

DR. IUR. H. C. GERHARD STRATE
KLAUS-ULRICH VENTZKE

RECHTSANWÄLTE

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 **K a r l s r u h e**

Hamburg, am 11.12.2007/gs

Aktenzeichen: 2 BvR 2513/07

In dem Verfassungsbeschwerdeverfahren

des

Wilson F.

ergänze ich – wie angekündigt – meine rechtlichen Ausführungen:

1. Zur Rügebefugnis des Beschwerdeführers

In der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung beruft sich der Bundesgerichtshof zur Begründung der angeblich fehlenden Rügebefugnis des Beschwerdeführers auf drei frühere BGH-Entscheidungen, die ihm allesamt schon bekannt waren, als er den durch das Bundesverfassungsgericht aufgehobenen Beschluß gefasst hatte. Während damals die Rügebefugnis des Beschwerdeführers offen gelassen und damit implizit bejaht wurde, wird sie nunmehr verneint. An beiden Entscheidungen, der von 2001 und der von 2007, haben mehrheitlich dieselben Richter mitgewirkt. Vor ihrem neuerlichen Judikat mussten sie noch einer Befangenheitsrüge standhalten (BGH in wistra 2007, 426), wobei die Zurückweisung des Befangenheitsgesuchs indiziell auch darauf gestützt wird, dass das Bundesverfassungsgericht von seiner Kompetenz, die Sache an einen anderen Spruchkörper zurückzuverweisen, keinen Gebrauch gemacht hat.

Es ist nicht Sache des Unterzeichnes, einem obersten Bundesgericht schlechten Stil vorzuwerfen. Wohl aber muß die Frage gestellt werden dürfen, was die neuen Erkenntnisse sind, die bei unveränderter Rechtsprechungslage nun zu einer Verneinung der Zulässigkeit der auf die Verletzung von Art. 36 WÜK gestützten Verfahrensrüge führen, während die Zulässigkeit im ersten Revisionsverfahren noch implizit bejaht wurde. Immerhin hätten die Beschwerdeführer zu I.1. und zu II.2. auf das durch den Beschluß vom 19.9.2006 abgeschlossene Verfassungsbeschwerdeverfahren verzichten können, wenn ihnen damals schon gesagt worden wäre, dass nicht etwa BGHSt 33, 148, 154, sondern BGHSt 11, 213 und BGHR StPO § 136 – Belehrung 5 für ihre rechtliche Position die richtige Auskunft geben, nämlich dass ihr „Rechtskreis“ durch ein möglicherweise fehlerhaftes Prozedieren des Instanzgerichts nicht berührt sei.

Gerade der Umstand, dass bei unveränderter Rechtsprechungslage mal so und mal anders entschieden wird, offenbart den kaum verhüllten Dezisionismus, den der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren als Willkür beanstandet. Weshalb ein Angeklagter in der Revision die Verletzung einer zugunsten eines Mitangeklagten wirkenden Verfahrensnorm nicht solle rügen dürfen, wird in der angegriffenen Entscheidung ebenso wenig erläutert wie in den zitierten BGH-Entscheidungen BGHSt 47, 233, 234 und BGH in wistra 2000, 311, 313. Allein die in Bezug genommene Entscheidung des 3. Strafsenats in BGHR StPO § 136 Belehrung 5 enthält die Priese einer Begründung:

„Denn die Regelung über die Beschuldigtenbelehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO bezweckt ausschließlich den Schutz des jeweils betroffenen Beschuldigten und dient nicht den Interessen von Mitbeschuldigten und Mitangeklagten. Deren Rechtskreis wird von einem gegen andere Beschuldigte gerichteten Verstoß gegen die Belehrungsvorschrift nach § 136 Abs. 1 Satz 2

StPO grundsätzlich nicht berührt. Insoweit müssen die zu § 55 StPO entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze (vgl. BGHSt 1, 39; 11, 213; weitere Nachweise bei Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 41. Aufl. § 55 Rdn. 17) entsprechende Anwendung finden.“ (BGHR StPO § 136 Belehrung 5)

