. wohl KG, Beschl. v. 05.11.2001, 1 AR 1279/01, bei Juris Rn. 2 und KG, Beschl. v. 21.02.2011, 1 AR 91/01, bei Juris Rn. 2.

289 BayObLGSt 1997, 145 (147); OLG Düsseldorf NStZ 1984, 331; OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; OLG Köln GA 1963, 58; OLG Köln VRS 71 (1986), 371; OLG Köln StV 1989, 53 (54); OLG Köln

Gericht zur Verfügung stehenden Aufklärungsmöglichkeiten feststellbar ist. Das gilt gerade auch in den praktisch immer wieder relevanten Fällen der bloßen Mitteilung einer **Erkrankung** seitens des Angeklagten oder der Übersendung nur eines privatärztlichen **Attestes**: Hält das Gericht das vorgelegte Attest nicht für ausreichend, misstraut es ihm oder geht es von einer vorgetäuschten Krankheit aus, so kann es die Berufung nicht etwa verwerfen, weil der Angeklagte das Gegebensein eines Entschuldigungsgrundes nicht hinreichend bewiesen habe; vielmehr muss es in diesem Fall von sich aus aufklären, z.B. beim behandelnden Arzt nachfragen oder eine amtsärztliche Untersuchung oder die Ergänzung des privatärztlichen Attestes veranlassen.<sup>290</sup> Die insoweit notwendig erscheinenden Ermittlungen<sup>291</sup> kann (und hat) das Gericht vor allem dann durch(zu)führen, wenn der Angeklagte die Entschuldigungsgründe vor der Berufungsverhandlung mitgeteilt hat.<sup>292</sup> – Freilich ändern diese Prüfungslast des Gerichts und die fehlende Beweisführungspflicht des **Angeklagten** nichts daran, dass dieser u.U. gut daran tut, den **Entschuldigungssachverhalt selbst** (möglichst präzise) **mitzuteilen**. Denn jedenfalls bei Entschuldigungsgründen, die nur der Angeklagte selbst kennt, bestehen für das Gericht Anhaltspunkte für das Gegebensein eines Entschuldigungssachverhalts erst, wenn der Angeklagte den entsprechenden Sachverhalt dem Gericht mitteilt. Dabei muss die Mitteilung mindestens so präzise und auf konkrete Tatsachen bezogen sein, dass aus der Sicht des Gerichts ein Entschuldigungssachverhalt naheliegt, dessen Gegebensein das Gericht überprüfen kann (»schlüssige, die Unzumutbarkeit des Erscheinens indizierende Tatsachenbehauptungen«<sup>293</sup>); die nicht näher konkretisierte generelle Behauptung der Verhinderung genügt dafür nicht.<sup>294</sup>

- 35 Die Verwerfung der Berufung bei Ausbleiben lässt sich nur legitimieren, wenn der Angeklagte wirklich nicht entschuldigt ist. Forensisch bedeutet das, dass das Gericht nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Erkenntnisquellen davon **überzeugt** sein muss, dass ein Sachverhalt, der das Ausbleiben genügend entschuldigen würde, nicht gegeben ist.<sup>295</sup> Die Berufung darf daher nicht verworfen werden, wenn am Ende der gerichtlichen Prüfung der Entschuldigungsfrage **zweifelhaft** bleibt, ob der Angeklagte **genügend entschuldigt** ist<sup>296</sup> bzw. das Gericht Zweifel

StraFo 2006, 413; OLG München MDR 1957, 761; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 20; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 18.

290 BayObLG StV 2001, 338 f.; OLG Celle StV 1987, 192; OLG Düsseldorf StV 1994, 364 (365); OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; OLG Hamm NStZ-RR 1997, 240; OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141; OLG Köln NJW 1982, 2617; OLG Köln StV 1989, 53 (54); OLG Köln StraFo 2006, 413; OLG Köln StraFo 2010, 73; OLG München, Beschl. v. 17.01.2014, OLG 13 Ss 11/14, bei Juris Ls. und Rn. 11 = StraFo 2014, 79; OLG Nürnberg NJW 2009, 1761 (1762); OLG Rostock StraFo 2001, 417; OLG Stuttgart Justiz 2004, 126 (127); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 20; KK/Paul § 329 Rn. 8; LR/Gössel § 329 Rn. 27.

291 Zu ihnen näher OLG Stuttgart Justiz 2004, 126 (127); auch OLG Bamberg, Beschl. v. 06.03.2013, 3 Ss 20/13, bei Jrusi Rn. 10 ff. = OLGSt StPO § 329 Nr. 32.

292 KK/Paul § 329 Rn. 8; s. auch oben Rdn. 33.

293 BayObLGSt 1997, 145 (146 f.); BayObLG NStZ-RR 2003, 87; OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 31 S. 3 f. m.w.N. = ZfSch 2012, 230 f. (unter dem Stichwort »Grenzen der Nachforschungspflicht des Gerichts«).

294 KG GA 1973, 29 (30); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 20; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 24; KK/Paul § 329 Rn. 8.

295 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 21; KMR/Brunner § 329 Rn. 20; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 3.

296 OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 29 S. 1, 3; OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 31 S. 3 f. = ZfS 2012, 230 f.; OLG Düsseldorf StV 1987, 9; OLG Düsseldorf MDR 1988, 79; OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; OLG Hamm NJW 1965, 410 (411); OLG Hamm StraFo 2012, 193 (194); OLG Koblenz NJW 1975, 322; KG VRS 108 (2005), 110 (111); OLG Köln VRS 65 (1983), 47; OLG Köln StV 1989, 53 (54); OLG Köln NJW 1993, 1345 (1346); OLG Köln StraFo 2006, 205 (206) und OLG Köln StraFo 2006, 413; OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1614); OLG Stuttgart Justiz 2004, 126; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 21; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 8; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 22; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 9; KK/Paul § 329 Rn. 8; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 22.

an der Wahrheit des vorgetragenen Entschuldigungsgrundes hegt<sup>297</sup>. Das gilt auch dann, wenn das Gericht den (sogar starken) Verdacht hat, dass der Entschuldigungsgrund nur vorgetäuscht ist; auch bei dieser Sachlage ist die Verwerfung der Berufung nicht gerechtfertigt.<sup>298</sup>

#### IV. Angeklagter in Haft

Ein Angeklagter, der sich in **derselben Sache** in Haft befindet, ist nach § 216 Abs. 2 zu laden und auf Anordnung des Vorsitzenden zur Berufungsverhandlung von Amts wegen vorzuführen. 36  
Unterbleibt die Vorführung, so ist der Angeklagte (für das Gericht objektiv erkennbar) genügend **entschuldigt**<sup>299</sup> und eine Verwerfung der Berufung unzulässig;<sup>300</sup> dass der Angeklagte die Vorführung nicht selbst betrieben hat, begründet kein Verschulden.<sup>301</sup> Unzulässig ist die Verwerfung auch in den Fällen, in denen der Angeklagte auf die Vorführung verzichtet hat und verzichten konnte, weil auch gegen einen auf freiem Fuß befindlichen Angeklagten in Abwesenheit verhandelt werden durfte.<sup>302</sup> Lehnt der Angeklagte dagegen seine Vorführung in sonstigen Fällen **ohne berechtigten Grund** (der z.B. bei unzumutbaren Modalitäten der Vorführung gegeben wäre<sup>303</sup>) ab, so ist seine Berufung nach Absatz 1 S. 1 zu verwerfen.<sup>304</sup> Für die Frage, welche Gründe als »genügende Entschuldigung« anzusehen sind, und die Reichweite der Prüfungspflicht des Berufungsgerichts gelten dabei die allgemeinen Grundsätze; das Gericht muss also in nähere Ermittlungen nur eintreten, wenn (z.B. aufgrund einer entsprechenden Erklärung des Angeklagten; s. erg. oben Rdn. 33 f.) Anhaltspunkte für einen konkreten Entschuldigungssachverhalt vorliegen – weshalb es auch zu weit geht, wenn OLG Bremen<sup>305</sup> (für einen wegen einer anderen Sache in Straftaft befindlichen Angeklagten) fordert, das Urteil müsse die Beweggründe des Angeklagten für sein Fernbleiben mitteilen, denn dies würde jenseits der Fälle, in denen sich der Angeklagte zu diesem Punkt selbst erklärt, voraussetzen, dass das Gericht Ermittlungen zu den Beweggründen des Angeklagten anstellt.<sup>306</sup>

Das vorstehend Gesagte (also: prinzipiell genügende Entschuldigung und keine genügende Entschuldigung nur bei Ablehnung der Vorführung ohne berechtigten Grund bzw. eindeutigen Verzicht auf Vorführung) gilt grds. auch, wenn der Angeklagte **in anderer Sache** in Haft ist und dies **dem Berufungsgericht bekannt ist**<sup>307</sup> oder sich aus den Akten ergibt<sup>308</sup>. Teilt der Verteidiger dem Gericht mit, der Angeklagte befinde sich nach seinen Informationen in (z.B.) spanischer Haft, nähere Einzelheiten seien ihm nicht bekannt, so hat das Gericht dementsprechend diesen 37

297 BayObLG NStZ-RR 1999, 143; BayObLG NStZ-RR 2003, 87; OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 166/15, bei Juris Ls. 2 und Rn. 17; OLG Thüringen, Beschl. v. 19.01.2004, 1 Ss 200/03, bei Juris Rn. 13.

298 RG HRR 1929 Nr. 985; RG JW 1932, 3629; OLG Düsseldorf StV 1987, 9 (10); OLG Hamm MDR 1961, 169; OLG Köln NJW 1963, 1265; OLG Köln NJW 1993, 1345 (1346); OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1614); OLG Stuttgart MDR 1964, 695; OLG Zweibrücken StV 1987, 10; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 21; LR/Gössel § 329 Rn. 29.

299 OLG Stuttgart StV 1988, 72.

300 OLG Stuttgart StV 1988, 72; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 17; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 11; KK/Paul § 329 Rn. 12; KMR/Brunner § 329 Rn. 14.

301 OLG Stuttgart NStZ-RR 2004, 338 (339); BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 16.

302 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 17; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 10; KK/Paul § 329 Rn. 12.

303 S. dazu OLG Stuttgart Justiz 1972, 187.

304 OLG Karlsruhe MDR 1974, 598; OLG Köln GA 1962, 382 (für einen Fall der Haft in anderer Sache); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 17; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 16; KMR/Paulus § 329 Rn. 15; LR/Gössel § 329 Rn. 21; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 18.

305 OLG Bremen StV 1987, 11 f.

306 Abl. deshalb auch AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 10 Fn. 66; KK/Paul § 329 Rn. 12.

307 OLG Braunschweig NStZ 2002, 163; KG, Beschl. v. 09.04.2015, (2) 161 Ss 67/15 (20/15), bei Juris Ls. und Rn. 4; OLG Köln StraFo 2008, 248.

308 S. dazu OLG Bremen StV 1987, 11 f. und OLG Frankfurt MDR 1961, 1036 (zur Frage der genügenden Entschuldigung bei unterlassener Bitte der Vorführung nach überraschender Verhaftung in anderer Sache zwei Tage vor Prozessbeginn).



Anhaltspunkten einer Verhinderung des Angeklagten am Erscheinen nachzugehen (s. erg. oben Rdn. 33 und 34), eine Verwerfung der Berufung wegen nicht hinreichender Substantiierung oder Glaubhaftmachung ist ihm verwehrt;<sup>309</sup> bei verbleibenden Zweifeln ist nach dem oben Rdn. 35 Gesagten zu verfahren. Umstritten ist, ob sich (neben der Ablehnung oder dem Verzicht auf Vorführung) ein Sachverhalt ungenügend entschuldigenden Ausbleibens auch daraus ergeben kann, dass der Angeklagte die Unmöglichkeit seines Erscheinens nach Erhalt der Terminladung durch eine zur Inhaftierung im Ausland führende Straftat selbst verschuldet hat;<sup>310</sup> dies ist richtigerweise zu verneinen, da das Verschulden unmittelbar auf die Säumnis bezogen sein muss.<sup>311</sup> Ist die Inhaftierung dem Berufungsgericht **nicht bekannt**, so wird es regelmäßig zur Verwerfung der Berufung kommen, da das Berufungsgericht bei dieser Sachlage von einem Fall unentschuldigenden Ausbleibens ausgehen wird. Fehlte es in derartigen Fällen an Anhaltspunkten für die anderweitige Inhaftierung des Angeklagten, so entspricht die Verwerfung auch dem Konzept des Gesetzes – allenfalls mag man darüber streiten, ob hier *an sich* (in Gestalt der Inhaftierung und des fehlenden Verzichts auf Vorführung) ein Fall genügender Entschuldigung vorliegt,<sup>312</sup> der aber der Verwerfung mangels Erkennbarkeit für das Berufungsgericht nicht entgegensteht,<sup>313</sup> oder ob es sich schon begrifflich um einen Fall nicht genügender Entschuldigung des Ausbleibens handelt, wenn der Angeklagte annehmen musste, dass das Berufungsgericht von seiner Inhaftierung nicht weiß, es in der Hand hatte, durch einen rechtzeitigen Hinweis seine Vorführung zu erreichen, dies aber unterließ<sup>314</sup>. Die dem Berufungsgericht nicht bekannte objektive Entschuldigungslage, die (bei fehlendem Verzicht auf die Vorführung) prinzipiell schon in der Inhaftierung liegt,<sup>315</sup> kann der Angeklagte in solchen Fällen nur über die Wiedereinsetzung nach Absatz 7 geltend machen;<sup>316</sup> hätte das Gericht den objektiv anzunehmenden Entschuldigungssachverhalt bei Wahrnehmung seiner Prüfungspflicht erkennen müssen, so hilft auch die Revision.

## V. Der Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 entgegenstehende und nicht entgegenstehende Sachverhalte

### 1. Unzulässigkeit der Berufung – Verfahrenshindernisse

- 38 In Absatz 1 S. 1 stillschweigend vorausgesetzt ist eine **zulässige** Berufung; fehlt es an einer Voraussetzung für die Zulässigkeit der Berufung, so ist auch bei Ausbleiben des Angeklagten (und offensichtlich fehlender Entschuldigung) nicht nach Absatz 1 S. 1 zu verfahren, sondern die Berufung wegen Unzulässigkeit nach § 322 Abs. 1 S. 2 zu verwerfen (s. schon oben Rdn. 4). Da die Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 an die Stelle der Sachverhandlung und Sachentscheidung tritt, hat sie zudem dann auszuscheiden, wenn dem Berufungsgericht trotz zulässiger Berufung die Befugnis fehlt, sich mit der Sache zu befassen (s. schon oben Rdn. 4). Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn **nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils die Sachentscheidungsvoraussetzungen entfallen** sind bzw. ein Verfahrenshindernis eingetreten ist (allg. Meinung) – dem kann auch allein das Berufungsgericht Rechnung tragen, das hier nach den §§ 260 Abs. 3, 332

309 OLG Köln StraFo 2006, 205 f.

310 Insoweit behandelnd OLG Frankfurt NStZ-RR 1999, 144 und Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 24; abl. OLG Düsseldorf StraFo 2001, 269 (270).

311 OLG Düsseldorf StraFo 2001, 269 (270); Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 18.

312 Vgl. dazu OLG Köln GA 1962, 382; OLG Köln GA 1963, 58; KK/Paul § 329 Rn. 12; LR/Gössel § 329 Rn. 20.

313 OLG Karlsruhe NJW 1969, 476; OLG Düsseldorf VRS 80 (1991), 37; KK/Paul § 329 Rn. 12.

314 So OLG Celle Nds. Rpfl. 1963, 260 (allerdings im Rahmen der Entscheidung über die Wiedereinsetzung wegen – des damals maßgeblichen – »unabwendbaren Zufalls«); Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>35</sup> § 329 Rn. 24; gegen ein solches Verschulden wegen mangelnden oder »nicht rechtzeitigen« Hinwirkens auf eine Vorführung mit Recht OLG Braunschweig NStZ 2002, 163; OLG Köln StraFo 2008, 248; LR/Gössel § 329 Rn. 20; im Ergebnis nun auch Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 24.

315 OLG Köln StraFo 2008, 248; der Sache nach auch schon OLG Braunschweig NStZ 2002, 163.

316 AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 11; KK/Paul § 329 Rn. 12; LR/Gössel § 329 Rn. 20.

(außerhalb der Hauptverhandlung nach § 206a) einzustellen hat. Ein in diesem Sinne relevantes Verfahrenshindernis, das einer Sachentscheidung des Berufungsgerichts und damit auch einem Verwerfungsurteil nach Absatz 1 S. 1 entgegensteht, tritt u.a. auch dann ein, wenn eine gem. § 335 Abs. 3 S. 1 wegen der Berufung eines anderen Verfahrensbeteiligten ebenfalls als Berufung zu behandelnde Sprungrevision als solche wiederauflebt, weil sich die Berufung des anderen Verfahrensbeteiligten durch Rücknahme oder Verwerfung als unzulässig erledigt hat – denn damit verliert das Berufungsgericht seine Befugnis, in der Sache zu entscheiden.<sup>317</sup> Zur revisionsrechtlichen Relevanz eines gleichwohl ergehenden Verwerfungsurteils vgl. unten Rdn. 69.

Umstritten ist, ob dem Berufungsgericht eine Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 auch dann verwehrt und stattdessen Einstellung geboten ist, wenn das **Verfahrenshindernis** bereits **im Zeitpunkt des Ersturteils vorlag** und richtigerweise schon seitens des Erstgerichts (durch Einstellung) zu berücksichtigen gewesen wäre (wie etwa ein fehlender Eröffnungsbeschluss);<sup>318</sup> für die Fälle, in denen das Erstgericht zu Unrecht seine **Zuständigkeit** angenommen hat, ist streitig, ob das Berufungsgericht gem. Absatz 1 S. 1 zu verfahren oder nach § 328 Abs. 2 an das zuständige Erstgericht zu verweisen hat. Die Rechtsprechung und h.M.<sup>319</sup> gibt insoweit der Einstellung des Verfahrens den Vorzug;<sup>320</sup> bei Unzuständigkeit des Erstgerichts verlangt sie, dass das Berufungsgericht nach § 328 Abs. 2 verfährt.<sup>321</sup> Dafür lässt sich anführen,<sup>322</sup> dass der hinter Absatz 1 S. 1 stehende Gesichtspunkt der Verfahrensverzögerung nicht mehr trägt, wenn die Alternative zur Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 die ebenfalls ohne Weiteres mögliche (was freilich nicht immer der Fall sein muss<sup>323</sup>) Einstellung ist – so dass es angemessen erscheinen mag, bei dieser Sachlage trotz unentschuldigtem Ausbleiben der richtigen Entscheidung und damit der Gerechtigkeit zur Geltung zu verhelfen. Freilich ist nicht zu übersehen, dass mit einer solchen Verfahrensweise das Ziel des Gesetzes, bei unentschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten *die Verhandlung in der Sache auszuschließen*, konterkariert wird; denn wenn das Berufungsgericht anstelle des Erstgerichts auf die schon damals gebotene Einstellung erkennt, so greift es sachlich in die Erstentscheidung ein,<sup>324</sup> was ihm Absatz 1 S. 1 gerade verwehrt.<sup>325</sup> Darüber hinaus erscheint es aber auch in materialer Hinsicht zweifelhaft, ob es angemessen ist, Urteile außer Kraft zu setzen, an deren Überprüfung – wie das unentschuldigte Fernbleiben in der Regel indiziert – der Angeklagte selbst nicht mehr interessiert ist.<sup>326</sup> Auch die (in den Fällen des § 328 Abs. 2 erfolgende) Befassung eines Gerichts mit einer Sache, an deren Überprüfung der Angeklagte, wie in den Fällen

317 OLG Köln VRS 99 (2000), 276 (278); OLG Bamberg NStZ 2006, 591; s. auch OLG Bamberg, Beschl. v. 19.01.2012, 2 Ss OWi 1545/11, bei Juris Ls. 2 und Rn. 13.

318 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.04.2014, III 2 – RVs 35/14, 2 RVs 35/14, bei Juris.

319 Überblick über den Meinungsstand in BGHSt 46, 230 (231 f., 233 f.) = NStZ 2001, 440 (441) m. abl. Anm. Duttge 442 und zust. Anm. Paulus 445. Der BGH nimmt zum Streit nicht ausdrücklich, wohl aber der Sache nach (zutr. Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 49) Stellung; s. BGHSt 46, 230 (234).

320 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.04.2014, III – 2 RVs 35/14, 2 RVs 35/14, bei Juris Ls. 1 und Rn. 3; OLG Karlsruhe NJW 1978, 840; OLG Köln JMBL. NW 1967, 34; OLG Köln GA 1971, 27; OLG Stuttgart Justiz 1964, 64 = DAR 1964, 46; HK/Rautenberg § 329 Rn. 5 f.; LR/Stuckenberg § 206a Rn. 15 ff.; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 8; s. auch – zur Parallelfrage bei § 412 – OLG Celle NStZ-RR 2012, 75 = StV 2012, 156 f.

321 OLG Karlsruhe NJW 1978, 840 (unter gleichzeitiger Ersetzung dieser Entscheidung); AK-StPO/Dörling § 329 Rn. 5; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 39; Paulus NStZ 2001, 445; ebenso OLG Celle NStZ 1994, 298 m. abl. Anm. Meyer-Göfner, wenn anstelle des zuständigen Jugendgerichts das Erwachsenengericht entschieden hat.

322 S. etwa HK/Rautenberg § 329 Rn. 6.

323 S. etwa den Sachverhalt der Entscheidung des OLG Stuttgart Justiz 1964, 64 = DAR 1964, 46.

324 S. nur OLG Köln JMBL. NW 1967, 34.

325 So zutr. Meyer-Göfner NJW 1978, 528 f. und ders. NJW 1979, 201 f.; ders. NStZ 1994, 402; ders. FS Rieß, S. 331 (334); ders. Prozessvoraussetzungen, S. 46; KK/Paul § 329 Rn. 13; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 8, 49; Pfeiffer § 329 Rn. 3.

326 Zutr. Duttge NStZ 2001, 442 (444).

unentschuldigtem Ausbleiben häufig, nicht mehr interessiert ist,<sup>327</sup> erscheint wenig überzeugend. – Aus ganz entsprechenden Gründen ist es dem Berufungsgericht richtigerweise auch verwehrt, bei Ausbleiben des Angeklagten zu Beginn der Berufungsverhandlung einen Verstoß des (nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht neu entscheidenden) Amtsgerichts gegen das Verschlechterungsverbot zu berücksichtigen.<sup>328</sup>

## 2. Keine Verwerfung bei Verhandlung nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht (Absatz 1 S. 4)

- 40 Ein Verwerfungsurteil nach Absatz 1 S. 1 oder 2 darf – trotz Vorliegens der Voraussetzungen des Absatzes 1 S. 1 oder 2 – nach Absatz 1 S. 4 nicht ergehen, wenn das Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht erneut verhandelt. Das gilt nicht nur für den ersten auf die Zurückverweisung folgenden Termin, sondern für die gesamte Berufungsinstanz.<sup>329</sup> Das Gesetz **bezweckt** damit, dass der Angeklagte in Fällen, in denen bereits das Revisionsgericht mit der Sache befasst war und die damalige Entscheidung der Sache durch das Berufungsgericht beanstandet hat, nicht aufgrund bloßer Säumnis an dem für unrichtig erachteten Zwischenergebnis festgehalten wird;<sup>330</sup> im Interesse der Gerechtigkeit soll also bei einem derart qualifizierten Unrichtigkeitsbefund das Interesse an Beschleunigung zurücktreten. Aus diesem Gesetzeszweck ergeben sich zugleich **Grenzen für den Anwendungsbereich** des Absatzes 1 S. 4, an denen sich auch durch die Neufassung des § 329 nichts geändert hat:<sup>331</sup> Die Vorschrift **setzt voraus**, dass das aufgehobene **Berufungsurteil** und die Entscheidung des Revisionsgerichts **auf die Sache selbst** eingegangen sind. Satz 4 steht der Verwerfung nach Satz 1 oder 2 damit nicht entgegen, wenn das nicht der Fall ist, wenn also das aufgehobene Berufungsurteil selbst keine Sachentscheidung, sondern (ebenfalls) nur ein **Verwerfungsurteil** nach Absatz 1 S. 1 war.<sup>332</sup> Ebenso hindert Satz 4 eine Verwerfung nach Satz 1 oder Satz 2 nicht, wenn der Angeklagte nach Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils auf die Sprungrevision hin bei Beginn der Berufungsverhandlung über das zweite amtsgerichtliche Urteil unentschuldig fehlt;<sup>333</sup> denn hier geht es nicht um eine *erneute* Verhandlung seitens des Berufungsgerichts, und die revisionsgerichtliche Unrichtigkeitsfeststellung bezieht sich auch nicht auf das jetzige Zwischenergebnis. Soweit Satz 4 einer Verwerfung entgegensteht, muss das Berufungsgericht zur Sache selbst verhandeln. Das kann, wenn für den abwesenden Angeklagten ein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht anwesend ist, nach Maßgabe des Absatzes 2 S. 1 Hs. 3 Alt. 1 in Abwesenheit des Angeklagten geschehen; ist ein vertretungsberechtigter Verteidiger nicht anwesend bzw. der anwesende Verteidiger zur Vertretung nicht bereit, so ist ein Fortsetzungs-

327 Für Berücksichtigung der Unzuständigkeit der ersten Instanz nur bei Erscheinen des Angeklagten neben den oben Genannten daher auch HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 6.

328 HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 17; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 8, 49; *Pfeiffer* § 329 Rn. 7; a.A. (unter verfehelter Gleichsetzung der Wirkung des Verschlechterungsverbots mit der Teilrechtskraft) OLG Hamburg JR 1989, 345 m. zust. Anm. *Gollwitzer*; HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 7.

329 KG, Beschl. v. 15.08.2013, (4) 161 Ss 120/13 (185/13), bei Juris = StraFo 2013, 469 f.

330 Begründung des RegE eines 1. StVRG, BT-Drucks. 7/551, S. 876; BGHSt 27, 236 (240) = JZ 1978, 205 m. zust. Anm. *Küper*; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 27; AnwK-StPO/*Rotsch/Gasa* § 329 Rn. 4; KK/*Paul* § 329 Rn. 2; LR/*Gössel* § 329 Rn. 79; vgl. auch BGHSt 33, 394 für die anders geartete Regelung im Bußgeldverfahren.

