

Der deutsche Strafprozess und das Völkerrecht.

Eine Besprechung der Entscheidung einer Kammer des Bundesverfassungsgerichts vom 19. 9. 2006 (2 BvR 2115/01) zur Revisibilität eines Verstoßes gegen die Pflicht, ausländische Festgenommene über ihre Rechte nach Art. 36 WÜK zu belehren – in diesem Heft S. 117

Von Professor Dr. Tonio Walter, Regensburg

I. Einführung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist in ihrem Ergebnis und in ihrer Begründung richtig und wird das deutsche Strafverfahrensrecht in einem praktisch erheblichen Punkt ändern. Wie diese Änderung im Einzelnen aussehen könnte, soll Gegenstand dieses Beitrages sein. Darüber hinaus ist zu hoffen, dass der Bundesgerichtshof die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Anlass nimmt, grundsätzlich seine Haltung zu der Frage zu prüfen, wie mit Verstößen gegen das Völkerrecht im deutschen Strafverfahren umzugehen sei.

Zusammengefasst hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass erstens ein ausländischer Beschuldigter bereits bei seiner Festnahme durch Vertreter der Staatsgewalt – in der Regel die Polizei – über sein Recht zu belehren ist, das Konsulat seines Landes von der Festnahme verständigen zu lassen und ihm weitere Mitteilungen zu machen. Dieses Recht folgt aus Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (WÜK).¹ Allerdings soll diese Belehrungspflicht nur dann schon bei der Festnahme entstehen, wenn bereits für diesen Zeitpunkt die Umstände darauf hinweisen, dass der Beschuldigte Ausländer ist. Zweitens hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass ein Unterlassen jener Belehrung ein Verfahrensverstoß ist, der revisibel sein muss: Es muss im Strafverfahren eine Instanz geben, vor der man diesen Verstoß rügen und die ihm eine Rechtsfolge zuordnen kann. Die strafprozessualen Folgefragen lauten nun, wie, wann und durch wen genau die Belehrung stattzufinden habe und was gelte, wenn sie ausbleibt; dabei sollte man zwischen Neu- und Altfällen unterscheiden. Vor der Erörterung dieser Fragen in aller Kürze zur Vorgeschichte des verfassungsgerichtlichen Urteils:

Schon im Jahre 2001 hatte Art. 36 WÜK für eine aufsehen-erregende Gerichtsentscheidung gesorgt, und zwar für ein Urteil des Internationalen Gerichtshofes (IGH) in Den Haag. Gegen-

stand dieses Urteils war der Fall der Brüder LaGrand. Sie hatten 1982 im US-Bundesstaat Arizona eine Bank überfallen und dabei deren Filialleiter erschossen und eine Angestellte schwer verletzt; die Brüder, Karl und Walter mit Namen, waren zur Tatzeit 18 beziehungsweise 19 Jahre alt. Sie wurden 1984 in Arizona zum Tode verurteilt.² Noch vor dieser Verurteilung hatten die amerikanischen Behörden erfahren, dass beide Brüder ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen (ihre Mutter war Deutsche, sie waren in Deutschland geboren und hatten zu keinem Zeitpunkt die amerikanische Staatsangehörigkeit erhalten – wenngleich sie seit ihrer frühen Kindheit in den Vereinigten Staaten gelebt hatten und ihre unehelichen Väter ebenso wie ihr Adoptivvater Amerikaner waren). Über ihr Recht aus Art. 36 WÜK hatte man sie nicht belehrt. Sie erfuhren von diesem Recht erst 1992, vermutlich – Näheres wurde nie geklärt – von Mitgefangenen. Zu diesem Zeitpunkt hatte das Oberste Gericht von Arizona die Rechtsmittel der LaGrand-Brüder gegen ihre Verurteilung bereits zurückgewiesen. Die Brüder wandten sich nun an das deutsche Konsulat, das für sie zuständig war, und wurden von ihm mit einem neuen Rechtsbeistand versorgt. Der legte vor Bundesgerichten ein weiteres Rechtsmittel ein, um die Verurteilung in Arizona aufheben und die Brüder auf freien Fuß setzen zu lassen. Begründet wurde das Rechtsmittel unter anderem damit, dass das Recht auf konsularischen Beistand verletzt worden sei. Die Bundesgerichte wiesen das Rechtsmittel in drei Instanzen stets als unzulässig zurück. Sie beriefen sich dabei auf die US-amerikanische Regel, dass vor den Bundesgerichten nichts mehr vorgebracht werden dürfe, was schon vor den Gerichten eines Bundesstaates hätte vorgebracht werden können (procedural

¹ BGBl. 1969 II S. 1585.

² Eingehend zu der Geschichte dieses Falles WEIGEND in: FS Lüderssen (2002) S. 463 (ff.).

default rule), also eine Verwirkungsregel; freilich mit der Besonderheit, dass sie allein auf das objektive Vorhandensein eines Umstandes abstellt und nicht auch darauf, ob der Beschuldigte nach seinem Wissensstand und seinen Fähigkeiten in der Lage war, auf diesen Umstand hinzuweisen. Daraufhin wurde Karl LaGrand am 24. Februar 1999, das heißt 17 Jahre nach der Tat hingerichtet. Die Hinrichtung seines Bruders folgte eine Woche später am 3. März 1999, und zwar noch nachdem der IGH an dem gleichen Tag eine einstweilige Anordnung gegen die USA erlassen hatte, die Hinrichtung aufzuschieben. Der Präsident der USA hatte die Anordnung unverzüglich an die Gouverneurin des Staates Arizona weitergeleitet; die hatte indes gemeint, sich um dergleichen nicht kümmern zu müssen. Deutschland verklagte die Vereinigten Staaten vor dem IGH wegen einer Verletzung des WÜK und bekam Recht.³ Der IGH äußerte im Wesentlichen das, was jetzt auch das deutsche Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf ihn ausgesprochen hat. Er hat seine Rechtsprechung zudem 2004 in der Avena-Entscheidung bestätigt.⁴

