

Strafverteidigung bei Abwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz

Die menschenrechtliche Perspektive

I. Einleitung

Die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gehören heute zur Standardmaterie der juristischen Ausbildung. Auch in der juristischen Praxis – insbesondere im Strafverfahren – mehren sich die Fälle, in denen das deutsche Recht an den Maßstäben der EMRK und der sie konkretisierenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg überprüft und ggf. angepasst werden muss. Jüngst ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 329 Abs. 1 StPO in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. Richter, Staatsanwälte – vor allem aber Verteidiger – stellen sich vor dem Hintergrund einer einschlägigen, seit Jahrzehnten gefestigten Straßburger Judikatur¹ die Frage, ob es abgeleitet aus der EMRK ein Recht des nicht erschienenen Angeklagten auf eine Verteidigung (»Vertretung«) durch seinen Verteidiger in der Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht gibt – obwohl die StPO hier eine (scheinbar) deutlich entgegengesetzte Sprache spricht.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau. Seit 2010 ist er zudem Leiter der Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCPP) an der Universität Passau (www.uni-passau.de/hrcpp). Der Beitrag gibt den Stand der Diskussion im Mai 2014 wieder.

1 EGMR, Neziraj/Deutschland, 8.11.2012, Nr. 30804/07, StraFo 2012, 490 = StV 2013, 289 = NStZ 2013, 350 (verkürzt); Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland, 22.9.2009, Nr. 13566/06; Harizi/Frankreich, 29.3.2005, Nr. 59480/00; Stroek/Belgien, 20.3.2001, Nr. 36449/97; Goedhart/Belgien, 20.3.2001, Nr. 34989/97; Krombach/Frankreich, 13.2.2001, Nr. 29731/96, NJW 2001, 2387; Van Pelt/Frankreich, 23.5.2000, Nr. 31070/96; (GK) Van Geyselhem/Belgien, 21.1.1999, Nr. 26103/95, NJW 1999, 2353 = EuGRZ 1999, 9 = ÖJZ 1999, 737; Pelladoah/Niederlande, 22.9.1994, Nr. 16737/90; Lala/Niederlande, 22.9.1994, Nr. 14861/89, ÖJZ 1995, 196; Poitrimol/Frankreich, 23.11.1993, Nr. 14032/88.

Die beiden zentralen Vorschriften des § 329 StPO seien hier nochmals in Erinnerung gerufen: Gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO

»hat das Gericht eine Berufung des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen, wenn bei Beginn der Hauptverhandlung weder der Angeklagte noch in den Fällen, in denen dies zulässig ist, ein Vertreter des Angeklagten erschienen und das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt ist«.

Auf eine *Berufung der Staatsanwaltschaft* hingegen kann unter diesen Voraussetzungen gemäß § 329 Abs. 2 Satz 1 StPO *auch ohne den Angeklagten verhandelt* werden.

Deutsche Strafgerichte sehen bislang in der Vorschrift des § 329 Abs. 1 StPO eine Sanktion des Gesetzgebers auf ein Ausbleiben des Angeklagten in Bezug auf das von ihm initiierte Rechtsmittelverfahren und judizieren in gefestigter Rechtsprechung, dass ein Auftreten des Verteidigers *in der Sache* (mit Ausnahme einer Einlassung zu den Gründen bzw. Voraussetzungen für die von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO geforderte Verwerfung der Berufung) nicht in Betracht komme.² Schon dieser rigide Ansatz gibt Anlass zur Verwunderung, denn zahlreiche internationale strafrechtliche Rechtsquellen lassen durchaus auf ein Recht des Angeklagten schließen, unter bestimmten Voraussetzungen – d.h. vor allem bei entsprechend eindeutigen Verzicht auf sein Recht auf Anwesenheit – einen Verteidiger in die Hauptverhandlung entsenden zu können, der dann an seiner Stelle den entsprechenden Sachvortrag übernimmt.

Die englische Sprachfassung des Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK (»to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing [...]«)³ lässt es letztlich offen, welcher Art und Form der rechtliche Beistand (»legal assistance«) dieser Vorschrift nach auszugestalten ist.⁴

2 Zur Ablehnung einer konventionsfreundlichen Auslegung von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO vgl. OLG München, StV 2013, 301 = StraFo 2013, 252 m. krit. Anmerkungen von: *Esser*, StraFo 2013, 253; *Gerst*, StRR 2013, 146; *Waszczyński*, NStZ-RR 2014, 18; *Zehetgruber*, HRRS 2013, 397 (402 ff.); zustimmend dagegen: *Peglau*, jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 3. Siehe außerdem: OLG Celle, NStZ 2013, 615; OLG Bremen, Beschl. v. 10.6.2013 – 2 Ss 11/13, BeckRS 2013, 13229 m. Anm. *Burhoff*, StRR 2013, 387; OLG Hamburg, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 – 25/13 (REV) 1 Ss 68/13, BeckRS 2014, 01432; OLG Hamm, Beschl. v. 23.7.2013 – 3 RVs 49/13, BeckRS 2014, 03740; OLG Jena, Beschl. v. 7.8.2013 – 1 SS 55/13 (juris); KG, Beschl. v. 7.2.2014 – (4) 161 Ss 5/14 (14/14), BeckRS 2014, 06969; OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.2.2014 – VIII-1 StO 2/13, BeckRS 2014, 05457; OLG Düsseldorf, StV 2013, 299 m. Anm. *Hanschke*, StRR 2012, 346; OLG Hamm, Beschl. v. 14.6.2012 – III 1 RVs 41/12 m. Anm. *Burhoff*; StRR 2012, 463; OLG Köln, NStZ-RR 1999, 112; BayObLG, NStZ-RR 2000, 307; OLG Oldenburg, NStZ 1999, 156.