Die hier in Referenz genommene Entscheidung des Großen Senats des BGH in BGHSt 11, 213 ff. mitsamt der darin entwickelten „Rechtskreistheorie“ ist in der Literatur auf weit überwiegende Ablehnung gestoßen; vom Bundesgerichtshof selbst wurde sie nie konsequent umgesetzt; in BGHSt 33, 148, 154 heißt es, die Erwägungen des Großen Senats seien (jedenfalls für den Regelungsbereich der §§ 53, 53a StPO) keiner „Verallgemeinerung und Erweiterung zugänglich“. Was *Rudolphi* im Jahre 1970 hinsichtlich des Begriffs des „Rechtskreises“ des Angeklagten notierte –

„Befragt man daraufhin die einschlägigen Urteile des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, so ergibt sich die erstaunliche Feststellung, dass die Rechtsprechung diesen für ihre Lehre so grundlegenden Begriff niemals auch nur versucht hat, näher zu umschreiben.“ (MDR 1970, 95 – vgl. auch die eindringliche Darstellung der Widersprüchlichkeit der BGH-Rechtsprechung bei *Grüner* in JuS 1994, 193 ff.) –,

gilt bis heute unverändert. Nur beispielhaft sei hingewiesen auf das Urteil des 1. Strafsenats vom 7.4.2005 zum Zeugnisverweigerungsrecht des in kriminelle Machenschaften verwickelten Notargehilfen (BGHSt 50, 64 ff.). Dieser hatte eine den Angeklagten belastende Aussage gemacht, obwohl er von dem Notar nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden worden war; auch der (von dem Angeklagten nicht beauftragte) Notar selbst war von der Verschwiegenheitspflicht nicht befreit worden. In der auf 17 Druckseiten in der amtlichen Sammlung ausgebreiteten Entscheidung heißt es zum Rügerecht des Angeklagten lapidar:

„Die Aussage dieses Zeugen hätte zur Urteilsfindung nicht herangezogen werden dürfen. Dies kann der Angeklagte rügen, unabhängig davon, ob er selbst zu dem vom Zeugnisverweigerungsrecht geschützten Personenkreis gehört.“ (BGHSt 50, 64, 68)

Und einige Seiten später:

„Die durch die somit objektiv unzutreffende Belehrung über das dem Zeugen zustehende Aussageverweigerungsrecht herbeigeführten Angaben hätten zur Urteilsfindung nicht herangezogen werden dürfen (vgl. BGHSt 42, 73, 75). Dies kann der Angeklagte rügen, unabhängig davon, ob er selbst zum geschützten Personenkreis gehört (BGHSt 33, 148, 153).“ (BGHSt 50, 64, 79)

Die hier vom 1. Strafsenat beifällig zitierte Entscheidung des 2. Strafsenats in BGHSt 33, 148 ff. betonte den „Grundsatz, dass jeder Angeklagte einen Anspruch auf prozeßordnungsgemäßes Verfahren hat“ und nahm damit inhaltlich die Kritik auf, die *Eberhard Schmidt* – damals der Nestor der Strafprozeßrechtslehre – bereits 1958 an der „Rechtskreistheorie“ geübt hatte; er sah in ihr eine Verletzung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs:

„Wenn im prozessualen Bereich überhaupt von ‚Rechtskreisen‘ der Prozeßbeteiligten soll gesprochen werden können, so sollte es dabei allemal um spezifisch *prozessuale Interessenkomplexe* gehen, die als solche müssten bezeichnet werden können. Ich vermag aber hier überhaupt keinen anderen prozessualen Komplex zu sehen als denjenigen, der sich aus dem Anspruch auf Justizgewährung ergibt. Dieser ‚Rechtskreis‘ ist allerdings für jeden Prozeßbeteiligten von äußerster Wichtigkeit. Denn der Anspruch auf Justizgewährung involviert das Interesse jedes Prozeßsubjektes, dass von allen Verfahrensbeteiligten die Verfahrensvorschriften exakt befolgt werden, weil es ohne sie keine Justizförmigkeit des Verfahrens und keine auf Wahrheit und Gerechtigkeit tendierende Justiz gibt.“ (in JZ 1958, 597)