Die deutsche Polizei hat sich bislang um Art. 36 WÜK kaum gekümmert und von dieser Vorschrift oft auch keine Kenntnis gehabt. Belehrt worden sind ausländische Beschuldigte indes – jedenfalls in der Regel – durch die Haftrichter (§§ 115, 115 a, 128 StPO), und zwar gemäß der Nummer 135 der Richtlinien über den Geschäftsverkehr mit ausländischen Vertretungen in Strafsachen (RiVAST). Diese Vorschrift entspricht Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b WÜK weitgehend. Allerdings hat jene Belehrung kaum je einen Beschuldigten bewogen, konsularischen Beistand in Anspruch zu nehmen. Vermutlich auch deshalb, weil die Belehrung lediglich das Recht erwähnen muss, das Konsulat zu benachrichtigen, und nicht den Hinweis zu enthalten braucht, dass sich das Konsulat für die Verteidigung des Beschuldigten einsetzen kann und dies in vielen Fällen auch tut. Denn in einer Benachrichtigung allein dürften die meisten ausländischen Beschuldigten allenfalls die Möglichkeit erblicken, nun auch noch die staatlichen Stellen ihres Heimatlandes auf ihr Verhalten aufmerksam zu machen, und das werden viele für eine Verschlechterung ihrer Lage halten.

Der Bundesgerichtshof hat die eben geschilderte Praxis mitgetragen. In den Beschlüssen, die Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geworden sind, verwirft er die Revisionen der Beschuldigten als unbegründet. Zum einen sei tatsächlich erst der Haftrichter die nach Art. 36 WÜK zuständige Behörde, und zweitens sei ein Unterlassen der Belehrung eine läßliche Sünde, das heißt im deutschen Strafverfahren für sich genommen folgenlos. Denn der Schutzzweck dieser Norm sei lediglich, ein unbemerktes Verschwinden des Beschuldigten auszuschließen, und dies werde bereits hinreichend durch das Recht gewährleistet, einen Verteidiger hinzuzuziehen und die Aussage zu verweigern (§ 136 Abs. 1 StPO). Zudem würden sonst ausländische Beschuldigte gegenüber Inländern ungerechtfertigt privilegiert.⁵

II. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Dem ist das Bundesverfassungsgericht jetzt entgegengetreten. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes verletzen das Recht auf ein faires Verfahren, denn sie ließen die Entscheidungen des IGH außer Acht, und dies sei mit der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung unvereinbar. Das WÜK gelte in Deutschland grundsätzlich im Range eines einfachen Gesetzes (Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG). Da sich Deutschland indes der Rechtsprechung des IGH unterworfen habe, soweit es um das WÜK gehe, seien dessen Normen so auszulegen und anzuwenden, wie dies der IGH tue. Das gelte jedenfalls für solche Entscheidungen, »die auf dem Gebiet des Konsularrechts in konkreten Rechtsstreitigkeiten gegenüber der Bundesrepublik Deutschland ergehen«.⁶ Aber auch die Entscheidungen in anderen Verfahren

entfalteten gegenüber der Bundesrepublik eine »Orientierungswirkung«, eine »normative Leitfunktion« mit der Folge, dass der deutsche Gesetzgeber und die deutsche Rechtsprechung die innerstaatliche Rechtslage der Rechtsprechung des IGH anzupassen hätten.⁷ Und der IGH habe – was zutrifft – entschieden, dass es der Zweck der Belehrung gemäß Art. 36 WÜK sei, dem Beschuldigten eine Unterstützung durch seinen Heimatstaat zu ermöglichen. Die Rechte auf die Belehrung und auf den Kontakt mit dem Konsulat seien subjektive Rechte, und die Belehrungspflicht obliege allen zuständigen Strafverfolgungsorganen des Empfangsstaates, auch der Polizei, sobald es Anhaltspunkte für eine fremde Staatsangehörigkeit des Beschuldigten gebe. Unterbleibe die Belehrung, so verlange das Völkerrecht, dass dieser Verfahrensfehler einer Revision zugänglich sei, welches Ergebnis auch immer sie im Einzelfall zeitige.

III. Rechtliche Würdigung

1. Die Belehrung

Dass ein Beschuldigter nach Art. 36 WÜK zu belehren ist, war und ist unstreitig. Zu klären bleiben einige Details dieser Belehrung. Zunächst geht es um die Person des Belehrenden. Art. 36 WÜK spricht von den »zuständigen Behörden«, und der IGH wie auch das deutsche Verfassungsgericht sagen entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes, dass zu diesen Behörden auch die Polizei zählt (und nicht erst der Haftrichter). Zur Polizei zu rechnen sind auch verdeckte Ermittler (VE) und nicht öffentlich ermittelnde Polizeibeamte (NOEP), denn auch sie sind Angehörige der zuständigen Behörden. Fraglich könnte werden, ob auch sogenannte V-Männer (Vertrauenspersonen) zur Belehrung verpflichtet sind, wenn sie jemanden gemäß § 127 StPO vorläufig festnehmen. Einerseits gehören V-Männer keiner Strafverfolgungsbehörde an.⁸ Andererseits werden sie von staatlichen Stellen geführt und gezielt bei der Strafverfolgung eingesetzt. Die Rechtsprechung im Fall Sedlmayer⁹ ist nicht übertragbar, weil es dort um die Belehrung über das Schweigerecht ging und diese Belehrung einen ganz anderen Sinn hat als die Belehrung über das Recht, einen Verteidiger beizuziehen oder das Konsulat zu verständigen. Allerdings ist ein im Schrifttum zu dieser Rechtsprechung geäußelter Gedanke auch hier beachtlich, dass nämlich staatliche Stellen durch den Einsatz von V-Männern ihre rechtsstaatlichen Bindungen nicht gezielt umgehen dürfen.¹⁰ Sollte es also je dazu kommen, dass ein V-Mann angewiesen wird, einen Ausländer vorläufig festzunehmen, so muss dieser V-Mann auch verpflichtet werden, den Festgenommenen über seine Rechte aus § 136 StPO und aus Art. 36 WÜK zu belehren.