3 Siehe zum Vergleich die französische Sprachfassung: »se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent«.

4 So bereits EGMR, Poitrimol/Frankreich (Fn. 1), § 34; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 252 ff.

Der in Bezug auf die Verteidigungsrechte in zentralen Punkten schon etwas elaboriertere Art. 14 Abs. 3 *lit. d* IPbPR wird in diesem Punkt auch nicht wesentlich verbindlicher:

»To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, [...]«

– stellt aber immerhin das – grundsätzlich verzichtbare – Recht auf Anwesenheit systematisch sowohl *vor* als auch – in qualitativer Hinsicht – *neben* die nachfolgenden Verteidigungsrechte.

Ebenso lassen die Regelungen zum Schutz der Verteidigungsrechte in der am 1.12.2009 in Kraft getretenen Charta der Grundrechte der Europäischen Union zumindest vermuten, dass es neben dem Recht auf Verteidigung – auch in Strafsachen – ein Recht des Angeklagten auf Abwesenheit und Vertretung durch einen Verteidiger geben könnte. So heißt es in Art. 47 Abs. 2 Satz 2 EUC: »Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen«. Art. 48 EUC ergänzt diese Garantie dahingehend, dass jedem Angeklagten die *Achtung der Verteidigungsrechte* gewährleistet wird.⁵

Gerichtliche Verfahren in Abwesenheit des Angeklagten unter Beteiligung des Verteidigers sind im internationalen Kontext durchaus keine Besonderheit mehr. So können etwa die meisten internationalen Strafgerichtshöfe mit entsprechenden Regelungen in diesem Bereich aufwarten.⁶ Auch der UN-Menschenrechtsausschuss (UN-Human Rights Committee) hat in einer Entscheidung (»View«) gegen Zaire dargelegt, dass der in der Hauptverhandlung abwesende Angeklagte unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit erhalte müsse, ein entsprechendes Verfahren gegen sich ablaufen zu lassen.⁷

Diese internationalen rechtlichen Vorgaben sind allerdings zum größten Teil völkerrechtlich für die europäischen Nationalstaaten nicht bindend bzw. betreffen spezifische Verfahrensgestaltungen und -systeme, die auf die Arbeit

5 Vgl. Esser, StV 2013, 333 (334).

6 Vgl. hierzu Rule 134*quater*, 134*ter* RPE für den ICC; Art. 22 IStGH-L für den Spezialgerichtshof für den Libanon; Rule 60 RPE für den Spezialgerichtshof für Sierra Leone; Rule 98 RPE für den ICTR; vgl. auch ICTR, The Prosecutor/Jean-Bosco Barayagwiza, 20.11.2000, ICTR-97-19-T, §§ 5 ff.; Rule 81 der Internal Rules für die Außerordentlichen Kammern in Kambodscha; Art. 5.1 der Transitional Rules of Criminal Procedure für die Sonderkammern in Ost-Timor. Vor dem ICTY sind bislang noch keine Abwesenheits(haupt)verhandlungen durchgeführt worden. Sie sind jedoch denkbar, weil Art. 21 Abs. 4 (d) IStGH-J nur ein Anwesenheitsrecht und keine Anwesenheitspflicht regelt. Vgl. hierzu auch *Oehmichen*, Festschrift für Kühne, 2013, 614 (619 f.).

7 HRC, Mbenge/Zaire, 25.3.1983, 16/1977, § 14.1 (»Indeed, proceedings in absentia are in some circumstances (for instance, when the accused person, although informed of the proceedings sufficiently in advance, declines to exercise his right to be present) permissible in the interest of the proper administration of justice.«).

der internationalen Strafgerichtshöfe zugeschnitten sind. Anders verhält es sich freilich bei der Rechtsprechung des EGMR, die zur Auslegung der Garantien der EMRK heranzuziehen ist (vgl. Art. 32 EMRK) und über Art. 1 EMRK für die betroffenen Mitgliedstaaten jedenfalls eine Orientierungswirkung für vergleichbare Fälle auf nationaler Ebene entfaltet (zur weitergehenden Rechtslage in Deutschland mit einer verfassungsrechtlichen Pflicht zur »Berücksichtigung« siehe unter III.).⁸

Insofern verwundert es nicht, dass die Thematik der Berufungsverwerfung bei Abwesenheit des Angeklagten aufgrund eines Ende 2012 gegen Deutschland ergangenen Urteils des EGMR (»Neziraj«) mittlerweile sogar zu einem Referentenentwurf des BMJV für eine Gesetzesänderung Anlass gegeben hat, die auf eine grundlegende Reform der derzeitigen Regelung des § 329 StPO hinausläuft.

II. Recht auf Abwesenheit und (auch) auf effektive Verteidigung?

Die Schwierigkeiten in der Umsetzung der Straßburger Rechtsprechung zum Recht auf Verteidigung des in der Hauptverhandlung (vor dem Berufungsgericht) abwesenden Angeklagten resultieren daraus, dass der Gerichtshof in Straßburg zu dieser Thematik mehrere zentrale Leitlinien formuliert hat, die für sich betrachtet kaum miteinander harmonieren. Jedenfalls hat der EGMR zur Lösung der hier aufgeworfenen Fragen noch nicht jedes Scharnier offengelegt und den nationalen Gerichten den sicheren, konventionskonformen Weg zur Umsetzung dieser Vorgaben aufgezeigt.¹⁰ Stattdessen weist er – ganz dem Gedanken der Subsidiarität des menschenrechtlichen Kontrollsystems der EMRK verhaftet – die Pflicht zur Interpretation und Anwendung dieser Leitsätze letztlich den nationalen Gerichten von insgesamt 47 Vertragsstaaten zu. Dass dieser Ansatz die strafgerichtliche Praxis nicht vereinfacht, kann aus Sicht eines an der eigenen Strafprozessordnung orientierten nationalen Juristen nicht verwundern. Doch worum geht es konkret in der Sache?