331 Ebenso Spitzer StV 2016, 48 (53); die Gesetzesbegründung schweigt insoweit.

332 BGHSt 27, 236 (241 f.) m. zust. Anm. *Küper* JZ 1978, 205; KG StraFo 2013, 469 f.; OLG Oldenburg GA 1993, 462 (463); OLG Stuttgart NStZ-RR 2005, 241 (mit Hinweis darauf, dass es Ausnahmen bei getroffener Sachentscheidung nicht gebe); AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 27; AnwK-StPO/*Rotsch/Gasa* § 329 Rn. 4; HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 2; KK/*Paul* § 329 Rn. 2; *Meyer-Göfner* § 329 Rn. 3; *Radtke/Hohmann/Beukelmann* § 329 Rn. 3; *Schlüchter* Rn. 684.2; a.A. OLG Hamburg JR 1976, 378 m. abl. Anm. *Gollwitzer*.

333 AnwK-StPO/*Rotsch/Gasa* § 329 Rn. 2; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 4; *Gollwitzer* JR 1989, 345; so wohl auch KG, Beschl. v. 15.08.2013, (4) 161 Ss 120/13 (185/13), bei Juris = StraFo 2013, 469 f.

termin anzuberäumen.<sup>334</sup> Zeigt sich im Verfahren nach Absatz 2 S. 1, dass zur sachgerechten Durchführung der Hauptverhandlung die Anwesenheit des Angeklagten notwendig ist oder erscheint der Angeklagte auch in dem Fortsetzungstermin nicht, so kann seine Anwesenheit nach Absatz 3 Alt. 2 mit Zwangsmitteln sichergestellt werden.<sup>335</sup>

### 3. Nicht entgegenstehende Sachverhalte

**Der Verwerfung** nach Absatz 1 stehen **nicht entgegen**: die fehlende Urteilszustellung,<sup>336</sup> eine zuvor erfolgte Anordnung des persönlichen Erscheinens des Angeklagten nach § 236,<sup>337</sup> die Abwesenheit eines nach § 140 notwendigen Verteidigers<sup>338</sup> oder die Anwesenheit eines zwar verteidigungsbereiten, aber nicht vertretungsberechtigten (jetzt: mit schriftlicher Vertretungsvollmacht versehenen) Verteidigers.<sup>339</sup> **Beantragt der Verteidiger erst in der Hauptverhandlung die Entbindung des Angeklagten vom Erscheinen**, so kann das Gericht, wenn es den Antrag ablehnt (und der Verteidiger nicht über eine schriftliche Vertretungsvollmacht verfügt), sofort nach Absatz 1 S. 1 verwerfen; es muss nicht etwa erst aussetzen, damit der verkündete Ablehnungsbeschluss auch dem Angeklagten bekanntgemacht werden kann.<sup>340</sup> Ebenso kann ein erst in der Berufungsverhandlung gestellter **Aussetzungsantrag** des Verteidigers stillschweigend durch Erlass des Verwerfungsurteils abgelehnt werden (nach der Neufassung freilich nur noch, wenn der Verteidiger keine schriftliche Vertretungsvollmacht besitzt).<sup>341</sup>

## VI. Das Verwerfungsurteil

### 1. Grundsätzliches

Hat das Berufungsgericht im Rahmen der ihm obliegenden Prüfung festgestellt, dass der ordnungsgemäß geladene Angeklagte nicht genügend entschuldigt ausgeblieben und für ihn auch kein mit schriftlicher Vertretungsvollmacht versehener Verteidiger erschienen ist, so **muss** es die Berufung des Angeklagten ohne Sachentscheidung verwerfen. Es hat insoweit keinen Ermessensspielraum, darf also weder einen neuen Termin anberäumen noch in Abwesenheit des Angeklagten verhandeln – auch dann nicht, wenn es sachliche Bedenken gegen die Richtigkeit des ersten Urteils hat.<sup>342</sup> Eine solche Verhandlung ist vielmehr bei Ausbleiben des Angeklagten nur zulässig (und geboten), wenn für den Angeklagten ein mit schriftlicher Vertretungsvollmacht ausgestatteter Verteidiger erschienen ist (dazu näher unten Rdn. 51b ff.). Die Verwerfung nach Absatz 1 erfolgt – nach Feststellung des nicht genügend entschuldigten Ausbleibens – ohne Berichterstattung (§ 324), ohne Beweisaufnahme und ohne sachliches Eingehen auf das erstinstanzliche Urteil,<sup>343</sup> also ohne jede Verhandlung zur Sache selbst<sup>344</sup>. Sie ergeht nach Anhörung der anwesenden Verfahrensbeteiligten (§ 33), den Schlussvorträgen von Staatsanwaltschaft und (ggf.)

334 Spitzer StV 2016, 48 (53).

335 Ebenso schon nach bisherigem Recht AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 27; LR/Gössel § 329 Rn. 80. S. erg. unten Rdn. 54 f.

336 BayObLG NJW 1994, 1748; s. schon oben Rdn. 17.

337 BayObLGSt 1963, 106 = MDR 1963, 700.

338 BayObLGSt 1999, 69; OLG Hamm NJW 1970, 1245; s. aber erg. auch oben Rdn. 28.

339 OLG Köln JMBL. NW 1986, 275; OLG Köln NStZ-RR 1999, 112; OLG Oldenburg NStZ 1999, 156.

340 BGHSt 25, 281; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 26; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 5; s. erg. oben Rdn. 12 a.E.

341 OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1615); OLG Stuttgart GA 1962, 92; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 26; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 5.

342 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 28; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 36; KK/Paul § 329 Rn. 13; wegen gewisser (umstrittener) Relativierungen s. oben Rdn. 39.

343 HK/Rautenberg § 329 Rn. 24; KK/Paul § 329 Rn. 13.

344 OLG Celle, Beschl. v. 13.09.2011, 32 Ss 119/11, bei Juris Ls. und Rn. 31 (mit Konsequenzen für § 338 Nr. 5); OLG Hamm NJW 1970, 1245 f.

Verteidigung und daran anschließender<sup>345</sup> Urteilsberatung durch (Prozess-)Urteil;<sup>346</sup> dieses ist gem. § 34 (nicht § 267) zu begründen;<sup>347</sup> die Belehrung nach § 35a S. 1 ist hinzuzufügen.

## 2. Anforderungen an die Begründung

- 43 Die **Begründung** muss darlegen, dass und wodurch die Voraussetzungen des Absatzes 1 S. 1 erfüllt sind, so dass der Angeklagte sich über die Einlegung der Revision schlüssig werden und das Revisionsgericht die für die Verwerfung maßgeblichen Gründe und die Richtigkeit der Verwerfung überprüfen kann.<sup>348</sup> Das Gericht muss dementsprechend in seiner Begründung auf die (etwa) vorgebrachten und die sonst (bei der gegebenen Sachlage) in Betracht kommenden Entschuldigungsgründe eingehen und die Erwägungen mitteilen, aufgrund deren es überzeugt ist, dass das Ausbleiben des Angeklagten – ggf.: trotz der vorgebrachten Entschuldigungsgründe oder gewisser in diese Richtung weisender Tatsachen – nicht genügend entschuldigt ist;<sup>349</sup> ebenso muss es die Feststellung enthalten, dass auch ein mit Vertretungsvollmacht ausgestatteter Verteidiger nicht erschienen ist. Das Gericht muss also beispielsweise, wenn es ein ärztliches Attest nicht als genügende Entschuldigung erachtet, dessen wesentlichen Inhalt mitteilen und in Auseinandersetzung damit darlegen, warum es (gleichwohl) vom Fehlen eines genügenden Entschuldigungsgrundes überzeugt ist;<sup>350</sup> in entsprechender Weise muss es mitteilen, warum die in Vertagungsanträgen vorgebrachten Tatsachen oder andere Tatsachen, die das Ausbleiben erklären und genügend entschuldigen könnten, als genügende Entschuldigung des Ausbleibens nicht taugen.<sup>351</sup> Wegen dieser erheblichen (und vielfach ganz spezifischen) Darlegungs- und Begründungslast sollten **formulärmäßige Begründungen** in derartigen Fällen vermieden werden;<sup>352</sup> sie reichen nur ausnahmsweise, wenn keinerlei Anhaltspunkte für irgendeinen Entschuldigungssachverhalt vorliegen.<sup>353</sup> Sind solche Anhaltspunkte gegeben und setzt sich das Urteil mit diesen überhaupt nicht auseinander, so führt allein schon dieser Darstellungsmangel, der auch eine Prü-

345 OLG Köln StV 1996, 13 f.

346 OLG Köln NJW 2001, 1223 (1224).

347 RGSt 66, 150 f.; OLG Bremen NJW 1962, 881; OLG Köln NJW 1963, 1265; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 28; KMR/Brunner § 329 Rn. 34.

348 RGSt 66, 150 (151); BayObLGSt 2001, 14 (15 f.); OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.05.2012, (2) 53 Ss 60/12 (22/12), bei Juris Rn. 10; OLG Düsseldorf StV 1987, 9 (10); OLG Düsseldorf VRS 86 (1994), 453; OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 86/15, bei Juris Ls. und Rn. 9 ff.; OLG Hamm NJW 1963, 65; OLG Hamm NStZ-RR 2000, 84; OLG Hamm NStZ-RR 2003, 86 (87); OLG Hamm StraFo 2004, 211 (212); KG StV 1987, 11; OLG Nürnberg StraFo 2008, 248 (249); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 28; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 36, 43; KK/Paul § 329 Rn. 14; H. W. Schmidt SchlHA 1963, 262 (264 f.).

349 BayObLGSt 1999, 69; BayObLGSt 2001, 14 (15 f.); OLG Bremen StV 1987, 11; OLG Bremen StV 1987, 242; OLG Celle StV 1987, 192; OLG Düsseldorf StV 1987, 9 (10); OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 166/15, bei Juris Rn. 12; OLG Hamm NStZ-RR 1997, 368; OLG Hamm NStZ-RR 1998, 281 (282) = StraFo 1998, 233; OLG Hamm NStZ-RR 2003, 86 (87); OLG Karlsruhe JR 1975, 429 m. zust. Anm. Fuhrmann; KG StV 1987, 11; KG StV 1995, 575; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 29; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 14; HK/Rautenberg § 329 Rn. 26; KK/Paul § 329 Rn. 14; LR/Gössel § 329 Rn. 69.

350 OLG Frankfurt NJW 1988, 2965 = StV 1998, 100; OLG Hamm NStZ-RR 2003, 86 (87); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 29; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 33.

351 OLG Bremen StV 1987, 242; OLG Frankfurt StraFo 2000, 31; OLG Hamm VRS 39 (1970), 210; OLG Hamm VRS 97 (1999), 44 (46); KG StV 1995, 575; KK/Paul § 329 Rn. 14; LR/Gössel § 329 Rn. 71.

352 KG StV 1987, 11; KG StV 1995, 575; OLG Oldenburg NJW 1964, 830; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 36, 43; KK/Paul § 329 Rn. 14.

353 RGSt 66, 150 (151); OLG Bremen NJW 1962, 881; OLG Celle VRS 26 (1964), 443; OLG Frankfurt NJW 1970, 959; OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 166/15, bei Juris Rn. 12; OLG Hamm MDR 1956, 184; OLG Hamm VRS 39 (1970), 208; OLG Karlsruhe NJW 1969, 476; OLG Köln NJW 1963, 1265; OLG Köln JMBL. NW 1972, 63 (64); OLG Köln

fung der Erfüllung der Aufklärungspflicht (oben Rdn. 33) unmöglich macht, zur Aufhebung des Verwerfungsurteils.<sup>354</sup> – Im Übrigen muss das Urteil bei gegebenem Anlass auch die Zulässigkeit der Berufung und das Fehlen von Prozesshindernissen (oben Rdn. 38 f.) erörtern.<sup>355</sup>

### 3. Verwerfung bei Wegfall der Verurteilung wegen einzelner Taten (Absatz 1 S. 3)

Das Verwerfungsurteil geht im Normalfall auf den erstinstanzlichen Urteilsinhalt überhaupt nicht mehr ein, sondern verwirft die Berufung gegen ein unverändert fortbestehendes Urteil des Erstgerichts; eine Änderung des Ersturteils ist ihm im Verfahren nach Absatz 1 selbst dann untersagt, wenn die Verurteilung auf einem inzwischen für ungültig erklärten Gesetz beruht<sup>356</sup> oder gegen das Verschlechterungsverbot verstößt (oben Rdn. 39 a.E.m.w.N.). **Absatz 6** (früher Absatz 1 S. 3) macht hiervon eine Ausnahme, wenn die in erster Instanz ausgesprochene **Verurteilung wegen einzelner von mehreren Taten weggefallen ist** (oder in Wegfall kommt<sup>357</sup>) – wie dies z.B. bei gebotener Teileinstellung wegen eines Prozesshindernisses (z.B. Rücknahme des Strafantrags nach Erlass des Ersturteils) oder bei teilweiser Einstellung nach den §§ 153 ff. im Berufungsverfahren denkbar ist.<sup>358</sup> Verwirft das Berufungsgericht in einem solchen Fall die Berufung, so hat es nach Absatz 6 zugleich den Inhalt des aufrechterhaltenen Urteils gem. Absatz 6 Hs. 2 **klarzustellen**. Außerdem ist das Berufungsgericht gem. Absatz 6 Hs. 2 befugt, durch eine **Änderung der Urteilsformel** die erkannten Strafen, die bestehen bleiben, auf eine neue Gesamtstrafe zurückzuführen.<sup>359</sup>

Die Vorschrift bezieht sich zwar – entsprechend der sonstigen Verwendung des Begriffs »Tat« in der StPO (vgl. insbesondere die §§ 154, 154a) – auf **mehrere Taten im prozessualen Sinn**. Sie muss sinnvollerweise aber auch Anwendung finden, wenn **innerhalb einer Tat im prozessualen Sinn**, die aus mehreren in Tatmehrheit stehenden Taten im materiell-rechtlichen Sinne besteht, eine entfällt.<sup>360</sup> Im Übrigen ist der Anwendungsbereich in einigen Detailfragen umstritten. So findet die Erlaubnis zur Bildung einer Gesamtstrafe nach dem OLG Rostock<sup>361</sup> keine Anwendung, wenn innerhalb einer von mehreren Taten eine Beschränkung der Strafverfolgung nach § 154a Abs. 2 erfolgt ist, weil insoweit eine Neufestsetzung der Einzelstrafe erforderlich sei; eine Berufungsverwerfung hinsichtlich der anderen Taten soll freilich zulässig (und geboten) sein. Das LG Kiel<sup>362</sup> will die Vorschrift entsprechend heranziehen, um in einem Fall, in dem die Sperrfrist (§ 69a StGB) vor Beginn der Berufungsverhandlung abgelaufen war, im Verwerfungsurteil zugleich auszusprechen, dass die Entziehung der Fahrerlaubnis und die Einziehung des Führerscheins entfallen.<sup>363</sup>

- 
- NJW 2001, 1223 (1225); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 29; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 14; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 15; KMR/Brunner § 329 Rn. 34.
- 354 OLG Hamm NStZ-RR 2003, 86 (87) = VRS 104 (2003), 145 (146 f.) = NZV 2003, 248 f.; OLG Nürnberg StraFo 2008, 248 (249); s. erg. unten Rdn. 73 und 74.
- 355 Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 33; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 24.
- 356 OLG Frankfurt NJW 1963, 460; OLG Köln JMBL. NW 1963, 96; HK/Rautenberg § 329 Rn. 24; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 32.
- 357 KK/Paul § 329 Rn. 15.
- 358 S. auch Rieß NJW 1975, 81 (89).
- 359 Zu Ratio und Hintergrund der Vorschrift – unter Hinweis auf § 460 – OLG Rostock NStZ 1994, 401; Rieß NJW 1975, 81 (89).
- 360 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 30; HK/Rautenberg § 329 Rn. 29; KMR/Brunner § 329 Rn. 35; LR/Gössel § 329 Rn. 67.
- 361 OLG Rostock NStZ 1994, 401 (402); krit. dazu Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 32, nach dem die Beschränkung der Strafverfolgung nach § 154a Abs. 2 hinsichtlich einer von mehreren Taten der Verwerfung nach Absatz 1 S. 1 überhaupt nicht entgegensteht.
- 362 LG Kiel NJW 1976, 1326 f.
- 363 Insoweit mit Recht abl. AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 30; LR/Gössel § 329 Rn. 67; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 32; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 23.

#### 4. Zustellung des Verwerfungsurteils

- 46 Das Verwerfungsurteil ist dem Angeklagten nach den allgemeinen Vorschriften **zuzustellen**; bei einem ausländischen Verurteilten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, bedarf es im Hinblick auf § 187 Abs. 2 GVG einer Übersetzung des Urteils (samt der Rechtsmittelbelehrung) in einer für den Verurteilten verständlichen Sprache.<sup>364</sup> Ersatzzustellung, Zustellung an den Verteidiger (§ 145a) und öffentliche Zustellung nach § 40 Abs. 3 sind zulässig.<sup>365</sup> § 232 Abs. 4 gilt nicht (auch nicht entsprechend), weil diese Vorschrift eine Ausnahmenvorschrift ist und es sich bei der Verwerfung wegen unentschuldigtem Ausbleibens, anders als im Fall des § 232, nicht um ein in Abwesenheit des Angeklagten ergangenes Sachurteil handelt, gegenüber dem besondere Zustellungsgarantien angezeigt erscheinen.<sup>366</sup>

### C. Sonstige Fälle der Verwerfung der Berufung des nicht durch einen Verteidiger vertretenen Angeklagten (Absatz 1 S. 2 Nr. 2 und 3)

- 46a § 329 Abs. 1 S. 1 beschränkt die Verwerfung der Berufung des Angeklagten, der in der Berufungshauptverhandlung nicht durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht vertreten ist, auf die Fälle der nicht genügend entschuldigtem Abwesenheit des Angeklagten zu Beginn eines Hauptverhandlungstermins. Der Gesetzeswortlaut des Absatz 1 S. 1 erfasst damit zwar, anders als § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. auch die Fälle, in denen der Angeklagte ohne hinreichende Entschuldigung zu Beginn eines Fortsetzungstermins nicht erschienen ist. Er erfasst dagegen gewisse vergleichbare Verhaltensweisen des Angeklagten oder seines Verteidigers nicht, die in der Regel ebenfalls mit Verfahrensverzögerungen verbunden sind. Ziel des neuen Absatzes 1 S. 2 des § 329 ist es, auch mit Bezug auf diese aus der Sicht des Gesetzgebers vergleichbar verfahrensverzögernden Verhaltensweisen Verzögerungen des Verfahrens dadurch zu verhindern, dass den entsprechenden Verhaltensweisen ebenfalls die Verwerfung der Berufung ohne weitere Sachverhandlung folgt.<sup>367</sup> Absatz 1 S. 2 des § 329 n.F. sieht deshalb drei weitere Verwerfungstatbestände vor, von denen die Nr. 2 und die Nr. 3 die Fallgruppe einer Berufung des Angeklagten betreffen, für den in der Berufungshauptverhandlung kein mit Vertretungsvollmacht versehener Verteidiger erschienen ist (während die Nr. 1 die Fallgruppe des von einem Verteidiger vertretenen Angeklagten betrifft, dazu unten Rdn. 51a ff.).

#### I. Verwerfung wegen Sichertfernens des Angeklagten ohne genügende Entschuldigung (Absatz 1 S. 2 Nr. 2)

- 46b Absatz 1 S. 2 Nr. 2 betrifft den Fall, in dem der nicht verteidigte Angeklagte, der Berufung eingelegt hat und zu Beginn des Hauptverhandlungstermins erschienen war (so dass eine Verwerfung nach § 329 Abs. 1 S. 1 nicht in Betracht kam), sich im Laufe des Termins ohne genügende Entschuldigung entfernt hat. Nach § 329 a.F. war in einem solchen Fall eine Verwerfung nach § 329 Abs. 1 nicht möglich,<sup>368</sup> der Fall war vielmehr nach Maßgabe der §§ 332, 231 Abs. 2 zu

364 KG; Beschl. v. 28.10.2013, (4) 161 Ss 198/13 (229/13), bei Juris Ls. 2 und Rn. 5.

365 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 31; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 14; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 44; KK/Paul § 329 Rn. 13; LR/Gössel § 329 Rn. 74.

366 BayObLG NJW 1957, 1119; OLG Celle NJW 1960, 930 (931); OLG Hamburg NJW 1964, 415; OLG Köln NJW 1980, 2720; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 31; KK/Paul § 329 Rn. 13; a.A. Janetzke NJW 1956, 620.

367 Vgl. die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 70.

368 RGSt 63, 53 (57); BGHSt 23, 332 f.; BayObLGSt 1980, 73 = NJW 1981, 183; OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (348 f.); KG JR 1985, 343 f.; LR/Gössel § 329 Rn. 8; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 6; s. dazu erg. Rdn. 8 und die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 69 f.

behandeln, welche die Möglichkeit einer Zuendeführung des Verfahrens ohne den Angeklagten vorsehen, wenn dieser über die Anklage schon vernommen war<sup>369</sup> – sonst bedurfte es einer Fortsetzung in einem Fortsetzungstermin. Die Neufassung des Gesetzes sieht auch für diesen Fall (in Nr. 2) eine sofortige Verwerfung der Berufung des Angeklagten vor, wenn für diesen kein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht anwesend ist. Mit dieser gesetzlichen Lösung soll nach der Gesetzesbegründung zugleich zum Ausdruck gebracht werden, dass das umschriebene Verhalten (eigenmächtiges Sichentfernen des Angeklagten) »künftig bei einer Berufung des Angeklagten auch keinen Anwendungsfall von § 231 Abs. 2 StPO mehr darstellt.«<sup>370</sup> Zur **Begründung** führen die Gesetzesmaterialien an, dass der Angeklagte bei einer von ihm eingelegten Berufung in der Berufungsinstanz an solchem Verhalten nicht zwangsweise gehindert werden könne und dass es ihm, »der seine Berufung zulässigerweise zurücknehmen kann, unbenommen bleibe, durch sein Sichentfernen in tatsächlicher Hinsicht zu bekunden, dass er an der Fortführung seines Rechtsmittels kein Interesse mehr hat.«<sup>371</sup> Offenbar soll wegen eines solchen bekundeten Desinteresses dann auch das Verfahren nach § 231 Abs. 2 von vornherein ausscheiden.

Tatsächlich wird die sofortige Verwerfung bei unentschuldigtem Sichentfernen des Angeklagten nur in einem Teil der vom Wortlaut erfassten Fälle von der Ratio legis und ihrer Legitimation (oben Rdn. 2 und 2a) getragen. Die sofortige Verwerfung ist gerechtfertigt und wird von der vom Gesetzgeber an zahlreichen Stellen betonten Ratio legis, nämlich der Vermeidung von durch das Verhalten entstehenden Verfahrensverzögerungen, getragen, soweit das Verhalten zu **Verfahrensverzögerungen zu führen droht**, die bei weiterer Anwesenheit des Angeklagten nicht entständen – wie dann, wenn ein Verfahren, das im konkreten Termin hätte abgeschlossen werden können, einen Fortsetzungstermin notwendig macht. Nicht mehr durch den Zweck der Vermeidung von Verzögerungen gedeckt ist die sofortige Verwerfung dagegen in den Fällen, in denen der Angeklagte durch sein Sichentfernen im Vergleich zum (entsprechenden) Fall weiterer Anwesenheit überhaupt **keine Verzögerung** verursacht. Das trifft dort zu, wo der Angeklagte schon vernommen ist und er für die weitere Sachverhandlung und Entscheidung nicht mehr benötigt wird, über die Sache also im Termin sachlich genauso entschieden werden kann wie im Falle seiner Anwesenheit. Hier ist – entgegen der Gesetzesbegründung – das sachgerechte Verfahren nach wie vor das Verfahren nach § 231 Abs. 2 (i.V.m. § 332). Die vom Gesetz statt dessen intendierte sofortige Verwerfung dient im Vergleich zum Normalverfahren nicht der Vermeidung von Verzögerungen, sondern bewirkt im Vergleich zum Fall der Anwesenheit eine Verfahrensverkürzung, die den Angeklagten um seinen (sich aus dem Justizgewährungsanspruch ergebenden) Anspruch auf eine ohne Weiteres mögliche Sachentscheidung bringt. Die sofortige Verwerfung und damit die Verkürzung gegenüber dem Verfahren bei Anwesenheit lässt sich auch nicht über den Gedanken des Verzichts oder eine **vermutete Rücknahme** rechtfertigen. Dies nicht nur deshalb, weil der Verzicht oder eine vermutete Zurücknahme häufig blanke Fiktion ist – vor allem, wenn es gar nicht um ein Nichterscheinen bei Beginn der Verhandlung, sondern um ein Sichentfernen nach erfolgter Vernehmung geht.<sup>372</sup> Die Gesetzesbegründung übersieht auch, dass selbst im Fall des Nichterscheinens der vermutete Verzicht nur ein zusätzliches Argument neben dem in Wahrheit selbst schon tragenden Gesetzeszweck der Vermeidung von dem Angeklagten zurechenbaren Verfahrensverzögerungen darstellt (an denen es hier fehlt). In Wahrheit läuft die Verwerfung ohne Sachentscheidung in Fällen, in denen durch das Sichentfernen keine Verfahrensverzögerung im Vergleich zum Fall fortbestehender Anwesenheit entsteht, auf eine nicht zu rechtfertigende Verweigerung der Sachentscheidung wegen eines unerwünschten Prozessverhal-

369 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 26.06.2008, 5 Ss 266/08, bei Juris Rn. 5; s. auch OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (349); HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 9; *Meyer-Goßner/Schmitt* § 329 Rn. 3; *Peters* S. 630.

370 Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 71; s. auch *Spitzer* StV 2016, 48 (51, 52).

371 So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 71

372 S. dazu schon *Frisch* NStZ 2015, 69 (72).



tens (eigenmächtiges Sichentfernen) hinaus, die in der Terminologie des BVerfG<sup>373</sup> ohne sachlich einleuchtenden Grund ein Rechtsmittel »leerlaufen« lässt und die der EGMR – wie schon im Jahre 2012 – als Prozessstrafe einstufen würde.<sup>374</sup> Den Berufungsgerichten kann daher nur angeraten werden, in Fällen, in denen trotz des Sichentfernens des Angeklagten eine Verfahrensverzögerung gegenüber dem Fall der Anwesenheit nicht entsteht und eine Sachentscheidung nach § 231 Abs. 1 möglich ist, weiterhin diesen Weg zu beschreiten.