Zu dem Zeitpunkt, in dem die Belehrungspflicht entsteht, haben der IGH und im Anschluss an ihn das Bundesverfassungsgericht geäußert, es sei entscheidend, wann die zuständigen Behörden einen Anlass haben anzunehmen, dass der Festgenommene Ausländer ist (»once there are grounds to think that the person is probably a foreign national«¹¹). Die Belehrungspflicht ist also *nicht* an eine Vernehmung gebunden; weder setzt sie eine Vernehmung voraus noch entsteht sie zwingend bei einer ersten Vernehmung. Für die Praxis wird die Frage erheblich werden,

³ Deutsche Übersetzung der Entscheidung von OELLERS-FRAHM EuGRZ 2001, 287 ff. Besprechung von HILLGRUBER JZ 2002, 94; TAMS JuS 2002, 324 mit weiteren Nachweisen zu Besprechungen in Fn. 1.

⁴ HRRS 2004 Nr. 342 mit Anmerkung WALTHER HRRS 2004, 126.

⁵ BGH StV 2003, 57 (ebd.) mit ablehnender Anmerkung PAULUS; BGH vom 29. Januar 2003 – 5 StR 475/02 (red. Leitsatz in NStZ 2004, 5).

⁶ BVerfG a. a. O. Absatz-Nr. 60.

⁷ BVerfG a. a. O. Absatz-Nr. 61 f.

⁸ Siehe nur BEULKE Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rdn. 423.

⁹ BGHSt. (GS) 42, 139 (145).

¹⁰ So etwa BEULKE (Fn. 8) Rdn. 481 d.

¹¹ IGH (Fn. 4) unter Ziffer 63.

wann genau von einem hinreichenden Anhalt für eine fremde Staatsbürgerschaft des Festgenommenen auszugehen sei. Reicht schon ein fremdländisches Aussehen? Muss der Polizist den Festgenommenen fragen, ob er Ausländer sei? Darf er sich gegebenenfalls auf die Antwort verlassen? Um diese Fragen gar nicht erst aufkommen zu lassen und um Zweifelsfälle zu vermeiden, empfiehlt es sich, das aufzugreifen, was der IGH bereits in seiner Avena-Entscheidung angeregt hat, und zwar die Belehrung nach Art. 36 WÜK zur Routine bei Festnahmen zu machen.¹² Der IGH sagt dort auch, in welcher Art dann zu belehren ist: »Falls Sie Ausländer [kein Deutscher] sind, haben Sie das Recht ...« Sicherheitshalber sollte der Festgenommene den belehrenden Satz auf Englisch wiederholen; einen solchen einfachen englischen Satz zu lernen wird man unseren Polizisten zutrauen und zumuten können. Dass eine solche Falls-Belehrung zulässig ist, hat der Bundesgerichtshof jüngst ein weiteres Mal ausgesprochen (für die Belehrung gemäß § 52 Abs. 3 StPO).¹³ Um dem Sinn des Art. 36 WÜK bestmöglich Rechnung zu tragen und um auch das Recht des Konsulates bestmöglich zu wahren, die Angehörigen seines Staates zu unterstützen, ist es außerdem angezeigt, die Belehrung – ebenfalls routinemäßig – um den Hinweis zu ergänzen, dass die konsularische Vertretung den Festgenommenen bei seiner Verteidigung unterstützen kann und dies häufig auch tut. Denn sonst wird der Festgenommene auf die Benachrichtigung des Konsulats schon allein deswegen verzichten, weil er sich von dessen Rolle eine falsche Vorstellung macht (siehe oben I).

Für die Belehrung über das Recht, einen Verteidiger hinzuzuziehen, ist anerkannt, dass der Belehrende auch eine »Erste Hilfe« zu leisten hat, um dem Beschuldigten die Kontaktaufnahme zu einem Strafverteidiger zu ermöglichen (sofern er den Wunsch nach dessen Beiziehung geäußert hat).¹⁴ Entsprechendes ist für die Belehrung nach Art. 36 WÜK zu verlangen.

2. Wenn die Belehrung fehlt oder zu spät kommt

Das drängendere Problem dürfte derzeit sein, welche Folgen es habe, wenn die Belehrung nach Art. 36 WÜK unterbleibt. Dabei ist dem Unterbleiben dieser Belehrung der Fall gleichzustellen, dass der Festgenommene die Belehrung nicht versteht. Für die Belehrung über das Recht zu schweigen hat BGHSt. 39, 349 diese Gleichsetzung für einen Fall anerkannt, in dem der Beschuldigte die Belehrung aufgrund seines geistig-seelischen Zustandes nicht verstanden hatte. Das ist auf Art. 36 WÜK zu erstrecken mit der Ergänzung, dass dort vor allem sprachliche Verstehensschwierigkeiten in Betracht kommen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass Art. 36 WÜK bereits verletzt würde, wenn ein Polizist bei der Festnahme nicht die Sprache des Festgenommenen spricht und dieser auch kein Englisch versteht. Lediglich muss dann sichergestellt werden, dass dem Festgenommenen sobald wie möglich von einem Dolmetscher die Belehrung erteilt wird. Denn die Pflicht zu unverzüglicher Belehrung wird durch unverschuldete Verzögerungen nicht verletzt.