Auch für die Methode, wie sich der 5. Strafsenat in der hier angegriffenen Entscheidung einer verantwortlichen Befassung mit dem in BGHSt 33, 154 aufgestellten Maßstab entwindet –

es sei dort um „grundlegende generelle Belange der Prozeßordnungsmäßigkeit des Verfahrens“ (BGH-Entscheidungsumdruck, S.9) gegangen, die in dem jetzt von ihm entschiedenen Fall „nicht berührt“ würden –

hatte *Eberhard Schmidt* die passende Charakterisierung parat:

„Was der Angeklagte mittels der Revision rügen darf, muß sich eindeutig aus dem Prozeßrecht ergeben und darf von Abwägungen und Ermessensentscheidungen des Gerichts nicht abhängig sein. Die Formklarheit des Prozesses ist ein zu wichtiges rechtsstaatliches Anliegen, als daß hier solche ‚Maßgebungen‘ wie ‚wesentlich‘ oder ‚nicht so wesentlich‘ erträglich sein könnten. Sie führen zu höchst odösen Verantwortlichkeiten der Gerichte, die ich diesen erspart sehen möchte, und machen die Lage der Prozeßbeteiligten gegenüber der Frage, ob der Weg in die Revisionsinstanz frei ist oder nicht, zu unklar und zu unsicher.“ (in JZ 1958, 599)

Die Frage nach den „grundlegenden generellen Belangen der Prozeßordnungsmäßigkeit des Verfahrens“ –

zu denen der 5. Strafsenat die Einhaltung von Art. 36 WÜK offenbar nicht zählt, was in merkwürdigem Kontrast zu den Ausführungen der Prozeßvertreter der Bundesrepublik Deutschland in dem *LaGrand*-Fall steht, die hierin sogar eine Menschenrechtsgewährleistung erkannten (vgl. IGH in HRLJ 2001, 45), ebenso der Inter-American Court of Human Rights in seiner *Advisory Opinion v. 1.10.1999* (in HRLJ 2000, 24, 50: „part of the body of international human rights law“) –

stellt sich bei einer an dem unstreitigen Revisionsvortrag und den damit in Beziehung gesetzten schriftlichen Urteilsgründen orientierten revisionsrechtlichen Befassung ohnehin nicht. Im Hinblick auf die Zentralnorm des Revisionsrechts (§ 337 StPO) ist einzig und allein die Frage zu beantworten, ob die Möglichkeit besteht, dass die gesetzlich und völkervertragsrechtlich gebotene Unterrichtung des S. über seinen Anspruch, mit dem Konsulat in Kontakt zu treten, die Folge gehabt haben kann, dass aufgrund der Intervention des Konsulats oder eines von ihm eingeschalteten Rechtsanwalts die am Tag nach der Festnahme durchgeführte Vernehmung unterblieben wäre. Auf exakt der gleichen Linie lag der Vortrag der Bundesrepublik Deutschland vor dem Internationalen Gerichtshof:

„3.21 Germany contends that in the case of Karl and Walter LaGrand the United States failed to meet its legal obligation under Art 36 (1) (b), last sentence, of the Convention to inform the two inmates ‘without delay’ about their right to contact the competent consular post, i.e. the German Consulate General in Los Angeles. Indeed, Karl LaGrand was given the respective advice on 21 December 1998, that is almost 17 years after his arrest in 1982.

