

# Die Berufungsverwerfung aufgrund Säumnis des Angeklagten im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EGMR sowie des OLG München

Von Wiss. Mitarbeiter **Daniel Engel**, Augsburg\*

Mit der nunmehr rechtskräftigen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) in der Rechtsache *Neziraj v. Deutschland*<sup>1</sup> vom 8.11.2012 hat der Gerichtshof festgestellt, dass § 329 Abs. 1 S. 1 StPO gegen das Recht auf eine effektive Verteidigung aus Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 lit. c EMRK<sup>2</sup> verstößt, wenn der Angeklagte unentschuldigt der Berufungsverhandlung fernbleibt, indes der Anwalt des Angeklagten anwesend und verteidigungsbereit ist. Nur zwei Monate nach Bekanntwerden der Entscheidung entschied das OLG München<sup>3</sup> in einem identischen Sachverhalt, § 329 Abs. 1 S. 1 StPO uneingeschränkt anzuwenden und explizit gegen eine Umsetzung des Urteils des EGMR.

Studierenden und Examenskandidaten ist eine Auseinandersetzung mit den Entscheidungen dringend anzuraten. Die Urteile haben Auswirkungen auf das Berufsrecht der StPO und eignen sich für die strafprozessuale Zusatzfrage. Gleichzeitig werfen die Entscheidungen eingekleidet in eine strafprozessrechtliche Konstellation die dem Staatsrecht zuzuordnende Frage nach dem Verhältnis der EMRK zur deutschen Rechtsordnung sowie nach der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR durch unterinstanzliche Gerichte auf. Das rechtfertigt es, die Urteile zum Gegenstand einer genaueren Untersuchung zu machen und die Entscheidung des OLG München kritisch zu beleuchten.

## I. Darstellung der relevanten Entscheidungen

### 1. Die Rechtsache *Neziraj* vor dem BVerfG und dem EGMR

#### a) Sachverhalt

Der Angeklagte wurde vom Amtsgericht Köln wegen Körperverletzung zu 100 Tagessätzen zu je 15,- € verurteilt.

---

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht sowie Sportrecht von Prof. Dr. Christoph Vedder an der Juristischen Fakultät Augsburg. Für wertvolle Anmerkungen danke ich Akad. Rat Dr. Stefan Lorenzmeier und Wiss. Mitarbeiterin Désirée Rühle.

<sup>1</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*). Das Urteil ist in seiner englischen Originalfassung abrufbar auf der Homepage des EGMR unter

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114267> (15.7.2013). Eine deutsche Übersetzung der Entscheidung von RA *Christof Püschel* (Köln) findet sich in *StraFo* 2012, 490 und im Internet abrufbar unter

<http://www.strafverteidigerbuero.de/3168-StraFo.pdf>

(15.7.2013).

<sup>2</sup> Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK lautet: „Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte: [...] sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen [...].“

<sup>3</sup> OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 – 4 StRR (A) 18/12 (zitiert nach juris).

Hiergegen legte der Angeklagte form- und fristgerecht Berufung ein. Zum Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Köln erschien der Angeklagte nicht, da gegen ihn wegen anderer Taten ein Haftbefehl erlassen war und er seine Festnahme im Zuge des Berufungstermins fürchtete. Deshalb bevollmächtigte er seinen Verteidiger zur Wahrnehmung des Termins, der anwesend und verteidigungsbereit war. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft hin verwarf das Landgericht Köln die ansonsten zulässige Berufung des Angeklagten. Es begründete seine Entscheidung unter Anwendung von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO. Danach ist eine Berufung zu verwerfen, wenn der Angeklagte im Termin nicht anwesend ist, sein Ausbleiben nicht entschuldigt ist und eine Vertretung durch den Verteidiger nicht zulässig ist.<sup>4</sup> Letzteres ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen, etwa gemäß § 411 Abs. 2 S. 1 StPO im Strafbefehlsverfahren, möglich. Die gegen die Entscheidung eingelegte Revision verwarf das Oberlandesgericht Köln.

#### b) Die Begründung des BVerfG in der Rs. *Neziraj*

Gegen die Entscheidungen legte der Angeklagte Verfassungsbeschwerde ein, die das BVerfG per Nichtannahmebeschluss zurückwies.<sup>5</sup> In seiner Begründung verneinte das BVerfG einen Verstoß gegen den Fair Trial-Grundsatz in der Ausprägung des Rechts auf eine effektive Verteidigung, der in der deutschen Rechtsordnung in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) verankert ist.<sup>6</sup> Dieser Schlussfolgerung liegen folgende Überlegungen zugrunde:

Bei einer Konkretisierung des Fair Trial-Grundsatzes im Anwendungsbereich des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO müssten die Strukturentscheidungen der StPO Berücksichtigung finden.<sup>7</sup> Eine solche bestünde darin, dass der Angeklagte eine Pflicht und nicht nur das Recht habe, persönlich in der Hauptverhandlung anwesend zu sein, um die Wahrheitsfindung im Strafprozess zu gewährleisten und gleichzeitig dem korrespondierenden Recht auf Anwesenheit zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>8</sup> Die Anwesenheit des Angeklagten sei daher grundsätzlich nicht disponibel.<sup>9</sup>

Daran ändere auch die zu berücksichtigende Rechtsprechung des EGMR nichts, denn dieser habe über § 329 StPO noch nicht entschieden.<sup>10</sup> Weiterhin seien zwar Entscheidungen des EGMR zu anderen Rechtsordnungen ergangen, doch sei eine eingehende Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Umständen dieser Entscheidungen nicht erforderlich, da

---

<sup>4</sup> Vgl. hierzu *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 329 Rn. 15.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.12.2006 – 2 BvR 1872/03 = *StraFo* 2007, 190.

<sup>6</sup> BVerfG *StraFo* 2007, 190.

<sup>7</sup> BVerfG *StraFo* 2007, 190 (192).

<sup>8</sup> BVerfG *StraFo* 2007, 190 (191 f.).

<sup>9</sup> BVerfG *StraFo* 2007, 190 (192).

<sup>10</sup> BVerfG *StraFo* 2007, 190 (192).

ein Konflikt von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO mit Art. 6 EMRK ausscheide.<sup>11</sup> Der Angeklagte habe es selbst in der Hand, das Prozessergebnis an dieser Stelle zu beeinflussen und werde daher durch die Verwerfung der Berufung nicht bestraft, da sich diese lediglich als „Folge seiner eigenen Entscheidung“ darstelle.<sup>12</sup> Weiterhin werde dem Angeklagten nicht das Recht auf einen Rechtsbeistand genommen, da dieser immerhin geltend machen könne, dass die Voraussetzungen des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht vorliegen.<sup>13</sup> Vielmehr solle durch die Anwesenheitspflicht gerade verhindert werden, ein „Abwesenheitsverfahren gleichsam durch die Hintertür einzuführen“, was dem Angeklagten gerade diene; eine Vertretung des Angeklagten sei daher „von Verfassungen wegen nicht geboten.“<sup>14</sup>

### c) Die Begründung des EGMR in der Rs. *Neziraj*

Der EGMR hingegen stellte einen Verstoß der Bundesrepublik gegen das in Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK niedergelegte Recht auf eine effektive Verteidigung fest.<sup>15</sup>

Der Gerichtshof betont zwar zunächst in Übereinstimmung mit dem BVerfG, dass die Anwesenheit des Angeklagten von herausragender Bedeutung im Strafprozess sei, sowohl um ihm rechtliches Gehör zu gewähren als auch um einen Abgleich zwischen seinen Aussagen und denjenigen der Zeugen herzustellen und sich von der Wahrheit oder Unwahrheit der Aussagen des Angeklagten zu überzeugen.<sup>16</sup> In Anbetracht dieser Bedeutung sei es dem nationalen Gesetzgeber denn auch grundsätzlich möglich, das unentschuldigte Fernbleiben des Angeklagten sowohl in erster als auch in zweiter Instanz zu sanktionieren.<sup>17</sup>

Dennoch stehe dieser Erwägung gegenüber, dass es von fundamentaler Bedeutung sei, dass der Angeklagte angemessen verteidigt werden kann.<sup>18</sup> Wie aus der Rechtsprechung des EGMR folge, überwiege das Interesse an einer angemessenen und effektiven Verteidigung des Angeklagten das Interesse an einer Sanktionierung des Ausbleibens.<sup>19</sup> In der Konsequenz hieße das im Bereich der Sanktionierung des unentschuldigten Fernbleibens, dass das legitime Ziel, die Anwesenheit des Angeklagten sicherzustellen, auf anderem Wege erreicht werden müsse als durch Verhinderung einer effektiven Verteidigung.<sup>20</sup> Ausgehend von dieser Abwägungsent-

scheidung weist der EGMR sodann die Einwände der Bundesregierung im Einzelnen zurück:

Es ändere der im deutschen Strafprozessrecht statuierte Grundsatz, dass ein Angeklagter nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht habe, in der Hauptverhandlung anwesend zu sein, nichts am Ergebnis, da dies auch mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden könne, als mit der Verwerfung des Rechtsmittels.<sup>21</sup> Irrelevant sei, dass vor dem erstinstanzlichen Amtsgericht eine Tatsachenverhandlung stattgefunden hat und erst in zweiter Instanz eine Abweisung in Abwesenheit des Angeklagten erfolgt.<sup>22</sup> Insoweit verweist der Gerichtshof auf seine früheren Entscheidungen, insbesondere die Rs. *Kari-Pekka Pietiläinen*.<sup>23, 24</sup> Zurückgewiesen wird auch das Argument, dass das Berufungsgericht gewisse Aspekte des Falls (insb. Prozesshindernisse) von Amts wegen zu prüfen habe und es auf die Verteidigung deshalb nicht zwingend ankomme, da es Teil einer effektiven Verteidigung sei, Argumente der Verteidigung zu allen relevanten rechtlichen Gesichtspunkten zu hören.<sup>25</sup> Zuletzt sei auch die Möglichkeit für den Angeklagten, gemäß §§ 329 Abs. 3, 44 ff. StPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen, nicht ausreichend, den Fair Trial-Grundsatz zu wahren, da sich diese Möglichkeit nur auf die Voraussetzung des unentschuldigten Fehlens bezieht<sup>26</sup> und gerade in einer Fallkonstellation wie der hiesigen eine effektive Verteidigung nicht sicherstelle.

## 2. Die Entscheidung des OLG München

### a) Der Sachverhalt

Zeitnah hatte sich das OLG München mit einer der Rs. *Neziraj* identischen Konstellation zu befassen. Der Angeklagte war vom Amtsgericht Landshut wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt worden. Aufgrund der form- und fristgerechten Berufungseinlegung terminierte das Landgericht Landshut die Berufungshauptverhandlung. Zu dieser erschien indes der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung unentschuldigt nicht, lediglich seine Verteidigerin war anwesend und verteidigungsbereit. Das Landgericht Landshut verwarf unter Anwendung von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO die Berufung des Angeklagten und verneinte die Möglichkeit zur konventionsfreundlichen Auslegung dieser Vorschrift im Lichte der Entscheidung des EGMR.

<sup>11</sup> BVerfG StraFo 2007, 190 (193).

<sup>12</sup> BVerfG StraFo 2007, 190 (193).

<sup>13</sup> BVerfG StraFo 2007, 190 (193).

<sup>14</sup> BVerfG StraFo 2007, 190 (193).

<sup>15</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 67.

<sup>16</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 47.

<sup>17</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 47.

<sup>18</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 48.

<sup>19</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 49.

<sup>20</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 51.

<sup>21</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 56.

<sup>22</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 59.

<sup>23</sup> EGMR, Urt. v. 22.09.2009 – 13566/06 (*Kari-Pekka Pietiläinen v. Finnland*).

<sup>24</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 59.

<sup>25</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 60 f.

<sup>26</sup> EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07 (*Neziraj v. Deutschland*), Rn. 62 f.

*b) Die Begründung des OLG München*

Die hiergegen eingelegte Revision verwarf das OLG München mit der Begründung, dass „ernsthafte Zweifel“ bestünden, ob § 329 Abs. 1 S. 1 StPO in der Tat gegen Art. 6 EMRK verstoße, jedenfalls aber eine völkerrechtskonforme Auslegung der Norm nicht möglich sei.<sup>27</sup>

So habe der EGMR in der Rs. *Neziraj* zwar einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK festgestellt, doch sei der vorangegangenen Argumentation des BVerfG zu folgen, dass ein Abstellen nur auf die Rechte des Angeklagten das Regelungsgefüge des § 329 StPO verkenne und die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in den Vordergrund zu stellen sei.<sup>28</sup> Weiterhin habe sich der EGMR nicht mit dem Argument auseinandergesetzt, dass die persönliche Anwesenheit des Angeklagten der Wahrheitsfindung diene und damit eine Ausprägung des Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzips sei.<sup>29</sup> Letztlich sei dem EGMR „ein unzutreffendes Verständnis der Stellung des Verteidigers im deutschen Strafprozessrecht“, der nicht stets als Vertreter des Angeklagten handeln könne, zu konstatieren.<sup>30</sup>

Unabhängig davon könne § 329 Abs. 1 S. 1 StPO zudem nicht konventionsfreundlich ausgelegt werden.<sup>31</sup> Zwar sei in Folge der Vorgaben des BVerfG zur Berücksichtigung von Entscheidungen des EGMR dessen Urteil in die eigene Entscheidung einzubeziehen, doch stehe der eindeutige Wortlaut des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO einer völkerrechtskonformen Auslegung entgegen und erlaube es folglich nicht, im Sinne der EGMR-Entscheidung zu entscheiden.<sup>32</sup> Andernfalls wären die Grenzen methodischer Auslegung überschritten, wie sie im Sinne der Rechtssicherheit einer *contra legem* Entscheidung entgegenstehen.<sup>33</sup>

## II. Die Anforderungen an die Umsetzung von Urteilen des EGMR in Deutschland

Bevor eine Bewertung des Urteils des OLG München erfolgen kann, ist es erforderlich, sich die Stellung der EMRK sowie die Wirkung von Entscheidungen des EGMR in der deutschen Rechtsordnung bewusst zu machen.