Für die Rechtsfolgen eines Belehrungsausfalls kommen grundsätzlich drei Lösungswege in Betracht (mit Folgefragen zu Einzelheiten): erstens ein Verwertungsverbot, zweitens eine Lösung in der Beweiswürdigung, drittens Abschlüsse bei der Strafzumessung. IGH und Bundesverfassungsgericht lassen dem Bundesgerichtshof weitgehend Freiheit, welchen dieser drei Wege er beschreitet. Dabei kann es dahinstehen, ob Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b WÜK tatsächlich ein Individualrecht des Festgenommenen begründet, wie dies IGH und Bundesverfassungsgericht annehmen.¹⁵ Denn selbst wenn ausschließlich der Heimatstaat Inhaber der Rechtsposition ist, ändert das nichts an den Folgen für die Strafverfahren in den Konventionsstaaten, das heißt an dem Erfordernis der Revisibilität von Verstößen und einer Abhilfemöglichkeit. Sie ergeben sich auch so aus dem »effet utile«-Gebot des Art. 36 Abs. 2 WÜK.¹⁶ Anders wäre es allerdings,

wenn der Bundesgerichtshof Recht damit hätte, dass Art. 36 WÜK nur ein spurloses Verschwinden des Festgenommenen verhindern wolle (vgl. oben I). Doch dies ist mit dem IGH und dem Bundesverfassungsgericht zu verwerfen: Es geht darum, konsularischen Beistand zu ermöglichen. Dass dann durch Art. 36 WÜK Ausländer ungerechtfertigt privilegiert würden, wenn die Verletzung dieser Vorschrift im Strafverfahren Folgen habe, ist dem Bundesgerichtshof (oben I) nicht zuzugeben. Zwar handelt es sich um eine Privilegierung. Sie ist aber berechtigt, weil sie die besondere Schutzbedürftigkeit von Menschen in einem fremden Land ausgleicht. Gerade dies ist der Sinn konsularischen Schutzes!¹⁷ – Wenden wir uns zunächst den Neufällen zu, das heißt Belehrungsfehlern, die nach der Verkündung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung vom 19. September 2006 vorkommen.

a) Neufälle

aa) Eine Lösung in der Beweiswürdigung ist nur möglich, wenn es etwas zu würdigen gibt, das heißt wenn der Festgenommene Angaben zur Sache gemacht hat, die keine sogenannten Spontanaussagen sind. Zwar hätte eine solche Lösung in der Beweiswürdigung auf den ersten Blick ein Vorbild in der Rechtsprechung zur Missachtung der Pflicht, einem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger zu stellen, wenn im Ermittlungsverfahren eine Zeugenvernehmung zu erwarten ist, an welcher der Beschuldigte nicht teilnehmen darf.¹⁸ Jedoch geht es bei der Beweiswürdigung um etwas kategorial anderes als bei den Rechten auf einen Pflichtverteidiger und auf einen Kontakt mit dem Konsulat. Die Beweiswürdigung bezieht sich auf etwas, das tatsächlich vorliegt und dessen Wahrheitsgehalt zu ermitteln ist. Das Fehlen eines Verteidigers oder konsularischen Beistandes hingegen ist bereits dafür erheblich, ob es überhaupt zu einem Beweis, einer Einlassung des Beschuldigten kommt. Daher verbietet sich bei Mängeln in der Belehrung gemäß Art. 36 WÜK eine Abhilfe in der Beweiswürdigung als ungeeignet.

bb) Auch für eine Lösung in der Strafzumessung fänden sich Parallelen. Als eine solche drängt sich jene Rechtsprechung geradezu auf, der zufolge Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) durch eine »Kompensation« im Strafmaß ausgeglichen werden sollen.¹⁹ Das ist aber kategorial noch verkehrter als eine Lösung in der Beweiswürdigung. Die Strafe soll die Schuld des Verurteilten abgelenken und idealerweise präventive Wirkungen entfalten, aber nicht den Staat für ein besonders ordnungsgemäßes Verfahren belohnen. Und soweit ein Verfahrensfehler immerhin die Möglichkeit begründet, dass es ohne ihn gar nicht zu einer Verurteilung hätte kommen können, ist ein bloßer Strafnachlass auch ungenügend, um den Fehler auszugleichen. Zudem hat ein solcher Nachlass kaum die disziplinierende Wirkung auf die Strafverfolgungsorgane, die von anderen Rechtsfolgen, vor allem natürlich von einem Verwertungsverbot ausgehen können. Denn das Ob der Verurteilung

¹² IGH (Fn. 4) unter Ziffer 64.

¹³ BGH NStZ 2006, 647 (648).

¹⁴ BGHSt. 47, 233 (234 f.); 42, 15 (19 f.) (jew. 5. Senat); einschränkend der 1. Senat in BGHSt. 42, 170 (172 f.) für den Fall, dass es »wenig Aussichten« gibt, »am Vernehmungsort einen Rechtsanwalt zu erreichen«; weiter dann wieder in NStZ 2006, 236 (237); wie der 5. Senat BEULKE (Fn. 8) Rdn. 156.

¹⁵ Zust. T. Ams (Fn. 3) S. 326; m. beachtlicher und eingehender Begründung a. A. HILLGRUBER (Fn. 3) S. 96 ff.

¹⁶ HILLGRUBER (Fn. 3) S. 97 f.

¹⁷ HILLGRUBER (Fn. 3) S. 96 f.

¹⁸ BGHSt. 46, 93 (99); weitere Nachweise bei BEULKE (Fn. 8) Rdn. 171, wo jene Rechtsprechung als »wenig überzeugend« bezeichnet wird.