- 46d Wann** ein Fall des Sichentfernens des Angeklagten ohne genügende Entschuldigung vorliegt, ist in der Gesetzesbegründung nicht näher erläutert.<sup>375</sup> Auch die Leitlinien und Konkretisierungen zum unentschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten bei Verhandlungsbeginn sind insoweit nur begrenzt aussagekräftig und hilfreich – am ehesten noch für die (phänomenologisch ähnlichen) Fälle, in denen der Angeklagte nach einer Sitzungspause nicht mehr in die Verhandlung zurückkehrt. Im Übrigen besteht eine deutliche **Parallele** zu den **Fallkonstellationen des § 231 Abs. 2**, die die Fälle des Sichentfernens des Angeklagten entgegen der Anwesenheitspflicht des § 231 Abs. 1 regeln und insoweit eine Abwesenheitsverhandlung vorsehen, wenn der Angeklagte schon vernommen worden ist. Die dort als Voraussetzung für die Legitimation der Abwesenheitsverhandlung vorgesehene *Eigenmächtigkeit* des Sichentfernens<sup>376</sup> klingt auch in der Gesetzesbegründung zu § 329 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 an<sup>377</sup> (und ist in der Tat unverzichtbar, um die noch gravierende Folge der Verwerfung ohne Sachverhandlung zu legitimieren). Ein solches eigenmächtiges Sichentfernen liegt vor, wenn der Angeklagte sich vorsätzlich (und freiwillig<sup>378</sup>) aus der Verhandlung entfernt, **ohne** dafür einen **Rechtfertigungsgrund** (z.B. eine Erlaubnis des Gerichts) oder einen **Entschuldigungsgrund** (wie z.B. bei einer Seh- oder Bewusstseinsstörung, die zum Verlassen des Sitzungssaals zwingt) zu haben.<sup>379</sup> Beispielhaft dafür ist die Entfernung aus dem Gerichtssaal aus Unmut über den Vorsitzenden oder aus Verärgerung über die Aussage von Zeugen, während es mangels Freiwilligkeit des Entfernens an den Voraussetzungen für eine Verwerfung fehlt, wenn der Angeklagte wegen ordnungswidrigen Verhaltens aus dem Sitzungssaal entfernt wird.<sup>380</sup> Praktisch häufiger als das direkte Sichentfernen aus der laufenden Hauptverhandlung dürfte das Sichentfernen während einer Verhandlungspause bzw. das Nichtmehrzurückkehren in die Verhandlung aus einer oder nach einer kurzfristigen Unterbrechung sein. Fälle einer genügenden Entschuldigung liegen hier vor, wenn der Angeklagte durch einen Schwächeanfall, eine Bewusstseinsstörung, die Verwicklung in einen Unfall, die Aussperrung aus dem Gerichtsgebäude usw. an der Rückkehr in den Sitzungssaal gehindert wird. Bleibt er dagegen **freiwillig** fern, so wird darin regelmäßig ein Fall nicht genügender Entschuldigung liegen. Doch sind auch hier Ausnahmen denkbar – wie z.B. dann, wenn der Angeklagte aufgrund einer missverständlichen Äußerung des Vorsitzenden glaubt, angesichts seiner bereits erfolgten Vernehmung nicht mehr in den Sitzungssaal zurückkehren zu müssen. Auch wenn danach ein Fall des Sichentfernens ohne genügende Entschuldigung vorliegt, ist es freilich nach dem oben R.dn. 46c Gesagten denkbar, dass die richtige (und aus verfassungsrechtlichen Gründen gebotene) Verfahrensweise nicht in einer Verwerfung ohne Sachverhandlung nach Absatz 1 S. 2 Nr. 2, sondern in der Beendigung des Verfahrens nach Maßgabe des § 231 Abs. 2 liegt.

373 Vgl. etwa BVerfGE 78, 88 (99); BVerfGE 96, 27 (39); BVerfGE 104, 220 (232); s. erg. SK-StPO/Frisch Vor § 296 R.dn. 17 ff. und § 304 R.dn. 54.

374 Vgl. EGMR, 5. Sektion, Urt. v. 08.11.2012, Nr. 30804/07, *Neziraj vs. Deutschland*, abgedr. in StraFo 2012, 490 ff. (Tz. 51) und StV 2013, 289.

375 Einige Hinweise dazu bei *Spitzer* StV 2016, 48 (52).

376 Vgl. dafür etwa BGHSt 37, 249 (251 f., 254 f.); BGHSt 56, 298 (306 f.); z.T. krit. SK-StPO/Deiters § 231 R.dn. 16 ff., 19 ff.

377 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 71.

378 So mit Recht SK-StPO/Deiters § 231 R.dn. 19 ff.

379 Vgl. BGHSt 37, 249 (251, 254 f.); BGHSt 56, 298 (306 f.).

380 Hier ist vielmehr nach § 332 i.V.m. § 231b zu verhandeln, was sich auch daraus ergibt, dass § 231b nach § 329 Abs. 2 S. 2 unberührt bleibt.

## II. Verwerfung wegen vorsätzlicher und schuldhafter Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit seitens des Angeklagten (Absatz 1 S. 2 Nr. 3)

Unter der Geltung des § 329 a.F. war zwar seitens der h.M. anerkannt, dass auch die Berufung des Angeklagten, der zu Beginn der Verhandlung in einem (vor allem durch Alkohol- oder Drogenmissbrauch) schuldhaft herbeigeführten Zustand der Verhandlungsunfähigkeit erschienen war, zur Verwerfung der Berufung ohne Sachverhandlung führt, weil der Fall einem Fall des Nichterscheins gleich erachtet wurde (vgl. oben Rdn. 9). Für den Fall einer erst im Laufe der Verhandlung herbeigeführten oder sich herausstellenden Verhandlungsunfähigkeit bestand eine vergleichbare Möglichkeit der Verwerfung ohne Sachverhandlung jedoch nicht<sup>381</sup> – obwohl auch ein solches Verhalten häufig zu Verfahrensverzögerungen führt. Die entsprechenden Sachverhalte wurden vielmehr ggf. über § 332 nach Maßgabe der §§ 231 oder 231a behandelt:<sup>382</sup> § 231a Abs. 1 gab die Möglichkeit einer Fortführung in Abwesenheit (ohne abschließende Entscheidung) wenn der Angeklagte noch nicht über die Anklage vernommen war; § 231 Abs. 2 ermöglichte auch eine Zuendeführung der Hauptverhandlung, wenn der Angeklagte zur Anklage schon vernommen war und »das Gericht seine fernere Anwesenheit nicht für erforderlich erachtete«. § 329 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 n.F. sieht nun auch für diesen Sachverhalt der nachträglichen vorsätzlichen und schuldhaften Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit – bei fehlender Anwesenheit eines Verteidigers mit schriftlicher Vertretungsvollmacht – als Rechtsfolge die sofortige Verwerfung der Berufung ohne weitere Sachverhandlung vor, wenn durch die Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit »die Fortführung der Hauptverhandlung in dem Termin verhindert wird«. **Zweck** des Gesetzes ist es dabei wiederum, jene Verfahrensverzögerungen zu verhindern, zu denen es durch dieses Verhalten des Angeklagten zu kommen droht.<sup>383</sup>

Die Vorschrift ist, worauf auch die Gesetzesbegründung hinweist,<sup>384</sup> in ihren **Voraussetzungen** an § 231a Abs. 1 S. 1 angelehnt. Dementsprechend sind die Begriffe der »vorsätzlichen und schuldhaften« Versetzung in einen »die Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand« wie in dieser Vorschrift zu verstehen – also Vorsatz im Sinne auch des bedingten Vorsatzes,<sup>385</sup> an der schuldhaften Herbeiführung fehlt es, wenn der Angeklagte bereits aus einem der Gründe des § 20 StGB nicht schuldfähig war,<sup>386</sup> wegen der weiteren Einzelheiten kann auf die Rechtsprechung und die Kommentierung zu § 231a verwiesen werden.<sup>387</sup> Anders als in § 231a Abs. 1 S. 1 ist in § 329 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 nicht gefordert, dass der Angeklagte durch sein Verhalten auch »wissentlich die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptverhandlung in seiner Gegenwart verhindert«. Die Materialien zum Gesetz begründen den Verzicht auf dieses Erfordernis damit, dass der Angeklagte »über die entsprechenden Folgen des § 329 bereits in der Rechtsmittelbelehrung nach § 35a S. 2 StPO zu einem Zeitpunkt belehrt worden sein muss, zu dem er noch verhandlungsfähig war«<sup>388</sup>. Sollte eine solche Belehrung unterblieben sein, so fehlt es nach der Gesetzesbegründung »unter Umständen an einer Schuldhaftigkeit (wessen?), wodurch eine Verwerfung ausscheidet«<sup>389</sup>. Ob diese etwas vagen Äußerungen der Gesetzesbegründung für die Praxis hilfreich sein werden,

381 Vgl. dazu etwa OLG Celle StV 1994, 365; OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 174 (175); OLG Karlsruhe NStZ 1990, 297; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 8; KK/Paul § 329 Rn. 4; vgl. auch OLG Köln MDR 1981, 162.

382 Vgl. etwa OLG Hamm, Beschl. v. 26.06.2008, 5 Ss 266/08, bei Juris Rn. 5; s. auch OLG Brandenburg ZfS 2010, 347 (349); HK/Rautenberg § 329 Rn. 9; Meyer-Göfner/Schmitt<sup>57</sup> § 329 Rn. 3; Peters S. 630; SK-StPO/Deiters § 231a Rdn. 7 ff.

383 Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 70 i.V.m. 71 f.

384 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 71 f.

385 BGHSt 26, 228 (239); KK-StPO/Gmel § 231a Rn. 5; Meyer-Göfner/Schmitt § 231a Rn. 8; a.A. Roxin/Schünemann § 44 Rn. 48.

386 BGHSt 56, 298 (309 f.) mit abl. Anm. Trüg NJW 2011, 3256 und Arnold NStZ 2012, 108; zust. dagegen Meyer-Göfner/Schmitt § 231a Rn. 8.

387 Vgl. etwa SK-StPO/Deiters § 231a Rdn. 19 ff.

388 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 72.

389 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 72.

bleibt abzuwarten. Auch die Begründung des Gesetzes dafür, warum – anders als im Verfahren nach § 231a Abs. 1 – eine Entscheidung gegenüber dem die Verhandlungsunfähigkeit herbeiführenden Angeklagten auch dann schon möglich ist, wenn dieser sich in der Berufungsinstanz noch nicht zur Anklage äußern konnte, nämlich weil er diese Möglichkeit ja bereits in der ersten Instanz hatte,<sup>390</sup> trifft das Entscheidende nicht. Die Gesetzesbegründung liefert z.T. verfehlte und irreführende Gründe für die grundsätzliche Legitimation der Verwerfung bei herbeigeführter Verhandlungsunfähigkeit und für die subjektiven Voraussetzungen, die der Angeklagte zur Legitimierbarkeit der Verwerfung erfüllen muss. Entscheidend für die grundsätzliche Legitimation der Verwerfung bei herbeigeführter Verhandlungsunfähigkeit ist, dass der Angeklagte einen (sich aus dem Anspruch auf Justizgewährung ergebenden) Anspruch auf Sachverhandlung über seine Berufung nur hat, wenn er, soweit seine Anwesenheit in verhandlungsfähigem Zustand in der Berufungsinstanz benötigt wird, in diesem Zustand zur Verfügung steht – weshalb seine Berufung (auch schon vor seiner Vernehmung zur Anklage) verworfen werden darf, wenn er dieser Obliegenheit nicht nachkommt und sich daraus (der Gemeinschaft nicht zumutbare) Verfahrensverzögerungen ergeben.<sup>391</sup> Und dafür, dass diese Verwerfung auch in subjektiver Hinsicht legitimiert werden kann, genügt es, dass der Angeklagte sich vorsätzlich und schuldhaft in den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit versetzt hat, von dem er aus der zeitnahen und präzisen Belehrung in der Ladung nach § 323 Abs. 1 S. 2 erfahren hat und daher wissen muss, dass die Herbeiführung dieses Zustands zur Verwerfung seiner Berufung führt.

**46g** Aus der in der vorstehenden Rdn. gegebenen Begründung für die Legitimation der Verwerfung in den Fällen der wissentlichen und schuldhaften Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit ergeben sich auch – in der Gesetzesbegründung übersehene – Grenzen der zulässigen Anwendung der Verwerfungsregelung nach Nr. 3. Die Verwerfung der Berufung nach Absatz 1 S. 2 Nr. 3 ist dann legitimierbar, wenn es aufgrund der herbeigeführten Verhandlungsunfähigkeit bei weiterer Sachverhandlung zu **Verfahrensverzögerungen** (im Verhältnis zum Fall fortbestehender Verhandlungsfähigkeit) kommen würde.<sup>392</sup> Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Angeklagte in der Berufungsinstanz noch nicht vernommen worden ist (und seine Vernehmung für ein Sachurteil unverzichtbar erscheint), weil es dann wegen der gegenwärtigen Verhandlungsunfähigkeit eines neuen Termins bedürfte. Insoweit trägt der berechtigte Zweck der Vermeidung von Verfahrensverzögerungen. Durchaus anders ist es dagegen, wenn der Angeklagte in der Berufungsinstanz **schon vernommen** worden ist und das Verfahren ohne ihn zu Ende geführt werden kann, weil er nicht mehr benötigt wird. Ist es hier im Blick auf die Verfahrensdauer praktisch gleich, ob die Sachverhandlung mit einem verhandlungsfähigen schweigenden Angeklagten oder ohne einen solchen zu Ende geführt wird, so trägt der – vom Gesetz in Anspruch genommene – Zweck der Vermeidung von Verfahrensverzögerungen nicht mehr.<sup>393</sup> Eine Verwerfung ohne Sachverhandlung führt hier nicht zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen, sondern eröffnet in Wahrheit die Möglichkeit von Verfahrensverkürzungen – was ersichtlich nicht das Ziel des § 329 ist und sein kann. Die Verwerfung lässt sich hier auch schwerlich aus dem Gesichtspunkt der vermuteten Zurücknahme und eines mangelnden Interesses an einer Sachentscheidung legitimieren.<sup>394</sup> Sie wirkt vielmehr wiederum als das, was den EGMR schon einmal zur Kritik an § 329 veranlasst hat, nämlich als eine Art Prozessstrafe, die wegen prozessual unerwünschten Verhaltens den Verlust des Anspruchs auf eine durchaus mögliche Sachverhandlung zur Folge hat.

390 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 72.

391 S. dazu auch schon oben Rdn. 2a.

392 So im Ausgangspunkt auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 70; freilich wird dieser Ausgangspunkt dann bei der Umschreibung der Voraussetzungen der Verwerfung zu grob umgesetzt.

393 Im Ansatz zutr. insoweit auch *Spitzer StV* 2016, 48 (52 f.), der freilich mehr den zeitlichen Aspekt in den Vordergrund rückt und meint, dass eine »Verwerfung der Berufung zeitlich einschränkungslos« in der Nr. 3 nicht zu rechtfertigen sei.

394 Insoweit versagt hier selbst die ohnehin schwache Begründung, mit der die Materialien, BT-Drucks. 18/3562, S. 71, die Verwerfung bei einem Sichentfernen des Angeklagten zu begründen versuchen.

Die Berufungsgerichte sollten vermeiden, diesen Eindruck zu erwecken und sich statt dessen in den Fällen fehlender Verfahrensverzögerung des Verfahrens nach § 231 Abs. 2 bedienen.

Über die Verwerfung wegen Verhandlungsunfähigkeit entscheidet das Gericht im Freibeweisverfahren<sup>395</sup> nach Absatz 1 S. 3 erst nach (ggf. auch schriftlicher) Anhörung eines **Arztes als Sachverständigen**. Dieser wird sich in der Regel erst äußern können, nachdem er den Angeklagten untersucht hat. Ein gesonderter Beschluss über die Anordnung der Untersuchung (oder zu deren Ergebnis), der ggf. mit der Beschwerde angefochten werden könnte, ist nach der Gesetzesbegründung nicht notwendig.<sup>396</sup> Die Pflicht des Angeklagten zur Duldung einer solchen Untersuchung folgt nach der Gesetzesbegründung nicht aus § 329 Abs. 1 S. 3 selbst, sondern aus § 81a.<sup>397</sup> Es geht um die Feststellung von Tatsachen, nämlich die Verhandlungs(un)fähigkeit, die für das weitere Verfahren, nämlich die Verwerfung nach Absatz 1 S. 2 Nr. 3, von Bedeutung sind. Material gerechtfertigt ist der in der körperlichen Untersuchung liegende Eingriff dabei nur, soweit das öffentliche Interesse an der Vermeidung von Verfahrensverzögerungen, dessen Verwirklichung durch eine Verwerfung ohne Sachverhandlung nur bei wirklich bestehender Verhandlungsunfähigkeit zulässig ist,<sup>398</sup> gegenüber dem Eingriff, der dem Angeklagten zugemutet wird, das eindeutig überwiegende Interesse darstellt. Das ist zwar dann der Fall, wenn es um körperliche Untersuchungen ohne besondere Risiken geht, nicht aber, wenn die Verhandlungsunfähigkeit nur mit Hilfe von mit erheblichen Risiken behafteten Untersuchungsmethoden festgestellt werden kann. Da Untersuchungen solcher Art nach § 81a Abs. 1 S. 2 und aus verfassungsrechtlichen Gründen zu unterbleiben haben, können hier auch die Voraussetzungen der Verwerfung nicht festgestellt werden – womit diese ebenfalls zu unterbleiben hat.

### III. Der Verwerfung entgegenstehende Sachverhalte – Das Verwerfungsurteil

Auch die Verwerfung nach Absatz 1 S. 2 Nr. 2 oder 3 ist nur möglich, wenn die Berufung überhaupt **zulässig ist** und die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen erfüllt sind (s. schon oben Rdn. 38f.). Stellt sich nachträglich heraus, dass die Berufung unzulässig ist, so ist sie (auch in diesem Stadium noch) nach § 322 Abs. 1 S. 2 durch Urteil zu verwerfen; stellt sich nachträglich heraus, dass es an einer **Verfahrensvoraussetzung** fehlt, so ist das Verfahren nach § 260 Abs. 3 einzustellen. Nach **Absatz 1 S. 4** ist die Verwerfung einer Berufung (auch) nach den Nr. 2 und 3 des Absatzes 1 S. 2 ausgeschlossen, wenn das Berufungsgericht erneut verhandelt, nachdem die Sache vom Revisionsgericht zurückverwiesen worden ist (s. erg. oben Rdn. 40). Liegen diese Hindernisse einer Verwerfung nach § 329 Abs. 1 dagegen nicht vor (zu gewissen nicht entgegenstehenden Sachverhalten vgl. oben Rdn. 41) und sind die Voraussetzungen der Nr. 2 oder 3 (unter Berücksichtigung der oben Rdn. 46c und 46g erörterten Einschränkungen) erfüllt, so **muss** das Gericht (im Fall der Nr. 3 nach Anhörung eines Sachverständigen) die Berufung des Angeklagten ohne (weitere) Sachverhandlung und ohne Sachentscheidung verwerfen. Das ergehende **Prozessurteil** ist gemäß § 34 zu begründen, wobei die Begründung darlegen muss, dass und wodurch die Voraussetzungen des Absatzes 1 S. 2 Nr. 2 oder 3 erfüllt sind (wegen der weit. Einzelheiten und Nachw. oben Rdn. 43).

395 BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 15; *Spitzer* StV 2016, 48 (53).

396 BT-Drucks. 18/3562, S. 72. – Z.T. kritisch dazu und mit Erwägungen zur materialen Berechtigung der Unanfechtbarkeit *Spitzer* StV 2016, 48 (53).

397 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 72.

398 Nur unter dieser Voraussetzung ist der mit der Versagung der Sachentscheidung verbundene Eingriff in den Justizgewährleistungsanspruch zulässig.

## D. Berufung der Staatsanwaltschaft (Absatz 2 S. 1 Alt. 2, Abs. 3)

### I. Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten (Absatz 2 S. 1 Alt. 2) – Verfahren bei erforderlicher Anwesenheit

- 47 Ist der Angeklagte bei von der Staatsanwaltschaft eingelegter Berufung trotz ordnungsgemäßer Ladung (für die die in § 40 Abs. 3 vorgesehene Erleichterung der öffentlichen Zustellung nicht gilt) ohne genügende Entschuldigung nicht erschienen, so darf daran die Durchführung der staatsanwaltschaftlichen Berufung nicht scheitern. Die Frage ist allein, ob, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen über die Berufung der Staatsanwaltschaft in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt werden darf oder zu verhandeln ist und wann das nicht zulässig ist, es vielmehr einer Verhandlung in Anwesenheit bedarf und deswegen die Anwesenheit des Angeklagten herzustellen ist. § 329 Abs. 2 S. 1 a.F. hatte hierzu nur bestimmt, dass in einem solchen Fall über die staatsanwaltschaftliche Berufung »auch ohne den Angeklagten verhandelt werden kann«. Gegenüber dem dadurch vermittelten Eindruck eines insoweit bestehenden richterlichen Ermessens hatte die obergerichtliche Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten mit Recht betont, dass ein solches Ermessen nicht bestehe, die entscheidende Frage vielmehr sei, ob es zur sachgerechten Durchführung der Berufung der Anwesenheit des Angeklagten bedürfe oder nicht.<sup>399</sup> Die Neufassung des Gesetzes in § 329 Abs. 2 S. 1 n.F. trägt dem Rechnung, indem sie die Zulässigkeit und Gebotenheit der Abwesenheitsverhandlung davon abhängig macht, ob und inwieweit die **Anwesenheit des Angeklagten** zur (sachgerechten) Durchführung der Hauptverhandlung **erforderlich** ist oder nicht. Der Gesetzgeber hat damit unter dem Eindruck erheblicher Kritik in der Endphase der gesetzgeberischen Arbeit der jetzigen Fassung mit Recht den Vorzug vor der im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelung gegeben, die das Abwesenheitsverfahren zum Regelfall machen und davon nur bei »besonderen Gründen für die Anwesenheit« des Angeklagten absehen sollte.<sup>400</sup>
- 48 Die Anwesenheit des Angeklagten ist zur Durchführung der staatsanwaltschaftlichen Berufung dann erforderlich, wenn sie aus Gründen der Wahrheitsfindung, zur sachgerechten Konkretisierung des materiellen Rechts und im Blick auf die Gewährleistung eines fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK) unverzichtbar erscheint.<sup>401</sup> Gründe der Wahrheitsfindung und der insoweit bestehenden **Aufklärungspflicht**,<sup>402</sup> aber auch der sachgerechten Rechtskonkretisierung, machen eine Verhandlung in Anwesenheit des Angeklagten regelmäßig notwendig, wenn das Gericht für seine Entscheidung den **persönlichen Eindruck** vom Angeklagten benötigt – wie dies bei einer Strafmaßberufung und angestrebter deutlicher Erhöhung der Strafe<sup>403</sup> oder der Entscheidung

399 OLG Stuttgart NStZ 1987, 377; ebenso AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 15: Notwendigkeit unterschiedlicher Verfahrensweisen in den Fällen erforderlicher und nicht erforderlicher Anwesenheit.

400 Vgl. § 329 Abs. 2 des Regierungsentwurf v. 17.12.2014, BT-Drucks. 18/3562, und die Begründung S. 72 ff.; krit. dazu die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 6/14 vom April 2014, S. 3: »Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses« im Entwurf; ebenso Bartel DRiZ 2015, 176 (180); Frisch NStZ 2015, 69 (72 f.); BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 45: Abwesenheitsverhandlung als »eng zu definierende Ausnahme«.

401 Vgl. BGHSt 17, 391 (398 f.); Pflicht zur Erforschung der Wahrheit und besondere Umstände und prozessuale Notwendigkeit; s. auch OLG Hamburg StV 1982, 558; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 21 (22); OLG Koblenz VRS 45 (1973), 189; OLG Zweibrücken NJW 1973, 2120; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 32; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 47; KK/Paul § 329 Rn. 16; Bloy JuS 1986, 585 (592).

402 Sie wird als Grenze zulässiger Abwesenheitsverhandlung auch in der Begründung des Gesetzes (Regierungsentwurf) betont, vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 73; ebenso BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 47; krit. demgegenüber Sommer StV 2016, 55 (57 ff.) und Wohlers FS Paeffgen, S. 621 (628 f.).

403 BGHSt 17, 391 (398 f.); OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 21 (22); OLG Köln StraFo 2011, 360 (Ersetzung der Geldstrafe durch eine Freiheitsstrafe); HK/Rautenberg § 329 Rn. 31; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 26.

über den von der Staatsanwaltschaft begehrten Wegfall der Strafaussetzung<sup>404</sup> oder in einem Jugendstrafverfahren<sup>405</sup> der Fall ist. Auch die Notwendigkeit, den Angeklagten zur Wahrheitsfindung Zeugen gegenüberzustellen, kann seine Anwesenheit erforderlich machen;<sup>406</sup> desgleichen, wenn es bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen um Informationen geht, die im Verhandlungstermin nur vom Angeklagten selbst zu erhalten sind.<sup>407</sup> Gründe der **prozessualen Fairness** fordern die Anwesenheit und die Anhörung eines unverteidigten Angeklagten etwa dann, wenn die Notwendigkeit besteht, dem Angeklagten in Richtung auf die von der Staatsanwaltschaft begehrte Verurteilung gemäß § 265 einen rechtlichen Hinweis zu geben<sup>408</sup> (und ihm die Chance zu geben, hierauf zu reagieren). Sowohl derartige Aspekte prozessualer Fairness als auch das Streben nach richtiger Rechtskonkretisierung fordern die Anwesenheit des Angeklagten, wenn die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung eine deutliche Erhöhung der Strafe anstrebt. Zwar stehen dem weder das Verschlechterungsverbot noch die im Rahmen des § 329 nicht geltenden Strafgrößen der §§ 232 Abs. 1, 233 Abs. 1 entgegen.<sup>409</sup> Aber wenn es um deutliche Erhöhungen des Strafmaßes geht, sollten diese nicht ohne den persönlichen Eindruck des Angeklagten und dessen Anhörung ausgesprochen werden.<sup>410</sup>

Ist danach die Anwesenheit des Angeklagten erforderlich, so muss das Gericht diesen notfalls durch die Anordnung, den Angeklagten zu verhaften und vorzuführen (Absatz 3), sicherstellen (näher unten Rdn. 54–55a). Dies gilt auch dann, wenn sich die Erforderlichkeit der Anwesenheit erst im Verlaufe einer zunächst in Abwesenheit des Angeklagten geführten Verhandlung ergibt.<sup>411</sup> Kann das Verfahren dagegen in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführt werden, so ist das Gericht nach Wortlaut (»findet statt«) und Ratio der Vorschrift<sup>412</sup> **verpflichtet**, in Abwesenheit des Angeklagten zu verhandeln.<sup>413</sup> Der Angeklagte kann sich insoweit auch durch einen mit schriftlicher Vertretungsvollmacht ausgestatteten Verteidiger vertreten lassen, der für den Angeklagten Erklärungen abgeben und Hinweise entgegennehmen kann und ggf. auf eine Verta-

404 OLG Hamburg StV 1982, 558; OLG Hamm StV 1997, 346; OLG Koblenz VRS 45 (1973), 189; OLG Köln NJW 1963, 1265; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 7, 47, 48; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 36.