*1. Normenhierarchische Ausgangsüberlegung**a) Bundesgesetzlicher Rang, Art. 59 Abs. 2 GG*

Anders als etwa in Österreich kommt der EMRK in Deutschland kein verfassungsrechtlicher Rang zu.<sup>34</sup> Vielmehr richtet sich die Stellung der EMRK nach Art. 59 Abs. 2 GG. Die völkerrechtliche Norm wird mittels des deutschen Zustimmungsgesetzes Teil der deutschen Rechtsordnung<sup>35</sup> im Range eines Bundesgesetzes. Dem EGMR obliegt es, den Inhalt dieser bundesgesetzlichen Verpflichtung zu konkretisieren, denn er ist gemäß Art. 32 Abs. 1 EMRK zur Auslegung der Konvention und damit zur Konkretisierung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Bereich der EMRK berufen. Seine Auslegung der (bundesgesetzlichen) EMRK-Norm ist folglich anzuerkennen.

Von besonderer Bedeutung ist, dass gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK – abweichend von anderen menschenrechtlichen Individualbeschwerdeverfahren<sup>36</sup> – Urteile des EGMR in konkreten Beschwerdeverfahren für die Mitgliedstaaten verbindlich sind. Da auch Art. 46 EMRK durch das Zustimmungsgesetz Teil der deutschen Rechtsordnung ist, wirken Entscheidungen des EGMR in einem Verfahren gegen die Bundesrepublik ebenfalls in bundesgesetzlichem Range.

*b) Das Problem der lex posterior-Regel*

Ungeachtet dessen ist ein Vorrang der EMRK aufgrund der lex posterior-Regel normenhierarchisch nicht gesichert. Nach dieser Regel gehen später erlassene Gesetze früheren Gesetzen grundsätzlich vor.<sup>37</sup> Im konkreten Fall führt die Anwendung dieser Regel grundsätzlich dazu, dass deutsche Gesetze, die nach dem Inkrafttreten der EMRK (3.9.1953) erlassen und in Kraft getreten sind, Vorrang vor der EMRK haben. In der Konsequenz müssten nationale Gerichte spätere Gesetze anwenden, selbst wenn diese gegen die EMRK verstoßen.<sup>38</sup>

*c) Die Judikatur des BVerfG: EMRK als Auslegungshilfe für Gehalt deutscher Grundrechte*

Das BVerfG löst dieses normenhierarchische Spannungsfeld insbesondere seit seiner Leitentscheidung *Görgülü*<sup>39</sup> zugunsten der EMRK auf.<sup>40</sup> Es führt in mittlerweile ständiger Rechtsprechung aus, dass die grundgesetzlich gewollte Einbindung

<sup>27</sup> OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 – 4 StRR (A) 18/12, Rn. 6, 9.

<sup>28</sup> OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 – 4 StRR (A) 18/12, Rn. 7 f.

<sup>29</sup> OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 – 4 StRR (A) 18/12, Rn. 8.

<sup>30</sup> OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 – 4 StRR (A) 18/12, Rn. 8.

<sup>31</sup> OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 – 4 StRR (A) 18/12, Rn. 9 ff.

<sup>32</sup> OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 – 4 StRR (A) 18/12, Rn. 9 ff.

<sup>33</sup> OLG München, Beschl. v. 17.01.2013 – 4 StRR (A) 18/12, Rn. 11.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (*Görgülü*), Rn. 32.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu: *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, S. 347; *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, S. 3.

<sup>36</sup> So sind bspw. Entscheidungen des Menschenrechtsausschusses unter dem Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte gemäß Art. 5 Abs. 4 Zusatzprotokoll Nr. 1 unverbindlich.

<sup>37</sup> *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 33.

<sup>38</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (*Görgülü*), Rn. 46.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (*Görgülü*).

<sup>40</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (*Görgülü*), Rn. 32 ff.