¹⁹ Siehe BGHSt. 45, 321, und vergleiche T. WALTER StraFo 2004, 224 (227). Kritisch zu dieser Strafzumessungslösung bei unzulässigem Einsatz von Lockspitzeln KINZIG StV 1999, 288 ff.

bleibt bei einer »Kompensation« unangetastet. Sie ist darüber hinaus leicht zu unterlaufen, indem das Gericht einfach – ob nun unbewusst oder mit Kalkül – eine höhere Einsatzstrafe wählt und dann nach Abzug des kompensatorischen Strafnachlasses just zu dem Ergebnis gelangt, zu dem es auch sonst gelangt wäre. Der Vorteil einer Strafzumessungslösung liegt allerdings darin, dass sie unabhängig davon möglich ist, ob der Festgenommene vor einer Belehrung nach Art. 36 WÜK Angaben zur Sache gemacht hatte. Hatte er dies nicht getan, fragt sich andererseits, warum man ihm die Wohltat einer Strafmilderung zukommen lassen sollte? Es bleibt dann nicht nur dabei, dass der Verfahrensfehler und das Strafmaß kategorial nichts miteinander zu tun haben, sondern es ist in dieser Lage noch einmal weniger gewiss, dass sich der Fehler im Verfahren auf dessen Ergebnis ausgewirkt hat. Wohl bleibt dies weiterhin möglich. So mag ein Verurteilter einwenden, mit konsularischer Unterstützung hätte er sich einen Verteidiger leisten können, und dessen Mitwirkung würde die Beweisaufnahme zugunsten des Verurteilten beeinflusst haben. Doch derartige Hypothesen sind noch schwieriger zu prüfen als die Hypothese, dass eine tatsächlich gemachte Angabe des Verurteilten vollständig hinweggedacht wird (weil ihm, was naheliegt, ein vom Konsul beauftragter Verteidiger geraten haben würde zu schweigen). Immerhin und jedenfalls bleibt für eine Strafmilderung ins Feld zu führen, dass sie einen völkerrechtlichen Ausgleich schafft für die Verletzung des WÜK und dass sie gegenüber den Strafverfolgungsbehörden eine gewisse disziplinierende Wirkung entfaltet.

cc) Hat ein Festgenommener vor seiner Belehrung gemäß Art. 36 WÜK Angaben gemacht, die über Spontanäußerungen hinausgehen, bleibt als dritte denkbare Rechtsfolge ein *Verwertungsverbot*. Auch für diesen Weg springt eine Parallele ins Auge, und zwar zu jener Rechtsprechung, dass Angaben eines Beschuldigten grundsätzlich unverwertbar seien, wenn er zuvor nicht über sein Recht belehrt worden war, einen Verteidiger beizuziehen.²⁰ Stimmt man dem Vorschlag oben zu, dass bei einer Festnahme routinemäßig gemäß Art. 36 WÜK zu belehren ist, und stimmt man dem weiteren Vorschlag zu, diese Belehrung mit dem Hinweis zu verbinden, dass vom Konsulat eine Unterstützung zu erhoffen sei, so gleicht die Belehrung inhaltlich praktisch vollständig jener gemäß § 136 StPO hinsichtlich des Rechts, einen Verteidiger beizuziehen. Der Vorbehalt des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dieser Analogie (Absatz-Nr. 71 der Entscheidung) ist dann nicht mehr berechtigt; dass sich die Belehrungen nach § 136 StPO und nach Art. 36 WÜK »überschnitten« und § 136 StPO an die Vernehmung anknüpfe, während Art. 36 WÜK auf die Festnahme abstelle, leuchtet nicht als ein Argument ein, Verstöße gegen die genannten Belehrungspflichten unterschiedlich zu behandeln. Dies selbst dann, wenn man die Belehrung nach Art. 36 WÜK nicht, wie hier vorgeschlagen, zu einer Routine machen und nicht mit dem Hinweis verbinden will, dass vom Konsulat Unterstützung zu erhoffen sei.

Allerdings führt ein Ausfall der Belehrung über das Recht, einen Verteidiger beizuziehen, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht allemal zu einem Verwertungsverbot. Ihr zufolge bleiben die Angaben vielmehr verwertbar, wenn der Beschuldigte sein Recht kannte oder wenn ein verteidigter Angeklagter der Verwertung nicht bis zu dem Zeitpunkt nach § 257 StPO widerspricht (Zeitpunkt der Frage des Vorsitzenden, ob der Angeklagte zu einer soeben abgeschlossenen Beweiserhebung etwas zu erklären habe). Zudem soll bei Zweifeln, ob man den Angeklagten ordnungsgemäß belehrt hatte, davon auszugehen sein, dass dies geschehen sei. Das Schrifttum lehnt diese Widerspruchslösung in weiten Teilen ab.²¹ Dies mit gutem Grund, denn die Widerspruchslösung bleibt in einer Weise von den Fähigkeiten des Verteidigers abhängig, die ebenso unnötig wie ungerecht ist. Sie ist unnötig, weil der Vorsitzende mit seiner Frage gemäß § 257 StPO leicht einen Hinweis auf das Widerspruchs-

recht und seine Folgen verbinden könnte. Und sie ist ungerecht, weil der einzige Unterschied zu der soeben skizzierten Form in der Chance besteht, den Angeklagten und seinen Verteidiger zu übertölpeln; Wohl und Wehe des Angeklagten hängen von den prozessualen (Grund-)Kenntnissen seines Verteidigers ab und nicht von der Rechtslage. Auf der anderen Seite erschiene ein absolutes Verwertungsverbot ebenfalls unsachgerecht, weil die Einlassungen des Beschuldigten dessen Angelegenheit sind und er daher auch im Nachhinein die Befugnis haben muss, sich eine Einlassung zu eigen zu machen, die sonst unverwertbar wäre und die er nicht noch einmal in allen Einzelheiten öffentlich wiederholen möchte. Als Mittelweg bleibt, was schon vorgeschlagen ist, also eine Widerspruchslösung, in der das Gericht den Angeklagten auf sein Widerspruchsrecht und die Folgen eines Widerspruchs hinzuweisen hat.