405 *Eisenberg* NStZ 1999, 281 (286); HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 18; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 36; ebenso die Begründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 73.

406 OLG Bremen MDR 1970, 165; *Spitzer* StV 2016, 48 (54) und unten Rdn. 54–55a; a.A. (insb. für die Berufungsinstanz) *Sommer* StV 2016, 55 (59).

407 Zu solchen Fällen auch *Sommer* StV 2016, 55 (58), der dies freilich (allerdings im Kontext vor allem der Vertretung durch einen Verteidiger) für unerheblich erachtet.

408 BGHSt 17, 391 (397); AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 32; HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 18; KMR/*Brunner* (63. EL Mai 2012) § 329 Rn. 35; anders freilich, wenn der Hinweis einem Verteidiger gegeben werden kann, der den Angeklagten vertritt, LR/*Gössel* § 329 Rn. 83 f.

409 BGHSt 17, 391 (397); AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 33; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 47; KK/*Paul* § 329 Rn. 16; LR/*Gössel* § 329 Rn. 82; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 37; *Radtke/Hohmann/Beukelmann* § 329 Rn. 25; *Spitzer* StV 2016, 48 (53); a.A. OLG Koblenz NJW 1957, 1890; s. auch die Begründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 74; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 7, 47, der in Rn. 4 überdies für die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers in diesem Fall plädiert.

410 So auch BGHSt 17, 391 (399); ebenso die Begründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 74; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 7, 47 (auch 4).

411 Vgl. dazu die Begründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 75. – Zur Bedeutung des »soweit« s. BT-Drucks. 18/3562, S. 74 und *Spitzer* StV 2016, 48 (54).

412 Die mit der Erzwingung der Anwesenheit verbundene Verzögerung (häufig wegen Verfahrensaussetzung) liefe der von § 329 bezweckten Verfahrensbeschleunigung zuwider; zutr. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 21 (22); HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 32; KK/*Paul* § 329 Rn. 16; zu weiteren Bedenken unter dem Aspekt der fehlenden Erforderlichkeit des Eingriffs vgl. OLG Bremen MDR 1970, 165 und unten Rdn. 54–55a.

413 OLG Stuttgart NStZ 1987, 377; OLG Zweibrücken NJW 1973, 2120.

gung hinwirken mag.<sup>414</sup> Das in der Abwesenheitsverhandlung ergehende **Urteil** muss in seiner **Begründung** die Erfüllung jener Voraussetzungen des Absatzes 1 S. 1 dartun, an die die Zulässigkeit der Abwesenheitsverhandlung und –entscheidung geknüpft ist (also das Ausbleiben des Angeklagten und dessen nicht genügende Entschuldigung); fehlt es daran, so verfällt das Urteil schon deshalb der Aufhebung im Rahmen der Revision.<sup>415</sup> Außerdem müssen die Gründe des Urteils, soweit dieses ein Sachurteil ist, den Anforderungen des § 267 entsprechen.<sup>416</sup> Anders als im Falle der Verhandlung über seine eigene Berufung in Anwesenheit allein seines Verteidigers (vgl. insoweit § 340) kann der Angeklagte gegenüber dem Abwesenheitsurteil aufgrund einer Berufung der Staatsanwaltschaft auch geltend machen, das Berufungsgericht hätte nicht in seiner Abwesenheit entscheiden dürfen, da für eine sachgerechte Verhandlung und Entscheidung seine Anwesenheit notwendig gewesen wäre.

- 49a** Eine bisher in § 329 nicht enthaltene Regelung sieht Absatz 5 S. 1 für den Fall vor, dass auf eine Berufung der Staatsanwaltschaft hin in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt wurde, ohne dass (für den Angeklagten) ein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht anwesend war: **Erscheint hier vor Beginn der Verkündung des Urteils** der Angeklagte oder für ihn ein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht, so hat der Vorsitzende den Angeklagten oder seinen Verteidiger von dem wesentlichen Inhalt dessen zu **unterrichten**, was in seiner Abwesenheit verhandelt worden ist. Die Vorschrift nimmt einen für Fälle der Verhandlungsunfähigkeit in § 231a Abs. 2 formulierten Regelungsgedanken auf und zielt darauf, durch die Unterrichtung des Angeklagten oder seines Verteidigers dem Grundsatz eines fairen Verfahrens Rechnung zu tragen.<sup>417</sup> Sie ist insbesondere auch für die Fälle gedacht (freilich nicht hierauf beschränkt), in denen das Gericht während des Abwesenheitsverfahrens erkannt hat, dass die sachgerechte Weiterführung des Verfahrens die Anwesenheit des Angeklagten erforderlich macht<sup>418</sup> und der Angeklagte (oder sein Verteidiger) auf entsprechende Mitteilung bzw. nochmalige Ladung (ggf. auch durch Vorführung oder Verhaftung) nunmehr erschienen ist. Der Fortgang des Verfahrens folgt dann den allgemeinen für Anwesenheitsverfahren geltenden Regeln.

## II. Rücknahme der Berufung (Absatz 5 S. 2)

- 50** Nach Absatz 5 S. 2 kann die Staatsanwaltschaft bei unentschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten trotz ordnungsgemäßer Ladung – in Abweichung von § 303 S. 1 – ihre Berufung **ohne Zustimmung des Angeklagten** zurücknehmen; die insoweit dem bisherigen Absatz 2 S. 2 entsprechende Vorschrift ist zugleich auf die erst durch die Neufassung des § 329 eingefügten Fälle des Absatzes 1 S. 2 Nr. 2 erweitert worden.<sup>419</sup> Das gilt freilich dann nicht, wenn die Sache auf die Berufung der Staatsanwaltschaft hin bereits vom Revisionsgericht zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen worden ist; hier bleibt es nach der Gegenausnahme des Absatzes 5 S. 2 letzter Satzteil bei der Regelung des § 303 S. 1. Diese ist, da die Vorschrift die Rücknahme in der Hauptverhandlung als Reaktion auf das Ausbleiben meint, auch maßgebend, wenn es infolge des Fehlens des Angeklagten und der fehlenden Rücknahme der Berufung durch die Staatsanwaltschaft (neben der Verwerfung der Berufung des Angeklagten) zu einer Aussetzung der Hauptverhandlung kommt und die Staatsanwaltschaft später ihr Rechtsmittel zurücknehmen

414 BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 49, dort auch zur umstrittenen Frage, welche Bedeutung vom Verteidiger insoweit für den Angeklagten gemachte Sacheinlassungen haben.

415 OLG Düsseldorf StV 1982, 216; OLG Karlsruhe NJW 1972, 1871 (1872); OLG Karlsruhe NStZ 1982, 433; OLG Köln NJW 1963, 1265; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 33; KK/*Paul* § 329 Rn. 19; s. erg. auch OLG Karlsruhe JR 1975, 429 m. Anm. *Fuhrmann*.

416 AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 33; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 50; KK/*Paul* § 329 Rn. 19; *Meyer-Göbner/Schmitt* § 329 Rn. 39.

417 Vgl. die Begründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 75; ebenso *Spitzer* StV 2016, 48 (55).

418 So ausdrücklich die Begründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 75.

419 BT-Drucks. 18/3562, S. 72; *Spitzer* StV 2016, 48 (55).

will.<sup>420</sup> Eine Anwendung dieser Ausnahmegvorschrift auf die Berufungszurücknahme *außerhalb der Hauptverhandlung* kommt nicht in Betracht.<sup>421</sup>

Die Regelung betrifft nicht nur die vollständige Rücknahme, sondern auch die **Teilrücknahme**.<sup>422</sup> Sie eröffnet der Staatsanwaltschaft damit auch die Möglichkeit, bei abtrennbaren Urteilen die Berufung hinsichtlich der Teile zurückzunehmen, deren Verhandlung die persönliche Anwesenheit des Angeklagten erforderlich machen würde, und sie auf die Teile zu beschränken, die in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt werden können.<sup>423</sup> 51

## E. Behandlung der Berufung des nicht erschienenen Angeklagten, für den ein Verteidiger erschienen ist

### I. Unzulässigkeit der sofortigen Verwerfung der Berufung

Eine sofortige Verwerfung der Berufung des nicht erschienenen Angeklagten setzt voraus, dass 51a  
der ordnungsgemäß geladene Angeklagte ohne genügende Entschuldigung ausgeblieben und für ihn auch kein mit schriftlicher Vertretungsvollmacht versehener Verteidiger erschienen ist. Dementsprechend scheidet eine sofortige Verwerfung ohne Verhandlung zur Sache aus, wenn für den Angeklagten ein **Verteidiger erschienen** ist, der den Angeklagten zu vertreten bereit ist und hierzu auch durch eine **schriftliche Vertretungsvollmacht** ermächtigt ist. Dies gilt im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes selbst dann, wenn das Gericht nach §§ 332, 236 das persönliche Erscheinen des Angeklagten angeordnet haben sollte (und statt seiner »nur« der Verteidiger erscheint).<sup>424</sup> Für die insoweit geforderte schriftliche Vertretungsvollmacht reicht die allgemeine Verteidigervollmacht (§ 137), die nur die prozessualen Rechte und Pflichten eines Beistands begründet, freilich nicht aus.<sup>425</sup> Notwendig ist vielmehr die spezifische Ermächtigung des Verteidigers, für den Angeklagten verbindlich Erklärungen abgeben und wirksam für ihn Erklärungen annehmen zu können,<sup>426</sup> also die Rechtsmacht, den Angeklagten im Prozess »**in Erklärung und Willen zu vertreten**«<sup>427</sup> Diese Vertretungsvollmacht muss vom Angeklagten selbst schriftlich erteilt, d.h. unterzeichnet worden sein; eine mündliche Erklärung des Angeklagten, die der Verteidiger selbst ausfertigt und unterzeichnet, genügt nicht.<sup>428</sup> Verfügt der für den Angeklagten erschienene Verteidiger über eine derartige schriftliche Vertretungsvollmacht, die er dem Gericht vorzuweisen bzw. die das Gericht nach dem Aufruf der Sache im Rahmen der Feststellungen nach §§ 332, 243 Abs. 1 S. 2 zu prüfen hat,<sup>429</sup> so **ändert** sich das Prüfprogramm des Gerichts im Vergleich zu dem Fall, in dem für den ausgebliebenen Angeklagten auch kein Verteidiger erschienen ist. Die Frage, ob der Angeklagte für sein Ausbleiben genügend entschuldigt ist, ist nunmehr – zumindest zunächst (zu Ausnahmen s. unten Rdn. 51e und 51j) – ohne Interesse; dementsprechend ist das Gericht nun auch nicht gehalten, in dieser Richtung Nachfragen oder Nachforschungen anzustellen. Statt dessen ist das **Verfahren** nunmehr – so wie Fälle

420 OLG München NStZ 2008, 120; Meyer-Goßner/Schmitt § 329 Rn. 38; a.A. LG Dresden NStZ 1999, 265.

421 OLG München NStZ 2008, 120; KK/Paul § 329 Rn. 17.

422 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 34; LR/Gössel § 329 Rn. 87.

423 AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 16; HK/Rautenberg § 329 Rn. 35; KK/Paul § 329 Rn. 17.

424 So ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 70; Spitzer StV 2016, 48 (51).

425 So auch die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 67; ebenso im Rahmen des § 234 LR/Becker § 234 Rn. 1; Meyer-Goßner/Schmitt § 234 Rn. 5; SK-StPO/Deiters § 234 Rdn. 1.

426 BT-Drucks. 18/3562, S. 67; s. erg. oben Rdn. 13.

427 BT-Drucks. 18/3562, S. 67; Pfeiffer § 234 Rn. 1.

428 BT-Drucks. 18/3562, S. 68; s. zu § 234 schon bisher ebenso SK-StPO/Deiters § 234 Rdn. 4; anders aber bei § 234 die bislang h.M., z.B. BayObLG NStZ 2002, 277 (278).

429 Vgl. OLG Celle NStZ 2013, 615 (616); OLG Düsseldorf StV 2013, 299 (301); KG, Beschl. v. 16.05.2014, (4) 161 Ss 71/14 (106/14), bei Juris Rn. 15 f.



der staatsanwaltschaftlichen Berufung (oben Rdn. 47 ff.) – in **Abwesenheit des Angeklagten durchzuführen** (Absatz 2 S. 1 Nr. 3 Alt. 1).

## II. Durchführung der Hauptverhandlung bei alleiniger Anwesenheit des Verteidigers (Absatz 2 S. 1)

- 51b** Der Gang der Verhandlung folgt den Vorschriften des § 324. Nach dem Beginn der Hauptverhandlung gemäß § 243 Abs. 1 hält also der Berichterstatter (Vorsitzende) einen Vortrag über das Ergebnis des Verfahrens, dann folgt die Verlesung des Urteils des ersten Rechtszuges. Da es für das Ausmaß der Verlesung von Bedeutung sein kann, welche Ziele die Berufung verfolgt, wird es meist sinnvoll sein, den Verteidiger – wenn sich dies nicht schon aus einer Berufungsbegründungsschrift ergibt – bereits zuvor nach dem **Ziel der Berufung** zu befragen. Die weitere Durchführung der Verhandlung ohne den Angeklagten ist dabei unproblematisch, wenn Ziel der Berufung allein die **Einstellung des Verfahrens** wegen eines Verfahrenshindernisses (Verjährung, Fehlen eines erforderlichen Strafantrags) oder die Aufhebung des Ersturteils wegen bestimmter **Subsumtionsfehler** (fehlende Strafbarkeit der Tat) und ein **Freispruch** sind und sich die Berufung in dieser Richtung als erfolgreich erweist.<sup>430</sup> Aber auch wenn eine **Beweisaufnahme** über die Begehung der Tat durch den Angeklagten durchgeführt werden soll, ist es ohne weiteres denkbar, dass dies ohne den Angeklagten geschehen kann – so wenn nur neue Beweismittel präsentiert werden sollen, die belegen, dass der Angeklagte die Tat nicht begangen haben kann oder die die bisherigen Beweise doch so sehr relativieren, dass nach dem Grundsatz »in dubio pro reo« freizusprechen ist.<sup>431</sup> Selbst bei angestrebten **Änderungen** im Bereich der **Rechtsfolgen** ist es denkbar, dass hierüber sachgerecht in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt und durch Urteil entschieden werden kann – so z.B. wenn aufgrund vorgelegter Urkunden nur eine Reduzierung der Tagessatzhöhe bei der Geldstrafe, der Wegfall einer Nebenfolge, unter Umständen auch einer Fahrerlaubnisentziehung oder eine Verkürzung der Sperrfrist usw. erreicht werden soll. In diesen und einer Reihe weiterer Fälle<sup>432</sup> kann der zur Vertretung bevollmächtigte Verteidiger für den Angeklagten die erforderlichen Anträge stellen, bindende Erklärungen abgeben und Erklärungen wirksam annehmen, so dass über die Berufung ohne den Angeklagten verhandelt werden kann. Ob der Verteidiger darüber hinaus bei Abwesenheit des Angeklagten in dessen Namen auch Äußerungen zur Sache als beweistaugliche Sacheinlassungen abgeben kann oder ob solche Äußerungen lediglich als »hypothesenbildende Quasi-Parteierklärung zur Gehörsgewährleistung ohne die Rechtsqualität als Belastungsbeweis« anzusehen sind, ist gegenwärtig noch nicht vollständig geklärt.<sup>433</sup> Doch dürfte es im Kontext des Absatz 2 S. 1 wohl weniger auf diese konstruktive Frage als vielmehr darauf ankommen, ob die Zugrundelegung einer konstruktiv dem Angeklagten als Sacheinlassung zugeschriebenen Äußerung des Verteidigers im konkreten Fall den Anforderungen der Aufklärungspflicht gerecht wird (s. dazu die folgende Rdn.).

430 Dazu, dass in Fällen dieser Art der Angeklagte in der Berufungsinstanz nicht benötigt wird, schon *Frisch* NStZ 2015, 69 (71) im Anschluss an EGMR, 5. Sektion, Urt. v. 08.11.2012, Nr. 30804/07, *Neziraj vs. Deutschland*, StraFo 2012, 490 (492 Tz. 61); *Frisch* FS Paeffgen, S. 589 (596 ff.); BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn 45.

431 S. dazu *Frisch* NStZ 2015, 69 (71); *Sommer* StV 2015, 55 (56 ff.); s. auch die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 73.

432 S. dazu erg. *Frisch* NStZ 2015, 69 (70 f.); *ders.* FS Paeffgen, S. 589 (596 ff.).

433 Im ersten Sinne z.B. *Sommer* StV 2016, 55 (60), im zweiten BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn 46 m.w.N.; eingeh. zur Problematik SK-StPO/*Frister* § 243 Rdn. 73 ff., insb. 76; *Wöhlens* FS Paeffgen, S. 621 (634 f.).

### III. Verfahren bei notwendiger persönlicher Anwesenheit des Angeklagten – Folgen des Nichterscheinens des Angeklagten (Absatz 4)

#### 1. Sachverhalte notwendiger persönlicher Anwesenheit des Angeklagten

Die Möglichkeit, allein im Beisein des Verteidigers über die Berufung des Angeklagten zu verhandeln, endet auch im Fall der Anwesenheit eines Verteidigers mit Vertretungsvollmacht, wenn zur sachgerechten weiteren Durchführung der Hauptverhandlung die persönliche Anwesenheit des Angeklagten notwendig ist bzw. wird (was sich u.U. relativ rasch herausstellen kann). Dies ist zwar, anders als bei einer Verhandlung über eine Berufung der Staatsanwaltschaft in Abwesenheit sowohl des Angeklagten als auch eines Verteidigers mit Vertretungsvollmacht nicht schon dann der Fall, wenn dem Angeklagten zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens Hinweise und Belehrungen erteilt werden müssen, die mit prozessualen Optionen verbunden sind;<sup>434</sup> denn all dies kann prozessordnungsgemäß auch gegenüber dem Verteidiger mit Vertretungsvollmacht geschehen, der darauf aufgrund seiner Vertretungsvollmacht für den Angeklagten reagieren kann.<sup>435</sup> Erforderlich ist die Anwesenheit des Angeklagten vielmehr vor allem dann, wenn bei **kontroversen Bekundungen** des Angeklagten und von Zeugen die **Glaubwürdigkeit des Angeklagten** beurteilt werden muss oder es bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeu-  
genaussagen um **Informationen** geht (gehen wird), die spontan **nur vom Angeklagten** selbst zu erhalten sind.<sup>436</sup> Abgesehen von solchen und ähnlichen Bedürfnissen der Wahrheitsfindung macht im Rahmen einer stark **individualisierenden Rechtsfolgenbestimmung**<sup>437</sup> vor allem die sachgerechte Bestimmung der Rechtsfolgen die Anwesenheit des Angeklagten notwendig. Insbesondere Entscheidungen mit prognostischen Elementen, in denen es auf die **Verlässlichkeit** des Angeklagten oder die von der Strafe in Bezug auf ihn zu erwartenden Wirkungen ankommt, sind ohne den **persönlichen Eindruck** vom Angeklagten verantwortungsbewusst und sachgerecht kaum zu treffen.<sup>438</sup> Dementsprechend ist die Anwesenheit des Angeklagten wohl regelmäßig erforderlich, wenn dieser mit seiner Berufung eine Strafaussetzung zur Bewährung, eine Milderung der Strafe im Blick auf deren besondere persönliche Auswirkungen oder graduirbare persönlichkeitsfundierte Schuld minderungen anstrebt, oder es um Sanktionen und die Strafmaßbestimmung im Jugendstrafrecht geht.<sup>439</sup>

51c

434 Wie etwa Hinweise nach § 265 Abs. 1 oder 2; zur anderen Behandlung dieser Sachverhalte im Falle der Verhandlung über eine Berufung der Staatsanwaltschaft in Abwesenheit des nicht durch einen Verteidiger vertretenen Angeklagten vgl. oben Rdn. 48.

435 So auch LR/Gössel § 329 Rn. 83 f.

436 Zu solchen Fällen, allerdings mit anderen Konsequenzen (subjektives Recht des Beschuldigten, sich für eine schlechtere Verteidigung zu entscheiden) *Sommer* StV 2016, 55 (58); *Wohlens* FS Paeffgen, S. 621 (635 f.).

437 Vgl. vor allem § 46 Abs. 1 S. 2 StGB und dazu *Frisch* FS Kaiser, 1997, S. 765 ff.; aber auch im Rahmen der Bemessung der Schuldstrafe ist ohne eine individualisierende, subjektive Aspekte bewertende Betrachtung nicht auszukommen; vgl. etwa *Bruns* Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. 1974, S. 497 ff., 520 ff., 548 ff.

438 Zur Unentbehrlichkeit des persönlichen Eindrucks vom Angeklagten für verantwortungsbewusste abschließende Strafzumessungsentscheidungen (und nicht nur Kontrollen), insb. auch Entscheidungen über eine Aussetzung der Strafe z.B. BGHSt (GS) 35, 345 (349); BGHSt 57, 123 (127); auch schon BGHSt 29, 318 (320); ferner OLG Celle StV 2013, 41 (42); speziell zur erstrebten Strafaussetzung *Spitzer* StV 2016, 48 (54), zur Streichung einer Strafaussetzung OLG Hamm StV 1997, 346; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2011, 21 (22); zur verfassungsrechtlichen Sicht BVerfGE 118, 212 (223).

439 So auch die – in der Frage der Zulässigkeit von Abwesenheitsverhandlungen eher zu großzügige – Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 73; ebenso BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn 45.

## 2. Anordnung des persönlichen Erscheinens und Verwerfung der Berufung bei unentschuldigtem Nichterscheinen

- 51d** Stellt sich – wie wohl regelmäßig – erst im Rahmen der Verhandlung allein mit dem Verteidiger heraus, dass die Anwesenheit des Angeklagten für die sachgerechte weitere Durchführung der Hauptverhandlung erforderlich ist, so ist dieser vom Berufungsgericht zu einem **Fortsetzungstermin zu laden** und sein **persönliches Erscheinen** anzuordnen (Absatz 4 S. 1). Erscheint der Angeklagte daraufhin, so folgt das weitere Verfahren den allgemeinen Regeln. Im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten unterschiedlich beantwortet worden ist die Frage, wie dann zu verfahren ist, wenn der Angeklagte trotz der Anordnung seines persönlichen Erscheinens im Termin nicht erscheint. Die insoweit im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung, in diesem Fall die **Vorführung** oder **Verhaftung** des Angeklagten **anzuordnen**,<sup>440</sup> ist unter dem Eindruck der Kritik an dieser Regelung<sup>441</sup> nicht verwirklicht worden: Der Angeklagte kann, wenn die weitere Durchführung der Berufung seiner Disposition unterliegt, nicht durch staatlichen Zwang zu dem gebracht werden, was zu einem etwaigen Erfolg seiner Berufung notwendig wäre.<sup>442</sup> Wie die Weiterverfolgung der von ihm selbst eingelegten Berufung überhaupt unterliegt auch die zur weiteren Durchführung erforderliche Entscheidung, zu erscheinen oder nicht zu erscheinen, seiner Autonomie. Freilich hat der Angeklagte, wenn er sich dafür entscheidet, nicht zu erscheinen, auch die **Folgen** dieser autonomen Entscheidung **zu tragen** und muss es hinnehmen, dass das Gericht seine Berufung **ohne weitere Verhandlung zur Sache verwirft**, wenn seine Anwesenheit aus Gründen der oben Rdn. 51c genannten Art zur weiteren Verhandlung über seine Berufung erforderlich erscheint und er das verweigert, was zur weiteren Durchführung der Verhandlung notwendig ist.<sup>443</sup>
- 51e** Die jetzige Gesetzesfassung, zu der es erst in der Endphase der gesetzgeberischen Arbeiten kam,<sup>444</sup> trägt dieser in der Literatur vorgeschlagenen allein sachgerechten Lösung Rechnung. Sie berücksichtigt dabei mit Recht zusätzlich, dass auch das **Nichterscheinen des Angeklagten** in dem Fortsetzungstermin **unter Umständen entschuldigt** sein mag und sieht die Verwerfung ohne Sachverhandlung daher nur vor, wenn der Angeklagte ohne genügende Entschuldigung nicht erschienen ist. Aus Gründen der Verfahrensfairness fordert es außerdem in **Absatz 4 S. 3**, dass der Angeklagte über die im Fall nicht genügend entschuldigtes Ausbleibens **folgende Verwerfung** der Berufung in der Ladung zu **belehren** war. Ist diese Belehrung unterblieben, so fehlt es – wie im Parallellfall des Nichterscheinens zu Beginn eines Hauptverhandlungstermins (s. dazu oben Rdn. 15 m.w.N.) – an einer **ordnungsgemäßen Ladung**, womit eine Verwerfung ohne weitere Sachverhandlung ausscheidet (und der Angeklagte nochmals ordnungsgemäß zu

440 Vgl. § 329 Abs. 3 des Regierungsentwurfs vom 17.12.2014, der sich auf die Fälle bezog, »in denen eine Abwesenheitsverhandlung gegen einen nicht anwesenden Angeklagten nach Absatz 2 nicht zulässig ist«. Da in Absatz 2 sowohl die Abwesenheitsverhandlung auf eine Berufung der Staatsanwaltschaft hin wie die auf eine Berufung des Angeklagten, der durch einen anwesenden Verteidiger vertreten wird, behandelt war (und ist), umfasste Absatz 3 damit mit seiner Anordnung der Vorführung und Verhaftung bei nicht mehr zulässiger Abwesenheitsverhandlung (also der Erforderlichkeit der persönlichen Anwesenheit des Angeklagten) eindeutig auch die Fälle einer vom Angeklagten eingelegten und vom Verteidiger vertretenen Berufung.

441 Vgl. etwa *Frisch* NSTZ 2015, 69 (73 f.).

442 Das hatte (an anderer Stelle als in der Begründung des Absatzes 3) ansatzweise auch der Regierungsentwurf vom 17.12.2014 so gesehen (BT-Drucks. 18/3265, S. 71) – umso unverständlicher ist dann die Regelung zur Verhaftung und Vorführung in Absatz 3 des Regierungsentwurfs. Wie der Text auch *Püschel* StraFo 2012, 18 (20); a.A. *Bartel* DRiZ 2016, 176 (181).