Deutschlands in internationale Zusammenhänge den Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“<sup>41</sup> mit sich bringe und hieraus in Anbetracht der EMRK als regionales Institut des Menschenrechtsschutzes folge, dass die Konventionsrechte und ihre Auslegung durch den EGMR auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfe für die Garantien des Grundgesetzes dienen.<sup>42</sup>

Die EMRK, konkretisiert durch die Rechtsprechung des EGMR, ist damit innerhalb der Anwendung und Auslegung der nationalen Grundrechte zu berücksichtigen<sup>43</sup> und erlangt auf diesem Wege einen Rang, der zwischen normalem Bundesrecht und Grundgesetz liegt. Hierdurch wird eine derogierende Wirkung der *lex posterior* Regel im Anwendungsbereich der EMRK verhindert.<sup>44</sup>

## 2. Reichweite der Berücksichtigung von Entscheidungen des EGMR

### a) Möglichkeit zur Abweichung nur in Ausnahmefällen

Die Auslegung der Konvention durch den EGMR bindet die nationalen Gerichte mithin auch außerhalb des Anwendungsbereiches des Art. 46 EMRK, d.h. wenn nicht im Sinne des *res iudicata* eine Entscheidung über den konkreten Streitgegenstand ergangen ist.<sup>45</sup> Nationale Gerichte haben die Auslegung der EMRK durch den EGMR zu berücksichtigen<sup>46</sup>, wenn sie ihrerseits die nationalen Grundrechte unter Einbeziehung der Gewährleistungen der EMRK auslegen. Gleichzeitig sind die nationalen Gerichte aber nicht verpflichtet, Entscheidungen

des EGMR per Automatismus zu übernehmen<sup>47</sup>, sie dienen nur als Auslegungshilfe.

Das ermöglicht es den Gerichten zwar grundsätzlich von einer Entscheidung des EGMR abzuweichen, wenn das Gericht seinerseits bei der Auslegung der nationalen Grundrechte zu einem anderen Ergebnis gelangt, doch ist eine Abweichung nur in engen Grenzen möglich, da Völkerrechtsverletzungen grundsätzlich vermieden werden sollen<sup>48</sup> und der EMRK sowie der Rechtsprechung des EGMR weitreichend zum Durchbruch zu verhelfen ist.<sup>49</sup> Die nationalen Gerichte sind in ihrer Entscheidungsfindung daher keineswegs völlig frei. Liegt eine Entscheidung des EGMR zur konkreten Rechtsfrage nicht vor, so ist das Gericht angehalten, die Rechtsprechung des EGMR an relevanter Stelle eingehend zu analysieren und diejenigen Wertungen herauszuarbeiten und zu berücksichtigen, die der EGMR als entscheidungserheblich erachtet. Hat der EGMR zu einer bestimmten Rechtsfrage bereits eine Entscheidung getroffen, so indiziert die Auslegung der EMRK an dieser Stelle aufgrund der „faktischen Präzedenzwirkung“<sup>50</sup> die zu treffende Entscheidung des nationalen Gerichts. Will das Gericht von den Entscheidungen des EGMR ausnahmsweise abweichen, so es ist es diesbezüglich unter Rechtfertigungsdruck.

Das Gericht muss sich hierzu mit den Entscheidungen des EGMR und deren Begründung dann eingehend auseinandersetzen.<sup>51</sup> Zu betonen ist, dass der Anknüpfungspunkt dieser Auseinandersetzung nicht die Frage sein kann, ob die Entscheidung des EGMR inhaltlich richtig ist, mithin eine eigene Entscheidung über die Konventionskonformität zu treffen ist, die an die Stelle derjenigen des EGMR treten soll. Vielmehr obliegt die völkerrechtlich bindende Auslegung der Konvention gemäß Art. 32 EMRK allein dem EGMR. Der Anknüpfungspunkt der Auseinandersetzung ist damit die Frage, warum eine parallelisierende Auslegung nationaler Grundrechte nicht möglich ist. Letzteres muss das nationale Gericht unter Auseinandersetzung mit der Argumentation der EGMR umgedacht in die aufnehmende Verfassungsordnung<sup>52</sup> *lege artis* darlegen, bevor es einen Völkerrechtsverstoß in Kauf nehmen

<sup>41</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü), Rn. 46; BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 89.

<sup>42</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü), Rn. 32 ff; BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 88; BVerfG NJW 2008, 1793 (1795) – Caroline von Hannover; BVerfG, Beschl. v. 21.3.2007 – 1 BvR 2231/03, Rn. 33, st. Rspr.

<sup>43</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 88; BVerfG NJW 2008, 1793 (1795) – Caroline von Hannover; BVerfG, Beschl. v. 21.3.2007 – 1 BvR 2231/03, Rn. 33, st. Rspr.

<sup>44</sup> Cremer, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, Kap. 32 Rn. 94.

<sup>45</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü), Rn. 46; BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 89.

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü), Rn. 46; BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 89.

<sup>47</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü), Rn. 46; BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 89; BVerfG NJW 2008, 1793 (1797) – Caroline von Hannover.

<sup>48</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 91.

<sup>49</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 90.

<sup>50</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 89.

<sup>51</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü), Rn. 47.