This obvious failure had far-reaching consequences:

a) Since Karl und Walter LaGrand were ignorant of the possibilities open to them under the Convention, they were prevented from invoking their rights enshrined in Art. 36 (1) (a) 2nd sentence and Art 36 (1) (b) 1st and 2nd sentence, including, in particular, their right to communicate with the German Consulate.

b) Germany itself was deprived of its rights embodied in Art. 36 (1) (a), 1st sentence, and Art. 36 (1) (c) – provisions specifying and concretising the consular functions laid down in Art. 5 (a), (e) and (i) of the Convention -, namely to establish contact and communicate with their nationals in prison, **and particular its right to arrange for adequate legal representation of the two inmates.**” (Memorial der Bundesrepublik Deutschland vom 16.9.1999 – im Internet veröffentlicht unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/8552.pdf> - meine Hervorhebung)

Daß das einheitlich gegen S. und den Beschwerdeführer ergangene Urteil von den Angaben des S., die er am Tag nach der Festnahme (über seine Rechte aus Art. 36 WÜK unbelehrt) gemacht hatte, maßgeblich beeinflusst worden ist, wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht in Frage gestellt.

Die maßgeblichen Feststellungen würden zwar *im Schwerpunkt*, jedoch nicht ausschließlich auf die Aussagen des Beschwerdeführers zu II.1. (S.) gestützt (BVerfG-Entscheidungsdruck, S. 33).

In meinem Schriftsatz vom 28.1.2007 (Anlage 2) war dies im Detail noch einmal dargelegt worden. Letztlich kann auch der Bundesgerichtshof in der hier angegriffenen Entscheidung ein Beruhen der Beweiswürdigung auf den bemakelten Vernehmungsinhalten nicht ausschließen:

„Damit ist festzustellen, dass die Angeklagten D. und S. durch die unterbliebene Belehrung seitens der Polizeibeamten, die ihre erste Vernehmung durchgeführt haben, in ihren subjektiven Rechten auf konsularische Unterstützung bei der effektiven Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte in der Haftsituation verletzt worden sind. Ein Beruhen der Beweiswürdigung in den angefochtenen Urteilen auf den Ergebnissen der in dieser Situation erfolgten Vernehmungen kann der Senat nicht ausschließen, wenn sie auch in beiden Fällen eher fernliegen mag.“
(BGH-Entscheidungsdruck, S. 8)

Dann aber war der Weg vorgezeichnet, den einer der Prozeßvertreter der Bundesrepublik Deutschland auf der Sitzung des IGH am 16.11.2000 wie folgt beschreibt:

„12. As to the German law of criminal procedure, an error of law which is not remedied during the trial can be put forward by appeal in three ways: *Berufung*, *Revision* and *Wiederaufnahme*. In murder cases the remedy would be *Revision* to the Federal Court of Justice. *Revision* is an appeal on questions of law only. In passing, let me mention that German courts were not yet confronted with the necessity to decide in a concrete *Revision* case about a violation of Article 36. But the doctrine is clear: To be successful, this appeal must fulfil three criteria.

(i) There must be a breach of ‘the law’ according to Article 337 of the German Code of Criminal Procedure. In this sense law is also international customary law and international treaties as the Vienna Convention, this without any need for further implementing legislation.

(ii) The judgment must be based on the breach of the law. This requirement is analogous to the requirement of prejudice applied by US courts. However, there is an important difference: according to German case-law causation need not to be proven! **The Federal Court of Justice has constantly held that it is sufficient to show that it cannot be excluded that the decision of the court might have been different if the law had been applied properly.** If you carefully look at our submission No. 4, you will notice that it asks only for the review of judgments ‘impaired by’ the violation of Article 36.

(iii) The defendant must not have lost his right to an appeal.”

(*Hans Peter Kaul* [damals Leiter der Unterabteilung für Völkerrecht beim Auswärtigen Amt, heute Richter am Internationalen Strafgerichtshof] im Protokoll des “Public sitting” beim ICJ vom 16.11.2000, S. 30 – im Internet auffindbar unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/4667.pdf> - Kursivschreibung im Original, Fettschreibung durch den Unterzeichner)

Die Gesetzeslage ist tatsächlich so einfach, wie sie hier beschrieben wird. Der Extrakt jahrzehntelanger höchstrichterlicher Rechtsprechung zu § 337 StPO liest sich wie folgt:

„**Beschwer:** Jeder Beteiligte kann nur Verfahrensfehler rügen, die ihn selbst beschweren (BGH 12, 1, 2). Auf Verstöße, die nur andere Beteiligte betreffen, kann er die Revision nicht stützen (BGH 10, 119, 121; MDR 73, 192 [D]; StV 84, 493 L; Saarbrücken VRS 35, 41, 42, Kleinknecht NJW 66, 1539); das gilt auch für zwingende Aufhebungsgründe (4 zu § 338). Ausreichend ist aber eine mittelbare Beschwer. Der hiervon betroffene Angeklagte kann zB rügen, dass die Ehefrau eines Mitangeklagten nicht nach § 52 III S 1 belehrt worden ist (BGH MDR 73, 902 [D]; Schöneborn NJW 74, 535), dass ein Brief des Mitangeklagten zu Unrecht beschlagnahmt worden ist (RG 20, 91, 93) oder dass ein Geständnis des Mitangeklagten nach § 136a nicht hätte verwertet werden dürfen (BGH MDR 71, 18 [D]). Die fehlerhafte Ablehnung von Beweisanträgen anderer Prozessbeteiligter kann er rügen, wenn er sich ihnen zwar nicht angeschlossen hatte, das Gericht aber wegen gleichartiger Interessenlage auch ihm gegenüber zur rechtlich einwandfreien Behandlung verpflichtet war (ANM 871 ff mwN; 84 zu § 244). (...)

A. **Allgemeines** (...): Ein Gesetzesverstoß begründet die Revision nur, wenn das Urteil bei richtiger Anwendung des Gesetzes anders ausgefallen wäre. Dieser ursächliche Zusammenhang (so die stRspr., ...) zwischen Gesetzesverstoß und Urteil braucht aber nicht erwiesen zu sein. Die bloße Möglichkeit, dass das Urteil auf dem Fehler beruht, reicht aus (BGH 1, 346, 350; 8, 155, 158; 9, 77, 84; 362, 364; 20, 160, 164; 21, 288, 290; 22, 278, 280).“

(*Meyer-Goßner*, StPO, 50. Aufl., Rdnrn. 18 und 37; vgl. auch die Quintessenz der unvergessenen *Ellen Schlüchter*: „§ 337 StPO verlangt, eine *jede* Rechtsverletzung für die Begründetheit der Revision ausreichen zu lassen, wenn sie nur im normativen Zusammenhang mit dem Urteil steht.“ – in: *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl., Rdnr. 723.2)

Zusammenfassend: Im vorliegenden Falle konnte der Bundesgerichtshof eine Beeinflussung der Beweiswürdigung durch die Angaben des Mitangeklagten S. am Tage nach seiner Festnahme nicht ausschließen. Damit war im Sinne des § 337 StPO ausreichend belegt, dass das einheitlich gegen S. und die anderen Angeklagten – unter ihnen der Beschwerdeführer – ergangene Urteil auf der Verletzung des Art. 36 WÜK beruhte. Der gegenüber S. geschehene Verstoß gegen Art. 36 WÜK berührte somit unmittelbar (jedenfalls mittelbar) auch die Interessen des Beschwerdeführers und *seinen* „Rechtskreis“, und zwar in dem oben beschriebenen Sinne: als Anspruch auf Justizgewährung.

2. Mißachtung der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs

Im Falle des *Walter LaGrand* hatte die Bundesrepublik Deutschland in ihrer Eingabe vom 2.3.1999 die „restoration of the status quo ante“ verlangt. Der Internationale Gerichtshof sollte entscheiden, daß

„(3) the United States should restore the *status quo ante* in the case of Walter LaGrand, that is re-establish the situation that existed before the detention of, proceedings against, and conviction and sentencing of that German national in violation of the United States' international legal obligation took place; ...”