443 So schon mit eingeh. Begründung *Frisch* NSTZ 2015, S. 69 (73 f.); zur Vereinbarkeit dieser Lösung mit dem Urteil des EGMR v. 08.11.2012 *Spitzer* StV 2016, 48 (54); i.S. der Konventionswidrigkeit auch der Neufassung dagegen *Sommer* StV 2016, 55 (56, 58); zweifelnd *BeckOK-StPO/Eschelbach* § 329 Rn 45.

444 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/5254 v. 17.06.2015, S. 3, 5 und 6; s. auch *Spitzer* StV 2016, 48 (54).

laden ist). Ebenso gelten für die Fragen, wann das Erscheinen des Angeklagten nicht genügend entschuldigt ist und was das Gericht zu tun hat, um sich über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer genügenden Entschuldigung schlüssig zu werden, die oben Rdn. 18 ff., 31 ff. dargelegten Grundsätze.

#### IV. Verwerfung der Berufung wegen Sichertfernens des Verteidigers oder Beendigung des Vertretungsverhältnisses (Absatz 1 S. 2 Nr. 1)

##### 1. Grundsätze – Gemeinsame Voraussetzungen der Verwerfung

Abgesehen vom Fall des Nichterscheinens des Angeklagten in einem Fortsetzungstermin trotz Anordnung des persönlichen Erscheinens nach Absatz 4 S. 1 und 3 kann bei Vertretung des Angeklagten durch einen zur Vertretung bevollmächtigten Verteidiger auch das **Verhalten des Verteidigers** selbst die Verwerfung der Berufung ohne weitere Sachverhandlung zur Folge haben. Nach **Absatz 1 S. 2 Nr. 1** ist dies zum einen dann der Fall, wenn sich der Verteidiger nach begonnener Hauptverhandlung »ohne genügende Entschuldigung entfernt hat« (so die Alt. 1), zum anderen dann, wenn er den Angeklagten »nicht weiter vertritt« (so die Alt. 2 der Nr. 1). In beiden Fällen ist dabei vorausgesetzt, dass auch der Angeklagte »ohne genügende Entschuldigung abwesend (nicht anwesend) ist«. Hinzukommen muss in beiden Fällen, dass durch das besagte Verhalten des Verteidigers und die nicht genügend entschuldigte Abwesenheit des Angeklagten die **Fortführung der Hauptverhandlung** in dem (betroffenen) Termin **verhindert** wird«. Diese Voraussetzung ist z.B. nicht erfüllt, wenn sich zwar der bisherige Verteidiger entfernt hat oder den Angeklagten nicht weiter vertritt, für diesen aber sofort ein anderer Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht tätig wird (**bloßer Verteidigeraustausch**).<sup>445</sup> Denn bei dieser Sachlage besteht die Gefahr einer Verzögerung des Verfahrens, der die Vorschrift mit der vorgesehenen Verwerfung der Berufung entgegenwirken will,<sup>446</sup> ersichtlich nicht. Desgleichen soll nach der Begründung des Gesetzes eine Verhinderung der Fortführung dann nicht vorliegen, wenn das Gericht im unmittelbaren Anschluss an das Verhalten des Verteidigers (»sogleich«) »zu dem Schluss gelangt«, dass die Fortführung der Verhandlung (ohnehin) »die **persönliche Anwesenheit des Angeklagten** erfordert«.<sup>447</sup> Die dafür gegebene Begründung, in diesem Fall sei der Termin nicht verhindert, sondern »bereits mindestens eine logische Sekunde lang fortgeführt worden«,<sup>448</sup> wirkt allerdings etwas sehr begriffsjuristisch. Entscheidend ist vielmehr, dass bei dieser Situation ja auch bei fortbestehender Anwesenheit des Verteidigers bzw. Fortbestand der Verteidigerstellung die Ladung und das persönliche Erscheinen des Angeklagten geboten gewesen wären, das Verhalten des Verteidigers also nichts verzögert und das weitere Verfahren nach Maßgabe des Absatzes 4 abläuft (s. dazu oben Rdn. 51d und e) – gleich, ob der Angeklagte einen Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht hat oder nicht.

51f

##### 2. Verwerfung wegen Sichertfernens des Verteidigers ohne genügende Entschuldigung

Ein **Sichertfernen** des Verteidigers ohne genügende Entschuldigung liegt nicht nur vor, wenn sich der Verteidiger während laufender Hauptverhandlung ohne genügende Entschuldigung entfernt<sup>449</sup> (und dadurch die Fortsetzung der Hauptverhandlung verhindert). Die Gesetzesbegründung hat vor allem den Fall im Blick, in dem der Verteidiger nach einer Verhandlungspause und Wiederaufruf der Sache nicht mehr erscheint (und auch der Angeklagte ohne Entschuldigung

51g

445 Vgl. die Begründung der Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 70.

446 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 70.

447 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 70.

448 Vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 70.

449 Zutr. Spitzer StV 2016, 48 (51): Entfernung aus der Hauptverhandlung nach dem Ende der Präsenzfeststellung.

abwesend ist).<sup>450</sup> Für die Frage, ob das Nichterscheinen des Verteidigers hier genügend entschuldigt ist, gelten im Wesentlichen die oben für den nicht erschienenen Angeklagten dargelegten Grundsätze und Konkretisierungen (oben Rdn. 18 ff.) entsprechend; desgleichen für die das Gericht in einem solchen Fall treffende Aufklärungspflicht (oben Rdn. 31 ff.). Wie im Fall des nicht erschienenen Angeklagten ist darüber hinaus auch hier vor der Verwerfung angemessene Zeit zu warten, ob der Verteidiger nicht doch noch eintrifft;<sup>451</sup> bei angekündigtem verspätetem Eintreffen im Termin wird das Erscheinen in der Regel abzuwarten sein.<sup>452</sup>

### 3. Verwerfung wegen Beendigung des Vertretungsverhältnisses

- 51h** Ein Fall des **Nichtweitervertretens** des abwesenden Angeklagten liegt vor, wenn der **Verteidiger von sich aus** erklärt, dass er den Angeklagten nicht weiter vertreten wolle oder könne. Letzteres kann ausdrücklich aber auch konkludent geschehen; nach der Gesetzesbegründung auch dadurch, »dass der Verteidiger untätig bleibt, obwohl ein Tätigwerden gemessen am Leitbild eines sorgfältigen und gewissenhaften sowie der Wahrung der Interessen des Angeklagten verpflichteten Verteidigers nach den Umständen erforderlich wäre.«<sup>453</sup> Das Gesetz hat darüber hinaus den (wohl nicht gerade häufigen) Fall vor Augen, in dem der abwesende **Angeklagte** selbst die **Vertretungsvollmacht** durch die Benutzung von Fernkommunikationsmitteln **widerruft**<sup>454</sup> – sei es gegenüber dem Verteidiger, der davon das Gericht unterrichtet, sei es gegenüber dem Gericht selbst. Entscheidend ist im einen wie im anderen Fall, dass es infolge des Nichtmehrbestehens des Vertretungsverhältnisses nicht möglich ist, den Termin (mit Wirkung gegen den Angeklagten) fortzusetzen, sondern die Verhandlung unterbrochen werden muss und erst zu einem späteren Termin mit einem anderen Verteidiger oder dem Angeklagten selbst fortgesetzt werden könnte. Dementsprechend besteht die für diesen Fall zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen vorgesehene **Verwerfungsbefugnis** nach der Gesetzesbegründung dann **nicht**, wenn der **Angeklagte** der Verwerfung **durch sein Erscheinen** im Termin **zuvorkommt** (oder sein kurzfristiges Erscheinen im Termin ankündigt)<sup>455</sup> – ein Sachverhalt, der freilich zumindest für den Fall einer vom Verteidiger selbst ausgehenden Mandatsniederlegung wenig realistisch sein dürfte, nach dem die Gesetzesbegründung selbst (durchaus problematisch) davon ausgeht, dass das Gericht den Angeklagten über den Wegfall der Vertretungsbereitschaft seines Verteidigers nicht unterrichten müsse.<sup>456</sup>
- 51i** Im Gegensatz zur 1. Alt. der Nr. 1 von Absatz 2 S. 2 (Sichentfernen) steht die 2. Alt. nicht unter der einschränkenden Voraussetzung **fehlender Entschuldigung** in Bezug auf das Ende der Vertretung. Die Formulierung der Gesetzesbegründung, wonach es auf die Gründe für das Ende der Vertretung nicht ankommen soll,<sup>457</sup> könnte darauf hindeuten, dass das Fehlen einer solchen Einschränkung kein Redaktionsversehen, sondern Ausdruck einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung ist. Der Verzicht auf das Erfordernis einer nicht genügend entschuldigten Beendigung des Vertretungsverhältnisses ist auch insoweit verständlich, als es in den allermeisten Fällen eines Nichtmehrweitervertretens an Gründen fehlt, die mit der Beendigung des Vertretungsverhältnisses regelmäßig verbundenen und durch das Erscheinen des Angeklagten vermeidbaren Verfahrensverzögerungen zu akzeptieren – das insbesondere wenn der nicht erschienene Angeklagte die Vertretungsvollmacht selbst widerrufen hat. Indessen gibt es bei der Beendigung

450 BT-Drucks. 18/3562, S. 70 f.

451 BT-Drucks. 18/3562, S. 71; *Spitzer StV* 2016, 48 (51); zu dem insoweit in Richtung auf den Angeklagten geltenden Grundsätzen s. oben Rdn. 7 m.w.N.

452 S. dazu erg. oben Rdn. 7a m.w.N.

453 BT-Drucks. 18/3562, S. 71.

454 BT-Drucks. 18/3562, S. 71.

455 BT-Drucks. 18/3562, S. 71.

456 BT-Drucks. 18/3562, S. 71; auch schon S. 61; krit. dazu mit Recht die Stellungnahme des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins vom 10.04.2014, S. 3.

457 BT-Drucks. 18/3562, S. 71.

des Vertretungsverhältnisses seitens des Verteidigers doch gewisse Fallkonstellationen, die jenseits des vom Angeklagten zu tragenden Risikos der Durchführbarkeit einer Verteidigung durch Vertretung (dazu unten Rdn. 51k) liegen und einer Verwerfung ohne Sachverhandlung ebenso entgegenstehen wie vergleichbare Sachverhalte im Falle des Nichterscheins zu Beginn des Termins oder im Falle des Sichertferrens nach Beginn – wie z.B. eine plötzliche Erkrankung (Herzinfarkt, Schlaganfall, Hörsturz), die dem Verteidiger die weitere Verteidigung unmöglich macht. Zumindest für solche und vergleichbare Fallkonstellationen bedarf die 2. Alt. der Nr. 1 (des Absatzes 1 S. 2) einer Einschränkung.<sup>458</sup>

#### 4. Nicht hinreichend entschuldigte Abwesenheit des Angeklagten

Sowohl dann, wenn der Verteidiger sich ohne genügende Entschuldigung entfernt hat als auch dann, wenn er den abwesenden Angeklagten nicht weiter vertritt, ist die Verwerfung ohne Sachentscheidung daran geknüpft, dass auch die **Abwesenheit des Angeklagten nicht hinreichend entschuldigt** ist. Absatz 1 S. 2 Nr. 1 folgt damit dem schon in Absatz 1 S. 1 enthaltenen Grundsatz, dass das verfahrensverzögernde Verhalten nur bei doppelter nicht genügender Entschuldigung die Verwerfung zur Folge hat. Auch wenn sich der Verteidiger ohne genügende Entschuldigung entfernt hat oder nicht weiter vertritt, darf die Berufung des Angeklagten daher nicht ohne Sachverhandlung verworfen werden, wenn der Angeklagte selbst zur Verhandlung erscheinen wollte, daran aber z.B. durch eine ihn am Erscheinen hindernde Erkrankung, einen Verkehrsunfall auf dem Weg zur Verhandlung oder einen unvorhersehbaren Verkehrsstau gehindert worden ist (zu weiteren Sachverhalten oben Rdn. 22 ff.). Auf der anderen Seite ist klar, dass der Angeklagte nicht genügend entschuldigt ist, wenn er die Vertretungsvollmacht selbst widerrufen hat und nicht erscheint.<sup>459</sup> Nicht so offensichtlich klar ist die Behandlung der Fälle, in denen der Angeklagte davon ausgeht, durch die sorgfältige Auswahl und Beauftragung eines Verteidigers mit schriftlicher Vertretungsvollmacht alles Notwendige getan zu haben und in dieser Vorstellung nicht zur Verhandlung erscheint. Die Gesetzesbegründung erachtet (auch) in diesem Fall das Ausbleiben des Angeklagten für nicht entschuldigt, was im Ergebnis Zustimmung verdient (näher oben Rdn. 18a).

51j

#### V. Abschließende Entscheidungen – Rechtsmittel

Ist es möglich, über die Berufung des abwesenden Angeklagten bei Anwesenheit des mit schriftlicher Vertretungsvollmacht ausgestatteten Verteidigers zur Sache abschließend zu verhandeln und zu entscheiden, so ergeht ein Sachurteil, das nach § 267 zu begründen und mit der Revision anfechtbar ist. Auf die Rüge, das über seine Berufung entscheidende Urteil habe nicht ergehen dürfen, »weil seine Anwesenheit in der Berufungshauptverhandlung erforderlich gewesen wäre«, kann die Revision dabei allerdings nach § 340 nicht gestützt werden – eine solche Rüge erschien dem Gesetzgeber als selbstwidersprüchliches Verhalten, das durch § 340 als zulässige Rüge explizit ausgeschlossen werden sollte.<sup>460</sup> Ergeht in dem nach Absatz 2 S. 1 begonnenen Verfahren über die Berufung des Angeklagten ein Verwerfungsurteil, weil sich der Verteidiger nach Beginn der Hauptverhandlung entfernt hat oder den nicht anwesenden Angeklagten nicht weiter vertritt oder weil der Angeklagte trotz Aufforderung nach Absatz 4 S. 1 nicht erscheint, so kann gegen dieses Prozessurteil Revision eingelegt oder Wiedereinsetzung nach Absatz 7 beantragt werden (näher dazu unten Rdn. 56 ff., 67 ff.).

51k

458 So im Ergebnis auch *Spitzer StV* 2016, 48 (51 f.).

459 Selbst wenn man annehmen wollte, dass die grundsätzliche Erscheinens- und Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Berufungsinstanz durch die Beauftragung des Verteidigers mit der Vertretung zunächst zurücktritt, würde sie doch in einem solchen Fall wiederaufleben.

460 Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks, 18/3562, S. 76.

## F. Berufung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft

- 52 Haben sowohl der Angeklagte als auch die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt, so kann das Berufungsgericht bei unentschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten und Nichterscheinen eines Verteidigers mit schriftlicher Vertretungsvollmacht in **zweierlei Weise** verfahren: Es kann entweder vorweg die Berufung des Angeklagten gemäß Absatz 1 S. 1 durch ein erstes Urteil verwerfen und dann über die Berufung der Staatsanwaltschaft verhandeln und in einem eigenen, *zweiten* Urteil entscheiden.<sup>461</sup> Es hat aber auch die Möglichkeit, über beide Rechtsmittel in *einem* Urteil zu entscheiden.<sup>462</sup>
- 53 Entschidet das Gericht in **zwei Urteilen**, so sind diese wegen ihrer inneren Verknüpfung **einheitlich zuzustellen**.<sup>463</sup> Die innere Verknüpfung beider Urteile hat auch **Folgen im Rechtsmittelbereich**: Wird das nach Absatz 1 S. 1 gegen den Angeklagten ergangene Verwerfungsurteil (mangels Erfüllung der Voraussetzungen des Absatzes 1 S. 1) aufgehoben, so kann auch das auf die Berufung der Staatsanwaltschaft hin nach Absatz 2 S. 1 ergangene Urteil keinen Bestand haben;<sup>464</sup> dasselbe gilt hinsichtlich eines Verwerfungsurteils nach Absatz 1 S. 1, wenn das auf die Berufung der Staatsanwaltschaft nach Absatz 2 S. 1 ergangene Urteil in der Revisionsinstanz wegen mangelhafter Ausführungen zum unentschuldigtem Ausbleiben aufgehoben wird.<sup>465</sup> An dieser inneren Verknüpfung fehlt es, wenn nach der Verwerfung der Berufung des unentschuldigtem ausgebliebenen Angeklagten nach dessen zwischenzeitlichem Erscheinen über die Berufung der Staatsanwaltschaft in Anwesenheit des Angeklagten verhandelt und entschieden worden ist: Wird hier das Urteil über die Berufung der Staatsanwaltschaft in der Revisionsinstanz aufgehoben, so berührt dies das über die Berufung des Angeklagten ergangene Verwerfungsurteil nicht.<sup>466</sup>

## G. Erzwingung der Anwesenheit des Angeklagten (Absatz 3)

- 54 Die Erzwingung der Anwesenheit des Angeklagten durch die Anordnung der Vorführung oder Verhaftung ist in § 329 Abs. 3 n.F. klarer geregelt als in § 329 Abs. 4 a.F. Das frühere Recht beschränkte sich auf die Aussage, dass die Vorführung oder Verhaftung anzuordnen sei, »sofern nicht nach Absatz 1 (Verwerfung der Berufung des Angeklagten) oder Absatz 2 (Abwesenheitsverhandlung über die Berufung der Staatsanwaltschaft) verfahren wird«. Dem ist zwar zu Recht entnommen worden, dass die sofortige Verwerfung der Berufung des nicht genügend entschuldigtem Angeklagten und die Abwesenheitsverhandlung über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegenüber der Anordnung von Maßnahmen zur Erzwingung der Anwesenheit vorrangig seien<sup>467</sup> und insoweit kein richterliches Ermessen bestehe<sup>468</sup>. Eine positive Antwort auf die Frage nach den Voraussetzungen der Anordnung der Maßnahmen zur Erzwingung der Anwesenheit des

461 RGSt 65, 231 (232); RGSt 67, 250; OLG Stuttgart NJW 1961, 1687; OLG Stuttgart NStZ 2000, 52.

462 OLG Karlsruhe NJW 1972, 1871; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 35; KK/Paul § 329 Rn. 18; LR/Gössel § 329 Rn. 88.

463 OLG Karlsruhe NJW 1972, 1871; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 17; Meyer-Goßner/Schmitt § 329 Rn. 31; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 27.

464 RGSt 61, 180 (181); RGSt 65, 231 (233); OLG Stuttgart NJW 1961, 1687 (1688).

465 OLG Karlsruhe NJW 1972, 1871 (1872); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 35; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 17; KK/Paul § 329 Rn. 18.

466 OLG Stuttgart NStZ 2000, 52 f.; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 51.

467 OLG Brandenburg wistra 2012, 43 f.; OLG Bremen MDR 1970, 165; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 21 (22); KG JR 1977, 34 f.; OLG Stuttgart NStZ 1982, 217 m.Anm. Sieg NStZ 1983, 40; OLG Stuttgart NStZ 1987, 377; OLG Zweibrücken NJW 1973, 2120; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 36; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 18; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 61; KK/Paul § 329 Rn. 20; Meyer-Goßner/Schmitt § 329 Rn. 45; Michel MDR 1991, 933; ausdrücklich i.d.S. auch die Begründung der Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 74.

468 OLG Brandenburg wistra 2012, 43; OLG Stuttgart NStZ 1987, 377; KK/Paul § 329 Rn. 20; s. auch oben Rdn. 48; ebenso BT-Drucks. 18/3562, S. 74.

Angeklagten ergibt sich daraus jedoch erst, wenn man hinzunimmt, wann eine Verwerfung der Berufung des Angeklagten oder eine Abwesenheitsverhandlung über die Berufung der Staatsanwaltschaft ausgeschlossen ist.

Die Neufassung des Gesetzes legt demgegenüber die Voraussetzung der Anordnung von Zwangsmaßnahmen zur Gewährleistung der Anwesenheit sofort positiv und ausdrücklich fest. Sie unterscheidet dabei zwischen Berufungen der Staatsanwaltschaft und Berufungen des Angeklagten: Bei Berufungen der **Staatsanwaltschaft** ist die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten anzuordnen, wenn die Hauptverhandlung über die Berufung der Staatsanwaltschaft ohne den Angeklagten nicht abgeschlossen werden kann. Nach dem oben (Rdn. 48) Gesagten ist das insbesondere dann der Fall, wenn die Anwesenheit des Angeklagten zur Erforschung der Wahrheit (Aufklärungspflicht), zur sachgerechten Rechtskonkretisierung oder aus bestimmten prozessualen Gründen unverzichtbar ist. Ob eine Vorführung oder Verhaftung zur Durchführung der Berufung des **Nebenklägers** angeordnet werden kann, war angesichts des bei fehlender Berufung der Staatsanwaltschaft offenbar fehlenden öffentlichen Interesses materiell schon auf der Basis des § 329 a.F. problematisch, wurde damals aber mit der Begründung bejaht, dass es sich bei der Vorführung und der Verhaftung um »Verfahrensweisen des Gerichts« handele, die nicht an die Berufungen bestimmter Verfahrensbeteiligter gebunden seien.<sup>469</sup> Diese Auffassung erscheint auf der Basis des neugefassten § 329 Abs. 3, der die Vorführung und Verhaftung ausschließlich auf Berufungen der Staatsanwaltschaft (und Berufungen des Angeklagten in den Fällen des § 329 Abs. 1 S. 4) beschränkt, nicht mehr vertretbar – eine Analogie kommt im Hinblick auf das Prinzip des Gesetzesvorbehalts angesichts der ersichtlich fehlenden gesetzlichen Eingriffsgrundlage nicht in Betracht.<sup>470</sup> Bei Berufungen des **Angeklagten** ist die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten zur Erzwingung seiner Anwesenheit allein dann anzuordnen, wenn die Berufung des Angeklagten nach einer Zurückverweisung durch das Revisionsgericht nicht verworfen werden darf (Absatz 1 S. 4)<sup>471</sup> und zur sachgerechten Durchführung der Hauptverhandlung über die Berufung die Anwesenheit des Angeklagten erforderlich ist.<sup>472</sup> In der Gesetzesfassung nicht mehr enthalten ist die im Regierungsentwurf noch vorgesehene Anordnung der Vorführung oder Verhaftung auch in dem Fall, in dem die Verwerfung der Berufung des nicht erschienenen Angeklagten wegen des Erscheinens eines mit schriftlicher Vertretungsvollmacht ausgestatteten Verteidigers nicht zulässig ist, also (nach Absatz 2 S. 1) verhandelt werden muss, sich aber zugleich zeigt, dass eine sachgerechte Durchführung dieser Berufung ohne den Angeklagten nicht möglich ist.<sup>473</sup> Gegen diese Regelung des Entwurfs war mit Recht eingewandt worden, dass Zwang gegen den Angeklagten ausscheide, wenn er allein zur Durchführung einer der Disposition des Angeklagten unterliegenden Berufung diene;<sup>474</sup> die richtige Lösung liege hier vielmehr in einer der Autonomie des Angeklagten Rechnung tragenden Regelung.<sup>475</sup> Diese findet sich nunmehr in Absatz 4 S. 1 (s. dazu näher oben Rdn. 51d und e).

54a

469 So OLG Köln, Beschl. v. 19.11.2012, III – 2 Ws 806/12, bei Juris Rn. 15 ff. = NStZ 2014, 296 = NStZ-RR 2013, 220; Meyer-Goßner/Schmitt § 329 Rn. 45.

470 Im Ergebnis ebenso, aber ohne Begründung BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 10.

471 So zum früheren Recht auch schon HK/Rautenberg § 329 Rn. 37; Meyer-Goßner/Schmitt § 329 Rn. 45; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 33.

472 So zu § 329 a.F. auch schon OLG Brandenburg wistra 2012, 43; KG JR 1977, 34; OLG Stuttgart NStZ 1982, 217 m.Anm. Sieg NStZ 1983, 40.

473 Zur Anordnung der Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten auch in diesem Fall vgl. § 329 Abs. 3 des Regierungsentwurfs v. 17.12.2014, BT-Drucks. 18/3562 mit unzureichender Begründung S. 74 f.

474 Vgl. dazu Frisch NStZ 2015, 69 (73) unter Berufung auf BVerfG StraFo 2007, 190 (193): »Zwangsmittel« seien »keine geeigneten Mittel, wenn es darum geht, das eigene Interesse des Angeklagten durchzusetzen«; dort auch weit. Nachw. I.S. der Unverhältnismäßigkeit der Vorführung und Verhaftung in diesem Fall auch BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 9.

475 S. dazu auch den Vorschlag von Frisch NStZ 2015, 69 (74 ff.), dem das heutige Gesetz in diesem Punkt entspricht; s. erg. zur Genese der jetzigen Gesetzesfassung auch »Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz« v. 17.06.2015, BT-Drucks. 18/5254, S. 3 und 5 sowie Spitzer StV 2016, 48 (54); krit. zur gesetzlichen Regelung Sommer StV 2016, 55 (58).