Das Bundesverfassungsgericht gibt in seiner hier besprochenen Entscheidung noch zu klären auf, ob sich ein Verwertungswiderspruch umfassend auf ein Beweisthema beziehe – vorliegend die Einlassungen der Beschuldigten – oder lediglich auf ein bestimmtes Beweismittel, namentlich die Zeugenaussage eines bestimmten Vernehmungsbeamten.²² Außerdem sei es zu berücksichtigen, dass sich keiner der Beschuldigten in der Hauptverhandlung ausdrücklich auf einen Verstoß gegen Art. 36 WÜK berufen hatte (am angegebenen Orte). Beides erübrigt sich, wenn man die oben vorgeschlagene Form einer Widerspruchslösung wählt. Denn bei ihr ist nach einer jeden Beweiserhebung der Hinweis auf das Recht zum Widerspruch und dessen Folgen zu geben und wird der Vorsitzende entweder von sich aus erläutern, warum der Widerspruch möglich ist, oder wird man den Vorsitzenden auch noch zu dieser Begründung verpflichten. Jedenfalls kann es keine Rolle spielen, ob und wie es der Angeklagte begründet, wenn er den Widerspruch einlegt.

dd) Im *Ergebnis* sollte der Instanzrichter also unterscheiden, wenn die Belehrung nach Art. 36 WÜK nicht oder zu spät erteilt worden ist: Hat ein Festgenommener ohne diese Belehrung Angaben gemacht, so ist eine Widerspruchslösung in der oben beschriebenen Art angezeigt. Fehlt eine solche Einlassung, ist die Strafe zu mildern (Kompensation). Das ist zwar eigentlich eine falsche Belohnung an der falschen Stelle, doch noch immer der beste Kompromiss, um erstens den Verstoß gegen die völkerrechtliche Pflicht aus dem WÜK wiedergutzumachen und um zweitens, wenn auch gleichsam pauschaliert, der Eventualität Rechnung zu tragen, dass der Festgenommene sein Konsulat um Hilfe ersucht hätte und sie ihm auch gewährt worden wäre mit der Folge eines günstigeren Verfahrensverlaufes.

b) Altfälle

Etwas anders ist die Lage bei Altfällen, wobei noch einmal zu unterscheiden ist zwischen solchen Verfahren, die noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sind, und denen, wo dies der Fall ist.

aa) Für noch *nicht rechtskräftig abgeschlossene Verfahren* ist die Widerspruchslösung problematisch, sofern der Zeitpunkt des § 257 StPO bereits verstrichen ist. Denn dann hatte das Gericht seinerzeit keinen Anlass, in der oben beschriebenen, qualifizierten Art über die Möglichkeit eines Widerspruchs zu belehren, und Verteidiger und Angeklagter hatten von dieser Möglichkeit ebenfalls keine Kenntnis. Zunächst wird man anzunehmen haben, dass bei einer Zurückverweisung durch das Revisionsgericht in der erneuten Verhandlung vor dem Tatrichter ein Widerspruch aufgrund von Art. 36 WÜK nicht präkludiert wäre; anders als

20 BGHSt. 47, 172 (174), bis hierhin herrschende Meinung, für das Schrifttum BEULKE (Fn. 8) Rdn. 469 mit weiteren Nachweisen.

21 BEULKE (Fn. 8) Rdn. 150; ROGALL in: SK StPO vor § 133 Rdn. 178; HEINRICH ZStW 112 (2000) S. 398 (415 ff.); ROXIN in: FS Hanack (1999) S. 1 (21).

22 Absatz-Nr. 73 der Entscheidung; vgl. BGH StV 2004, 57 (ebd.).

dies BGH StV 2006, 396 (f.) für die herkömmliche Widerspruchslösung zu § 136 StPO vorsieht. Zum zweiten wird man die Instanzen vor der Revision verpflichten dürfen, auch im Nachhinein darauf hinzuweisen, dass ein Widerspruch gestützt auf Art. 36 WÜK noch möglich sei, und wird demgemäß einen solchen Widerspruch als nachholbar erachten. Das Gleiche gilt für die Revision selbst. Macht ein Angeklagter dort von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch, so wird eine neue Beweiserhebung und -würdigung erforderlich und ist folglich zurückzuverweisen.