<sup>52</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Sicherungsverwahrung), Rn. 92.

darf und von der Entscheidung des EGMR abweichen kann. Das ist mit dem BVerfG bei horizontalen (mehrpoligen) Rechtsverhältnissen denkbar, da in dieser Konstellation Grundrechte mehrerer Grundrechtsträger betroffen und per Abwägung in Einklang zu bringen sind.<sup>53</sup> Im vertikalen Verhältnis kann ausgehend von diesen Überlegungen einer Entscheidung des EGMR weniger kritisch gegenüber gestanden werden, da gerade nicht zu befürchten steht, dass hierdurch die Grundrechtsposition eines Dritten beeinträchtigt wird.

#### b) Verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung

Steht für das nationale Gericht ein Konflikt einer nationalen Norm mit Grundrechten, wie sie im Lichte der EMRK auszu-legen sind, fest, so darf das unterinstanzliche Gericht die Norm nicht unangewendet lassen, da der Prüfungsmaßstab der Gerichte die Verfassung ist und insofern das Verwerfungsmo-nopol beim BVerfG liegt. Wie im allgemeinen Verfassungs-recht auch, sind die unterinstanzlichen Gerichte allerdings gehalten, die konfliktträchtige Norm „im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung“ soweit möglich in Einklang mit Entscheidungen des EGMR zu bringen<sup>54</sup> und auf diese Weise eine verfassungs- und zugleich völkerrechtskonforme Anwendung der Norm zu ermöglichen.

Die Grenzen einer völkerrechtskonformen Auslegung sieht das BVerfG gleich den Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung der Norm einerseits im Gesetzeswortlaut und andererseits in der prinzipiellen Zielsetzung des Gesetzgebers.<sup>55</sup> Das gebietet der Respekt vor dem Gesetzgeber und mithin das Gewaltenteilungsprinzip.

Hinsichtlich der Wortlautgrenze gilt es nach der Recht-sprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings zu be-achten, dass die Gerichte gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nach „Recht und Gesetz“ zu entscheiden haben und folglich der Wortlaut „keine starre Auslegungsgrenze“ darstellt, sondern im Wege teleologischer Reduktion<sup>56</sup> und anderer anerkannten Auslegungsmethoden eingeschränkt werden kann. Dabei sind die Grenzen zwischen zulässiger Auslegung und unzulässiger Korrektur fließend.<sup>57</sup> Das auslegende Gericht sollte dabei in dem Bestreben handeln, die Auslegung bis an ihre Grenze zu führen, um eine Völkerrechtswidrigkeit zu verhindern.

Hinsichtlich der prinzipiellen Zielsetzung des Gesetzgebers führt das BVerfG aus, die Auslegung dürfe nicht zum Ergebnis haben, „dass das gesetzgeberische Ziel in einem we-

sentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird“.<sup>58</sup> Es ist mit-hin Aufgabe des Gerichts, die gesetzgeberische Zielsetzung der konfligierenden Norm zu ermitteln und zu überprüfen, ob das Ziel bzw. die Ziele des Gesetzgebers noch erreicht wer-den. Dazu sind die Gesetzesmaterialien heranzuziehen<sup>59</sup> und das Telos der Norm eindringlich zu untersuchen. Anders als bei einer (bloß) verfassungskonformen Auslegung tritt bei einer völkerrechtskonformen Auslegung einer nationalen Norm hinzu, dass der Gesetzgeber beim Erlass einer Norm grund-sätzlich das Ziel verfolgt, nicht gegen seine internationalen Verpflichtungen, insbesondere gegen die EMRK, zu verstö-ßen, soweit er dies nicht eindeutig klarstellt.<sup>60</sup>

#### c) Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG

Scheitert dennoch die verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung einer nationalen Norm, so besteht für unterinstanz-liche Gerichte die Möglichkeit zur Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG.

In Anbetracht der Wirkung von Entscheidungen des EGMR als Auslegungshilfe für nationale Grundrechte, kann es für die Gerichte für die Überzeugung der Verfassungswid-rigkeit<sup>61</sup> bereits genügen, wenn der EGMR die Norm für kon-ventionswidrig erachtet hat. Insofern kann von einer prima facie-Verfassungswidrigkeit der Norm gesprochen werden. Zur Herstellung völkerrechtskonformer Zustände sind nach hier vertretener Ansicht unterinstanzliche Gerichte gehalten, im Falle einer Entscheidung des EGMR, welche die Konven-tionswidrigkeit einer Norm feststellt, eine Vorlage zum BVerfG anzustreben, sollte eine Auslegung der Norm scheitern.