8 Löwe-Rosenberg/Esser, StPO-Großkommentar, 26. Auflage, Band 11, 2012, Verfahren Rn. 237.

9 Referentenentwurf (BMJV) eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts auf Vertretung durch einen Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung, abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RefE-Recht-auf-Vertretung-in-der-Berufungshauptverhandlung.pdf?__blob=publicationFile (Stand: 29.5.2014).

10 Zur Interpretation der Vorgaben des EGMR und der daraus resultierenden Umsetzungspflicht für Deutschland vertiefend: *Pöschl*, Recht des abwesenden Angeklagten auf Vertretung - Menschenrechtliche Standards und ihre Auswirkungen auf den deutschen Strafprozess, Diss. Passau (2015).

Die vier maßgeblichen vom EGMR formulierten Grundsätze in Bezug auf ein vom Angeklagten initiiertes Abwesenheitsverfahren mit einem Verteidiger als »Vertreter« in der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz lauten:

»It is of capital importance that a defendant should appear [...].

The legislature accordingly has to be able to discourage unjustified absences.

It [is] also of crucial importance [...] that the accused be adequately defended [even in his absence].

The latter interest prevails.«¹¹

Diese vier Leitsätze hat der Gerichtshof in einer lange zurückliegenden Rechtstradition entwickelt, ausgehend von Urteilen gegen Belgien, Frankreich und die Niederlande. Insofern konnte das am 8. November 2012 gegen Deutschland verkündete Urteil *Neziraj*¹² die deutsche Strafjustiz nicht überraschen – zumal es mit dem wenige Jahre zuvor verkündeten Urteil *Pietiläinen* einen mehr als deutlichen »Vorboten« gab.¹³ Aufgrund der seit Jahrzehnten fest etablierten Straßburger Judikatur (ohne nennenswerte abweichende Sondervoten, die hätten aufhorchen lassen) – war es folgerichtig, dass der EGMR nun auch die deutsche Rechtspraxis der Rechtsmittelverwerfung bei Ausbleiben des Angeklagten in der Hauptverhandlung (§ 329 Abs. 1 StPO) einer kritischen Überprüfung unterzogen hat.

Deutschland hätte die Verurteilung durch den EGMR im Fall *Neziraj* abwenden können, wenn es bereits vor über 20 Jahren an der Konventionskonformität von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO ernsthaft gezweifelt hätte.¹⁴ Anlass dazu gab damals schon das 1993 in der Sache *Poitrimol* gegen Frankreich ergangene Urteil des EGMR¹⁵, das den Ausgangspunkt der Straßburger Rechtsprechung zum Recht des Angeklagten auf Abwesenheit in der Hauptverhandlung und eine dortige effektive Verteidigung durch den Verteidiger als »Rechtsvertreter« darstellt:

Der Angeklagte war in erster Instanz wegen Kindesentführung in Abwesenheit, jedoch unter Beteiligung seiner Verteidiger zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Gleichzeitig war ein Haftbefehl erlassen worden. In zweiter Instanz erschien der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht zur Verhandlung. Seine Verurteilung wurde schließlich aufrechterhalten, ohne den Verteidigern rechtliches Gehör zu gewähren.¹⁶

11 Zusammenfassend in EGMR, *Neziraj*/Deutschland (Fn. 1), §§ 45-51 m.w.N.

12 EGMR, *Neziraj*/Deutschland (Fn. 1).

13 So bereits *Esser*, StV 2013, 331.

14 Kritisch bereits *Meyer-Mewes*, NJW 2002, 1928.

15 EGMR, *Poitrimol*/Frankreich (Fn. 1).

16 Zum Sachverhalt vgl. EGMR, *Poitrimol*/Frankreich (Fn. 1), §§ 8 ff.

Der EGMR sah in dieser Vorgehensweise einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK. Im Ergebnis ließ er zwar offen, ob es mit der EMRK vereinbar sei, den Angeklagten von einer ungerechtfertigten Abwesenheit in der Hauptverhandlung durch eine Verweigerung des Rechts auf Verteidigung abzuschrecken. Jedenfalls sei ein solches Vorgehen im konkreten Fall unverhältnismäßig gewesen. |¹⁷

Besonderes Augenmerk in der weiteren Rechtsentwicklung war sodann auf die Urteile des EGMR gegen die Niederlande in den Fällen *Lala* und *Pelladoah* aus dem Jahr 1994 zu richten.

In beiden Fällen wurden die Angeklagten erstinstanzlich in Abwesenheit zu Freiheitsstrafen verurteilt. Obwohl sie zur Berufungshauptverhandlung ordnungsgemäß geladen worden waren, erschienen sie nicht, weil *Lala* die Inhaftierung in anderer Sache drohte und *Pelladoah* zwischenzeitlich in sein Heimatland Mauritius ausgewiesen worden war. Die erschienenen Verteidiger wurden in der mündlichen Verhandlung nicht gehört, insbesondere, weil sie die nach nationalem Recht erforderliche spezielle Ermächtigung zur Vertretung des Angeklagten nicht vorweisen konnten. |¹⁸

Der EGMR stellte auch in den dort zur Begutachtung stehenden Konstellationen eine Verletzung des Rechts des nicht erschienenen Angeklagten auf eine effektive Verteidigung in seiner Abwesenheit fest, obwohl die Verteidiger jeweils keine nach nationalem Recht erforderliche spezielle Ermächtigung zur Vertretung des Angeklagten in der gerichtlichen Hauptverhandlung vorweisen konnten. Damit das Recht auf Verteidigung gemäß Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur theoretisch, sondern *praktisch* und *effektiv* gewährleistet sei, dürfe die Ausübung dieses Rechts nicht von der Erfüllung überflüssiger Formerfordernisse abhängig gemacht werden. |¹⁹

Vor diesem Hintergrund erscheint es höchst zweifelhaft, ob die Berufung des Angeklagten gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO verworfen werden kann, wenn der Verteidiger entgegen § 332 iVm § 234 StPO zu Beginn der Berufungshauptverhandlung keine schriftliche Vertretungsvollmacht vorweisen kann. |²⁰

17 EGMR, Poitrimol/Frankreich (Fn. 1), § 35.

18 Zu den Sachverhalten EGMR, *Lala/Niederlande* (Fn. 1), §§ 8 ff.; *Pelladoah/Niederlande* (Fn. 1), §§ 8 ff.; zum Urteil *Lala*: *Sommer*, StraFo 1999, 402 (403).

