

Prof. Dr. Robert Esser

PASST ›EUROPA‹ NICHT INS DEUTSCHE STRAFVERFAHREN?

I.

EINLEITUNG*

Urteile deutscher Strafgerichte mit Bezug zu international relevanten Fragestellungen vermitteln bisweilen den Eindruck, dass das nationale Strafrecht vor ›systemfremden‹ Einflüssen bewahrt, um nicht zu sagen ›geschützt‹ werden müsse. Eine solche Systemtreue ist zwar kein spezifisches auf die Strafjustiz gemünztes, sondern ein in nahezu allen Berufsfeldern anzutreffendes Phänomen. Bekanntes hat sich eben ›bewährt‹, Unbekanntes wird dagegen kritisch beäugt, nicht zuletzt deshalb, weil die Auseinandersetzung mit dem als ›unpassend‹ empfundenen ›Neuen‹ naturgemäß einen gewissen Mehraufwand in der gedanklichen Aufbereitung bedeutet und bisweilen dazu zwingt, das Tradierte und Gewohnte mindestens in Frage zu stellen, wenn nicht gar partiell anzupassen.

Zu einem *rechtlich* relevanten Problem wird eine derart system-schützende gedankliche Unbeweglichkeit für die nationale Justiz allerdings vor dem Hintergrund, dass sowohl der Anwendungsvorrang des Unionsrechts als auch der menschenrechtlich in Art. 1 und Art. 46 EMRK zum Ausdruck kommende Mechanismus zur Umsetzung bzw. Berücksichtigung von Judikaten des EGMR konzeptionell auf eine Harmonisierung nationaler Systeme und damit gerade auf die partielle Außerkraftsetzung respektive notwendige Anpassung nicht selten über Jahrzehnte etablierter nationaler Strafrechtssysteme zugeschnitten sind. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass nur auf diese Weise dem verbindlich umzusetzenden übergeordneten Rechtsprinzip hinreichend Geltung verschafft werden kann.

* Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

Deutschland ist seit vielen Jahren – auch im Strafrecht – in diverse europa- und völkerrechtliche Rechts- und Kontrollsysteme eingebunden, denen es Respekt und Umsetzungsgehorsam schuldet. Kommt es dann tatsächlich in einer speziellen rechtlichen Fragestellung zum Schwur, muss Deutschland innerstaatlich halten, was es im Außenverhältnis verspricht. Doch genau das fällt in der Praxis nicht immer leicht. Die nachfolgenden Ausführungen wollen das konstatierte Phänomen einer systemtreuen Inertia anhand aussagekräftiger Beispiele belegen.

II.

›NICHTBERÜCKSICHTIGUNG‹ VON URTEILEN DES EGMR

1. KOMPENSATION EINER TATPROVOKATION

Signifikante Friktionen zwischen dem Völkerrecht auf der einen und dem nationalen Strafprozessrecht auf der anderen Seite treten in Deutschland seit Jahrzehnten bei der Suche nach der menschenrechtlich gebotenen, konkreten Form der Kompensation einer zu konstatierenden (rechtsstaatswidrigen) Tatprovokation (›*incitement*«) auf.

Mehrfach und in der Sache unmissverständlich hat der EGMR die von den deutschen Strafgerichten mit beachtlichem Beharrungsvermögen über Jahrzehnte proklamierte *Strafzumessungslösung*, wonach die der späteren Tat vorausgegangene staatlich zurechenbare Provokation zur Tat (lediglich) einen gewichtigen Strafmilderungsgrund darstellen soll, als nicht ausreichende Form der Kompensation eingestuft. So entschied der Gerichtshof – nach mehreren vorangegangenen Judikaten gegen andere Vertragsstaaten, am bekanntesten dürfte dabei das Urteil *Teixeira de Castro*¹ sein – 2014 endlich auch in einer Rechtssache gegen Deutschland (*Furcht*), dass im Falle einer zu konstatierenden (in der Regel polizeilichen) Tatprovokation die im Anschluss von den deutschen Strafgerichten vorgenommene Strafmilderung nicht als hinreichende Wiedergutmachung für den eingetretenen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (›*fair trial*«) angesehen werden könne, wenn es – was regelmäßig der Fall ist – zu einer Verwertung der durch die Tatprovokation erlangten Beweise komme und

¹ EGMR, *Teixeira de Castro/Portugal*, Urt. v. 9.6.1998, Nr. 25829/94.

die Verurteilung des Beschwerdeführers auf diese gestützt werde.²

Wie der Gerichtshof dann sechs Jahre später, 2021, noch einmal in der Rs. *Akbay u.a.* ebenfalls gegen Deutschland bestätigt hat, kann die Fairness des Verfahrens in einer solchen Verfahrenskonstellation nur noch dadurch gewahrt werden, dass alle Beweise, die mithilfe einer Tatprovokation gewonnen wurden, entweder von der Verwertung ausgeschlossen sind oder ein vergleichbares Verfahrensergebnis (»procedure with similar consequences«) auf anderem Wege herbeigeführt wird.³

Die deutschen Strafgerichte interessierten diese menschenrechtlichen Vorgaben indes zunächst herzlich wenig. Der BGH hielt auch in den Jahren nach *Furcht* an der Strafzumessungslösung unumstößlich fest⁴ und betonte im Jahr 2018 völlig ungeniert die Systemfremdheit der Straßburger Rechtsprechung gegenüber dem deutschen Verfahrensrecht – bezogen auf eine vom EGMR⁵ postulierte staatliche *Beweislast* für das Nichtvorliegen einer Tatprovokation.

»Die Rechtsprechung des EGMR zur – dem deutschen Verfahrensrecht grundsätzlich systemfremden – Beweislast der Staatsanwaltschaft für das Nichtvorliegen einer Tatprovokation [...] erfordert angesichts der konkreten Umstände des vorliegenden Falls keine andere Bewertung«

ist dort zu lesen.⁶

Verfassungsrechtlichen Geleitschutz im Kontext Tatprovokation leistete das BVerfG den deutschen Strafgerichten zuletzt im Dezember 2014 (d.h. nach *Furcht*), als es eben jene vom BGH seit Jahrzehnten

2 EGMR, *Furcht/Deutschland*, Urt. v. 23.10.2014, Nr. 54648/09, §§ 59, 72, NJW 2015, 3631 = NStZ 2015, 412 = NJ 2015, 201 = StV 2015, 405 = JR 2015, 81 m. Anm. *Schmidt*, ZIS 2017, 57. Am Ende sprach der EGMR dem Bf. eine Entschädigungssumme in Höhe von 16.500 € zu. Das Strafverfahren wurde auf nationaler Ebene wieder aufgenommen (§ 359 Nr. 6 StPO), das der Verurteilung zugrunde liegende Urteil des LG Aachen aufgehoben und das Verfahren analog § 371 Abs. 2 StPO ohne mündliche Verhandlung wegen eines Verfahrenshindernisses eingestellt (CoE-CM, DH-DD(2020)132 v. 11.2.2020; Resolution CM/ResDH(2020)60 – Execution of the judgment of the European Court of Human Rights *Furcht against Germany* v. 4.6.2020).

3 EGMR, *Furcht/Deutschland* (Fn. 2), § 59; *Akbay u.a./Deutschland*, Urt. v. 15.10.2020, Nrn. 40495/15, 37273/15, 40913/15, § 136, NJW 2021, 3515.

4 Siehe etwa: BGH, Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15, Rn. 11 ff., BGHSt 60, 238 = NStZ 2015, 541 = StV 2016, 78.

5 EGMR, *Bannikova/Russland*, Urt. v. 4.11.2010, Nr. 18757/06, § 73, HRRS 2011 Nr. 331.

6 BGH, Urt. v. 4.7.2018 – 5 StR 650/17, Rn. 33, StV 2019, 358.

praktizierte Strafzumessungslösung goutierte – unter Hinweis darauf, dass der EGMR gegenüber dem BGH eben »einen anderen dogmatischen Ansatz [verfolge], weil der [...] [EGMR] bei Annahme einer Tatprovokation die Frage der Zulässigkeit der Verfahrensdurchführung an sich und der Beweisverwertung in den Mittelpunkt stellt«. ⁷ Aus den Vorgaben des EGMR lasse sich nach Ansicht des BVerfG »nicht schließen, das nationale Rechtssystem müsse zwingend dem dogmatischen Ansatz des Gerichtshofs folgen«. ⁸ Das ist starker Tobak, den man so manchem Verfassungsgericht eines anderen Staates kaum durchgehen lassen dürfte.