bb) Für *rechtskräftig abgeschlossene Verfahren* fragt sich, ob eine Wiederaufnahme möglich ist, wenn Art. 36 WÜK verletzt worden war. Für die Antwort kommt § 79 Abs. 1 BVerfGG in Betracht. Nach der dritten Variante dieser Vorschrift ist die Wiederaufnahme möglich, wenn ein Strafurteil »auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist«. Dies könnte alle Strafurteile betreffen, die darauf beruhen, dass der Richter Art. 36 WÜK nicht so ausgelegt hat wie der IGH in seinen Entscheidungen in den Fällen LaGrand und Avena. Unstreitig ist für § 79 Abs. 1 BVerfGG, dass ein »Beruhen« – wie bei §§ 337, 359 Nr. 6 StPO – schon in der bloßen Möglichkeit der Kausalität bestehen kann.²³ Auch im Übrigen scheint die Norm auf unseren Fall zu passen, da das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich und in den tragenden Gründen seiner Entscheidung die bisherige Auslegung des Art. 36 WÜK durch den BGH als verfassungswidrig verworfen hat. Jedoch unterscheidet die herrschende Meinung²⁴ für solche Auslegungsrügen zwei Fälle und lässt § 79 Abs. 1 BVerfGG nur den ersten erfassen, das ist die verfassungskonforme Auslegung: Das Verfassungsgericht erklärt eine Norm nur unter der Bedingung für verfassungsgemäß, dass man sie in einer bestimmten Weise auslegt. Die verfassungskonforme Auslegung behebe, so die herrschende Meinung, einen Mangel des Gesetzes, das sonst nämlich für die verfassungswidrige Auslegung offen sei. »Unterläuft einem Strafgericht dagegen bereits ein methodischer Fehler, den das BVerfG als verfassungswidrig qualifiziert [...], nimmt das BVerfG keine verfassungskonforme Auslegung vor [...]« (Graßhof a. a. O. Rdn. 20). Folglich gelte es, die verfassungskonforme Auslegung infolge von Mängeln des (zu zweiten) Gesetzes abzugrenzen von Rechtsanwendungsfehlern. Zu ihnen zählt man ausdrücklich auch die »verfassungsorientierte Auslegung«, die gleichfalls keinen Mangel der Norm behebe, sondern »den Rechtsanwender dazu verpflichtet, neben der einfachrechtlichen Norm weitere verfassungsrechtliche Direktiven zu berücksichtigen [...]«; sie korrigiert eine ungenügende Berücksichtigung des Grundgesetzes durch die Fachgerichte und nicht einen fehlerhaften Gesetzgebungsakt« (Graßhof a. a. O. Rdn. 21). Nach dieser Abgrenzung dürfte die hier besprochene Entscheidung nicht zur verfassungskonformen Auslegung zählen, sondern lediglich die »verfassungsorientierte« Rüge eines Rechtsanwendungsfehlers sein. Allerdings ist jene Abgrenzung methodisch zweifelhaft (Wortlaut der Norm, Wille des Gesetzgebers)²⁵ und dogmatisch höchst anspruchsvoll, denn jede Rüge einer »an sich« möglichen Auslegung als verfassungswidrig ist ein Drängen auf nicht verfassungswidrige, das heißt verfassungskonforme Auslegung. Einen greifbaren Unterschied gäbe es, wenn man den Begriff der verfassungskonformen Auslegung darauf beschränkte, Normen von Verfassungen wegen teleologisch zu reduzieren, also entgegen ihrem klaren, auslegungsresistenten Wortlaut auf bestimmte Fälle nicht anzuwenden. Aber das tut man nicht. Auf der anderen Seite ist rechtspolitisch der Wunsch verständlich, die Fachgerichte vor einer Flut von Wiederaufnahmeanträgen zu schützen, wie sie sonst in einigen Fällen – wie dem vorliegenden – möglich wäre. Diesem rechtspolitischen Anliegen ist auch nicht mit der vermittelnden Ansicht abzuweichen, die Wiederaufnahme bei solchen »schlichten« Rechtsanwendungsfehlern zuzulassen, die einer allgemeinen Praxis entsprechen.²⁶ Denn gerade dann sind von dem Fehler besonders viele Ver-

urteile betroffen. Für den Widerstreit rechtspolitischer Erwägungen (Entlastung der Strafgerichte) und materieller Gerechtigkeit ist vorliegend indes noch der völkerrechtliche Einschlag zu berücksichtigen: Völkerrechtlich verlangt Art. 36 WÜK eine Revisibilität seiner Verletzungen, die ihm die deutsche Rechtsprechung bislang verwehrt hat. Da das deutsche Recht völkerrechtsfreundlich zu gestalten und auszulegen ist, sollte man diesen Mangel auch für rechtskräftig abgeschlossene Strafverfahren über § 79 Abs. 1 BVerfGG beheben. Um einschlägige Verfahren zahlenmäßig in sachgerechten Grenzen zu halten, bleibt immerhin das Erfordernis des Beruhens, mit dessen Hilfe solche Fälle von einer Wiederaufnahme auszuschließen sind, in denen sich der Belehrungsfehler nicht auf den Ausgang des Verfahrens ausgewirkt haben konnte.

3. Weitere Fragen

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wirft noch einige Zusatzfragen auf.

a) Fernwirkungen?

Zum einen ist klärungsbedürftig, ob eine Verletzung des Art. 36 WÜK Fernwirkungen habe, und zwar einmal mit Blick auf das Verfahren des betroffenen Ausländers und zum zweiten mit Blick auf andere Verfahren. Dies zweite verneint die herrschende Meinung klar, soweit es um Belehrungen nach § 136 StPO geht, und zwar unter Hinweis auf deren begrenzten Schutzzweck.²⁷ Doch auch für die betroffenen Ausgangsverfahren nimmt der Bundesgerichtshof bei Beweisverwertungsverböten grundsätzlich an, dass sie keine Fernwirkung entfalten (mit Ausnahme des Verwertungsverbotes gemäß § 7 Abs. 3 des G10).²⁸ Das Schrifttum befürwortet überwiegend eine Fernwirkung, wenn auch unter unterschiedlichen Bedingungen.²⁹ Der Bundesgerichtshof wird nach aller Voraussicht auch in Bezug auf Verletzungen des Art. 36 WÜK auf der eben gezeichneten Linie bleiben. Die Argumente, die dagegen stehen, sind bereits vollständig vorgebracht worden und haben auch für einen Verstoß gegen Art. 36 WÜK Gültigkeit. Einzig bleibt zu wiederholen, dass eine Fernwirkung erst zu erörtern ist, wenn dieser Verstoß einen Beweis erbracht hat; in der Regel eine Einlassung des Beschuldigten.

b) Verweigerung einer Kontaktaufnahme oder »Erster Hilfe«

Schon angesprochen, doch des erneuten Hinweises wert ist die Forderung, es dem Unterlassen einer Belehrung nach Art. 36 WÜK gleichzustellen, wenn eine Kontaktaufnahme oder eine »Erste Hilfe« hierbei verweigert wird (siehe oben 1).

c) Benachrichtigung des Konsulats gegen den Willen des Beschuldigten

Die Richtlinien über den Geschäftsverkehr mit ausländischen Vertretungen in Strafsachen (RiVAST) weisen in Nr. 135 Abs. 2 darauf hin, dass Deutschland gegenüber bestimmten Ländern

23 BETHGE in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, Kommentar, Bd. 2, Loseblatt m. St. März 2006, § 79 Rdn. 29 ff.; GRASSHOF in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 79 Rdn. 14; beide m. w. N.; vgl. zu § 359 Nr. 6 StPO MEYER-GOSSNER StPO, Kommentar, 49. Aufl. 2006, § 359 Rdn. 52 in Verbindung mit § 337 Rdn. 37 m. w. N.; WEIGEND StV 2000, 384 (388).