19 EGMR, *Lala/Niederlande* (Fn. 1), § 34; *Pelladoah/Niederlande* (Fn. 1), § 41 (»unduly formalistic conditions«).

20 So bei OLG München, StV 2013, 301 (302) = StraFo 2013, 252; OLG Düsseldorf, StV 2013, 299 (301); OLG Hamm, Beschl. v. 14.6.2012 – III-1 RVs 41/12, Tz. 12 ff. (juris) = StRR 2012, 463; OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.2.2014 – VIII-1 StO 2/13, BeckRS 2014, 05457; OLG Hamburg, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 25/13 (REV) 1 Ss 68/13, Tz. 26 (juris) = BeckRS 2014, 00512; OLG Celle, NStZ 2013, 615 (616); zustimmend: *Moosbacher*, NStZ 2013, 312 (314); *ders.*, JuS 2013, 699 (700); ablehnend: *Esser*, StV 2013, 331 (336); vgl. auch *ders.*, StraFo 2013, 253 (256).

Frankreich wurde sodann noch in drei weiteren, ähnlich gelagerten Fällen²³ wegen einer Verletzung von Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK verurteilt, ehe das nationale Recht schließlich den Vorgaben des EGMR angepasst wurde.²² Besonders hervorzuheben ist dabei das Urteil in der Sache *Krombach*,²³ dem ein – bis heute²⁴ – nicht gänzlich geklärter, durchaus spektakulärer Sachverhalt zugrunde liegt: Der deutsche Angeklagte war der vorsätzlichen Körperverletzung mit Todesfolge an seiner französischen Stieftochter beschuldigt worden. Sodann war er in erster Instanz vor einem französischen Schwurgericht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, ohne dass seinem Verteidiger die Möglichkeit einer Einlassung zur Sache in Abwesenheit seines Mandanten gewährt worden war.²⁵ Der EGMR ließ die nach französischem Recht bestehende Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens, zu deren Wahrnehmung sich der mit Haftbefehl gesuchte Angeklagte jedoch hätte stellen müssen, nicht als Garantie für ein faires Verfahren iSv Art. 6 Abs. 1 EMRK ausreichen²⁶ und stellte demzufolge eine Verletzung der Konvention (Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK) fest. Bemerkenswert ist überdies, dass in der Sache *Krombach* auch der EuGH in einem parallelen Vorabentscheidungsverfahren (Art. 234 EGV a.F.) im *europarechtlichen* Kontext angerufen worden war.²⁷

Krombach war vom Schwurgericht in Marseille in einem dem deutschen Adhäsionsverfahren vergleichbaren Prozedere zur Zahlung eines Schadensersatzes an den Vater des verstorbenen Mädchens verurteilt worden. Das Urteil war in Deutschland für vollstreckbar erklärt worden. Dagegen hatte sich *Krombach* mit der Beschwerde und schließlich mit der Rechtsbeschwerde zum BGH gewandt. Der BGH hatte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob es im Rahmen der *ordre-public*-Klausel des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ berücksichtigungsfähig sei, dass das Strafgericht des Ursprungsstaats die Verteidigung des Schuldners durch einen Rechtsanwalt in einem zivilrechtlichen

21 Vgl. hierzu EGMR, *Harizi/Frankreich* (Fn. 1); *Van Pelt/Frankreich* (Fn. 1); *Krombach/Frankreich* (Fn. 1).

22 Zur Erweiterung von Art. 411 CCP vgl. Act no. 2004-204 of 9 March 2004 art.133 III Official Journal of 10 March 2004, in force 1 October 2004; Appendix to Resolution CM/ResDH(2011)212.

23 EGMR, *Krombach/Frankreich* (Fn. 1).

24 *Bamberski* soll am 18.10.2009 den mutmaßlichen Mörder (*Krombach*) seiner Tochter entführt und ihn von Lindau am Bodensee nach Mulhouse im Elsass verbracht haben, wo er gefesselt und geknebelt vor dem Gerichtsgebäude gefunden wurde. Vgl. hierzu *Netzer, ZJS* 2009, 752. Die Hauptverhandlung gegen *Bamberski* wegen der mutmaßlichen Entführung *Krombachs* hat im Mai 2014 vor dem Tribunal Correctionnel in Mulhouse begonnen. Vgl. hierzu: Die Welt v. 22.5.2014, <http://www.welt.de/vermischtes/article128314673/Kalinka-oder-die-lange-Suche-nach-Gerechtigkeit.html> (Stand: 29.5.2014).

25 Zum Sachverhalt EGMR, *Krombach/Frankreich* (Fn. 1), §§ 9 ff.

26 EGMR, *Krombach/Frankreich* (Fn. 1), § 87.

27 EuGH, Rs. C-7/98 (*Krombach/Bamberski*), 28.3.2000, Slg. C-7/98 = NJW 2000, 1853 m. Anm. von *Bar*, JZ 2000, 725; ausführlich auch *Netzer, ZJS* 2009, 752.