Erst in jüngerer Zeit deuten sich in einem Urteil des 1. Strafsenats des BGH weitreichende dogmatische Änderungen und ein Einschwenken auf die Straßburger Rechtsprechung an – endlich. ⁹ Auf die Aussagen des EGMR im Urteil *Akbay u.a.* reagierte der Senat, indem er das im konkreten Fall angefochtene Urteil aufhob, weil nicht abschließend begründet werden könne, ob der im Übrigen rechtsfehlerfreien Verurteilung des Angeklagten das Verfahrenshindernis einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation entgegenstehe. ¹⁰ Das Urteil wurde insoweit an ein neues Tatgericht zurückverwiesen, welches nun anhand der zum Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vom EGMR entwickelten Maßstäbe feststellen muss, ob eine solche tatsächlich vorlag. Sollte dies der Fall sein – und das ist der wirklich spannende Teil des Judikats – stünde dem Verfahren nach Auffassung des 1. Strafsenats des BGH insoweit ein Verfahrenshindernis entgegen, so dass das Verfahren hinsichtlich dieses Aspektes gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO einzustellen wäre. ¹¹ Damit entfernt sich der BGH deutlich von seiner bisherigen Strafzumessungslösung und der Erwägung, dass ein Beweisverwertungsverbot als »starre Fehlerfolge« den vielfältigen Erscheinungsformen unterschiedlich intensiver Tat-

7 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, Rn. 42, NJW 2015, 1083 = StV 2015, 413 = NStZ 2016, 49 m. Anm. *Jahn*, JuS 2015, 659; NJW 1987, 1874 = NStZ 1987, 276.

8 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14 (Fn. 7), Rn. 43.

9 BGH, Urt. v. 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), NStZ 2023, 243 m. Anm. *Moldenhauer*.

10 BGH, NStZ 2023, 243 (246); die Revision eines zweiten Angeklagten blieb ohne Erfolg, weil ihm gegenüber das Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auszuschließen war.

11 BGH, NStZ 2023, 243 (246) = StV 2022, 275 (275).

provokation keine Rechnung tragen könne.¹²

In diesem Punkt schließt sich der 1. Strafsenat des BGH dem 2. Strafsenat an, der sich bereits 2015 unter Berücksichtigung der EGMR-Judikatur in der Rs. *Furcht* deutlich von der Strafzumessungslösung entfernt¹³ und sich zugleich gegen die Rechtsprechung des BVerfG positioniert hatte, mit der Begründung, dass es den Fachgerichten in Anwendung des ›einfachen‹ Rechts freistünde, auf rechtsstaatswidrige Tatprovokationen mit strengeren Rechtsfolgen als verfassungsrechtlich geboten – mit der Annahme eines Verfahrenshindernisses – zu reagieren.¹⁴

In einem aktuellen Urteil gegen Österreich macht der EGMR nun noch einmal deutlich, dass eine Strafzumessungslösung keine befriedigende Lösung für die Bereinigung der Folgen einer Tatprovokation sein kann. Der österreichische Gesetzgeber hat zwar in Reaktion auf das Urteil *Furcht* ein Verfahrenshindernis im Fall einer unzulässigen Tatprovokation (i.S.d. § 5 Abs. 3 öStPO) statuiert (StPRÄG I 2016). Die entsprechende gesetzliche Bestimmung war jedoch zum Zeitpunkt des dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhaltes noch nicht anwendbar. Nachdem das Landesgericht für Strafsachen festgestellt hatte, dass der Beschwerdeführer rechtsstaatswidrig provoziert worden war, es aber (auch zum Zeitpunkt der Urteilsfällung) noch keine gesetzliche Grundlage für die Annahme eines Verfahrenshindernisses gab, reduzierte zunächst das Landesgericht die Strafe um sechs Monate, der österreichische Verfassungsgerichtshof sodann um weitere neun Monate – auf also insgesamt 15 Monate. Der EGMR hielt aber auch in diesem Fall die vorgenommene, durchaus beträchtliche, Strafmilderung als Kompensation für den Fairnessverstoß nicht für ausreichend und bejahte folgerichtig einen nicht kompensierten und damit weiterhin vorliegenden Verstoß Österreichs gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁵

12 Hierzu auch: *Schneider*, NStZ 2023, 325 (332): durch Tatprovokation initiierte Strafverfahren seien von Anfang an unfair, so dass ein Vergleich mit § 136a Abs. 1 StPO nicht in Frage käme.

13 BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 (296).

14 BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 63, BGHSt 60, 276 = NJW 2016, 91 = NStZ 2016, 52 = StV 2016, 129 (Ls.); hierzu auch: *Schneider*, NStZ 2023, 325 (334); LR/*Esser*, EMRK, 27. Aufl. 2023, Art. 6 Rn. 385.

15 EGMR, Jevtic/Österreich, Urt. v. 24.1.2023, Nr. 54664/16, § 11.

Ob das Votum des 1. Strafsenats des BGH ausreichen wird, um auch bei den anderen Senaten ein systemisches Umdenken zu bewirken, wird man abwarten müssen. Der Gesetzgeber sollte sich darauf nicht verlassen und die Pläne für ein gesetzliches Verbot der Tatprovokation zügig umsetzen.¹⁶

2. AUSBLEIBEN (VERTRETUNG) DES ANGEKLAGTEN IN DER BERUFUNGSHAUPTVERHANDLUNG (§ 329 StPO)¹⁷

Die frühere, bis zum 24.7.2015 geltende Regelung des § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO a.F., wonach auch bei Anwesenheit eines mit schriftlicher Vollmacht ausgestatteten, vertretungsbereiten Verteidigers eine Verwerfung des Rechtsmittels der Berufung erfolgen musste, hatte der EGMR in der Rs. *Neziraj* im Jahr 2012 ausdrücklich als konventionswidrig, genauer, als nicht mit Art. 6 Abs. 1 i.Vm. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK vereinbar, eingestuft.¹⁸

Die seinerzeitige, zur Umsetzung dieses Straßburger Postulats berufene OLG-Rechtsprechung war diesem Ansinnen jedoch mit aller Deutlichkeit und Entrüstung entgegengetreten. Nach Ansicht des OLG München etwa verkannte das Urteil des EGMR »das Regelungsgefüge [...] des § 329 StPO [a.F.] und die Stellung des Verteidigers im deutschen Strafprozessrecht«. ¹⁹ Selbst für den Fall, dass man eine Konventionswidrigkeit des § 329 StPO a.F. annähme, sei die Norm aufgrund ihres eindeutigen Wortlauts und angesichts ihrer Bindung an das geltende Gesetzesrecht anzuwenden und eine auf die Konventionswidrigkeit der Vorschrift gestützte Revision offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).²⁰

16 Siehe Referentenentwurf des BMJ zum Einsatz von V-Leuten und zum Verbot der Tatprovokation vom Juli 2023; hierzu auch: LR/*Esser* (Fn. 14), Art. 6 Rn. 389.

17 Ausführlich hierzu: *Esser*, Strafverteidigung bei Abwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz – Die menschenrechtliche Perspektive, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Vom Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung – Texte und Ergebnisse des 38. Strafverteidigertages in Dresden 2014, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2015), S. 61-72.

18 EGMR, *Neziraj*/Deutschland, UrT. v. 8.11.2012, Nr. 30804/07, StV 2013 289 (Ls.) m. Anm. *Esser*, StV 2013, 331 (337) = StraFo 2012, 490 m. Anm. *Püschel*; ferner: EGMR, *Tolmachev*/Estland, UrT. v. 9.7.2015, Nr. 42182/11; *Frolovs*/Lettland, UrT. v. 15.6.2017, Nr. 13289/06.