Eine frühere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der konfliktträchtigen Norm steht der Vorlage dabei nicht entgegen. Zwar werden an eine Vorlage insbesondere dann hohe Anforderungen gestellt, wenn das BVerfG eine Norm bereits für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt hat<sup>62</sup>, indes genügt dies nach der hier vertretenen Ansicht nicht, die be-schriebene prima facie-Wirkung zu beseitigen. Dafür spricht neben dem Argument einer völkerrechtskonformen Auslegung des Art. 100 Abs. 1 GG insbesondere die Entscheidung des BVerfG zur Sicherungsverwahrung, in der das BVerfG pro-klamierte, dass eine spätere Entscheidung des EGMR, die eine Konventionswidrigkeit feststellt gar geeignet ist, die Rechts-kraft einer Entscheidung des BVerfG zu durchbrechen.<sup>63</sup> Erst

<sup>53</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgü-lü), Rn. 50; BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Si-cherungsverwahrung), Rn. 93; BVerfG NJW 2008, 1793 (1797 f.) – Caroline von Hannover.

<sup>54</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgü-lü), Rn. 47.

<sup>55</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Si-cherungsverwahrung), Rn. 160.

<sup>56</sup> BVerfG WM 2012, 1179 (1182), zur richtlinienkonformen Auslegung durch den BGH.

<sup>57</sup> Hager, Rechtsmethoden in Europa, 2009, S. 231.

<sup>58</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Si-cherungsverwahrung), Rn. 160.

<sup>59</sup> BVerfG WM 2012, 1179 (1182).

<sup>60</sup> Explizit zur StPO im Verhältnis zur EMRK: BVerfGE 74, 358 (370), zur europarechtskonformen Auslegung vgl. BVerfG WM 2012, 1179 (1182), und BGH NJW 2009, 427 (430) – Quelle).

<sup>61</sup> Vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 67. Lfg., Stand: November 2012, Art. 100 Rn. 35.

<sup>62</sup> Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 100 Rn. 11.

<sup>63</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 (Si-cherungsverwahrung), Leitsatz 1.

Recht muss daher im Falle einer späteren EGMR-Entscheidung aus Sicht der unterinstanzlichen Gerichte eine Vorlage zum BVerfG möglich sein. Damit genügt der Verweis auf eine jüngere Entscheidung des EGMR um den Darlegungsvoraussetzungen des Art. 100 Abs. 1 GG zu genügen.

### III. Bewertung der Entscheidung des OLG München vor diesem Hintergrund

Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des OLG Münchens kritisch daraufhin zu untersuchen, ob den Vorgaben des BVerfG zur erforderlichen Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des EGMR ausreichend nachgekommen wurde (1.) und in der Tat eine verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung der Norm scheitert (2.).

#### 1. Nichtumsetzung des einschlägigen EGMR-Urteils

Aus der Entscheidung des OLG München geht hervor, dass es die Ansicht des EGMR, § 329 Abs. 1 S. 1 StPO verstoße gegen Art. 6 EMRK, inhaltlich nicht teilt; ein Konventionsverstoß wird vielmehr explizit verneint. Unabhängig davon, ob man der Ansicht des OLG München folgt, hätte es diesem dennoch obliegen, die Entscheidung des EGMR im Rahmen der eigenen Auslegung deutscher Grundrechte zu berücksichtigen. Dies lässt das OLG München vermissen, wenn es direkt auf Art. 6 EMRK als scheinbaren Prüfungsmaßstab abstellt und damit den Eindruck erweckt, seine eigene Rechtsansicht zur EMRK-Konformität an die Stelle der des EGMR zu stellen. Doch lassen sich die Entscheidungsgründe an dieser Stelle auch so verstehen, dass das OLG München lediglich die Entscheidung des EGMR zu Art. 6 EMRK nicht für das deutsche Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung im Recht auf eine effektive Verteidigung übernehmen will.

Im Weiteren wäre dann allerdings eine genaue und detaillierte Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen und der Argumentation des EGMR wünschenswert gewesen. Zwar verweist das OLG München auf die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2006 und macht sich damit dessen Begründung zu Eigen, doch fehlt es an einer Auseinandersetzung mit denjenigen – im Vergleich zur BVerfG-Entscheidung – neuen Aspekten, die für den EGMR entscheidend waren. Das betrifft insbesondere das Argument, dass die Anwesenheitspflicht durch mildere Mittel als der Verwerfung der Berufung sichergestellt werden kann. Ebenfalls bleibt unberücksichtigt, dass – anders als im Fall Görgülü – kein mehrpoliges Rechtsverhältnis besteht, sondern im Rahmen der StPO ein klassisches Eingriffsverhältnis. Damit mussten nicht Grundrechtspositionen verschiedener Grundrechtsträger mittels Abwägung in Einklang gebracht werden. Wenig überzeugend ist in diesem Zusammenhang der Vorwurf an den EGMR, sich nicht damit auseinandergesetzt zu haben, dass die Anwesenheitspflicht des Angeklagten der Wahrheitsfindung und mithin dem Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip diene.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> In Rn. 47 des Neziraj-Urteils (EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07) betont der Gerichtshof eben jenes und kommt zu dem Ergebnis, dass dennoch das Recht auf eine effektive Verteidigung überwiegt.