Adhäsionsverfahren zurückgewiesen habe, weil der in einem anderen Vertragsstaat wohnende Beklagte wegen einer vorsätzlichen Straftat angeklagt und nicht persönlich erschienen sei.²⁸ Dies bejahte der EuGH und wies das Recht auf Verteidigung in Abwesenheit als unverzichtbaren Grundsatz des (früheren) Gemeinschaftsrechts aus.²⁹

Belgien wurde in drei vergleichbaren Fällen ebenfalls vom EGMR verurteilt. In der Sache *Van Geyselghem* hatte sogar die Große Kammer die bis dahin bereits gegen Frankreich und die Niederlande etablierte Rechtsprechung bestätigt.³⁰

Von besonderem Interesse war für die Beurteilung der Konventionskonformität der deutschen Regelung des § 329 Abs. 1 StPO und der auf ihr beruhenden gerichtlichen Verwerfungspraxis das im Jahr 2009 gegen Finnland verkündete Urteil im Fall *Kari-Pekka Pietiläinen*.³¹ In diesem Fall ging es um eine Verwerfung des Rechtsmittels der Berufung des Angeklagten wegen seiner Abwesenheit an einem von mehreren Verhandlungstagen. Sein anwaltlicher Vertreter war nicht »anstelle« des abwesenden Mandanten in der Sache angehört worden. In der dem Angeklagten übersandten Ladung zur Hauptverhandlung befand sich kein Hinweis darauf, dass die Abwesenheit von nur einem Verhandlungstag als Abwesenheit von der gesamten Hauptverhandlung interpretiert werden würde. Ebenso fehlte ein Hinweis im Verhandlungsplan auf die Notwendigkeit der Anwesenheit des Angeklagten an dem besagten Tag. Ein ärztliches Attest war vom Berufungsgericht nicht als Entschuldigung anerkannt worden.³²

Diese prozessuale Vorgehensweise kritisierte der EGMR dahingehend, erneut in Fortsetzung seiner bereits gefestigten Rechtsprechung zu postulieren, dass die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte durch den Verteidiger für den in der Hauptverhandlung trotz Ladung nicht erschienenen Angeklagten gewährleistet sein müsse.³³ Ausdrücklich legte der Gerichtshof dabei fest, dass es eines Entschuldigungsgrundes des Angeklagten in diesem Zusammenhang nicht bedürfe.³⁴ Einzige Ausnahme, bei der die Anwesenheit des Angeklagten erforderlich sei und dementsprechend auch eingefordert

28 BGH, EuZW 1999, 26.

29 EuGH, Rs. C-7/98 (Krombach) (Fn. 1), § 42.

30 EGMR (GK), *Van Geyselghem/Belgien* (Fn. 1); *Stroek/Belgien* (Fn. 1); *Goedhart/Belgien* (Fn. 1).

31 EGMR, *Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland* (Fn. 1); vgl. hierzu auch: *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NSStZ 2011, 140 (147 f.).

32 Zum Sachverhalt vgl. EGMR, *Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland* (Fn. 1), §§ 5 ff.

33 EGMR, *Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland* (Fn. 1), §§ 31 f.

34 EGMR, *Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland* (Fn. 1), § 31 (»even in the absence of an excuse«).

werden dürfe, mit der Folge, dass die Abwesenheit nicht zu entschuldigen wäre, seien Verfahrensabschnitte, für die eine Anwesenheit des Angeklagten absolut notwendig sei (»any issues ... for which the applicant's attendance in person was strictly necessary«).³⁵

III. »Neziraj« vs. »Görgülü« oder: Wer hat das »letzte Wort«?

Rund drei Jahre später, am 8. November 2012, hat nun der EGMR im Urteil *Neziraj* gegen Deutschland³⁶ eine dem Urteil *Pietiläinen* vergleichbare Fallkonstellation ebenfalls als konventionswidrig eingestuft (Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK).

Im konkreten Fall war der Angeklagte in erster Instanz vom Amtsgericht Köln wegen Körperverletzung (in seiner Anwesenheit) verurteilt worden. Er legte gegen dieses Urteil Berufung ein, blieb aber der späteren Hauptverhandlung fern, weil gegen ihn ein Haftbefehl in anderer Sache offenstand, so dass der Angeklagte eine Verhaftung zu Beginn der Hauptverhandlung befürchten musste. Die Berufung wurde entsprechend der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO vom Landgericht Köln trotz Erscheinens des vertretungsbereiten Verteidigers verworfen. Die Revision zum Oberlandesgericht und die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht³⁷ blieben ohne Erfolg.³⁸

Ohne größere dogmatische Abweichungen von dem bereits skizzierten Urteil *Pietiläinen* gegen Finnland aus dem Jahr 2009 kam der EGMR auch im Fall *Neziraj* zur Annahme eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK. Bemerkenswert ist bei einem Vergleich des Argumentationsmusters zu dem im Urteil *Pietiläinen* lediglich, dass der Gerichtshof die dort erwähnte Einschränkung in Bezug auf *Verfahrensabschnitte, für die eine Anwesenheit des Angeklagten absolut notwendig ist*, nicht mehr aufgreift. Ebenfalls bemerkenswert und für die weitere Rechtsentwicklung von besonderer Brisanz sind Andeutungen, die durchaus auch für die erste Instanz des gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen an die zu gewährleistende Möglichkeit einer gerichtlichen Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten denken lassen.³⁹

35 EGMR, Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland (Fn. 1), § 34; vgl. Karpenstein/Mayer/Meyer, EMRK-Kommentar, 2012, Art. 6 Rn. 192.

36 EGMR, Neziraj/Deutschland (Fn. 1) m. Anm. Püschel, StraFo 2012, 493; Gerst, StRR 2013, 23; Lampe, jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 1.

37 BVerfG, StraFo 2007, 190.

38 Zum Sachverhalt vgl. EGMR, Neziraj/Deutschland (Fn. 1), §§ 7 ff.

39 Vgl. nur EGMR, Neziraj/Deutschland (Fn. 1), § 65 (»It would also reiterate in this connection that an accused was not obliged to surrender to custody in order to secure the right to be (re)tried in conditions that comply with Article 6 of the Convention«).