19 OLG München, Beschl. v. 17.1.2013 – 4 St RR (A) 18/12, Rn. 12, NStZ 2013, 358 = NStZ-RR 2014, 18 = StV 2013, 301.

20 OLG München (Fn. 19), Ls. 2.

Auch das OLG Hamburg, um nur eine weitere Stimme aus dem vielfältigen Kanon der deutschen Strafgerichte zu zitieren, hielt die vom EGMR geforderte Auslegung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO a.F. nicht für möglich und begründete dies explizit mit der »vom Gesetzgeber vorgegebenen Systematik des deutschen Strafprozessrechts«. ²¹

Zwei Judikate, die stellvertretend für viele andere im Kontext der anschließend durch den Gesetzgeber vollzogenen »Reform des § 329 StPO« deutlich machen, wie schwer der deutschen Strafjustiz die Umsetzung menschenrechtlicher Leitlinien des EGMR bisweilen fällt, wenn durch solche »externen« Vorgaben angeblich die Grundfesten des deutschen Strafprozessrechts tangiert oder gar in Frage gestellt werden.

3. UNPARTEILICHES GERICHT VS. BEFANGENHEIT BEI RICHTERLICHER VORBEFASSUNG

Im EGMR-Urteil *Karaman* vom 27.2.2014 ging es um die praxisrelevante Frage, ob die volle Namensnennung eines – in einem noch nicht abgeschlossenen Parallelverfahren – gesondert Verfolgten im dem vorangehenden Strafurteil gegen einen (mutmaßlichen) »Mittä-ter« gegen die Unschuldsvermutung verstößt. ²² Der EGMR nahm hier einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK im Falle nachteiliger, mit einer Schuldfeststellung verbundener Aussagen im ersten Verfahren jedenfalls dann an, wenn eine enge Verbindung mit dem zweiten, parallel geführten Strafverfahren vorhanden ist. ²³ Hintergrund ist, dass für den Beschuldigten im zweiten Verfahren in einer solchen Verfahrenskonstellation kaum noch die Möglichkeit einer *effektiven* Verteidigung besteht.

Für die Analyse einer möglichen Verletzung von Art. 6 Abs. 2 EMRK im »ersten« Urteil ist bei der Beurteilung etwaiger den parallel Verfolgten belastender Angaben des Gerichts stets die konkrete Wortwahl in der Urteilsbegründung entscheidend. So spricht es tendenziell gegen eine Verletzung der Unschuldsvermutung, wenn der Betroffene nicht als »Täter«, sondern lediglich als »gesondert Verfolgter«

²¹ OLG Hamburg, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 – 25/13 (REV) – 1 Ss 68/13, Rn. 26 (juris).

²² EGMR, *Karaman/Deutschland*, Urt. v. 7.7.2014, Nr. 17103/10.

²³ EGMR, *Karaman/Deutschland* (Fn. 22), §§ 41 ff.

bezeichnet wird. Für das Gericht gilt dabei die Prämisse, nicht mehr Informationen anzugeben als unbedingt notwendig (»avoid to give more information than necessary«).²⁴ Nur bei einer Unvermeidbarkeit der Bezugnahme (notwendige Zurechnung bei Mittäterschaft) soll auch die konkrete Rolle des Betroffenen erwähnt werden dürfen, auch hier stets mit Zurückhaltung in Bezug auf eine konkrete Schuldfeststellung (was aber gerade im Falle einer notwendigen mittäterschaftlichen Zurechnung von Tathandlungen eine Utopie sein dürfte).²⁵

Mit einem Fall der richterlichen Vorbefassung beschäftigte sich der EGMR auch in der Rs. *Bezek* – freilich aus einem anderen Blickwinkel. Hier waren gegen einen erst später in einem Parallelverfahren Angeklagten bereits Feststellungen und rechtliche Ausführungen in einem vorangegangenen (ersten) Urteil erfolgt, worauf das später explizit gegen den Beschwerdeführer ergangene (zweite) Urteil Bezug nahm, bei welchem zudem zwei Richter, die bereits als Mitglieder der Kammer am ersten Urteil mitgewirkt hatten, beteiligt waren.²⁶ In Frage steht hier das Recht auf eine Verhandlung über die erhobene Anklage durch ein unabhängiges und zudem *unparteiliches* Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK).

Grundsätzlich gilt bei Erlass des zweiten Urteils in dieser Konstellation das Gebot einer neuen, unabhängigen Bewertung von Tatsachen (»fresh consideration / assessment of the facts«). Im Hinblick auf die Einhaltung dieses Grundsatzes ist dabei vor allem die Art und Weise der Nennung des Namens des im späteren Verfahren Angeklagten und seines »Status« (Mittäter) im ersten Urteil maßgeblich. Bei der Beurteilung des Vorliegens eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK im zweiten Verfahren soll Berufsrichtern dabei grundsätzlich eine höhere Fähigkeit zur »Distanzierung« zukommen als Laienrichtern.²⁷ Im konkreten Fall war zwar die Schuldfeststellung im ersten Urteil nicht akzeptabel, allerdings wurden Bezugnahmen auf das erste Urteil im zweiten Urteil als für die Bewertung der Schuld

²⁴ EGMR, *Karaman/Deutschland* (Fn. 22), § 64.

²⁵ EGMR, *Karaman/Deutschland* (Fn. 22), § 66.

²⁶ EGMR, *A. Bezek u. S. Bezek/Deutschland*, Entsch. v. 21.4.2015, Nr. 4211/12, 5850/12, §§ 8 ff.

²⁷ EGMR, *A. Bezek u. S. Bezek/Deutschland* (Fn. 26), §§ 34, 38.

unverzichtbar angesehen.²⁸ In der Praxis besteht im Allgemeinen eine große Schwierigkeit jedoch darin, dass gerade der Wortlaut der *mündlichen* Urteilsbegründung, die *insoweit* auch relevant ist, oft nicht hinreichend nachweisbar ist.

Erneut um die Frage der Vorbefassung unter dem Aspekt ›unparteiliches Gericht‹ ging es dann im Urteil *Meng*. Der EGMR prüfte auch hier einen Verstoß gegen das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verbürgte Recht auf Zugang zu einem unparteilichen Gericht. Von einer konventionswidrigen Parteilichkeit der Mitglieder des gerichtlichen Spruchkörpers ist dabei nach Ansicht des EGMR auszugehen, wenn das früher ergangene Urteil – so im konkreten Fall – bereits eine spezifische, präzise Darstellung der Art und Weise der Beteiligung eines zu einem späteren Zeitpunkt in einem anderen Verfahren, d.h. separat Angeklagten oder etwaiger von ihm verübter Straftaten oder eines sonstigen Verhaltens enthält.²⁹ Ganz besonders gelte dies auch für etwaige Feststellungen zur Tatschuld im Ersturteil.³⁰

Im Urteil *Meng* bejahte der EGMR die fehlende Unparteilichkeit des Gerichts und damit einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK, da in dem dort gegenständlichen Strafurteil bereits eine detaillierte Schilderung und Beurteilung im Hinblick auf die Rolle der Beschwerdeführerin bei der Tat vorgenommen worden war.³¹

Allerdings hat der EGMR auch herausgearbeitet (Rs. *Mucha*), dass in komplexen Strafverfahren mit mehreren Personen, die (aus prozessualen Gründen) nicht zusammen abgeurteilt werden können, Bezugnahmen auf Handlungen anderer mutmaßlicher Tatbeteiligter für die Bewertung der Schuld unerlässlich sein können.³² Zudem seien Strafgerichte verpflichtet, die relevanten Fakten des Falles, die für die Beurteilung der rechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten erforderlich sind, so genau und präzise wie möglich aufzuklären. Allerdings gelte auch hier, dass Tatsachen wiederum nur so weit in

28 EGMR, A. Bezek u. S. Bezek/Deutschland (Fn. 26), § 36 (›[...] [I]nvolving several persons who cannot be tried together, [...], may be indispensable for the assessment of the guilt of those who are on trial«).