- 55 Die Anordnung der in Absatz 3 genannten Zwangsmaßnahmen ist auch in den Fällen, in denen für dieses Verfahren Raum ist (oben Rdn. 54), nur zulässig, wenn zugleich die **sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen** für eine **Vorführung** oder **Verhaftung** wegen unentschuldigter Ausbleibens erfüllt sind.<sup>476</sup> Erforderlich ist dementsprechend nicht nur, dass der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung unentschuldigter ferngeblieben ist. Die in Absatz 3 genannten Zwangsmaßnahmen müssen dem Angeklagten auch für den Fall unentschuldigter Fernbleibens in der Ladung angedroht worden sein (§ 332 i.V.m. § 216 Abs. 1 und § 230 Abs. 2); in den Fällen gesetzlich zulässiger Vertretung (Absatz 2 S. 1) muss – soweit Zwangsmittel hier überhaupt in Betracht kommen (oben Rdn. 54 a.E.) – das Berufungsgericht (nach den §§ 332, 236) das persönliche Erscheinen unter Androhung von Zwangsmaßnahmen bei Nichterscheinen angeordnet haben. Außerdem ist die Anordnung der Zwangsmaßnahmen strikt an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden; sie ist unzulässig, wenn es ihrer zum Abschluss des Verfahrens nicht bedarf oder sie unverhältnismäßig i.e.S. ist.<sup>477</sup>
- 55a Absatz 3 eröffnet dem Gericht zunächst die Möglichkeit, den unentschuldigter ausgebliebenen Angeklagten bei Erfüllung der in den Rdn. 54 und 55 genannten Voraussetzungen **unmittelbar vorführen** zu lassen und dadurch in geeigneten Fällen eine erneute Terminierung zu vermeiden. Erscheint dieser Weg aus tatsächlichen Gründen nicht erfolgversprechend und ist damit Termin zu einer neuen Hauptverhandlung anzuberaumen, so gibt Absatz 3 die Möglichkeit, für die **neue Hauptverhandlung** die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten anzuordnen, um die Durchführung dieser Hauptverhandlung sicherzustellen. Mangels Erforderlichkeit hat das Berufungsgericht jedoch von der Anordnung dieser Zwangsmaßnahmen abzusehen (insoweit kein Ermessen<sup>478</sup>), wenn zu erwarten ist, d.h. hinreichend verlässliche tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Angeklagte in der neu anzuberaumenden Hauptverhandlung erscheinen wird.<sup>479</sup> Nach allgemeinen Grundsätzen ist von der Anordnung der Zwangsmaßnahmen darüber hinaus auch abzusehen, wenn die Anordnung aus sonstigen Gründen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen würde. Letzteres ist – abgesehen von Fällen der Unverhältnismäßigkeit i.e.S. – insbesondere dann der Fall, wenn es der Anordnung als einer Sicherung des Verfahrensabschlusses nicht bedarf, weil sich das Verfahren in der (erneuten) Hauptverhandlung auch bei Abwesenheit des Angeklagten (nach Absatz 1 oder 2) prozessordnungsgemäß abschließen lässt.<sup>480</sup>

476 So auch die Begründung zur Neufassung des § 329, BT-Drucks. 18/3562, S. 74 f. – Zu Voraussetzungen und Einzelheiten dieser Zwangsmaßnahmen s. erg. HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 38 f.; SK-StPO/*Deiters* § 230 Rdn. 15 ff. und *Michel* MDR 1991, 933 f.; zur Unzulässigkeit einer Anordnung der Vorführung gegenüber einem im Ausland wohnhaften Angeklagten, wenn die Ladung keinen Hinweis darauf enthält, dass die Zwangsmaßnahmen im fremden Hoheitsgebiet nicht vollstreckt werden können, vgl. OLG Brandenburg NStZ 2015, 235 = StV 2015, 347 f.

477 BVerfG [K] NJW 2001, 1341 = NStZ 2001, 209 (dort mangelnde Erforderlichkeit der Maßnahmen); OLG Stuttgart NStZ 1987, 377; s. auch OLG Bremen MDR 1970, 165; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 37; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 62; HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 39; KMR/*Brunner* § 329 Rn. 50; LR/*Gössel* § 329 Rn. 92.

478 Zust. AnwK-StPO/*Rotsch/Gasa* § 329 Rn. 18; HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 21; KK/*Paul* § 329 Rn. 21.

479 So ausdrücklich § 329 Abs. 4 S. 2 a.E., auf deren Übernahme die Neufassung des § 329 im Hinblick auf die Geltung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip verzichtet hat, vgl. BT-Drucks. 18/3562, S. 75.

480 BVerfG [K] NJW 2001, 1341 = NStZ 2001, 209; OLG Brandenburg wistra 2012, 43 mit dem zutr. Hinweis, dass es »nicht Sache des Gerichts« sei, »dem Angeklagten Gelegenheit zur Durchführung der Hauptverhandlung mithilfe eines dafür nicht vorgesehenen Zwangsmittels zu verschaffen«; OLG Hamm, Beschl. v. 25.02.2013, III – 5 Ws 74/13, 5 Ws 74/13, bei Juris Ls. und Rn. 10; OLG Stuttgart NStZ 1987, 377; LG Zweibrücken VRS 112 (2007), 40 (für den Fall des Einspruchs gegen einen Strafbefehl).

## H. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Absatz 3)

### I. Wiedereinsetzung und Revision

Gegen ein Urteil nach Absatz 1 S. 1 oder 2, Absatz 2 oder Absatz 4 S. 2 stehen dem Angeklagten **zwei Rechtsbehelfe** zur Verfügung: die **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand nach Absatz 7 (i.V.m. den §§ 44, 45) und das gegen Urteile von Berufungsgerichten gegebene Rechtsmittel der **Revision** (§ 333). Beide Rechtsbehelfe können **zugleich** ergriffen werden – dann gilt § 342 Abs. 2; legt der Angeklagte ohne Verbindung mit einem Wiedereinsetzungsantrag nur Revision ein, so führt das nach § 342 Abs. 3 zum endgültigen Verlust der Wiedereinsetzung.<sup>481</sup> **56**

Die **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand setzt eine **versäumte Hauptverhandlung** voraus; sie zielt darauf, das Verfahren wegen fehlender Schuld an der Versäumung in den Zustand vor der Versäumung zurückzusetzen.<sup>482</sup> Sie kommt vor allem dann in Betracht, wenn das Berufungsgericht die Berufung ohne Rechtsverstoß verworfen hat, weil es von dem Entschuldigungsgrund des Angeklagten keine Kenntnis hatte und auch keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, der Angeklagte könne der Berufungshauptverhandlung ohne eigenes Verschulden ferngeblieben sein.<sup>483</sup> Dagegen **scheidet** die **Wiedereinsetzung** als Rechtsbehelf grds. **aus**, wenn gar kein Fall der Säumnis vorlag, weil der Angeklagte in der Hauptverhandlung durch einen (mit schriftlicher Vertretungsvollmacht versehenen) Verteidiger vertreten oder vom Erscheinen entbunden war.<sup>484</sup> Will der Angeklagte in einem solchen Fall die Beseitigung des Verwerfungsurteils erreichen, so ist dies im Wege der Revision über die Rüge möglich, dass bei der gegebenen Sachlage das Urteil **nicht hätte ergehen dürfen**;<sup>485</sup> zur Umdeutung des Wiedereinsetzungsgesuchs in solchen Fällen unten Rdn. 62. Gleiches gilt, wenn der Angeklagte sonst geltend machen will, dass das Urteil des Berufungsgerichts nicht hätte ergehen dürfen, sein Erlass rechtsfehlerhaft war.<sup>486</sup> Zu gewissen Erweiterungen des Anwendungsbereichs der Wiedereinsetzung bei Fehlen einer ordnungsgemäßen Ladung s. noch unten Rdn. 63. **57**

### II. Wiedereinsetzung – Frist

Der Angeklagte, der an einer Wiedereinsetzung interessiert ist, sollte diese in der Form des § 45 **beantragen** (Absatz 7: [»beanspruchen«] i.V.m. § 45 Abs. 1).<sup>487</sup> Ob eine Wiedereinsetzung bei versäumter Hauptverhandlung auch **von Amts wegen** nach § 45 Abs. 2 S. 3 in Betracht kommt, ist umstritten.<sup>488</sup> Für eine Gewährung der Wiedereinsetzung nur auf Antrag spricht nicht nur **58**

481 S. dazu z.B. BVerfG [K], Beschl. v. 29.03.2007, 2 BvR 2366/06, BeckRS 2007, 23772; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 21 sowie SK-StPO<sup>4</sup>/Frisch § 342 Rn. 6 ff.; zur Problematik der Vorschrift *Widmaier* FS Rieß, S. 621 ff.; wegen einer Ausnahme für den Fall der nicht ordnungsgemäßen Ladung und Zulassung einer Wiedereinsetzung von Amts wegen (dazu unten Rdn. 58) vgl. OLG Nürnberg NStZ-RR 2001, 302 = StV 2001, 339 (340).

482 OLG Düsseldorf StV 2009, 13.

483 OLG Brandenburg NStZ-RR 1997, 275; OLG Düsseldorf JMBL. NW 1982, 68; OLG Düsseldorf StV 1985, 52; OLG Düsseldorf StV 1987, 242; KK/Paul § 329 Rn. 22.

484 OLG Düsseldorf StV 1985, 52; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 39; HK/Rautenberg § 329 Rn. 41; KK/Paul § 329 Rn. 22; KMR/Brunner § 329 Rn. 39; eingeh. zum grundsätzlichen Verhältnis von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Revision in den Fällen des § 329 K. Meyer JR 1979, 122; ders. NStZ 1982, 523 und ders. NStZ 1986, 280 und – in Auseinandersetzung mit dessen Auffassung – Meyer-Göfner FS Hamm, S. 443 (445 ff.).

485 OLG Düsseldorf StV 2009, 13; KK/Paul § 329 Rn. 22.

486 OLG Düsseldorf StV 1985, 52; OLG Thüringen OLGSt StPO § 329 Nr. 25 S. 3 f.; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 49.

487 OLG Düsseldorf VRS 97 (1999), 132 (133); Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 40.

488 Bejahend OLG Düsseldorf NJW 1980, 1704 (für einen Fall der Versäumung der Hauptverhandlung nach § 74 Abs. 1 und 4 OWiG bei offensichtlichem Behördenverschulden und erkennbarem Willen des Betroffenen, das Verfahren fortzuführen); OLG Hamburg NStZ-RR 2001, 302 = StV 2001, 339 (bei

der Wortlaut des Absatzes 3 (Wiedereinsetzung »beanspruchen«), sondern auch die grundsätzliche Einsicht, dass es dem Willen des Angeklagten überlassen bleiben muss, ob er das Verfahren fortgesetzt wissen will.<sup>489</sup> Dem trägt auch die abweichende Auffassung insofern Rechnung, als sie eine Wiedereinsetzung daran knüpft, dass der Wille des Angeklagten zu neuer Verhandlung eindeutig zum Ausdruck gelangt sein muss.<sup>490</sup> Da eine solche Bekundung sich über § 300 in einen Wiedereinsetzungsantrag umdeuten lässt, besteht damit ein Unterschied zwischen den Auffassungen im Wesentlichen nur noch in den Fällen, in denen der Wille zur Fortsetzung nicht fristgerecht bekundet worden ist.<sup>491</sup> Insoweit gebührt der Vorzug aus Gründen der Rechtssicherheit der Auffassung, die auf Fristeinhaltung besteht<sup>492</sup> – was (zusammen mit dem Erfordernis des Fortsetzungswillens) praktisch auf eine Wiedereinsetzung allein bei fristgerecht eingegangenem Wiedereinsetzungsantrag hinausläuft. – Der Antrag ist an das **Berufungsgericht** zu richten. Ist der vom Angeklagten eingelegte Rechtsbehelf nicht eindeutig als Wiedereinsetzungsgesuch bezeichnet, so wird er gleichwohl nach § 300 in der Regel<sup>493</sup> dahin **auszulegen** sein, dass zunächst Wiedereinsetzung erstrebt ist und Revision für den Fall der Ablehnung der Wiedereinsetzung eingelegt sein soll.<sup>494</sup>

- 59 Der Antrag ist nach Absatz 7, der eine Sonderregelung gegenüber § 45 Abs. 1 darstellt<sup>495</sup>, **binnen einer Woche** nach Zustellung (einschließlich Ersatzzustellung) des nach Absatz 1 S. 1 oder S. 2, Absatz 2 oder Absatz 4 S. 2 ergangenen Urteils anzubringen. Der Angeklagte darf diese Frist bis zu ihrer Grenze ausschöpfen, er hat nicht etwa vor der Zustellung des Urteils Nachforschungen nach dem Ausgang der Hauptverhandlung anzustellen.<sup>496</sup> Freilich ist er berechtigt, auch schon vor der Zustellung Wiedereinsetzung zu beantragen. Insbesondere dem verspätet mit genügender Entschuldigung erschienenen Angeklagten kann auf seinen Antrag hin gegen das soeben ergangene Verwerfungsurteil sofort (in einem nicht zur Hauptverhandlung gehörenden Beschluss) Wiedereinsetzung gewährt werden, um auf dieser Grundlage die Hauptverhandlung noch alsbald durchzuführen bzw. im Fall des Absatzes 2 von Neuem zu beginnen.<sup>497</sup> Hat der Angeklagte andererseits die Frist des Absatzes 7 ohne sein Verschulden versäumt, so kann gegen die Versäumung dieser Frist Wiedereinsetzung gewährt und der Angeklagte damit in die Lage versetzt werden, den Antrag auf Wiedereinsetzung in den Stand vor der versäumten Hauptverhandlung nachzuholen.<sup>498</sup>

Fehlen einer wirksamen Ladung); LG Siegen NJW 1976, 2359 (Fiktion der Antragstellung bei eindeutigen Willen, die Berufungshauptverhandlung herbeizuführen); KK/*Maul* § 45 Rn. 17; KMR/*Brunner* § 329 Rn. 40; a.A. (in der Sache) OLG Düsseldorf VRS 97 (1999), 132; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 314; AnwK-StPO/*Rotsch/Gasa* § 329 Rn. 20; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 54; HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 47; HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 19; KK/*Paul* § 329 Rn. 22; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 40; Pfeiffer § 329 Rn. 11; Schlüchter Rn. 685.2; eingeh. Darstellung des Meinungsstands bei OLG Köln VRS 97 (1999), 270 (273 ff.) und OLG Köln StraFo 2001, 266 (267 f.) = NStZ-RR 2002, 142 (143), das die Entscheidung über die Frage offenlässt.

489 OLG Hamm NStZ-RR 2009, 314 (315); Meyer-Göfner/Schmitt § 45 Rn. 12, § 329 Rn. 40.

490 Bei fehlender Ladung auch hierauf verzichtend aber wohl OLG Hamburg NStZ-RR 2001, 302 (303).

491 Vgl. den Fall OLG Hamm NStZ-RR 2009, 314 (315), wo freilich auch die Willensbekundung selbst unklar war.

492 Zutr. OLG Hamm NStZ-RR 2009, 314 (315).

493 Zu einem Ausnahmefall OLG Karlsruhe Justiz 1975, 78.

494 KG HRR 1930 Nr. 1571; AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 40; HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 46; LR/*Gössel* § 329 Rn. 113; s. auch SK-StPO/*Frisch* § 315 Rdn. 4, 7.

495 OLG Oldenburg StraFo 2011, 280.

496 OLG Düsseldorf NStZ 1992, 99; HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 19; KK/*Paul* § 329 Rn. 23.

497 HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 49; LR/*Gössel* § 329 Rn. 121; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 40; Radtke/Hohmann/*Beukelmann* § 329 Rn. 28.

498 Vgl. OLG Nürnberg, Beschl. v. 30.03.2010, 2 Ws 500/09, bei Juris, für einen Fall der Versäumung der Frist des Absatzes 7 bei Verteidigerwechsel und unterlassener Mitteilung des Gerichts nach § 145a Abs. 3 S. 2; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 54.

### III. Wiedereinsetzungsgründe

**Grund** für eine Wiedereinsetzung in den Fällen der Säumnis nach Absatz 1, Absatz 2 S. 1 Hs. 3 Alt. 2 oder Absatz 4 S. 2 besteht, wenn der Angeklagte die Hauptverhandlung **ohne sein Verschulden versäumt** hat (Absatz 7 i.V.m. § 44 S. 1) und auch kein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht für ihn erschienen ist – es also zu einem »Versäumnisurteil«<sup>499</sup> (insb. nach Absatz 1 S. 1 und Absatz 4 S. 2) oder »Abwesenheitsurteil« (nach Absatz 2 S. 1 Hs. 3 Alt. 2) gekommen ist (nicht dagegen, wenn der Angeklagte bis zur Urteilsverkündung wirksam vertreten worden ist<sup>500</sup>). Die Anforderungen dürfen an das fehlende Verschulden nicht überspannt werden, da durch die Wiedereinsetzung das Grundrecht auf rechtliches Gehör gesichert werden soll.<sup>501</sup> Grds. wird man annehmen müssen, dass all die Sachverhalte, die nach der ebenfalls weiten Auslegung des Begriffs der »genügenden Entschuldigung« im Falle ihres Bekanntseins »genügende Entschuldigung« wären (und damit das Verfahren nach Absatz 1, Absatz 2 oder Absatz 4 S. 2 sperrten), eine Versäumung ohne Verschulden i.S. der Wiedereinsetzung begründen – also z.B. Krankheit, die nach Art und Auswirkungen ein Erscheinen (Absatz 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1, Absatz 2 S. 1 Hs. 3 Alt. 2, Absatz 4 S. 2) oder die weitere Anwesenheit (Absatz 1 S. 2 Nr. 2) des Angeklagten in der Hauptverhandlung unmöglich oder unzumutbar macht,<sup>502</sup> fehlerhafte (Rechts-)Auskunft durch den Verteidiger<sup>503</sup> oder sonstiges (bloßes) Verteidigerverschulden,<sup>504</sup> Nichterreichung des Termins allein wegen erheblicher Verspätung des öffentlichen Verkehrsmittels (s. oben Rdn. 29) oder eines erheblichen (Mit-)Verschuldens der Justiz (Kauf einer Fahrkarte, mit der der Angeklagte den Gerichtsort nicht erreichen konnte<sup>505</sup>), nicht aber eine Säumnis, die darauf beruht, dass der Angeklagte auf der Fahrt zum Gericht in einen vorauszu sehenden morgendlichen Verkehrsstau geraten ist<sup>506</sup>. Ein Wiedereinsetzungsgrund für den Angeklagten liegt nach der Neufassung des § 329 auch dann vor, wenn der mit der Vertretung beauftragte Verteidiger für sein Nichterscheinen oder sein Entfernen eine genügende Entschuldigung geltend machen kann.<sup>507</sup> Entsprechendes wird man annehmen müssen, wenn die Beendigung der Vertretung nach Absatz 1 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 auf einem entschuldigenden Sachverhalt (z.B. einem Herzanfall) beruht.<sup>508</sup> Wegen weiterer Einzelheiten zur »genügenden Entschuldigung« oben Rdn. 23–29.

Der Angeklagte muss in seinem Antrag innerhalb der Frist des Absatzes 7<sup>509</sup> darlegen und belegen, dass ein Sachverhalt vorgelegen hat, der den rechtlichen Voraussetzungen eines Wiedereinsetzungsgrundes (»Versäumung ohne Verschulden«) genügt (Absatz 7 i.V.m. § 45 Abs. 2 S. 1). Er muss also die **Tatsachen im Einzelnen darlegen**, die den beanspruchten Wiedereinsetzungsgrund darstellen (sollen), und diese Tatsachen **glaubhaft machen**;<sup>510</sup> anders als in der Berufungsverhandlung trifft das Gericht im Rahmen des Wiedereinsetzungsverfahrens keine Auf-

499 Terminologie nach BGHSt 24, 143 (149).

500 So ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 75; *Spitzer StV* 2016, 48 (55).

501 OLG Karlsruhe NJW 1974, 1152; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 41; LR/Gössel § 329 Rn. 115.

502 OLG Düsseldorf NStZ 1984, 331; OLG Düsseldorf StV 1987, 9 (10); OLG Düsseldorf StV 1994, 364; OLG Düsseldorf wistra 1996, 158 (159); OLG Köln VRS 72 (1992), 442.

503 OLG Hamm NStZ-RR 1997, 113.

504 OLG Karlsruhe NStZ 1988, 471.

505 OLG Thüringen, Beschl. v. 14.07.2008, 1 Ss 135/08, bei Juris.

506 OLG Düsseldorf wistra 1991, 79.

507 Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3562, S. 75 f.; *Spitzer StV* 2016, 48 (55)

508 *Spitzer StV* 2016, 48 (55); s. erg. oben Rdn. 51g.

509 OLG Braunschweig NStZ 2014, 289 f.; OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2005, 262.

510 OLG Düsseldorf VRS 97 (1999), 132; OLG Düsseldorf StraFo 2000, 126; OLG Hamburg, Beschl. v. 09.02.2015, 2 Ws 12/15, 2 Ws 12/15 – 1 OBL 6/15, bei Juris Rn. 20 f. = StraFo 2015, 145 = StV 2015, 535; OLG Hamm VRS 96 (1999), 439 (441); OLG Hamm NZV 2009, 158; OLG Köln VRS 99 (2000), 270 (272); OLG Köln StraFo 2001, 266 (267); OLG Schleswig SchlHA 2001, 133; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 54; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 42; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 30.

klärungspflicht.<sup>511</sup> Die Darlegung der Tatsachen muss dabei so genau und vollständig sein, dass sie eine Beurteilung der Frage ermöglicht, wie und durch welche Umstände es zur Versäumung gekommen ist,<sup>512</sup> ob es sich also um einen Fall unverschuldeter oder verschuldeter Säumnis handelt.<sup>513</sup> Nicht vorgetragen werden müssen allerdings Tatsachen, die allgemeinkundig oder aktenkundig sind.<sup>514</sup> Zur Glaubhaftmachung einer nach Art und Gewicht entschuldigenden Krankheit genügt ein privatärztliches Attest,<sup>515</sup> allerdings nur, wenn es hinreichend konkret das Vorliegen eines für eine Entschuldigung ausreichenden Krankheitszustands bestätigt,<sup>516</sup> nicht, wenn es unsubstantiiert »Krankheitsgründe« oder »Verhandlungsunfähigkeit« anführt,<sup>517</sup> und auch nicht, wenn es nur »Arbeitsunfähigkeit« bescheinigt.<sup>518</sup> Das Attest ist i.d.R. im Original vorzulegen.<sup>519</sup>

- 62 Der Wiedereinsetzungsantrag kann grds. nur auf **Tatsachen** gestützt werden, die dem **Berufungsgericht** nicht bekannt waren und die es daher **noch nicht gewürdigt** hat (ganz h.M.).<sup>520</sup> Denn es ist nicht Sinn des Wiedereinsetzungsverfahrens, das Berufungsgericht zu einer nochmaligen Entscheidung über Tatsachen zu veranlassen, die es bereits in seinem Urteil verwertet und dahingehend gewürdigt hat, dass sie das Ausbleiben des Angeklagten nicht genügend entschuldigenden. Hält der Angeklagte die bereits erfolgte Würdigung seitens des Berufungsgerichts für unzutreffend und rechtsfehlerhaft, so muss er dies mit der Revision geltend machen;<sup>521</sup> freilich kann ein insoweit erfolgloses Wiedereinsetzungsgesuch in eine Revision gegen das Verwerfungsurteil **umgedeutet** werden.<sup>522</sup> Auch auf neue Beweismittel für die vom Berufungsgericht schon als nicht ausreichend erachteten Tatsachen kann der Wiedereinsetzungsantrag nicht gestützt werden.<sup>523</sup> Dem Berufungsgericht bereits bekannte Tatsachen können vielmehr allenfalls im Zusammenhang mit neuen, dem Berufungsgericht noch nicht bekannten Tatsachen, die die bekannten Tatsachen in einem anderen Licht erscheinen lassen, zur Begründung des Wiedereinsetzungs-

511 OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.01.2014, 1 Ws 380/13, bei Juris Ls. 4 und Rn. 8 = NStZ 2014, 289 (290); KG, Beschl. v. 02.11.2009, 3 Ws 624/09, 1 AR 175/09, bei Juris Rn. 4.

512 OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 169; OLG Frankfurt, Beschl. v. 06.05.2014, 3 Ws 388/14, bei Juris Rn. 1 f.; OLG Hamm SVR 2007, 472; KG, Beschl. v. 28.08.2014, 4 Ws 70/14, bei Juris Rn. 5 = Jur-Büro 2015, 43 f. = OLGSt StPO § 44 Nr. 41.

513 OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2005, 262 (Nr. 29): »Schlüssigkeitsprüfung«; ebenso BeckOK-StPO/ Eschelbach § 329 Rn. 54.

514 KG NStZ-RR 2006, 120 (121); OLG Köln VRS 99 (2000), 270 (272); OLG Köln StraFo 2001, 266 (267) = NStZ-RR 2002, 142 (143) m.w.N.

515 OLG Düsseldorf VRS 90 (1996), 184 (186); OLG Düsseldorf StraFo 1997, 118.

516 KG, Beschl. v. 28.08.2014, 4 Ws 70/14, bei Juris Rn. 5 f. = OLGSt StPO § 44 Nr. 41.

517 OLG Braunschweig NStZ 2014, 289 f.; KG StraFo 2007, 244; OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2005, 258; LG Gießen, Beschl. v. 25.04.2012, 7 Qs 51/12, bei Juris Rn. 14.

518 OLG Köln NStZ-RR 2009, 112.

519 OLG Düsseldorf StraFo 1997, 118.

520 Vgl. etwa OLG Brandenburg NStZ-RR 1997, 275; OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.03.2011, (1) 53 Ss 19/11 (5/11), bei Juris Rn. 3; OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.05.2012, (2) 53 Ss 60/12 (22/12), bei Juris Rn. 5; OLG Düsseldorf StV 1987, 242; OLG Düsseldorf NStZ 1992, 99 (100); OLG Düsseldorf wistra 1996, 158; OLG Düsseldorf VRS 97 (1999), 139; OLG Düsseldorf wistra 2003, 399 (400); OLG Düsseldorf StV 2009, 13; OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.11.2012, 3 Ws 928/12, bei Juris Ls. 1 und Rn. 5; OLG Hamm StV 1997, 346 (347); OLG Hamm wistra 2008, 40; KG NStZ-RR 2006, 183 (184); OLG München NStZ 1988, 377 (378); OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2005, 262 (263, Nr. 30); OLG Thüringen OLGSt StPO § 329 Nr. 25 S. 1, 3; noch restriktiver OLG Düsseldorf StV 2009, 13: »... nicht bekannt waren noch bekannt sein mussten«.

521 OLG Hamm StV 1997, 345 (347) = wistra 1997, 157; OLG Düsseldorf VRS 97 (1999), 139; Radtke/ Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 30.