Vor allem aber haben die dem Urteil anliegenden Sondervoten der Richterinnen *Power-Forde* und *Nußberger* Aufmerksamkeit erregt. Beide Richterinnen stimmten zwar in ihrem Votum der Hauptlinie des EGMR im Ergebnis zu (das Verdikt erging daher *einstimmig*, d.h. mit Zustimmung der deutschen Richterin) – ein weiterer Beleg dafür, dass dieses gegen Deutschland verkündete Urteil und der darin festgestellte Konventionsverstoß alles andere als unerwartet aus dem Straßburger Himmel gefallen sind. Beide Richterinnen deuteten aber an, dass sie mit der Begründungslinie des Gerichtshofs inhaltlich nicht völlig übereinstimmen. Aufgrund der turnusmäßig anstehenden Richterwechsel am EGMR (vgl. Art. 23 EMRK) ist daher nicht auszuschließen, dass dieses Sondervotum in Zukunft noch einmal aufgegriffen werden und sich die Rechtsprechung zur Thematik der Berufungsverwerfung bei Abwesenheit des Angeklagten in eine andere Richtung entwickeln wird.

IV. Umsetzungsbedarf in der juristischen Praxis

Nichtsdestotrotz steht Deutschland als Völkerrechtssubjekt nun vor der – durchaus schwierigen Aufgabe – der aus Art. 46 Abs. 1 EMRK resultierenden Pflicht zur Befolgung des endgültigen Urteils in der Sache *Neziraj* nachzukommen – vor allem in Bezug auf künftige gleichgelagerte Fälle. Dass die Bewältigung dieser Aufgabe keine leichte ist, liegt vor allem daran, dass die EMRK ein völkerrechtlicher Vertrag ist, dem anders als die allgemeinen Regeln des Völkerrechts iSv Art. 25 GG innerstaatlich keine unmittelbare Geltung zukommt.⁴⁰ Auf nationaler Ebene hat die Konvention nur deshalb direkte Anwendung, weil sie ratifiziert und auf diese Weise in innerstaatliches Recht transformiert worden ist. Anders als beispielsweise Österreich⁴¹ hat sich Deutschland seinerzeit nicht für eine Umsetzung der EMRK im Range von Verfassungsrecht entschieden, sondern hat die Konvention auf der Ebene des einfachen Rechts als Bundesgesetz per Zustimmungsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG verankert.⁴² Die EMRK ist damit unmittelbar geltendes deutsches Recht und bindet die vollziehende Gewalt sowie die Rechtsprechung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG. Folglich ist die Rechtsprechung des EGMR, die die EMRK als »living instrument«⁴³ fortlaufend neu prägt, in jedem Strafverfahren aufgrund des von Art. 59 Abs. 2 GG ausgehenden Normanwendungsbefehls zu beachten.

40 Vgl. LR-EMRK/*Esser* (Fn. 8), Einführung Rn. 42; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, 2012, § 3 Rn. 6.

41 *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 40), § 3 Rn. 2.

42 BGBl. II 1952, S. 685, ber. S. 953; zuletzt Bekanntmachung der Neufassung der Konvention vom 22.10.2010, BGBl. II 2010, S. 1198.

43 Vgl. nur EGMR, *Tyrer/UK*, 25.4.1978, Nr. 5856/72, Serie A Nr. 26, § 31 = NJW 1979, 1089; SK-StPO/*Paefßen*, Band X, EMRK, 4. Aufl., 2012, Einführung Rn. 273; vgl. auch BVerfGE 111, 307 (319).

Allerdings steht die EMRK damit in der Normenhierarchie unterhalb der deutschen Verfassung. Da das BVerfG in der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG) nur die Verletzung der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte – bei Urteilen reduziert auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts – überprüft, kann ein Verstoß gegen die EMRK zudem nicht unmittelbar vor dem BVerfG gerügt werden.⁴⁴ Das BVerfG hat aber – wie bereits oben dargelegt – im Görgülü-Beschluss vom 14.10.2004 in Anerkennung der völkerrechtlichen Bindungswirkung der EMRK gemäß Art. 1 EMRK klargestellt, dass zur Bindung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG auch die Berücksichtigung der EMRK sowie der Rechtsprechung des EGMR im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung gehört.⁴⁵ Letztlich kann damit die »Nichtberücksichtigung« eines EGMR-Urteils bzw. von EMRK-Standards doch zu einer Verletzung der Verfassung (Art. 2 Abs. 1 GG) führen.

In Bezug auf die konkrete Pflicht zur »Berücksichtigung« eines EGMR-Urteils ist zu beachten, dass dieses als Feststellungsurteil ergeht (Art. 41 EMRK), das zwar völkerrechtlich verbindlich ist, jedoch keine unmittelbare kassatorische Wirkung auf nationaler Ebene entfaltet.⁴⁶ Der EGMR kann damit durch sein Urteil die eigentliche Ursache der Verletzung der Konvention nicht selbst beseitigen. Daraus können Konflikte zwischen dem Anspruch, die staatliche Souveränität zu wahren und der Gewährleistung effektiven Individualrechtsschutzes entstehen. Sie können jedoch teilweise dadurch entschärft werden, dass der EGMR gemäß Art. 41 EMRK der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zusprechen *kann*, wenn das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen der Vertragsverletzung gestattet.⁴⁷

Aus einer Zusammenschau von Art. 46 Abs. 1 EMRK⁴⁸ und Art. 1 EMRK⁴⁹ ergibt sich hinsichtlich einer Bindungswirkung der Urteile des EGMR zweierlei: Zum einen muss der jeweilige verurteilte Mitgliedstaat *individuelle* Maßnahmen gegenüber der verletzten Partei ergreifen, um die Konventionsverletzung wiedergutzumachen (»inter partes«). Zum anderen muss er auch

44 Vgl. zum Prüfungsmaßstab auch *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, Art. 100 [Stand: 69. Lfg. 2013], Rn. 22; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 40), § 3 Rn. 6.