29 EGMR, *Meng*/Deutschland, Urt. v. 16.2.2021, Nr. 1128/17, §§ 47 ff.

30 EGMR, *Meng*/Deutschland (Fn. 29), § 48.

31 EGMR, *Meng*/Deutschland (Fn. 29), §§ 63 ff.

32 EGMR, *Mucha*/Slowakei, Urt. v. 25.11.2021, Nr. 63703/19, § 58, BeckRS 2021, 35946.

Bezug genommen werden dürfen, als dies für die Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des konkret Angeklagten unbedingt notwendig sei.³³

Auf diese Rechtsprechung des EGMR verwies jüngst auch das BVerfG in einem Beschluss vom 27.1.2023³⁴ wie folgt:

»Hat allerdings ein Gericht in einem früheren Urteil ohne rechtliche Notwendigkeit die Rolle des später Angeklagten derart detailliert beurteilt, dass das frühere Urteil so zu verstehen ist, das Gericht habe hinsichtlich des später Angeklagten alle für die Erfüllung eines Straftatbestands erforderlichen Kriterien als erfüllt angesehen, können nach der Rechtsprechung des EGMR objektive Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Gerichts bestehen.«

Die im konkreten Fall zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung anstehenden Judikate des BGH und des LG wurden vom BVerfG allerdings nicht beanstandet, da bei der Beurteilung der Strafbarkeit eines Gehilfen nach § 27 StGB mangels Notwendigkeit – wegen des für die Teilnahme geltenden Grundsatzes limitierter Akzessorietät – keine Aussage dazu enthalten sei, ob die Haupttat auch schuldhaft begangen worden war.³⁵ Völlig verkannt wird dabei jedoch, dass bereits im »ersten« Urteil des LG Bonn, gerichtet gegen den Gehilfen als Verurteilten, die Strafsache gegen den Beschwerdeführer bereits »entschieden« war, weil bei allen Richtern, die das Urteil gegen den Gehilfen unterschrieben hatten, kein innerer Vorbehalt mehr gegen die Schuld des Haupttäters erkennbar war; es gab schlicht in der Sache »nichts mehr zu prüfen«.³⁶

Die deutschen Strafgerichte reagieren insgesamt distanziert bis offen ablehnend auf die Rs. *Meng* und sehen auch in dieser Materie aus der Rechtsprechung des EGMR keine verbindliche Vorgabe, die Voraussetzungen für den Vortrag in der Revision herabzusetzen.³⁷

33 EGMR, Mucha/Slowakei (Fn. 32), §§ 58, 60.

34 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2023 – 2 BvR 1122/22, Rn. 33.

35 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2023 – 2 BvR 1122/22, Rn. 33.

36 Hierzu: *Esser*, wistra 2023, 253-255.

37 BGH, Beschl. v. 7.6.2022 – 5 StR 460/21, NStZ 2023, 53 (54) = NStZ-RR 2022, 288 = BeckRS 2022, 16668; im vorliegenden Fall wurde ein Befangenheitsantrag mit einer Vorbefassung eines Schöffen begründet, jedoch keine zusätzlichen Tatsachen geltend gemacht, die dies belegen.

Im Rahmen der konventionsfreundlichen Auslegung des deutschen Rechts sei die Rechtsprechung des EGMR zwar zu *berücksichtigen*, daraus folge aber nicht, dass die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Besorgnis der Befangenheit wegen Vorbefassung aufzugeben seien.³⁸ Am besten soll eben alles so bleiben, wie es ist.

III.

›NICHT-WIEDERAUFNAHME‹ DES STRAFVERFAHRENS TROTZ FESTGESTELLTER KONVENTIONSVERLETZUNG

Der erst 1998 in die deutsche Strafprozessordnung eingefügte § 359 Nr. 6 StPO besagt, dass die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten zulässig ist, wenn der EGMR eine Verletzung der EMRK oder ihrer Protokolle festgestellt hat *und* das Urteil auf dieser Verletzung beruht.

Nach Ansicht des OLG Frankfurt a.M.³⁹, das auf das EGMR-Urteil *Meng* und einen diesbezüglichen Wiederaufnahmeantrag der Beschwerdeführer reagieren musste, kann eine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 6 StPO jedoch nicht erfolgen, wenn das rechtskräftige Urteil den Verurteilten nicht unrechtmäßig beschwert, d.h. im Hinblick auf die EMRK insofern keine Korrektur der Entscheidung erfolgen muss.⁴⁰ Dies sei dann der Fall, wenn sich die Konventionsverletzung nicht auf die rechtskräftig gewordene Entscheidung auswirke. Dies ergebe sich aus der Voraussetzung des *Beruhens* im Wortlaut (Tatbestand) der Norm. Allein der Umstand, dass der Tatrichter eine Norm nicht oder nicht richtig angewendet habe, reiche allein nicht aus. Im hiesigen Fall argumentierte das OLG Frankfurt, dass es nicht ohne Weiteres anzunehmen sei, dass das Urteil ohne den Konventionsverstoß anders ausgefallen wäre und verwarf daher die sofortige Beschwerde.⁴¹

38 BGH, Beschl. v. 18.5.2022 – 3 StR 181/21, NStZ-RR 2022, 345 (349) = NStZ 2023, 168 = NStZ-RR 2022, 384.

39 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.7.2022 – 1 Ws 21/22, NStZ-RR 2023, 118 (118).

40 OLG Frankfurt a.M. (Fn. 39), NStZ-RR 2023, 118 (119).

41 OLG Frankfurt a.M. (Fn. 39), NStZ-RR 2023, 118 (120).

Eine Wiederaufnahme ist nach dem Gesetzeswortlaut tatsächlich nur dann begründet, wenn das rechtskräftige Urteil nicht auf dem Konventionsverstoß *beruht*. Nach Ansicht des OLG Frankfurt soll es dem die Wiederaufnahme Begehrenden zuzumuten sein, dieses *Beruh* des Urteils auf einem so schweren Konventionsverstoß, der die Durchbrechung der Rechtskraft durch eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu rechtfertigen vermag, darzulegen. Es gelte dabei grundsätzlich der auch für § 337 StPO geltende Maßstab.⁴² Demnach reicht es nach Ansicht des OLG Frankfurt für ein Beruhen regelmäßig noch nicht aus, dass der Tatrichter eine Rechtsvorschrift nicht oder nicht korrekt angewendet hat. Vielmehr müsse ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß und dem Urteil bestehen, der vorliege, »wenn das Urteil ohne die Gesetzesverletzung möglicherweise anders ausgefallen wäre«.⁴³

Etwas anderes ergibt sich jedoch *jedenfalls* dann, wenn ein Konventionsverstoß gegeben ist, der zugleich einen absoluten Revisionsgrund i.S.d. § 338 StPO bildet. So sieht § 338 Nr. 3 StPO vor, dass das Urteil stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, wenn bei dem Urteil ein Richter oder ein Schöffe mitgewirkt hat, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt war und das Ablehnungsgesuch entweder für begründet erklärt war oder mit Unrecht verworfen worden ist. Bei Zweifeln hinsichtlich der Unparteilichkeit des Gerichts i.S.d. § 338 Nr. 3 StPO wird somit *innerstaatlich* stets unwiderleglich vermutet, dass das Urteil auf dem entsprechenden Konventionsverstoß beruht. Dagegen der Ansicht des OLG Frankfurt a.M. folgend, lägen die Darlegungsanforderungen in einem Wiederaufnahmeverfahren nach § 359 Nr. 6 StPO höher als in einem innerstaatlichen Revisionsverfahren. Und die Kernfrage dürfte sein: Sind dann überhaupt noch Fälle der vom EGMR festgestellten fehlenden richterlichen Unparteilichkeit denkbar, die zu einer Wiederaufnahme des nationalen Strafverfahrens Anlass geben? Aus gutem Grund votiert der deutsche Gesetzgeber bei § 338 Nr. 3 StPO gerade in der Frage der fehlender Unparteilichkeit für einen absoluten

42 OLG Frankfurt a.M. (Fn. 39). Hierzu ist ein Verfahren vor dem BVerfG anhängig (2 BvR 1699/22).

43 OLG Frankfurt a.M. (Fn. 39), NStZ-RR 2023, 118 (118).

Revisionsgrund – und dieser Maßstab muss dann auch im Rahmen von § 359 Nr. 6 StPO gelten, ansonsten laufen erfolgreiche Beschwerden zum EGMR in dieser Frage regelmäßig leer. Dass der Gesetzgeber in § 359 Nr. 6 StPO seinerzeit pauschal ein »*Beruhens*« für sämtliche vom EGMR als verletzt eingestufte Verfahrensgarantien eingeführt hat, steht Abschwächungen in der Konturierung der konkreten Voraussetzungen eines solchen »*Beruhens*« nicht entgegen.