522 OLG Köln StV 1989, 53; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 19.

523 OLG Düsseldorf NStZ 1992, 99 (100); OLG Hamburg MDR 1991, 469; OLG Hamm JMBL NW 1978, 32 (33); OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2005, 262 (263, Nr. 30); AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 20; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 57.

antrags verwendet werden.<sup>524</sup> Eine Ausnahme von der Unzulässigkeit des Vorbringens von dem Berufungsgericht bereits bekannten Entschuldigungsgründen gilt nur für solche bereits vorgebrachten Entschuldigungsgründe, mit denen sich das Berufungsgericht in seinen Urteilsgründen nicht oder nur in Gestalt vager Vermutungen<sup>525</sup> auseinandergesetzt hat, so dass es naheliegt, dass insoweit bisher auch eine tatsächliche Würdigung noch nicht erfolgt ist;<sup>526</sup> freilich kommt in solchen Fällen auch die Revision in Betracht. Entschuldigende Umstände, die das Berufungsgericht bei Wahrnehmung seiner Aufklärungspflicht hätte erkennen können, begründen zwar (über die Aufklärungsrüge, s. unten Rdn. 74) ebenfalls die Revision; da sie vom Berufungsgericht bislang noch nicht gewürdigt worden sind, lässt die Rechtsprechung im Interesse der Offenhaltung des schnelleren und einfacheren Weges der Wiedereinsetzung jedoch auch ihre Geltendmachung im Wiedereinsetzungsverfahren zu.<sup>527</sup>

**Umstritten** ist, ob im Rahmen der Wiedereinsetzung (als ausreichender Grund für eine Wiedereinsetzung) auch das **Fehlen einer ordnungsgemäßen Ladung** vorgebracht werden kann. An sich ist der nicht ordnungsgemäß geladene Angeklagte im Falle seines Nichterscheins gar nicht säumig und das Verwerfungsurteil daher mangels Erfüllung der Verwerfungsvoraussetzungen fehlerhaft (desgleichen ein Urteil nach Absatz 2 S. 1). Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur verneint daher für derartige Sachverhalte die Einschlägigkeit des Wiedereinsetzungsverfahrens und verweist auf die Anfechtbarkeit des fehlerhaften Urteils mit der Revision<sup>528</sup> bzw. bejaht die Möglichkeit, bei Geltendmachung des Fehlers außerhalb der Revision das Verwerfungsurteil für gegenstandslos zu erklären.<sup>529</sup> Vorzugswürdig erscheint demgegenüber die h.M., die den Nichtsäumigen dem Säumigen gleichstellt und dem Angeklagten – unter der Voraussetzung der Kausalität des Ladungsmangels für das Nichterscheinen<sup>530</sup> – ohne Rücksicht auf ein Verschulden die Möglichkeit eröffnet, die fehlende oder unwirksame Ladung im Wege der Wiedereinsetzung geltend zu machen, wenn das Berufungsgericht das Fehlen oder die Unwirksamkeit *übersehen* hat.<sup>531</sup>

63

524 OLG Düsseldorf VRS 90 (1996), 184; OLG Düsseldorf wistra 1996, 158; OLG Thüringen, Beschl. v. 12.04.2006, 1 Ws 82/06, bei Juris Rn. 4 und OLG Thüringen OLGSt StPO § 329 Nr. 25 S. 1, 3; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 57; HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 20; KK/*Paul* § 329 Rn. 23; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 42.

525 KG NStZ-RR 2006, 183 (184).

526 Vgl. OLG Düsseldorf OLGSt StPO § 44 Nr. 31; OLG Dresden NJW 2000, 3295 (3296); OLG Hamm NStZ-RR 1997, 368 (369) m.w.N.; OLG München NStZ 1988, 377; OLG Thüringen, Beschl. v. 12.04.2006, 1 Ws 82/06, bei Juris Rn. 4, 5; HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 44.

527 OLG Köln StV 1989, 53; OLG München NStZ 1988, 377; LG Berlin VRS 121 (2011), 336; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 49 a.E.; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 42; a.A. OLG Düsseldorf StV 1985, 52; OLG Düsseldorf StV 1987, 242.

528 KG JR 1976, 425 m. abl. Anm. *Wendisch*; KG NStZ-RR 2006, 120 (121) mit Ausnahmen für Fälle, in denen die Möglichkeit einer Geltendmachung im Wege der Revision – wie z.B. nach § 55 Abs. 2 JGG – nicht besteht; OLG Saarbrücken MDR 1987, 695; LG Göttingen Nds. Rpfl. 1990, 11; K. *Meyer* NStZ 1982, 523; *ders.* NStZ 1986, 280.

529 OLG Karlsruhe NJW 1981, 471 = JR 1981, 129 m. abl. Anm. *Wendisch* und abl. Bespr. von *Dittmar* NJW 1982, 209 (211).

530 OLG Köln NStZ-RR 2002, 142; eine Ausnahme hiervon für den Fall der öffentlichen Zustellung bei OLG Köln, Beschl. v. 09.12.2014, III – 1 RVs 167/14, bei Juris Ls. 1 und Rn. 13 = NStZ-RR 2015, 317 f.

531 BGH NJW 1987, 1776 (1777 a.E.); OLG Celle JR 1979, 121 m. abl. Anm. *Meyer*; OLG Düsseldorf MDR 1987, 868 (869); OLG Frankfurt JR 1986, 213 m. Anm. *Hilger* = NStZ 1986, 279 m. abl. Anm. *Meyer*; OLG Frankfurt NStZ-RR 1996, 75; OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 174; OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 174; OLG Frankfurt NStZ-RR 2010, 349; OLG Hamburg NStZ-RR 2001, 302; OLG Hamm NStZ 1982, 521 m. abl. Anm. *Meyer*; OLG Hamm VRS 107 (2004), 109 (110); OLG Hamm NStZ-RR 2009, 314; OLG Hamm, Beschl. v. 11.09.2014, III – 1 RVs 167/14, bei Juris Ls. 2 und Rn. 13 = NStZ-RR 2015, 317 f.; OLG Karlsruhe Justiz 1997, 180; OLG Karlsruhe VRS 115 (2008), 196 f.; OLG Köln VRS 99 (2000), 270; OLG Köln StraFo 2001, 266 m.w.N.; OLG Köln NStZ-RR 2002, 142; OLG Köln, Beschl. v. 09.12.2014, III – 1 RVs 167/14, bei Juris Ls. 2 und Rn. 13 = NStZ-RR 2015, 317 f.; OLG Schleswig SchlHA 1997, 172; OLG Schleswig

Für sie sprechen nicht nur Praktikabilitäts<sup>532</sup> und Gerechtigkeitsabwägungen;<sup>533</sup> auch von der Ratio der Wiedereinsetzung her erscheint es sinnvoll, dem Berufungsgericht selbst die Berücksichtigung von Sachverhalten zu ermöglichen, die es (wie das Fehlen oder einen bestimmten Fehler der Ladung) regelmäßig schlicht übersehen hat (insoweit liegt es anders als in den Fällen der Rdn. 62, wo dem Gericht eine Änderung seiner ausdrücklich erfolgten Würdigung angezogen würde).<sup>534</sup> Für die Geltendmachung der Ladungsmängel im Wiedereinsetzungsverfahren gelten dabei entsprechende Anforderungen wie im Rechtsmittelverfahren.<sup>535</sup> Im Falle einer Ersatzzustellung muss demnach bei nicht offen- oder aktenkundigen Ladungsmängeln die der Ersatzzustellung zukommende Beweiskraft bzw. Indizwirkung durch die schlüssige und plausible Darlegung konkreter gegenteiliger Anhaltspunkte entkräftet werden; die schlichte Behauptung, nicht mehr an der Zustellungsanschrift gewohnt zu haben, genügt nicht.<sup>536</sup>

#### IV. Entscheidung über die Wiedereinsetzung – Rechtsmittel

- 64 Das Berufungsgericht entscheidet über den Wiedereinsetzungsantrag durch **Beschluss** in der für Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung maßgebenden Besetzung. Die Entscheidung ergeht normalerweise **nach Ablauf der in Absatz 7** vorgesehenen Frist von einer Woche nach Zustellung des Urteils.<sup>537</sup> Eine **ablehnende** Entscheidung darf das Gericht im Hinblick auf das Recht des Antragstellers, die Frist auszuschöpfen (oben Rdn. 59) und den Antrag noch innerhalb der Frist zu ergänzen,<sup>538</sup> erst nach Ablauf der Frist des Absatzes 7 treffen,<sup>539</sup> wobei eine für den Fristlauf wirksame Zustellung vorausgesetzt ist, die ihrerseits nach § 273 Abs. 4 die vorherige Fertigstellung des Protokolls voraussetzt<sup>540</sup> – fehlt es an einer solchen, so ist der die Wiedereinsetzung ablehnende Beschluss auf die sofortige Beschwerde (unten Rdn. 66) hin aufzuheben.<sup>541</sup> Schon vor Ablauf der Frist des Absatzes 7 zulässig und in den oben Rdn. 59 genannten Fällen zweckmäßig ist dagegen eine dem Wiedereinsetzungsgesuch **stattgebende** Entscheidung (z.B. Wiedereinsetzung im unmittelbaren Anschluss an die Hauptverhandlung<sup>542</sup>).
- 65 **Folge.** Mit der Gewährung der Wiedereinsetzung wird das Urteil, dem gegenüber der Angeklagte Wiedereinsetzung beantragt hat, **beseitigt**; einer ausdrücklichen Aufhebung bedarf es dazu nicht.<sup>543</sup> Ist in derselben Sache auf die Berufung der Staatsanwaltschaft hin wegen der gleichen Säumnis ein eigenes Urteil ergangen (s. dazu oben Rdn. 53), so wird auch dieses Urteil

SchlHA 2005, 263 (D/D, Nr. 31); OLG Stuttgart Justiz 2003, 489; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 19; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 55; HK/Rautenberg § 329 Rn. 43; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 19; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 41; Pfeiffer § 329 Rn. 11; Roxin/Schünemann § 54 Rn. 27; einschr. auf den Fall, dass das Verwerfungsurteil nicht mehr mit der Revision anfechtbar ist, OLG Düsseldorf NStZ 1987, 523 f.; einschr. auch Schlüchter Rn. 685.4: nicht bei Verschulden des Angeklagten.

532 OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2005, 263 (Nr. 31); Gollwitzer FS Kleinknecht, S. 147 (165 f.).

533 Gollwitzer FS Kleinknecht, S. 147 (165 f.); Wendisch JR 1976, 426 f.

534 Eingeh. und überzeugend dazu Meyer-Göfner FS Hamm, S. 443 ff., der zutr. auf Parallelen einer solchen Fehlerbeseitigung durch den iudex a quo in der neueren Gesetzgebung hinweist (S. 454 ff.).

535 OLG Frankfurt NStZ-RR 2010, 349; OLG Stuttgart Justiz 2003, 489 (490); s. erg. unten Rdn. 68.

536 OLG Hamm VRS 101 (2001), 439 (440); OLG Hamm, Beschl. v. 06.10.2009, 3 Ss 425/09, bei Juris Rn. 7–9 und OLG Stuttgart Justiz 2003, 489 f.; auch BVerfG NStZ-RR 1997, 70 f.; OLG Karlsruhe VRS 115 (2008), 196 (197).

537 OLG Düsseldorf NStZ 1998, 637.

538 OLG Düsseldorf NStZ 1998, 637; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 54, 60.

539 OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 28 S. 1, 2.

540 OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 28 S. 2; LG Zweibrücken VRS 123 (2012), 128; Meyer-Göfner/Schmitt § 273 Rn. 34, je m.w.N.

541 OLG Bamberg OLGSt StPO § 329 Nr. 28 S. 2; LG Zweibrücken VRS 123 (2012), 128.

542 LR/Gössel § 329 Rn. 121; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 19; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 40.

543 OLG Stuttgart NJW 1961, 1687 (1688); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 43; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 44.

hinfällig, da es ebenfalls eine – nunmehr beseitigte – Folge der Säumnis ist.<sup>544</sup> Es ist daher über beide Berufungen erneut zu entscheiden.<sup>545</sup> Bleibt der Angeklagte im neuen Verhandlungstermin ebenfalls aus, so ist bei Vorliegen der Voraussetzungen wiederum nach Absatz 1 S. 1 oder Absatz 2 S. 1 zu verfahren.<sup>546</sup>

Gegen die Versagung der Wiedereinsetzung ist nach § 46 Abs. 3 **sofortige Beschwerde** zulässig. 66  
Stellt der Angeklagte zugleich einen Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Wiedereinsetzungsfrist, so kann das Oberlandesgericht – abweichend von § 46 Abs. 1 – zusammen mit der Beschwerde auch über diesen Antrag entscheiden.<sup>547</sup>

## I. Revision

### I. Zulässigkeit und Zulässigkeitseinschränkungen

Die Urteile nach Absatz 1, Absatz 2 und Absatz 4 S. 2 können (allerdings nicht vom Nebenkläger<sup>548</sup>) mit der Revision angegriffen werden (§ 333). Diese ist auch i.V.m. einem Wiedereinsetzungsantrag zulässig; in diesem Fall ist die Entscheidung über die Revision bis zur Rechtskraft der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag aufgeschoben (§ 342 Abs. 2 S. 2). Die **Einschränkungen** der Zulässigkeit der Revision im **Jugendstrafrecht** gelten auch gegenüber dem Prozessurteil nach Absatz 1: Wird die Berufung eines Jugendlichen nach Absatz 1 S. 1 verworfen, so kann dieser nach § 55 Abs. 2 JGG nicht mehr Revision einlegen,<sup>549</sup> Gleiches gilt, wenn bei einem Heranwachsenden Jugendstrafrecht angewandt worden ist (§ 109 Abs. 2).<sup>550</sup> In diesen Fällen bleibt allein die Möglichkeit der Wiedereinsetzung.<sup>551</sup> Die **Revisionseinlegungsfrist**, die bei einem Abwesenheitsurteil gemäß § 341 Abs. 2 grds. von der Zustellung des Urteils abläuft, beginnt bei einem **ausländischen Verurteilten** im Hinblick auf § 187 Abs. 2 GVG erst mit der Zustellung eines Urteils (samt Rechtsmittelbelehrung), das in eine ihm verständliche Sprache übersetzt ist.<sup>552</sup>

### II. Verfahrensregeln und Sachrüge

Will der Angeklagte die fehlerhafte Anwendung des Absatzes 1 S. 1 oder S. 2 des Absatzes 2 S. 1 68  
oder des Absatzes 4 S. 2 geltend machen, so muss er dies rügen; denn zu den (Verfahrens-)Voraussetzungen der Verwerfung, die das Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen hat, gehört das unentschuldigte Ausbleiben des Angeklagten zu Beginn der Berufungsverhandlung nicht.<sup>553</sup>

544 RGSt 61, 180 (181); RGSt 65, 231 (233); OLG Stuttgart NJW 1961, 1687 (1688); s. auch OLG Karlsruhe NJW 1972, 1871 (1872); KK/Paul § 329 Rn. 24.

545 RGSt 61, 180; RGSt 65, 231 (233); AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 21; Meyer-Goßner/Schmitt § 329 Rn. 44.

546 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 43; HK/Rautenberg § 329 Rn. 48; KK/Paul § 329 Rn. 24; Küper NJW 1977, 1275 (1276).

547 KG OLGSt StPO § 46 Nr. 7; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 21; Meyer-Goßner/Schmitt § 329 Rn. 44a.

548 OLG Hamm NStZ-RR 2001, 288; (auch nicht, wenn ein Ausspruch über den Ersatz seiner Auslagen fehlt) BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 63.

549 OLG Düsseldorf MDR 1994, 1141; OLG Dresden, Beschl. v. 26.11.2009, 2 Ss 652/09, bei Juris; KG NStZ-RR 2006, 120 (121); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 45; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 64; KK/Paul § 329 Rn. 14; LR/Gössel § 329 Rn. 106; Meyer-Goßner/Schmitt § 329 Rn. 46.

550 BGHSt 30, 98 = JR 1982, 123 m. zust. Anm. Brunner.

551 BGHSt 30, 98 (104); KG NStZ-RR 2006, 120 (121); KG, Beschl. v. 27.02.2002, 1 AR 217/02, bei Juris Rn. 3.

552 OLG München, Beschl. v. 18.11.2013, 4 StRR 120)13, bei Juris = StV 2014, 532 ff.

553 BGHSt 15, 287; OLG München NJW 2008, 3797; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 66.



Nach h.M. muss er dabei die **Verfahrensrüge** erheben.<sup>554</sup> Der Angeklagte muss damit nach § 344 Abs. 2 S. 2 die Tatsachen vortragen, aus denen sich die Verletzung des Absatzes 1, des Absatzes 2 oder des Absatzes 4 S. 2 ergeben soll<sup>555</sup> – also z.B. das Fehlen einer ordnungsgemäßen Ladung<sup>556</sup> oder Tatsachen, die einen für das Berufungsgericht erkennbaren Entschuldigungssachverhalt begründen,<sup>557</sup> bei Berufung auf eine Erkrankung also die Angabe der Art der Erkrankung, eine Darstellung der aktuell im Terminzeitpunkt bestehenden Symptomatik und die Darlegung der daraus zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung resultierenden konkreten körperlichen oder geistigen Beeinträchtigungen.<sup>558</sup> Eine Wiederholung der im Urteil bereits enthaltenen Feststellungen ist freilich entbehrlich,<sup>559</sup> so dass die Anforderungen an die Rüge der Verletzung des Absatzes 1 in den Fällen, in denen sich die Umstände des Nichterscheins, die dafür vorgebrachten Gründe und die Beurteilung des Ausbleibens bereits aus dem Urteil selbst ergeben, nicht hoch sind.<sup>560</sup> Allerdings muss der Revision doch jedenfalls zu entnehmen sein, dass der Angeklagte die Verletzung des § 329, etwa die Verkenning der Rechtsbegriffe des »Ausbleibens« oder der »genügenden Entschuldigung« rügen will.<sup>561</sup> Höhere Anforderungen in Bezug auf notwendige Darlegungen gelten, wenn das Urteil sich mit möglichen Entschuldigungsgründen nicht auseinandersetzt<sup>562</sup> (z.B. bei rein formularmäßiger Begründung). Hier muss der Angeklagte, um den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 zu genügen, auch vortragen, dass er (oder sein Verteidiger) sich bereits vor Erlass des Verwerfungsurteils auf die von ihm (jetzt) geltend gemachten Entschuldigungsgründe berufen habe<sup>563</sup> oder dass dem Gericht ein Arztattest vor der Verwerfung vorgelegen habe oder bekannt gewesen sei.<sup>564</sup> Wird das Fehlen einer ordnungsgemä-

554 OLG Brandenburg NStZ-RR 1997, 275; OLG Düsseldorf StV 2009, 13 f.; OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; OLG Hamm MDR 1973, 694; OLG Hamm NStZ-RR 2005, 114; OLG Hamm VRS 2010, 323; KG NStZ 2009, 111 f.; OLG Köln NJW 2001, 1223; OLG Köln StraFo 2001, 266 (269); OLG Nürnberg NJW 2009, 1761; OLG Nürnberg StraFo 2008, 248 f.; OLG Saarbrücken VRS 44 (1973), 190; OLG Stuttgart Justiz 1996, 110 (111) unter Aufgabe früherer Rspr.; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 46; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 23; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 68; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 25; KMR/Brunner § 329 Rn. 53; Meyer-Göfner § 329 Rn. 47; a.A. OLG Saarbrücken NStZ 1991, 147; Kratz in: Müller-Dietz, S. 107 (108 f.): Überprüfung, ob nach den Urteilsfeststellungen Absatz 1 S. 1 zu Recht angenommen wurde, auch auf die allg. Sachrüge hin; ebenso OLG Dresden NJW 2000, 3295 f.; ausdrücklich dagegen OLG Köln NJW 2001, 1223 m. eingeh. Darstellung des Streitstands; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 251; OLG Zweibrücken VRS 112 (2007), 122.

555 KG GA 1973, 29 (30); KG NStZ-RR 2002, 218.

556 Vgl. dazu OLG Hamm NStZ-RR 2005, 114 (115); KG NStZ 2009, 111 (112).

557 AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 46; LR/Gössel § 329 Rn. 99.

558 OLG Hamm, Beschl. v. 30.11.2012, III – 3 RVs 81/12, 3 RVs 81/12, bei Juris Rn. 3.

559 OLG Brandenburg NStZ 1996, 249 (250); OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.03.2011, (1) 53 Ss 19/11 (5/11), bei Juris; OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, bei Juris Rn. 6; OLG Hamm NJW 1963, 65; OLG Köln VRS 72 (1994), 442 (443); OLG Köln StV 1989, 53 m.w.N.; OLG Nürnberg StraFo 2008, 248 (249); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 46; HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 25; KMR/Brunner § 329 Rn. 53; Bick StV 1987, 273 (274); Laube NJW 1974, 1365 (1366); a.A. OLG Thüringen, Beschl. v. 06.03.2008, 1 Ss 362/06, bei Juris Rn. 9: Berücksichtigung der Urteilsfeststellungen nur, wenn zugleich die Sachrüge erhoben ist; zusätzliche Anforderungen in Bezug auf Revisionen der Staatsanwaltschaft bei OLG Thüringen, Urt. v. 03.06.2010, 1 Ss 242/09, bei Juris Rn. 13–18.

560 OLG Hamm VRS 109 (2005), 40 (41); OLG München NStZ-RR 2006, 20; OLG München NJW 2008, 3797 (3798); OLG Nürnberg StraFo 2008, 248 (249); OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2002, 171 (Nr. 42); OLG Zweibrücken VRS 112 (2007), 122 f.

561 OLG Hamm, Beschl. v. 29.03.2012, III 5 RVs 99/11, 5 RVs 99/11, bei Juris.

562 KG, Beschl. v. 28.10.2013, (4) 161 Ss 198/13, bei Juris Ls. 2 und Rn. 5.

563 KG NStZ-RR 2002, 218; KG, Beschl. v. 10.10.2001, (4) 1 Ss 314/01 (143/01), bei Juris Rn. 3; s. auch BayObLG NStZ-RR 1997, 182; OLG Düsseldorf VRS 80 (1991), 465; OLG Hamm, Beschl. v. 31.07.2008, 2 Ss 291/08, bei Juris Rn. 9 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 08.10.2007, 2 Ss 385/07, bei Juris Rn. 6 f.; OLG Nürnberg NJW 2009, 1761 (1762); zu (noch) genügenden Anforderungen OLG Hamm NStZ-RR 2003, 86.

564 KG, Beschl. v. 20.02.2002, (4) 1 Ss 31/02 (15/02), bei Juris.

ßen **Ladung gerügt**, so sind sämtliche hierfür maßgeblichen Umstände gem. § 344 Abs. 2 S. 2 vorzutragen;<sup>565</sup> wird die Unzulässigkeit der Verwerfung wegen **zulässiger Vertretung** gerügt, so muss nach der Rechtsprechung nicht nur das Erscheinen des Vertreters und das Vorhandensein einer (schriftlichen) Vertretungsvollmacht für die Berufungsverhandlung, sondern auch vorgetragen werden, dass der Vertreter den Angeklagten in der Verhandlung wirklich vertreten wollte<sup>566</sup> und die schriftliche Vertretungsvollmacht vorgewiesen hat<sup>567</sup>

Erhebt der Angeklagte **nur die allgemeine Sachrüge**, so hat das – zwar nicht die Unzulässigkeit der Revision zur Folge.<sup>568</sup> Da die richtige Anwendung des Absatzes 1, des Absatzes 2 oder des Absatzes 4 S. 2 eine rein verfahrensrechtliche Frage ist, wird damit aber (im Fall des Absatzes 1) nur ein sehr schmaler Fragenkreis der Prüfung des Revisionsgerichts unterworfen. Das Revisionsgericht, das seine eigenen Verfahrensvoraussetzungen bei zulässiger Revision ohnehin von Amts wegen zu prüfen hat,<sup>569</sup> bleibt damit auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob der Entscheidung des Berufungsgerichts nach Absatz 1 S. 1 nicht von diesem zu berücksichtigende **Verfahrenshindernisse** entgegenstanden.<sup>570</sup> Das ist z.B. dann der Fall, wenn das Berufungsgericht durch die Rechtskraft des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils an einem Verwerfungsurteil gehindert war,<sup>571</sup> wenn der Entscheidung des Berufungsgerichts die dauernde Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten entgegenstand<sup>572</sup> oder wenn eine gemäß § 335 Abs. 3 S. 1 wegen der Berufung eines anderen Verfahrensbeteiligten ebenfalls als Berufung zu behandelnde Sprungrevision vor der Verwerfungsentscheidung des Berufungsgerichts wieder zur Sprungrevision geworden ist, weil sich die Berufung des anderen Verfahrensbeteiligten wegen Rücknahme oder Verwerfung als unzulässig erledigt hat – denn damit verliert das Berufungsgericht seine Zuständigkeit zur Sachentscheidung und damit auch zur Verwerfung gemäß Absatz 1.<sup>573</sup> Wie weit sich dabei im Falle einer allein erhobenen Sachrüge der Kreis der vom Revisionsgericht zu berücksichtigenden Hindernisse erstreckt, hängt davon ab, ob das Berufungsgericht bei zulässiger Berufung und unentschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten nur den erst nach dem Urteil des Amtsgerichts entstandenen Verfahrenshindernissen oder auch

69

565 OLG Hamm NStZ-RR 2005, 114; OLG Karlsruhe NStZ-RR 1996, 245; OLG Stuttgart Justiz 2006, 235; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 65.

566 OLG Hamm NStZ-RR 2006, 212 (Ls.) = OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2006, 2 Ss 509/05, bei Juris Rn. 14 f.; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 65.

567 OLG Braunschweig, Beschl. v. 19.03.2014, 1 Ss 15/14, bei Juris Ls. 3 und Rn. 4; OLG Celle NStZ 2013, 615 (616); OLG Düsseldorf StV 2013, 299 (301); KG, Beschl. v. 15.09.2015, (2) 121 Ss 141/15 (51/15), bei Juris Rn. 8 m.w.N.; KG, Beschl. v. 16.05.2014, (4) 161 Ss 71/14 (106/14), bei Juris Rn. 15 f.; KG, Beschl. v. 07.02.2014, (4) 161 Ss 5/14 (14/14), bei Juris.

568 BGHSt 21, 242 f.; BGHSt 46, 230 = NStZ 2001, 440; anders OLG Hamburg NJW 1965, 312; missverständlich auch OLG Hamm, Beschl. v. 16.05.2013, 5 RVs 34/13, bei Juris Ls. 2 und Rn. 9: Verwerfungsurteil sei als Prozessurteil einer Überprüfung auf Fehler bei der Anwendung des sachlichen Rechts nicht zugänglich.

569 *Meyer-Göfner*/Schmitt § 329 Rn. 47, 49: im Revisionsverfahren entstandene Verfahrenshindernisse.

570 BGHSt 21, 242 f.; BGHSt 46, 230 = NStZ 2001, 440 m.Anm. *Duttge* 442 und *Paulus* 445; BayObLG NStZ-RR 2000, 307; OLG Brandenburg VRR 2008, 163 (Ls.); OLG Celle NStZ-RR 2012, 75; OLG Düsseldorf StV 2009, 13 (14); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.04.2014, III – 2 RVs 35/14, 2 RVs 35/14, bei Juris Rn. 3; OLG Hamm MDR 1973, 694; OLG Karlsruhe MDR 1957, 760 (mit allerdings zu weitem Verständnis der Verfahrensvoraussetzungen); KG, Urt. v. 23.06.2008, (2/5) 1 Ss 213/04 (6/05), bei Juris Rn. 47; OLG Köln GA 1971, 27; OLG Köln NJW 2001, 1223 (1224); OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2002, 171 (Nr. 41); AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 47; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 65; HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 26; Radtke/Hohmann/*Beukelmann* § 329 Rn. 37; *Bick* StV 1987, 273 (274).