45 BVerfGE 111, 307 (323).

46 Vgl. LR-EMRK/*Esser* (Fn. 8), Verfahren, Rn. 216; *Karpenstein/Mayer/Breuer* (Fn. 35), Art. 46 Rn. 5.

47 Zu Art. 41 EMRK vgl. LR-EMRK/*Esser* (Fn. 8), Verfahren Rn. 220 ff.; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 40), § 15.

48 Art. 46 Abs. 1 EMRK: »Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen.«

49 Art. 1 EMRK: »Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.«

50 Vgl. BVerfGE 111, 307 (321).

generelle Maßnahmen in die Wege leiten, um erneute Konventionsverstöße in vergleichbaren künftigen Verfahrenskonstellationen zu vermeiden.⁵⁰ Aus dem Wortlaut von Art. 46 Abs. 1 EMRK (»in denen sie Partei sind«) ergibt sich zwar, dass sich die Rechtskraftwirkung eines *Urteils* des EGMR und damit auch die Befolgungspflicht des im individuellen Streitfall betroffenen Staates auf den jeweils entschiedenen Streitgegenstand beschränkt.⁵¹ Aus Art. 1 EMRK folgt allerdings darüber hinausgehend, dass die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich an den übertragungsfähigen Inhalt der gesamten Rechtsprechung des EGMR gebunden ist.⁵²

Das BVerfG hat hierzu im *Görgülü*-Beschluss klargestellt, dass

»alle staatlichen Organe der Bundesrepublik Deutschland [...] an die Konvention und die für Deutschland in Kraft getretenen Zusatzprotokolle im Rahmen ihrer Zuständigkeit kraft Gesetzes gebunden [sind]. Sie haben die Gewährleistungen der Konvention und die Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Auslegung von Grundrechten und rechtsstaatlichen Gewährleistungen zu berücksichtigen.«⁵³

Das BVerfG postuliert des Weiteren das – »präventiv« zur Vermeidung von Kollisionen zu beachtende – Gebot einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung nationaler Rechtsbestimmungen im Lichte der EMRK:

»Das Grundgesetz weist mit Art. 1 Abs. 2 GG dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz zu. Dieser ist in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG die Grundlage für die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.«⁵⁴ ...

»Da die Europäische Menschenrechtskonvention – in der Auslegung durch den EGMR – im Range eines förmlichen Bundesgesetzes gilt, ist sie in den Vorrang des Gesetzes einbezogen und muss insoweit von der rechtsprechenden Gewalt beachtet werden.«⁵⁵ ...

51 Vgl. auch BVerfGE 111, 307 (320); Karpenstein/Mayer/Breuer (Fn. 35), Art. 46 Rn. 31.

52 LR-EMRK/Esser (Fn. 8), Verfahren Rn. 254.

53 BVerfGE 111, 307 (331).

54 BVerfGE 111, 307 (329).

55 BVerfGE 111, 307 (325 f.).

»Die über das Zustimmungsgesetz ausgelöste Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs erfordert zumindest, dass die entsprechenden Texte und Judikate zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts, der zuständigen Behörde oder des Gesetzgebers einfließen. Das nationale Recht ist unabhängig von dem Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens nach Möglichkeit im Einklang mit dem Völkerrecht auszulegen.«⁵⁶

Damit nimmt die gesamte Rechtsprechung des EGMR über den konkreten Streitgegenstand hinaus an der innerstaatlichen Verbindlichkeit der EMRK (Art. 59 Abs. 2 GG) teil. Nationale Strafverfolgungsbehörden und -gerichte sind damit auch von Verfassung wegen gehalten, die in einem Strafverfahren anzuwendenden Vorschriften und Gesetze im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen.

"Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.«⁵⁷

Der EMRK und damit mittelbar der gesamten Rechtsprechung des EGMR kommt damit in weitem Umfang eine Klarstellungs- und Konkretisierungsfunktion für das deutsche Strafverfahrensrecht zu. Dies ist vor dem Hintergrund von Bedeutung, dass das Grundgesetz zu vielen strafprozessualen Verfassungsgarantien schweigt, die daher lediglich über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) hergeleitet werden können (darunter fundamentale Garantien wie das Fairnessgebot im Allgemeinen und das Schweigerecht im Speziellen).

Allerdings hat das BVerfG im *Görgülü*-Beschluss vom 14.10.2004 den Umfang der aus Art. 59 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitenden Berücksichtigungspflicht von Behörden und Gerichten ebenso signifikant wie bedenklich eingeschränkt:

»Etwas anderes gilt [...] dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt.«⁵⁸...

56 BVerfGE 111, 307 (324).

57 BVerfGE 111, 307 (317).

58 BVerfGE 111, 307 (329).

»Berücksichtigen' bedeutet, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt.«⁵⁹

Der Berücksichtigungspflicht soll [schon] dann genüge getan sein, wenn

»die zuständigen Behörden oder Gerichte (...) sich mit der Entscheidung erkennbar auseinander[gesetzt] und gegebenenfalls nachvollziehbar begründe[t haben], warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen.«⁶⁰

Gerade in Fällen, in denen staatliche Gerichte wie im Privatrecht mehrpolige Grundrechtsverhältnisse auszugestalten hätten, komme es regelmäßig auf sensible Abwägungen zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen an, die bei einer Änderung der Subjekte des Rechtsstreits oder durch eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse im Ergebnis anders ausfallen könnten.⁶¹ Als Argument hierfür führt das BVerfG an, dass das Grundgesetz die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten erstrebe, dabei jedoch nicht auf die in dem »letzten Wort der deutschen Verfassung« liegende Souveränität verzichte.⁶² Insofern widerspreche es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachte, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden sei.⁶³