Zudem mag dem OLG München zwar darin zuzustimmen sein, dass der EGMR dem Verteidiger eine höhere Bedeutung zukommen lässt, als die StPO, die nicht in allen Bereichen davon ausgeht, dass der Verteidiger allein kraft seiner Stellung Rechtswirkungen für und gegen den Angeklagten begründen kann. Es ist indes schwer nachvollziehbar, warum dies einer Übernahme der EGMR-Entscheidung bei § 329 Abs. 1 S. 1 StPO entgegensteht, wenn dem Verteidiger damit nur die Möglichkeit eingeräumt wird, die Verwerfung des Rechtsmittels aufgrund Säumnis abzuwenden. Vielmehr ließe sich ein Gleichlauf mit dem Einspruchsverfahren gegen einen Strafbefehl erreichen, bei dem – in vergleichbarer Prozesslage – eine Vertretung des Angeklagten durch seinen Verteidiger in § 411 Abs. 2 S. 1 StPO gerade anerkannt wird.

#### 2. Völkerrechtskonforme Auslegung der Norm

Damit gilt es sich der Frage zu widmen, ob eine völkerrechtskonforme Auslegung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO, wie vom OLG München angenommen, unmöglich ist. Zuzustimmen ist dem OLG München dabei in seinen Ausführungen zu den existierenden Grenzen der Auslegung und dem damit gezollten Respekt vor dem Gesetzgeber, dessen Aufgabe es primär ist, die Konventionswidrigkeit der Norm mittels Gesetzesänderung zu beseitigen. Allerdings wäre es wünschenswert gewesen, wenn eine Anwendung der aufgestellten Grundsätze konkret auf § 329 Abs. 1 S. 1 StPO erfolgt wäre. Das Gericht verweist zur Begründung seiner Ansicht, dass eine völkerrechtskonforme Auslegung der Norm scheitert, pauschal auf Entscheidungen des OLG Düsseldorf<sup>65</sup> sowie des OLG Hamm<sup>66</sup>. Die Überzeugungskraft dieser Entscheidungen ist freilich fraglich, da beide Entscheidungen vor derjenigen des EGMR ergangen waren und sich ihrerseits mit dessen Entscheidungsgründen nicht auseinandergesetzt haben. Gleichzeitig galt für beide Oberlandesgerichte nicht der Ausgangspunkt der expliziten Feststellung der Konventionswidrigkeit des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO und damit ein Konventionsverstoß der Bundesrepublik. Mithin war das allgemeine Ziel des Gesetzgebers, nicht gegen seine völkerrechtlichen Pflichten zu verstoßen, für die Auslegung durch die beiden Oberlandesgerichte nicht prägend. Bedauerlich ist die fehlende eigene Argumentation des OLG München deshalb, weil der Wortlaut des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht von vornherein einer völkerrechtskonformen Auslegung entgegensteht. Danach ist Voraussetzung für eine Verwerfung der Berufung, dass „weder der Angeklagte noch in den Fällen, in denen dies zulässig ist, ein Vertreter des Angeklagten erschienen“ ist. Eine zulässige Vertretung ist daher nicht zwingend auf die Fälle reduziert, in denen die StPO ausdrücklich eine Möglichkeit zur Vertretungsbestellung vorsieht, sondern könnte im Wege teleologischer Extension auch die Fälle umfassen, in denen ein verhandlungsbereiter, mit ordnungsgemäßer Prozessvollmacht ausgestatteter und seitens des Angeklagten instruierter Verteidiger anwesend ist.

<sup>65</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.02.2012 – III-2 RVs 11/12 (zitiert nach juris).

<sup>66</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 14.06.2012 – III-1 RVs 41/12 (zitiert nach juris).

#### **IV. Fazit für die Ausbildung**

Examenskandidaten und Studenten ist anzuraten, sich mit den Argumentationslinien der Entscheidungen, insbesondere derjenigen des EGMR, vertraut zu machen. Zwar sollte im Zweifel aktuell der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt werden. Die an der Begründung der Entscheidung des OLG München geübte Kritik zeigt allerdings, dass eine konventionskonforme Auslegung der Norm möglich ist und auf diesem Wege der Entscheidung des EGMR zum Durchbruch verholfen werden kann. Solange es an einer erneuten und abschließenden Entscheidung des BVerfG zu § 329 Abs. 1 S. 1 StPO fehlt, kann man sich daher vertretbar gegen das OLG München stellen und insbesondere im Gutachten zu dem (klausurtaktisch ggf. gewollten) Ergebnis kommen, dass die Berufung nicht zu verwerfen ist.