571 Vgl. etwa OLG Hamm NStZ-RR 2008, 383 (dort allerdings im Fall einer unzulässigen Revision und im Verfahren nach § 346 Abs. 2); OLG München NJW 2008, 1331 (1332) m.Anm. *Meyer-Göfner* und oben Rdn. 4.

572 BayObLG, Beschl. v. 20.11.2003, 5St RR 301/03, bei Juris.

573 S. oben Rdn. 38; OLG Bamberg NStZ 2006, 591; OLG Köln VRS 99 (2000), 276 (278); BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 72.

den schon im Zeitpunkt der Entscheidung des Amtsgerichts bestehenden durch Einstellung Rechnung zu tragen hat.<sup>574</sup> Einen weitergehenden Prüfungsumfang eröffnet die Sachrüge nur in den Fällen des Abwesenheitsurteils nach **Absatz 2**, in denen das Revisionsgericht bei erhobener Sachrüge auch die Richtigkeit der Rechtsanwendung in Bezug auf die festgestellten Tatsachen zu prüfen hat.<sup>575</sup>

- 70 Sowohl in den Fällen der Anfechtung eines Verwerfungs- als auch eines Abwesenheitsurteils ist darüber hinaus zu beachten, dass auch der als Sachrüge bezeichnete Angriff nach § 300 als Erhebung der Verfahrensrüge anzusehen sein kann, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind, wofür es u.U. (nämlich wenn die den Angriff fundierenden Tatsachen in den Urteilsfeststellungen selbst enthalten sind) genügen kann, dass der Angeklagte vorgetragen hat, sein Ausbleiben habe nicht als unentschuldigt angesehen werden dürfen.<sup>576</sup> Durch diese Möglichkeit einer **Umdeutung** des als **Sachrüge** bezeichneten Angriffs **in eine Verfahrensrüge** (die in tatsächlicher Hinsicht auf die im Urteil selbst festgestellten Tatsachen gestützt ist; sog. »**unsubstantiierte Verfahrensrüge**«) relativiert sich auch der Gegensatz zwischen der h.M., die die Verletzung des Absatzes 1 oder Absatzes 2 nur auf die Verfahrensrüge hin berücksichtigen will, und der Auffassung,<sup>577</sup> die dem Revisionsgericht auf die Sachrüge hin auch die Prüfung der Frage eröffnen will, ob Absatz 1 oder Absatz 2, relativ auf die vom Gericht selbst getroffenen tatsächlichen Feststellungen, »sachlich« richtig angewandt worden ist.
- 71 Gegenstand der Revision ist allein das **Urteil des Berufungsgerichts** und das **Verfahren vor diesem**; dieses Verfahren oder Urteil muss fehlerhaft sein. Das gilt ganz gleich, ob nur die Sachrüge oder auch die Verfahrensrüge erhoben ist. Angriffe gegen die Anwendung des sachlichen Rechts im **Urteil des Amtsgerichts** können im Wege der Revision gegen ein Berufungsurteil nicht vorgebracht werden, auch nicht, wenn sich die Revision gegen das Verwerfungsurteil nach Absatz 1 richtet. Erschöpft sich die Revision in derartigen Angriffen gegen das amtsgerichtliche Urteil, so ist sie **unzulässig**, weil es dann an der Erhebung einer im Rahmen der Revision zulässigen Rüge überhaupt fehlt.<sup>578</sup>

### III. Verfahrensrüge und Umfang der Prüfung durch das Revisionsgericht

- 72 Entsprechend dem Wesen der Revision unterliegt der revisionsgerichtlichen Prüfung jedenfalls die Frage, ob der Tatrichter das **Recht richtig** auf die von ihm selbst **festgestellten Tatsachen** angewandt hat. Das gilt auch für Revisionen, die die fehlerhafte Anwendung des Absatzes 1, des Absatzes 2 oder des Absatzes 4 S. 2 rügen. Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegt hier unbestritten, ob das Berufungsgericht vom **richtigen begrifflichen Verständnis** des Ausbleibens, der ordnungsgemäßen Ladung und der nicht genügenden Entschuldigung des Ausbleibens ausgegangen ist und ob es diese **Begriffe zutreffend** auf die von ihm selbst festgestellten Tatsachen **angewandt** hat;<sup>579</sup> desgleichen die Frage, ob das Berufungsgericht, wenn es selbst

574 S. dazu oben Rdn. 4, 39 sowie BGHSt 46, 230 (233 ff.) = NStZ 2001, 440 m. Anm. *Duttge* und *Paulus* sowie erg. und krit. *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 49; s. auch OLG Celle NStZ-RR 2012, 75 = StV 2012, 156 f. zur Parallelfrage bei § 412 (Einstellung durch das Revisionsgericht, wenn ein Verfahrenshindernis dem Erlass des Strafbefehls und des Verwerfungsurteils entgegenstand).

575 *HK/Rautenberg* § 329 Rn. 53.

576 OLG Brandenburg NStZ-RR 1997, 275 = StraFo 1997, 213; OLG Bremen NJW 1962, 881; OLG Frankfurt NJW 1988, 2965; OLG Hamm NJW 1963, 65; OLG Hamm MDR 1973, 694; KG NStZ 2009, 111 (112); OLG Koblenz NJW 1975, 322 m. zust. Anm. *Krause* NJW 1975, 1713 f.; OLG Köln NJW 2001, 1223 (1224 f.); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 47; *HK/Rautenberg* § 329 Rn. 50; *HK-GS/Halbritter* § 329 Rn. 26; *KMR/Brunner* § 329 Rn. 54; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 49.

577 S. etwa OLG Dresden NJW 2000, 3295 f.; OLG Saarbrücken NStZ 1991, 147 und oben Rdn. 68.

578 OLG Karlsruhe GA 1981, 91; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 47; AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 24; LR/Gössel § 329 Rn. 98; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 49; *Bick* StV 1987, 273 (274).

579 BGHSt 28, 384 (387 f.); BayObLGSt 2001, 14 (16 f.); OLG Hamm NJW 1963, 65; OLG Hamm NJW 1965, 410; OLG Karlsruhe NJW 1972, 1871 (1872); KG GA 1973, 29; KG JR 1992, 347;

Zweifel am Gegebensein bestimmter Voraussetzungen des Absatzes 1 hatte, daraus die zutreffenden rechtlichen Konsequenzen gezogen hat (s. dazu oben Rdn. 16, 35). Dementsprechend kann der Angeklagte jedenfalls rügen, dass das Berufungsgericht den Begriff des Ausbleibens oder der genügenden Entschuldigung verkannt oder falsch konkretisiert habe, die Voraussetzungen der ordnungsgemäßen Ladung falsch interpretiert habe oder dass es angesichts des ihm selbst verbliebenen Zweifels am Fehlen einer genügenden Entschuldigung nicht habe verwerfen dürfen (vgl. erg. oben Rdn. 16 und 35). Da sich die die Rüge fundierenden tatsächlichen Feststellungen hier regelmäßig bereits aus dem Urteil selbst ergeben, bedarf es insoweit in der Regel auch keiner besonderen Ausführungen in tatsächlicher Hinsicht (s. oben Rdn. 68).

Rechtsfehlerhaft ist die Entscheidung des Berufungsgerichts freilich nicht nur dann, wenn sie Ausdruck eines falschen Verständnisses oder einer unzutreffenden Konkretisierung der in Absatz 1 und Absatz 2 statuierten gesetzlichen Voraussetzungen ist. Sie ist es – zumindest möglicherweise – auch, wenn zwar das begriffliche Verständnis zutreffend ist, die **tatsächlichen Feststellungen aber nicht vollständig sind** und damit die Möglichkeit besteht, dass sich bei vollständigen Feststellungen die gesetzlichen Voraussetzungen als nicht erfüllt erweisen.<sup>580</sup> Soweit es um die Anwendung des materiellen (sachlichen) Rechts geht, pflegen die Revisionsgerichte dies auf die allgemeine Sachrüge hin seit Langem zu überprüfen und bei i.d.S. lückenhaften Feststellungen aufzuheben.<sup>581</sup> Entsprechende Möglichkeiten eröffnet im Bereich der Verfahrensvorschrift des § 329 die Verfahrensrüge.<sup>582</sup> Der Angeklagte kann also beispielsweise im Zusammenhang mit dem Erfordernis der ordnungsgemäßen Ladung rügen, dass die von Gericht allein festgestellte Zustellung der Ladung an einem bestimmten Ort nicht an seinem Wohnort erfolgt, der Zustellungsort also nicht sein Wohnsitz gewesen sei,<sup>583</sup> oder dass der Verteidiger, an den die Ladung nach den Urteilsfeststellungen zugestellt worden ist, nicht die besondere Vollmacht nach § 145a Abs. 2 besaß.<sup>584</sup> **Fehlen** in dieser Hinsicht tatsächliche **Feststellungen im Urteil**, so setzt er sich mit einer solchen Rüge auch nicht in Widerspruch zu den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts. Das Revisionsgericht hat dementsprechend hier im Wege des **Freibeweises** die Stichhaltigkeit des Vorbringens des Angeklagten zu überprüfen<sup>585</sup> und das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben, wenn sich die Behauptungen des Angeklagten als zutreffend erweisen. Entsprechend dem oben Rdn. 16, 35<sup>586</sup> zu den Fällen des Zweifels in Bezug auf die Erfüllung der Verwerfungsvoraussetzungen Gesagten unterliegt das Verwerfungsurteil dabei auch dann der Aufhebung, wenn bei dieser Nachprüfung im Wege des Freibeweises im **Zweifel** bleibt, ob die zur vollständigen Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen notwendigen tatsächlichen Umstände gegeben waren.<sup>587</sup>

73

- 
- OLG Köln StraFo 2006, 205; OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2002, 171 f. (Nr. 42); AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 48; BeckOK-StPO/Eschelbach § 329 Rn. 68, 69; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 48.
- 580 BayObLGSt 2001, 14 (15 f. [dort auch zur Frage, wann das Urteil auf der lückenhaften Darstellung oder Würdigung beruht]); OLG Hamburg, Beschl. v. 07.01.2016, 2 Rev 87/15, 2 Rev 87/15 – 1 Ss 166/15, bei Juris Rn. 11; OLG Hamm VRS 97 (1999), 44 (46).
- 581 Eingehend dazu SK-StPO<sup>4</sup>/Frisch § 337 Rn. 121 ff.
- 582 OLG Hamm NStZ-RR 2003, 86 (87): Aufhebung auf Verfahrensrüge wegen »Darstellungsmangels«; nach OLG Dresden NJW 2000, 3295 (3296) ermöglicht dies schon die Sachrüge.
- 583 BGH NJW 1987, 1776 (1777); OLG Thüringen, Beschl. v. 07.11.2007, 1 Ss 273/07, bei Juris Rn. 11 f.; zu dem insoweit geforderten Vortrag KG NStZ-RR 2005, 114 (115); s. freilich auch OLG Düsseldorf StV 1982, 216.
- 584 OLG Düsseldorf StV 1982, 127.
- 585 BGH NJW 1987, 1776 (1777); OLG Nürnberg NStZ-RR 2010, 286.
- 586 S. auch OLG Düsseldorf VRS 78 (1990), 129 (130).
- 587 OLG Düsseldorf VRS 78 (1990), 129 (130); OLG Hamm VRS 97 (1999), 44 (46); OLG Stuttgart NStZ 1989, 91 (Zweifel am Gegebensein der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Ladung); Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 48; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 36; a.A. Nöldeke GS Meyer, S. 295 (307) infolge unzutreffender Gleichsetzung mit allgemeinen Verfahrensmängeln wie z.B. der Verletzung des § 136a.

- 74 Auch bei richtigem Begriffsverständnis und tatsächlichen Feststellungen, die das Verwerfungsurteil an sich tragen, kann das Verwerfungsurteil des Berufungsgerichts schließlich deshalb rechtsfehlerhaft sein, weil das Gericht seiner **Prüfungs- und Aufklärungspflicht** nicht in dem gebotenen Umfang nachgekommen ist und damit einen möglicherweise gegebenen, der Anwendung des § 329 Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 4 S. 2 entgegenstehenden Sachverhalt übersehen hat.<sup>588</sup> Bedeutsam ist diese Fehlerquelle vor allem unter dem Aspekt einer **unzureichenden Prüfung denkbarer**, insbesondere vom Angeklagten oder seinem Verteidiger selbst gegenüber dem Berufungsgericht schon vorgebrachter, **Entschuldigungsgründe**;<sup>589</sup> aber auch bei der Feststellung des **Ausbleibens** kann das Berufungsgericht es versäumt haben, naheliegenden Möglichkeiten nachzugehen (s. oben Rdn. 7). Dementsprechend kann der Angeklagte die Verfahrensrüge auch darauf stützen, dass das Berufungsgericht bei der Anwendung des Absatzes 1, des Absatzes 2 oder des Absatzes 4 S. 2 seiner Prüfungs- oder Aufklärungspflicht nicht nachgekommen sei (**Aufklärungsrüge**). Die Rügebegründung muss dabei darlegen, aufgrund welcher konkreten Anhaltspunkte das Berufungsgericht weitere Prüfungen hätte vornehmen müssen (oben Rdn. 7, 31 ff.) und welches Ergebnis von der unterbliebenen Beweiserhebung zu erwarten gewesen wäre.<sup>590</sup> Sind die insoweit vom Angeklagten vorgetragene Behauptungen i.d.S. **schlüssig**, dass sie eine Verletzung der Prüfungs- oder Aufklärungspflicht beinhalten (freilich auch nur dann<sup>591</sup>), und kann das Urteil hierauf auch beruhen, weil das Gericht bei Wahrnehmung seiner Prüfungs- und Aufklärungspflicht erkannt hätte, dass ein Sachverhalt genügender Entschuldigung oder Säumnis vorlag (oder nicht auszuschließen war, oben Rdn. 16, 35), so prüft das Revisionsgericht im Wege des **Freibeweises**, ob die behaupteten konkreten Anhaltspunkte für einen genügenden Entschuldigungssachverhalt, die das Gericht zu weiterer Prüfung hätten veranlassen müssen (z.B. ein Schreiben des Angeklagten mit der Mitteilung einer Krankheit, einer längeren Auslandsreise usw.), tatsächlich gegeben waren, ob der Angeklagte wirklich, wie behauptet, vom Erscheinen entbunden oder in der Nähe des Gerichtssaals anwesend war, usw. Stellen sich die tatsächlichen Behauptungen des Angeklagten als zutreffend oder doch zumindest ernsthaft möglich (und im Zweifel bleibend, s. oben Rdn. 73) heraus, so hebt das Revisionsgericht das Verwerfungsurteil auf und verweist zur Neuverhandlung zurück. Dies gilt auch in den Fällen, in denen das Revisionsgericht im Wege des Freibeweises konkrete, weitere Ermittlungen des Berufungsgerichts gebietende Anhaltspunkte für einen Entschuldigungssachverhalt festgestellt hat; die weitergehende Ermittlung, ob ein solcher wirklich vorlag, ist dem Revisionsgericht verwehrt;<sup>592</sup> s. erg. nachfolgend Rdn. 75.
- 75 Die vorstehenden Darlegungen erschöpfen die Prüfungsmöglichkeiten des Revisionsgerichts und die darauf bezogenen zulässigen Verfahrensrügen. Eine weitergehende grundsätzliche **Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts** und deren Ersetzung oder Ergänzung durch eigene, im Wege des Freibeweises erfolgende Feststellungen ist dem Revisionsgericht **verwehrt**.<sup>593</sup> Dementsprechend kann der Angeklagte prinzipiell auch **nicht** mit

588 OLG Köln StraFo 2006, 205 m.w.N.; OLG München NJW 2008, 3797 (3798 f.); OLG Zweibrücken StV 2001, 336 (Ls.); BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 68, 69; Radtke/Hohmann/*Beukelmann* § 329 Rn. 36.

589 BGHSt 28, 384 (386 f.); OLG Düsseldorf StV 1987, 9 (10); OLG Hamm NJW 1965, 410 (411); OLG Hamm VRS 97 (1999), 44 (47); OLG Hamm NStZ-RR 2003, 86 (87); OLG München NJW 2008, 3797 (3798 f.); OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613; OLG Schleswig SchlHA (D/D) 2002, 171 f. (Nr. 42); AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 48; HK/*Rautenberg* § 329 Rn. 52; HK-GS/*Halbritter* § 329 Rn. 24; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 48.

590 BayObLGSt 1996, 90 (93); OLG München, Beschl. v. 18.11.2008, 4St RR 100/08, bei Juris Rn. 10 = VRR 2009, 3; BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 60; zu den Anforderungen an die Aufklärungsrüge bei § 329 Abs. 1 auch *Bick* StV 1987, 273 (274 f.).

591 OLG Köln NStZ-RR 1999, 337 (339); *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 48.

592 BGHSt 28, 384 (386 f.); AK-StPO/*Dölling* § 329 Rn. 48; *Meyer-Göfner/Schmitt* § 329 Rn. 48 m.w.N.

593 RGSt 61, 175; RGSt 62, 420 (421); BGHSt 28, 384 (386 f.); OLG Bremen StV 1987, 11 (12); OLG Düsseldorf StV 1983, 193; OLG Hamm VRS 97 (1999), 44 (46); OLG Karlsruhe NStZ 1982, 433; KG GA 1973, 29 (30 f.); KG, Beschl. v. 05.12.2001, (4) 1 Ss 340/01 (183/01), bei Juris; OLG München

der Revision die Richtigkeit dieser **tatsächlichen Feststellungen angreifen** (Ausnahme: die Feststellungen sind in sich widersprüchlich oder verstoßen gegen Erfahrungsgesetze, was freilich bei den in Frage stehenden Feststellungen kaum rechtspraktisch sein dürfte). Ebenso ist es von vornherein aussichtslos, die Revision auf das Gegebensein von Entschuldigungssachverhalten zu stützen, für die es im Zeitpunkt der Entscheidung bei Wahrnehmung der gebotenen Prüfungs- und Aufklärungspflicht an Anhaltspunkten fehlte, die der Angeklagte vielmehr selbst erst **nachträglich** vorgebracht hat.<sup>594</sup> Umstände dieser Art taugen nicht zur Begründung der Rechtsfehlerhaftigkeit des Verwerfungsurteils und können nur im Rahmen der **Wiedereinsetzung** geltend gemacht werden. Die Gegenmeinung,<sup>595</sup> die der Kognition des Revisionsgerichts über das Verfahren des Freibeweises die gesamte **objektive** Richtigkeit der Feststellungen des Berufungsgerichts unterwerfen will und eine Aufhebung des Verwerfungsurteils auch dann für geboten hält, wenn sich im Rahmen dieses Freibeweises nachträglich Hindernisse herausstellen, für die es im Zeitpunkt des Verwerfungsurteils an Anhaltspunkten fehlte, vermag nicht zu überzeugen. Sie lässt sich weder über eine Gleichstellung der Voraussetzungen des Absatzes 1 mit den von Amts wegen zu prüfenden Verfahrensvoraussetzungen begründen, noch ist sie mit dem Wesen der Revision und dem gesetzlich vorgesehenen Nebeneinander von Revision und Wiedereinsetzung vereinbar. Dem Wesen der Revision entspricht die Beschränkung der Aufhebungsgründe und der Rügemöglichkeiten auf *Rechtsfehler* – woran es fehlt, wenn das Gericht die maßgebenden Sachverhalte auch bei Wahrnehmung seiner Prüfungs- und Aufklärungspflicht nicht erkennen konnte. Nur unter dieser Voraussetzung ergibt auch die vom Gesetz bewusst neben der Revision eröffnete Möglichkeit, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen, und damit das gesetzliche Nebeneinander beider Institute Sinn. Mit der Möglichkeit der Einbringung der über die Revision nicht erfassbaren Sachverhalte auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg der Wiedereinsetzung besteht auch kein Bedürfnis für eine – dogmatisch ohnehin problematische<sup>596</sup> – Gleichstellung der Voraussetzungen des Absatzes 1 mit den Verfahrensvoraussetzungen, um auf diesem Weg die Revision zu eröffnen.

#### IV. Die Entscheidung des Revisionsgerichts und ihre Folgen

Das Revisionsgericht hebt das Verwerfungsurteil auf und verweist die Sache zur Neuverhandlung zurück, wenn das Berufungsgericht zu Unrecht die Voraussetzungen des § 329 Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 4 S. 2 bejaht oder seine Prüfungs- oder Aufklärungspflicht verletzt hat. Weist das Berufungsurteil derartige Fehler nicht auf, so verwirft das Revisionsgericht die Revision. Hat das Berufungsgericht ein von ihm zu berücksichtigendes Verfahrenshindernis übersehen, so stellt das Revisionsgericht unter gleichzeitiger Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts das Verfahren ein. 76

Hat das Revisionsgericht aufgehoben und zum Zweck der Neuverhandlung zurückverwiesen, so hat sich das Berufungsgericht bei Erscheinen des Angeklagten (sonst ergeht u.U. wiederum ein Verwerfungsurteil) unmittelbar **mit der Sache** selbst zu befassen – und zwar auch in den Fällen, in denen das Revisionsgericht nicht wegen fehlender Säumnis, Fehlens einer ordnungsmäßigen Ladung oder schon nach den Urteilsfeststellungen gegebener Entschuldigung aufge- 77

wistra 2008, 480; OLG Saarbrücken NJW 1975, 1613 (1614); OLG Thüringen OLGSt StGB § 9 Nr. 3 S. 4; AK-StPO/Dölling § 329 Rn. 48; HK/Rautenberg § 329 Rn. 51; KK/Paul § 329 Rn. 14; KMR/Brunner § 329 Rn. 55; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 48; Pfeiffer § 329 Rn. 12; Radtke/Hohmann/Beukelmann § 329 Rn. 36; Preiser GA 1965, 366. – Z.T. krit. gegenüber dieser Rspr. Weßlau StV 2014, 236 (238 f.).

594 KG GA 1973, 29 (30 f.); KG NStZ-RR 2002, 219; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 48; Pfeiffer § 329 Rn. 12.

595 OLG Hamburg JZ 1963, 480 (481 [zu § 412]); LR/Gössel § 329 Rn. 102; Busch JZ 1963, 457 (460) m.w.N.; Fezer Strafprozessrecht, 2. Aufl. 1995, Fall 19 Rn. 154; Hohendorf GA 1979, 414 (424); Nöldeke GS Meyer, S. 295 (303 f.); differenzierend LR<sup>25</sup>/Hanack § 337 Rn. 92; i.S. d. Verständnisses der h.M. zu § 329 als vertretbarer Sonderweg Weßlau StV 2014, 236 (239).

596 BGHSt 15, 287; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 47.

haben hat. Auch bei Aufhebung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht findet eine weitere Untersuchung der Frage, ob der Angeklagte bei der früheren Verhandlung genügend entschuldigt war, nicht mehr statt,<sup>597</sup> da selbst bei etwa nachweisbarem unentschuldigtem Fehlen im damaligen Zeitpunkt die damals angestrebte, erreichbare und legitimierbare Vermeidung von Verfahrensverzögerungen wegen Nichterscheins jetzt nicht mehr erreichbar ist (um eine [nachträglich noch als berechtigt zu erweisende] Prozessstrafe aber geht es in § 329 Abs. 1 anerkanntermaßen nicht).

- 78 Bei Aufhebung des Verwerfungsurteils nach Absatz 1 S. 1 wird auch ein etwa ebenfalls (auf die Berufung der Staatsanwaltschaft) nach Absatz 2 S. 1 ergangenes Abwesenheitsurteil hinfällig.<sup>598</sup> Dagegen berührt die Aufhebung eines nach Absatz 2 ergangenen Abwesenheitsurteils auf die Sachrüge hin (z.B. wegen fehlerhafter Auslegung des angewandten materiellen Rechts) das Verwerfungsurteil nach Absatz 1 nicht;<sup>599</sup> dieses ist vielmehr nur dann aufzuheben, wenn die Aufhebung des Abwesenheitsurteils wegen des Fehlens der Voraussetzungen des Absatzes 1 erfolgt.<sup>600</sup>

### § 330 Maßnahmen bei Berufung des gesetzlichen Vertreters

- (1) Ist von dem gesetzlichen Vertreter die Berufung eingelegt worden, so hat das Gericht auch den Angeklagten zu der Hauptverhandlung zu laden.  
 (2) <sup>1</sup>Bleibt allein der gesetzliche Vertreter in der Hauptverhandlung aus, so ist ohne ihn zu verhandeln. <sup>2</sup>Ist weder der gesetzliche Vertreter noch der Angeklagte noch ein Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht bei Beginn eines Hauptverhandlungstermins erschienen, so gilt § 329 Absatz 1 Satz 1 entsprechend; ist lediglich der Angeklagte nicht erschienen, so gilt § 329 Absatz 2 und 3 entsprechend.

Übersicht:	Rdn.		Rdn.
<b>A. Regelungsgehalt und Hintergrund der Vorschrift</b> . . . . .	1	III. Ausbleiben nur des Angeklagten . . . . .	5
<b>B. Folgen des Ausbleibens im Einzelnen</b> . . . . .	3	IV. Ausbleiben von Angeklagtem und gesetzlichem Vertreter. . . . .	6
I. Begriff und Zeitpunkt des Ausbleibens . . . . .	3	<b>C. Verhältnis zu § 329</b> . . . . .	7
II. Ausbleiben nur des gesetzlichen Vertreters . . . . .	4	<b>D. Zustellung des Urteils – Rechtsbehelfe</b> . . . . .	8

**Literatur:**

Eisenberg Anwendungsmodifizierung bzw. Sperrung von Normen der StPO durch Grundsätze des JGG, NStZ 1999, 281; H. Schäfer Das Berufungsverfahren in Jugendsachen, NStZ 1998, 330. S. im Übrigen die Literatur zu § 329.

#### A. Regelungsgehalt und Hintergrund der Vorschrift

- 1 Die Vorschrift steht im Zusammenhang mit § 298, der dem gesetzlichen Vertreter eine eigene Befugnis gibt, zugunsten des Beschuldigten Rechtsmittel einzulegen. Sie gilt zugleich für Beru-

597 AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 25; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 50.  
 598 OLG Karlsruhe NJW 1972, 1871 (1872); OLG Stuttgart NJW 1961, 1687 (1688); zust. Meyer-Göfner FS Gössel, S. 643 (645 f.); s. erg. oben Rdn. 53.  
 599 OLG Stuttgart Justiz 1999, 493; zust. Meyer-Göfner FS Gössel, S. 643 (646 f.); AnwK-StPO/Rotsch/Gasa § 329 Rn. 25; Meyer-Göfner/Schmitt § 329 Rn. 50.  
 600 Meyer-Göfner FS Gössel, S. 643 (646 f.); HK-GS/Halbritter § 329 Rn. 27.