Man mag diesem die Berücksichtigungspflicht beschränkenden Ansatz des BVerfG kritisch gegenüberstehen: Da das nationale Verfassungsrecht einer völkerrechtsfreundlichen Interpretation von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO ersichtlich nicht entgegensteht und durch diese Vorschrift auch keine »bipolaren Grundrechtsverhältnisse« gegeneinander auszugleichen sind,⁶⁴ ist der völker- und verfassungsrechtliche Auftrag an die nationalen Strafgerichte zur konventionskonformen Auslegung jedenfalls dieser Norm grundsätzlich eröffnet (vgl. den Wortlaut von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO: »in den Fällen, in denen dies zulässig ist«).⁶⁵ Dennoch haben sich mehrere Oberlandesgerichte

59 BVerfGE 111, 307 (329).

60 BVerfGE 111, 307 (324).

61 BVerfGE 111, 307 (324).

62 BVerfGE 111, 307 (319).

63 BVerfGE 111, 307 (319).

64 Esser, StV 2013, 331 (339); ders. StraFo 2013, 252 (255); ders., StV 2005, 348 (351).

65 Dagegen OLG München (Fn. 2): »[...] bedeutet, dass § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht entgegen seinem eindeutigen Wortlaut ausgelegt werden kann.«; dagegen: OLG Bremen (Fn. 2).

in ihrer Reaktion auf das Urteil des EGMR im Fall *Neziraj* gezielt auf die vom BVerfG formulierte Einschränkung der grundsätzlich bestehenden Berücksichtigungspflicht zurückgezogen und unter Beibehaltung herkömmlicher Auslegungsschemata, wie sie der deutschen Strafprozessordnung seit Jahrzehnten zugrunde liegen, eine völkerrechtsfreundliche Gesetzesinterpretation des § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO vermissen lassen, zum Teil sogar ausdrücklich abgelehnt.⁶⁶ Die Analyse dieser Judikatur ist dem Beitrag von *Moosbacher* vorbehalten und soll daher an dieser Stelle nicht weiter erfolgen.⁶⁷

Zusammenfassend bleibt jedenfalls zu konstatieren, dass keines der Oberlandesgerichte bisher den Versuch unternommen hat, die Vorschrift des § 329 Abs. 1 StPO über eine Rüge des entsprechenden Parallelgrundrechts auf effektive Verteidigung als Ausprägung des Anspruchs auf ein faires Verfahren, das sich selbstredend auch aus der deutschen Verfassung ableiten lässt (Art. 20 Abs. 3 GG),⁶⁸ dem BVerfG im Wege einer konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) vorzulegen.⁶⁹ Das zeigt, dass in dieser Thematik letztlich nur der Gesetzgeber helfen kann, einen künftigen erneuten Völkerrechtsverstoß Deutschlands im Außenverhältnis zu verhindern (Art. 46 Abs. 1, Abs. 2 EMRK). Mit der Mitte 2015 anstehenden Verabschiedung eines Gesetzes zur Änderung des § 329 StPO ist hier bereits Besserung in Sicht.

V. Fazit

Das durch das Urteil *Neziraj* hervorgerufene Dilemma in Form eines Auslegungsspagats nationaler Strafgerichte zwischen den einschlägigen Normen von StPO und EMRK resultiert letztlich aus einer Zurückhaltung des Gesetzgebers in den 1950er Jahren bei der Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention, die ebenso wie in Österreich mit Verfassungsrang hätte erfolgen können, jedoch damals lediglich im Range eines förmlichen Bundesgesetzes erfolgt ist. Auch fehlt der EMRK der aus dem Europarecht bekannte Zwang in Form eines förmlichen Anwendungsvorrangs. Das gibt Staatsanwaltschaften und Gerichten immer wieder die Möglichkeit, distanzierend bis abwertend auf den Umstand hinzuweisen, dass die EMRK lediglich im Range eines einfachen Bundesgesetzes ratifiziert worden ist, und Spielräume gegenüber der deutschen Verfassung aufzuzeigen. Dass hier mitunter sogar Auslegungsgrenzen unter Hinweis auf die innere Systematik der

66 Vgl. hierzu bereits Fn. 2.

67 Siehe ferner: *Esser*, StraFo 2013, 253.

68 BVerfG, StraFo 2007, 190 (191).

69 *Payandeh*, DÖV 2011, 382; *Esser*, StV 2013, 331 (337); in Anschluss daran wohl auch *Engel*, ZJS 2013, 339 (343), allerdings ohne Auseinandersetzung mit der *strafrechtlichen* Literatur.

deutschen Strafprozessordnung und der dortigen Stellung des Strafverteidigers behauptet werden, |⁷⁰ stimmt betrüblich, ist aber letztlich auch Ausdruck einer Rechtsausbildung in den letzten Jahrzehnten, die es trotz einer seit den 1950er Jahren stärker voranschreitenden Rechtsintegration in Europa weitgehend nicht verstanden hat, internationale Vorgaben für die nationale Strafjustiz als selbstverständliche Rahmenbedingungen zu vermitteln. Das ändert sich mittlerweile an vielen Universitäten sowohl durch das gezielte Angebot von Schwerpunktveranstaltungen im Hauptstudium der Rechtswissenschaft als auch durch eine zunehmende Internationalisierung der juristischen Ausbildung insgesamt. Es ist zu hoffen, dass sich kommende Juristengenerationen in der Umsetzung menschenrechtlicher Garantien im Strafverfahren deutlich leichter tun werden, als dies bei deutschen Gerichten im Fall des § 329 Abs. 1 StPO heute ganz offensichtlich der Fall ist.

70 OLG Bremen (Fn. 2): »[...] kommt allerdings wegen dem sich aus dem Regelungszusammenhang der Vorschrift ergebenden erkennbar entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers nicht in Betracht.«; OLG Celle (Fn. 2), Tz. 9.