Den EGMR jedenfalls wird der Ansatz des OLG Frankfurt a.M. – soweit er nicht schon durch das BVerfG *geheilt* wird – sicherlich interessieren: Regelungen zur Verbindlichkeit und Durchführung der Urteile des EGMR enthält dabei Art. 44 EMRK. Gemäß Art. 44 Abs. 1 EMRK sind alle Vertragsstaaten der EMRK verpflichtet, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen. Im Falle einer Weigerung ergeht gemäß Art. 44 Abs. 4 EMRK zunächst eine Warnung. Bei weiterer Untätigkeit des Vertragsstaates kann das Ministerkomitee des Europarates nach Einholung eines Beschlusses, der auf einer Zweidrittelmehrheit der Stimmen der zur Teilnahme an den Sitzungen des Komitees berechtigten Mitglieder beruht, jedoch den Gerichtshof mit der Frage befassen, ob der Vertragsstaat seiner Verpflichtung nach Art. 44 Abs. 1 EMRK nachgekommen ist.

Im konkreten Fall besteht wie gesagt die Besonderheit, dass der Prüfungsmaßstab für das Verfahren der Wiederaufnahme in der Konstellation eines nicht unparteilich besetzten Spruchkörpers strenger ist als in einem innerstaatlich geführten, denselben Rechtsfehler betreffenden Revisionsverfahren.⁴⁴ Das kann schon verfassungsrechtlich nicht überzeugen, dürfte aber jedenfalls vom EGMR nicht goutiert werden.

44 Kritisch hierzu die Anmerkungen von *Müller-Metz*, NSStz-RR 2023, 118 (120 f.).

IV.

›NICHTUMSETZUNG‹ VON EU-RICHTLINIEN – AM BEISPIEL DER EU-RICHTLINIE DOLMETSCHERUNTERSTÜTZUNG (2010/64/EU)

Nachdem drei prominente Beispiele aus dem Bereich des europäischen *Menschenrechtsschutzes* als Beleg für eine europakritische Systemtreue der deutschen Strafjustiz erhalten mussten, soll der Fokus nun noch auf der parallelen unionsrechtlichen Perspektive liegen.

Ein Vorwurf dabei lautet, dass der sachliche und zeitliche Anwendungsbereich der EU-Dolmetscher-RL⁴⁵ bislang nicht hinreichend in nationales Recht umgesetzt worden ist. Die RL 2010/64/EU regelt dabei das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (Art. 1 RL). Art. 3 der RL behandelt das Recht auf die Übersetzung *wesentlicher Unterlagen*, wozu gemäß Art. 3 Abs. 2 RL jegliche Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme, jegliche Anklageschrift sowie *jegliches Urteil* gehören.

§ 187 GVG, der den Anspruch des Beschuldigten oder Verurteilten auf einen Dolmetscher oder Übersetzer – unabhängig von dessen finanzieller Lage – begründet, entspricht diesen unionsrechtlichen Anforderungen jedoch nicht hinreichend: So bestimmt § 187 Abs. 1 GVG zwar zunächst die Verpflichtung für das Gericht, für den Beschuldigten oder Verurteilten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, einen Dolmetscher oder Übersetzer heranzuziehen. Dies gilt allerdings nur, soweit dies zur Ausübung seiner strafprozessualen Rechte erforderlich ist, wofür § 187 Abs. 2 GVG mehrere Regelbeispiele normiert.

Nach § 187 Abs. 2 GVG ist zur Ausübung der strafprozessualen Rechte des der deutschen Sprache nicht mächtigen Beschuldigten in der Regel die Übersetzung von freiheitsentziehenden Anordnungen sowie Anklageschriften, Strafbefehlen und *nicht rechtskräftigen* Urteilen erforderlich, wobei jedoch eine auszugsweise schriftliche Übersetzung ausreicht, wenn hierdurch die strafprozessualen Rechte des Beschuldigten gewahrt werden.

45 Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren, ABl. EU Nr. L 280 v. 26.10.2010, S. 1 ff.

Gemäß § 187 Abs. 2 Satz 4 GVG kann an die Stelle der schriftlichen Übersetzung auch eine mündliche Zusammenfassung des Inhalts der Unterlagen treten, wenn hierdurch die strafprozessualen Rechte des Beschuldigten gewahrt werden. Letzteres ist nach § 187 Abs. 2 Satz 5 GVG wiederum dann anzunehmen, wenn der Beschuldigte einen Verteidiger hat.

Diese Ausgestaltung des § 187 GVG hat der BGH im Jahr 2018 als mit der RL 2010/64/EU konform angesehen.⁴⁶ Er begründete dies damit, dass die Auslegung der Richtlinie in Anbetracht ihres Zusammenhangs und ihrer Ziele zweifelsfrei ergebe, dass ein Anspruch auf Übersetzung nur so lange sichergestellt sein müsse, wie dies die Wahrnehmung der Verfahrensrechte erfordert.⁴⁷ Die Richtlinie enthalte insoweit eine *eindeutige Regelung*.⁴⁸

Der *zeitliche* Geltungsbereich der RL 2010/64/EU, um den es hier im Kern gehen soll, wird in Art. 1 Abs. 2 der RL festgelegt. Danach beginnt der zeitliche Anwendungsbereich der RL ab dem Zeitpunkt, zu dem eine Person davon in Kenntnis gesetzt wird, dass sie einer Straftat verdächtig oder beschuldigt ist. Der zeitliche Anwendungsbereich endet demzufolge »mit dem Abschluss des Verfahrens«, d.h. dann, wenn abschließend geklärt ist, ob die Person die Tat begangen hat, gegebenenfalls einschließlich der Festlegung des Strafmaßes und der abschließenden Entscheidung in einem Rechtsmittelverfahren.

Der BGH stellte im Hinblick auf den zeitlichen Anwendungsbereich der RL 2010/64/EU heraus, dass »mit der das erstinstanzliche Urteil bestätigenden, rechtskräftigen Entscheidung des BGH [...] das Strafverfahren abgeschlossen, die Fragen der Strafbarkeit und des Strafmaßes [...] abschließend geklärt«⁴⁹ seien. Eine »untechnische« Auslegung des Begriffs des Rechtsmittelverfahrens in Art. 1 Abs. 2 der RL sei mit Blick auf den »offenkundigen Gesamtzusammenhang der Vorschrift« sowie im Hinblick auf die Ziele der RL nicht möglich,⁵⁰ weshalb kein Anspruch des Verurteilten auf Übersetzung der

46 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, NJW 2018, 3790 = BeckRS 2018, 24697.

47 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 23, NJW 2018, 3790 (3792).

48 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 24, NJW 2018, 3790 (3792).

49 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 24, NJW 2018, 3790 (3792).