24 Für sie GRASSHOF (Fn. 23) Rdn. 17 ff. m. w. N. und NJW 1995, 3085 (3087 f.); ihm folgend BGHSt. 43, 324 (327). Vgl. BGHZ 151, 316 (323 f.).

25 Näher ANGERER/STUMPF NJW 1996, 2216 (ebd.).

26 Vorschlag von DEHN NSTZ 1997, 143 (144).

27 Siehe BGHSt. 39, 349 (350 ff.); BEULKE (Fn. 8) Rdn. 468 mit weiteren Nachweisen.

28 Siehe BGHSt. 32, 68 (71); 29, 244 (247); 27, 355 (358); BGH NJW 2006, 1361 (1363).

29 Statt aller BEULKE (Fn. 8) Rdn. 482 mit weiteren Nachweisen.

völkerrechtlich auch verpflichtet ist, ein Konsulat ohne oder gegen den Willen des Betroffenen zu benachrichtigen. Auch für diese Fälle fragt sich, welche Folgen es habe, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Benachrichtigung unterlassen. Klar dürfte sein, dass eine solche Pflicht zur Benachrichtigung nicht im Interesse des Beschuldigten besteht, denn sonst müsste er das Recht haben, die Benachrichtigung zu verhindern. Vielmehr handelt es sich um eine Pflicht, deren einziger Begünstigter das Land ist, dem gegenüber Deutschland sie übernommen hat. Die Reaktion auf Verletzungen jener Pflicht können daher ganz im Völkerrechtlichen bleiben, wobei im Normalfall eine schlichte Entschuldigung gegenüber dem betroffenen Staat genügt.

IV. Zusammenfassung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist in der Hauptsache richtig und klar: Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b WÜK verlangt im deutschen Strafverfahren Beachtung, ein Verstoß muss Folgen haben. Weniger klar sind die Einzelheiten jener Folgen – und schon die Einzelheiten der Belehrung nach Art. 36 WÜK. Dabei geht es weniger um zwingende als um angemessene und praktikable Lösungen. Für die Belehrung wäre es das Beste, sie gleich den Belehrungen nach § 136 Abs. 1 StPO obligatorisch zu erteilen, und zwar schon bei der Festnahme; der Ungewissheit, ob der Festgenommene Ausländer sei, kann die Formulierung Rechnung tragen (»falls ...«). Versteht sie der Festgenommene nicht – oder gibt er dies vor –, ist zusätzlich auf Englisch zu belehren. Hilft auch das nicht, genügt es, im Rahmen des Mach- und Zumutbaren einen Dolmetscher beizuziehen, der den Festgenommenen später belehrt. In allen Fällen sollte die Belehrung den Hinweis enthalten, dass die Benachrichtigung des Konsulats dazu dienen soll, ihm eine Unterstützung des Festgenommenen zu ermöglichen. Ferner hat der Belehrende dem Festgenommenen den Kontakt mit seinem Konsulat auch faktisch zu ermöglichen und bei seiner Anbahnung, so erforderlich, zu helfen.

Unterbleibt die Belehrung nach Art. 36 WÜK oder wird sie zu spät erteilt, so sollten Angaben unverwertbar sein, die der Festgenommene vor der Belehrung macht. Voraussetzung ist, dass er der Verwertung widerspricht. Auf das Recht zum Widerspruch und auf dessen Folgen muss der Richter hinweisen, und zwar ungeachtet dessen, ob der Angeklagte einen Verteidiger hat. Hatte der Angeklagte keine Angaben gemacht, zumindest nicht vor der Belehrung, so ist der Verstoß gegen Art. 36 WÜK mit einer Strafmilderung auszugleichen (Kompensation). Gleiches gilt für laufende Verfahren, in denen der Verstoß vor der Verkündung der hier besprochenen Entscheidung gelegen hat. Für sie wäre ein Verwertungsverbot zwar ebenfalls möglich, aber vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung und den Nöten der Praxis kaum angemessen. Für rechtskräftig abgeschlossene Verfahren bietet § 79 BVerfGG die Chance einer Wiederaufnahme.

Fernwirkungen hat ein Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b WÜK auf dem Boden der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht. Soweit es um das Ausgangsverfahren und folglich den Fall geht, dass aufgrund von Angaben des Beschuldigten weitere Beweise gegen ihn gefunden werden, stehen dem alle Argumente entgegen, die das Schrifttum zu der entsprechenden Frage bei § 136 StPO vorbringt. – Wo Deutschland völkerrechtlich verpflichtet ist, ein Konsulat auch ohne oder gegen den Willen des Festgenommenen zu verständigen, reicht bei einer Vernachlässigung dieser Pflicht in der Regel eine Entschuldigung bei dem betroffenen Staat.

Abschließend bleibt zu hoffen, dass der Bundesgerichtshof die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch zum Anlass nimmt, grundsätzlich darüber nachzudenken, wie Verstöße gegen völkerrechtlich (mit-)begründete Verfahrenspflichten zu behandeln seien. Vor allem seine Kompensations-Rechtsprechung zu Verstößen gegen die EMRK ist unbefriedigend.