50 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 30, NJW 2018, 3790 (3793).

letztinstanzlichen und *rechtskräftigen* Entscheidung des BGH bestehe.⁵¹

Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Begriff der abschließenden Entscheidung in einem Rechtsmittelverfahren (»any appeal«) im europäischen Recht nicht technisch zu verstehen sein könnte (Klarheit bräuchte insoweit nur eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV), sondern gerade auch eine Verfassungsbeschwerde oder ein Wiederaufnahmeverfahren umfassen kann. Daher sollte der Verurteilte nach überzeugenden Stimmen in der Literatur in richtlinienkonformer Auslegung des § 187 Abs. 2 GVG auch die Übersetzung eines rechtskräftigen Urteils verlangen können, damit er die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde oder eines Wiederaufnahmeverfahrens einschätzen kann, da dem Verurteilten andernfalls keine andere Möglichkeit bleibt, anhand des Urteils etwaige Erfolgsaussichten zu prüfen.⁵²

Die seiner Ansicht nach bestehenden Grenzen der *Modalitäten* des Anspruchs des Angeklagten auf Übersetzung eines Strafurteils zeigte der BGH in seinem Beschluss vom 8.2.2020 auf.⁵³ Demnach habe der Angeklagte grundsätzlich keinen Anspruch auf eine *schriftliche* Übersetzung eines (nicht rechtskräftigen) erstinstanzlichen Strafurteils, wenn er verteidigt sei, er und sein Verteidiger bei der Urteilsverkündung anwesend waren und dem Angeklagten die Urteilsgründe durch einen Dolmetscher mündlich übersetzt worden seien.⁵⁴ Mit der Fassung des § 187 Abs. 2 GVG wolle der Gesetzgeber dem Beschleunigungsgrundsatz Rechnung tragen und vermeintliche Verzögerungen durch eine Übersetzung des Urteils verhindern. Dies sei auch mit der RL 2010/64/EU vereinbar, weil nach der Richtlinie die Mitgliedsstaaten allein sicherstellen müssten, dass verdächtige oder beschuldigte Personen, die die Sprache des Strafverfahrens nicht verstehen, innerhalb einer angemessenen Frist eine schriftliche Übersetzung aller Unterlagen erhalten, die sicherstellen, dass sie ihre Verteidigungsrechte wahrnehmen können, um ein faires Verfahren

51 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 16, NJW 2018, 3790 (3793); bestätigt durch BGH, Beschl. v. 15.11.2022 – 1 StR 196/22, NStZ-RR 2023, 64 (Ls.).

52 So SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. 2016, § 187, 11 GVG; *Schneider*, StV 2015, 379 (380); SSW-StPO/*Rosenau*, 5. Aufl. 2022, § 187, 5 GVG; LR/*Esser* (Fn. 14), Art. 6 Rn. 1316.

53 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19, BeckRS 2020, 10182.

54 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19 (Ls. 1).

zu gewährleisten.⁵⁵ Demnach sei das Ziel der Richtlinie, Mindestvorschriften festzulegen und die praktische Anwendung des sich aus Art. 6 EMRK ergebenden Rechts auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen zu erleichtern.⁵⁶ Da in der Revisionsinstanz der von Gesetzes wegen für die Revisionsbegründung verantwortliche Rechtsanwalt das schriftliche Urteil kennt – er sei schließlich zur Revision berufen und ggf. auch verpflichtet – sei eine effektive Verteidigung des Angeklagten auch in der Revisionsinstanz gewährleistet.⁵⁷

Dem lässt sich entgegenhalten, dass hier zwei menschenrechtliche Garantien – das Recht auf Dolmetscherunterstützung einerseits und das Recht auf effektive Verteidigung – in unzulässiger Weise miteinander „verrechnet“ werden – zumal häufig der Verteidiger im Revisionsverfahren nicht derjenige ist, der das Verfahren in erster Instanz geführt hat. Zwar beruht das weitere prozessuale Vorgehen allein auf den *schriftlichen* Urteilsgründen. Aber auch insoweit greift aber das Abstellen allein darauf, dass der *Verteidiger* im Revisionsverfahren Kenntnis vom Inhalt des *schriftlichen* Urteils hat, zu kurz. Aus den dortigen Formulierungen können sich Verteidigungsansätze ergeben, die nur ein mit den schriftlichen Urteilsgründen vertrauter Angeklagter erkennen kann. Wie einem deutschsprachigen Angeklagten ist daher auch ihm das Urteil vollständig in einer ihm verständlichen Sprache zur Verfügung zu stellen.

V.

›NICHTÜBERPRÜFUNG‹ AUSLÄNDISCHER BEWEISE IM WEGE GEGENSEITIGER ANERKENNUNG

Eine zweite unionsrechtliche Thematik, die eine einseitig-nationale Systemtreue durchscheinen lässt und hier noch angesprochen werden soll, betrifft die Weigerung deutscher Strafgerichte, in einem ausländischen Strafverfahren erhobene Beweise vor deren Verwertung in einem deutschen Strafverfahren auf ihre Erhebung hin zu überprüfen – unter Hinweis auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Dies soll hier beispielhaft aufgezeigt werden anhand der

55 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19, Rn. 22 ff.

56 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19, Rn. 24.

57 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19, Rn. 30.

sog. *EncroChat*-Daten, die im Zeitraum 2019-2020 (so ganz genau weiß man das aufgrund französischer Geheimhaltungsvorschriften leider bis heute nicht) in Frankreich durch die Überwachung eines Servers mit mehreren an ihn angeschlossenen Mobiltelefonen (Krypto-Handys) gewonnen worden waren.

Hinsichtlich der von den deutschen Ermittlungsbehörden im Wege einer Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) von den französischen Behörden erlangten sog. *EncroChat*-Daten ergibt sich nach Ansicht der deutschen Strafgerichte – mit Ausnahme des LG Berlin – kein Zweifel in Bezug auf einen möglichen Grund für ein Verwertungsverbot.⁵⁸

Nach Ansicht des 5. Strafsenats des BGH richtet sich die Verwertbarkeit von über den Weg der Rechtshilfe erlangter Beweise grundsätzlich nach deutschem Recht, d.h. nach dem Recht des die Rechtshilfe ersuchenden Staates.⁵⁹ Die verfassungsmäßige Rechtsgrundlage für die Verwertung der von Frankreich übermittelten *EncroChat*-Daten bilde dabei § 261 StPO, der Grundsatz der *freien* richterlichen Beweiswürdigung.⁶⁰ Danach entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

Ein etwaiger Unterrichtsfehler unter Verstoß gegen Art. 31 Abs. 3 RL-EEA – die Anwendbarkeit der RL-EEA, d.h. einen Fall der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs i.S.d. Art. 31 Abs. 1 RL-EEA einmal vorausgesetzt – konnte nach Ansicht des BGH dabei kein Beweisverwertungsverbot begründen: Art. 31 Abs. 1 RL-EEA verpflichte zwar einen Mitgliedstaat, der eine Überwachungsmaßnahme auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ohne dessen Hilfe durchführt (in diesem Fall Frankreich), diesen anderen betroffenen Mitgliedstaat (Deutschland) über die Überwachung zu unterrichten.

58 LG Berlin, Beschl. v. 19.10.2022 – 279 Js 30/22, BeckRS 2022, 28421, Rn. 3, 94 ff. Der BGH sieht die Daten zweifelsfrei als verwertbar an: BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, NJW 2022, 1539 (1539); BGH, Beschl. v. 5.7.2022, 4 StR 61/22 (juris), Rn. 7.

59 BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, NJW 2022, 1539 = NSStZ 2022, 435 = NZWiSt 2022, 236.

60 BGH, NJW 2022, 1539 (1544).

Nach Art. 31 Abs. 3 RL-EEA kann die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats (Deutschland) dabei in dem Fall, dass die Überwachung in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde, der zuständigen Behörde des überwachenden Mitgliedstaats (d.h. Frankreich) unverzüglich und spätestens innerhalb von 96 Stunden nach Erhalt der Unterrichtung gemäß Absatz 1 u.a. mitteilen, dass die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a RL-EEA).

Zwar sind die deutschen Behörden dann verpflichtet, auf eine solche Mitteilung innerhalb von 96 Stunden zu reagieren, wenn die Überwachungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde. Die Vorschrift des Art. 31 Abs. 3 RL-EEA soll dabei jedoch nach Ansicht des BGH nicht nur den zu unterrichtenden Staat sondern auch die von der Maßnahme betroffene *Person* vor einer Beweisverwertung im unterrichteten Staat (Deutschland) schützen, dies allerdings ausschließlich vor einer Beweisverwendung im *unterrichtenden* Staat, d.h. in Frankreich bzw. im sonstigen europäischen Ausland.⁶¹ Heißt im Ergebnis: Kein Anlass für ein Verwertungsverbot im Inland, im deutschen Strafverfahren!

Des Weiteren hätten die deutschen Behörden – wie durch ihr weiteres Verhalten zum Ausdruck gekommen sei – die Ermittlungsmaßnahmen nicht beanstandet, was nach Ansicht des KG einer nachträglichen Heilung nahekomme.⁶² Außerdem könne davon ausgegangen werden, dass die deutschen Behörden auch im Falle ihrer Unterrichtung eine Zustimmung zur Überwachung des Angeklagten erteilt hätten, zumal diese bei Vorliegen einer ähnlich gelagerten innerstaatlichen Konstellation nach §§ 100a, 100b, 100e StPO zulässig gewesen wäre. Dass eine nachträglich unterstellte bzw. hypothetisch angenommene Einwilligung des zu unterrichtenden Staates das Kontrollkonzept des Art. 31 RL-EEA völlig auf den Kopf stellt und letztlich überflüssig macht, wird dabei geflissentlich übersehen.

Prekär ist schließlich die Aussage des BGH, eine Vorlagepflicht i.S.d. Art. 267 AEUV habe ebenfalls nicht bestanden, da Fragen der

61 BGH, NJW 2022, 1539 (1542).

62 KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21 – 161 AR 134/21, MMR 2021, 917 (920).

Beweisverwertung nicht unionsrechtlich determiniert seien.⁶³ So genau, wie dies der 5. Strafsenat hier behauptet, weiß man das allerdings nicht und als letztinstanzliches Gericht wäre der BGH zu einer Klärung dieser beweisrechtlichen Fragen im Wege der Vorlage der Art. 6 und Art. 14 RL-EEA an den EuGH aufgerufen gewesen (Art. 267 Abs. 3 AEUV).

Art. 6 RL-EEA regelt die Bedingungen für den Erlass und die Übermittlung von Beweisen mit Hilfe einer EEA. Demnach darf eine EEA nur dann durch die Anordnungsbehörde erlassen werden, wenn der Erlass für die Zwecke der Verfahren nach Art. 4 RL-EEA unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Personen notwendig und verhältnismäßig ist (Art. 6 Abs. 1 *lit.* a RL-EEA) und die in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahmen in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen hätten angeordnet werden können (Art. 6 Abs. 1 *lit.* b RL-EEA).

Die Prüfungspflicht des Art. 6 Abs. 1 *lit.* b RL-EEA nimmt nach Ansicht des BGH ausweislich ihres Wortlautes und ihrer Systematik nach nur Bezug auf ausdrücklich in der EEA angegebene Ermittlungsmaßnahmen, die vom Vollstreckungsstaat noch vorzunehmen sind.⁶⁴ Sie bezieht sich nach Ansicht des BGH nicht auf Maßnahmen, die vom Vollstreckungsstaat bereits nach seinem nationalen Recht vorgenommen wurden und die lediglich die Grundlage für die Übertragung bereits vorliegender Beweise bilden.⁶⁵

In einer Konstellation, in der es nur um den Transfer von Beweisen geht, die bereits durch einen anderen Mitgliedstaat aufgrund dessen eigener Ermittlungen gewonnen wurden, soll nach Auffassung des BGH die Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 *lit.* b RL-EEA, d.h. ob die Maßnahme nach dem Recht des ersuchenden Staates hätte angeordnet werden dürfen, entfallen. Es habe nur eine Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 *lit.* a RL-EEA hinsichtlich der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit des Erlasses der EEA für die Zwecke des Verfahrens zu erfolgen.

⁶³ BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

⁶⁴ BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

⁶⁵ BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

Gemäß Art. 14 Abs. 2 RL-EEA ist eine Anfechtung der sachlichen Gründe für den Erlass der EEA, die Grundlage der Übermittlung der französischen Beweisergebnisse war, nur durch eine Klage im Anordnungsstaat möglich, wodurch die Garantien der Grundrechte im Vollstreckungsstaat unberührt bleiben. Eine erfolgreiche Anfechtung hat der Anordnungsstaat gemäß Art. 14 Abs. 7 Satz 1 RL-EEA im Einklang mit seinem nationalen Recht zu berücksichtigen. Art. 14 Abs. 7 Satz 2 RL-EEA sieht zudem vor, dass die Mitgliedstaaten unbeschadet der nationalen Verfahrensvorschriften sicherstellen, dass in einem Strafverfahren im Anordnungsstaat bei der Bewertung der mittels der EEA erlangten Beweismittel die Verteidigungsrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet wird. Dazu würde man den EuGH durchaus gerne befragen.

In dem speziellen, ihm im Wege der Revision vorgelegten *EncroChat*-Verfahren ergaben sich für den 5. Strafsenat des BGH angesichts der Annahme, dass sich die Beweisverwertung eben seiner Auffassung nach nicht nach europäischen, sondern vollständig nach nationalem Recht richte, im Hinblick auf die RL-EEA keine klärungsbedürftigen unionsrechtlichen Fragen, die nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen gewesen wären. Das nationale Verfahrensrecht bleibe von der RL-EEA unberührt.⁶⁶ Genau hierzu hätte sich der EuGH im Falle einer entsprechenden Vorlage näher verhalten können. Dass ihm diese unionsrechtlich relevanten Fragen dann später durch das LG Berlin vorgelegt worden sind,⁶⁷ ist immerhin tröstlich.

Voreilig dürfte auch die Schlussfolgerung des BGH sein, es habe bei der Erhebung der Daten seitens der französischen Behörden in *deren* Ermittlungsverfahren keinerlei Fehler gegeben. Sehr oberflächlich wirkt auch die Behauptung, die von den französischen Behörden mit Hilfe von Europol und Eurojust durchgeführte *Beweisgewinnung* habe nicht gegen menschen- oder europarechtliche Grundwerte oder gegen den sog. »ordre public« (vgl. Art. 1 IV RL-EEA, § 91b IRG und § 73 IRG) verstoßen.⁶⁸ Nach Ansicht des BGH war eine »gezielte

66 BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

67 LG Berlin, EuGH Vorlage v. 19.10.2022 – (525 KLs) 279 Js 30/22 (8/22), StV-S 2022, 132-143 (redaktioneller Ls. und Gründe).

68 BGH, NJW 2022, 1539 (1541).

oder systematische Umgehung dem individuellen Rechtsschutz von Beschuldigten dienender Vorschriften« von Seiten der deutschen oder französischen Behörden weder nachvollziehbar dargelegt noch konkret ersichtlich.⁶⁹ Immerhin – wäre diese Grenze überschritten, sieht offenbar auch der 5. Strafsenat Handlungsbedarf im Verwertungsstaat; dafür müsste dieser aber grundsätzlich erst einmal in die Prüfung einsteigen dürfen bzw. müssen.

Nach Auffassung des BGH steht die *Verwertung* der *EncroChat*-Daten in Deutschland auch im Einklang mit den Garantien der EMRK. Verletzungen von Art. 8 EMRK oder Art. 10 EMRK, die ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen könnten, seien bei »einer auf der Grundlage eines hinreichenden Verdachts wegen schwerer Straftaten (die auch noch aktuell eine Gefahr für besonders wichtige Rechtsgüter darstellen) durch einen Richter angeordneten Überwachung im Ausmaß des vorliegenden Falls nicht festzustellen.«⁷⁰

Das freilich wird der EGMR, bei dem relevante Einzelfälle zur Entscheidung anhängig sind,⁷¹ im Rahmen einer Prüfung von Art. 8 EMRK vermutlich ganz anders sehen. Welche Folgen daraus für das Gebot eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu ziehen sind, bleibt freilich mit Spannung zu erwarten.

VI.

›NICHTVORLAGE‹ ENTSCHEIDUNGSRELEVANTER FRAGEN DES UNIONSRECHTS ZUM EUGH

Bleiben wir abschließend noch kurz beim Phänomen der ›Zurückhaltung‹ bzw. ›Nichtvorlage‹ unionsrechtlicher Fragestellungen an den EuGH durch deutsche Strafgerichte im Allgemeinen. Gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge und über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union.

69 BGH, NJW 2022, 1539 (1544).

70 BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

71 EGMR, Nr. 44715/20 (A.L./Frankreich), 47930/21 (E.J./Frankreich).

Stellt sich eine solche Frage einem einzelstaatlichen Gericht, dessen Entscheidung selbst nicht mehr mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann, so ist dieses gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage verpflichtet. Für den Fall, dass die Frage eine inhaftierte Person betrifft, ergeht die Entscheidung des EuGH innerhalb kürzester Zeit. Neben dem für das Strafrecht im Allgemeinen geltenden beschleunigten Verfahren (Art. 76a VerfO EuGH) sehen die Art. 267 Abs. 4 AEUV, Art. 107 ff. VerfO-EuGH für Haftsachen sogar ein Eilvorlageverfahren vor.

Die nachfolgende Übersicht⁷² zeigt die Anwendungshäufigkeit des beschleunigten Verfahrens im Zeitraum 2016-2021:

Anträge auf Durchführung des beschleunigten Verfahrens

	2017	2018	2019	2020	2021	Summe
Vorlagen zur Vorabentscheidung	30	33	50	40	56	209
Klagen	1	3	3	-	3	10
Rechtsmittel	-	1	4	2	1	8
Besondere Verfahrensarten	-	-	1	-	-	1
Summe	31	37	58	42	60	228

Anträge auf Durchführung des beschleunigten Verfahrens Ergebnis der Entscheidung

	2017	2018	2019	2020	2021	Summe
Erfolgreiche Anträge	4	9	3	3	6	25
Abweisung	30	17	56	34	56	193
Nicht stattgegeben	1	3	1	3	2	10
Noch ausstehende Entscheidung	-	8	6	8	4	26
Summe	35	37	66	48	68	254

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG normiert auf verfassungsrechtlicher Ebene, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, und statuiert damit das Recht auf den gesetzlichen Richter.

72 EuGH, Quelle: EuGH, Rechtsprechungstätigkeit, Jahresbericht 2021, S. 258.

In den *EncroChat*-Verfahren hätten wir die Antworten auf all die aufgezeigten spannenden unionrechtlichen Fragen nur allzu gerne vom EuGH erfahren, der in Zweifelsfällen – immerhin einen solchen wird man in den *EncroChat*-Verfahren konstatieren *müssen* – für die verbindliche Auslegung des Unionsrechts zuständig ist.

Ein sich unmittelbar aus dem EU-Recht ergebendes Beweisverwertungsverbot hat der 5. Strafsenat des BGH am Ende jedenfalls sehr selbstbewusst verneint und die diesbezügliche Beurteilung den Regeln des nationalen Rechts überlassen, weil in der betroffenen Richtlinie keine diesbezüglichen Regelungen vorgesehen seien. Bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts ist dann aber jedenfalls die Einhaltung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes zu gewährleisten und das jeweilige mitgliedstaatliche Beweisrecht muss die Anforderungen an ein faires Verfahren erfüllen.

Wie der EuGH bereits durch Urteil vom 6.10.1982 festgestellt hat, kann eine Vorlage an den Gerichtshof ausnahmsweise dann unterbleiben, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts »derart offenkundig [...] [ist], daß keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt« (sog. *acte clair / acte éclairé*). Einen solchen Fall dürfe ein Gericht jedoch nur dann annehmen, wenn »auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit bestünde«. Nur dann könne das nationale Gericht die Frage ohne Vorlage an den Gerichtshof eigenverantwortlich lösen.⁷³

Eine Vorlage ist nach Ansicht des EuGH des Weiteren (nur dann) entbehrlich, wenn die betreffende Frage bereits geklärt ist, weil der Gerichtshof über sie bereits in einem gleichgelagerten Fall durch ein früheres Vorabentscheidungsverfahren entschieden hat.⁷⁴ Das Gleiche gilt, wenn die betreffende Rechtsfrage bereits Gegenstand gesicherter Rechtsprechung des EuGH ist und daher bereits als gelöst gilt. Letzteres kann selbst dann der Fall sein, wenn die strittigen Fragen nicht absolut identisch sind.⁷⁵

73 EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, NJW 1983, 1257 (1258).

74 EuGH, Urt. v. 27.3.1963 – Rs. 28 bis 30/62, JZ 1964, 226 (226); EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, NJW 1983, 1257 (1258).

75 EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, NJW 1983, 1257 (1258).

All dies wird man in den *EncroChat*-Verfahren nicht annehmen können – jedenfalls der BGH hat damit gegen seine Vorlagepflicht verstoßen.

VII.

FAZIT UND AUSBLICK

Systemtreue ist kein Selbstzweck, auch nicht im Strafverfahren, vor allem dann nicht, wenn europäische oder internationale rechtliche Vorgaben (seien es Rechtsinstrumente oder Urteile internationaler Gerichte) zu einer Anpassung der Vorschriften des deutschen Strafverfahrens verpflichten.

Die justizielle und vor allem die rechtspolitische Realität sehen freilich anders aus: Auf ihrer Frühjahrskonferenz im Mai 2023 in Berlin fassten die Justiz- und Innenminister der Länder einen Beschluss, mit abschließender Bitte an den Bundesminister der Justiz, sich »bei den Verhandlungen auf EU-Ebene auch weiterhin dafür einzusetzen, dass europäische Regelungen zum Strafrecht den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit entsprechen und systemfremde, übermäßige Eingriffe in das nationale Recht vermieden werden«. ⁷⁶ Sie befürchten, dass die zunehmend detailreicher werdenden Gesetzesvorschläge der Kommission dem Charakter einer Mindestvorschrift nicht mehr gerecht werden. ⁷⁷ Dies führe dazu, dass den Mitgliedstaaten der Freiraum im nationalen Strafrecht, insbesondere im Sanktionenrecht, genommen werde, was einen »intensiven Eingriff[...] in die Souveränitätsbelange der Mitgliedstaaten« ⁷⁸ bedeute.

Konsequentes *europäisches Rechtsdenken* – auch im Strafrecht – steht angesichts derart ungeniert geäußerter Wunschvorstellungen nach europäischer Nichteinmischung offenbar immer noch am Anfang.

76 Beschluss der 94. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, TOP II.27, Berichterstattung: Bayern, Nr. 3, abrufbar unter: https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/top_ii.27-eu-strafrechtsharmonisierung.pdf (zuletzt geöffnet: 30.10.2023).

77 Beschluss der 94. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, TOP II.27, Berichterstattung: Bayern, Nr. 1.

78 Beschluss der 94. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, TOP II.27, Berichterstattung: Bayern, Nr. 2.

Abhilfe schaffen im Sinne einer Förderung des Lernprozesses und zugleich als europäisches Erprobungsfeld werden hier mittelfristig vielleicht die ›deutschen‹ EUSTa-Verfahren. In Bezug auf die Verwertung von Beweismitteln in diesen EUSTa-Verfahren sieht Art. 37 EUSTa-VO eine ausdrückliche Regelung vor. Danach dürfen die von den Staatsanwälten der EUSTa oder von einem Angeklagten vor einem Gericht beigebrachten Beweismittel nicht bereits deshalb als unzulässig abgelehnt werden, weil sie in einem anderen Mitgliedstaat oder nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates erhoben wurden. Ausweislich des Art. 37 Abs. 2 EUSTa-VO bleibt aber der Grundsatz der freien Beweiswürdigung durch das Gericht davon jedoch unberührt. Wie ›frei‹ das erkennende Gericht dann hinsichtlich der ›Nichtüberprüfung‹ bzw. ›Nichtverwertung‹ derartiger Beweis wirklich ist, wird man abzuwarten haben; allein eine Beweiserhebung im Ausland ist jedenfalls in diesen Verfahren kein pauschaler Freifahrtsschein für eine Verwertbarkeit.

Die konkrete inhaltliche Gestaltung und Handhabung besagter Norm in der Praxis dürfte künftig eine Art Barometer sein, ob und inwiefern ›Europa‹ in das deutsche Strafverfahrensrecht ›passt‹ oder eben nicht – und dies nicht nur zur Frage der Berücksichtigung von Beweisen aus dem Ausland.