(<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7153.pdf> - dies war fast wortgleich mit dem Antrag, den Paraguay am 3.4.1998 beim IGH hinsichtlich seines Staatsangehörigen Breard gestellt hatte: <http://www.icj-cij.org/docket/files/99/7183.pdf>; in dem Avena-Fall setzte Mexiko einen gleichgerichteten Antrag auf Wiederherstellung des *status quo ante* in die Forderung um, dass „restitution here must take the form of annulment of the convictions and sentences that resulted from the proceedings tainted by the Article 36 violations“. Und: „It follows from the very nature of *restitutio* that, when a violation of an international obligation is manifested in a judicial act, that act must be annulled and thereby deprived of any force or effect in the national legal system“ – IGH, Urteil v. 31.3.2004, Nr. 117 – im Internet unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>)

Dieser Antrag lief darauf hinaus, den Vereinigten Staaten aufzugeben, das Verfahren gegen *Walter LaGrand* in das Stadium nach seiner Festnahme zurückzusetzen, also das gegen ihn ergangene Urteil und dessen Rechtskraft zu beseitigen. Das entsprach dem, was auch in der Völkerrechtslehre im Falle der Völkerrechtsverletzung durch ein Gerichtsurteil vertreten wird, um dem Restitutionsgrundsatz Geltung zu verschaffen.

Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., S. 875; *Brownlie*, Principles of Public International Law, 6th Edition, p. 445; vgl. auch BVerfG (Vorprüfungsausschuß) in EuGRZ 1985, 654, 655.

So weit wollte und konnte – im Hinblick auf die zwischenzeitlich erfolgte Vollstreckung des Todesurteils auch gegen *Walter LaGrand* – der Internationale Gerichtshof nicht gehen, erklärte aber, dass das völkerrechtliche Unrecht einer unterbliebenen Belehrung über die Rechte aus Art. 36 WÜK dadurch zu restituieren sei, dass es zu einer Nachprüfung und Neubewertung von Schuld- und Strafausspruch im Lichte des Völkerrechtsbruchs komme. Die Vereinigten Staaten von Amerika

„... shall allow the review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in that Convention.“ (Nr. 128 Ziff 7 im Falle *LaGrand* – Übersetzung in EuGRZ 2001, 287, 295 – und Nr. 153 Ziff. 9 im Fall *Avena*).

Der vom Internationalen Gerichtshof statuierten Verpflichtung, im Falle eines unter Verletzung von Art. 36 WÜK zustande gekommenen Urteils die Möglichkeit zu eröffnen, den Schuld- und Strafausspruch im Hinblick auf den Einfluß dieser Vertragsverletzung („*by taking account of the violation of the rights set forth in that Convention*“) zu überprüfen,

eine Umsetzung des Restitutionsprinzips, die auch den uneingeschränkten Beifall der International Law Commission gefunden hat (vgl. die „Commentaries“ zu den „Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts“, p. 236 [Fußnote 518] – im Internet [auf dem Stand von 2005] unter: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf),

hat er alsdann in der *Avena*-Entscheidung vom 31.3.2004 noch dahingehend konkretisiert, dass von den (amerikanischen) Gerichten untersucht werden müsse, welchen Einfluß die Verletzung des Art. 36 WÜK „in the causal sequence of events“ gehabt habe:

„122. The Court reaffirms that the case before it concerns Article 36 of the Vienna Convention and not the correctness as such of any conviction or sentencing. The question of whether the violations of Article 36, paragraph 1, are to be regarded as having, in the causal sequence of events, ultimately led to convictions and severe penalties is an integral part of criminal proceedings before the courts of the United States and is for them to determine in the process of review and reconsideration.”

(Im Internet unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>)

Auch an anderer Stelle betont der IGH in der *Avena*-Entscheidung, dass der Ursachenzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem schließlich ergangenen Urteil genau zu untersuchen sei („fully examined“):

„138. The Court would emphasize that the ‚review and reconsideration‘ prescribed by it in the *LaGrand* case should be effective. Thus it should ‚take account of the violation of the rights set forth in the Convention‘ (...) and guarantee that the violation and the possible prejudice **caused by that violation will be fully examined** and taken into account in the review and reconsideration process. Lastly, review and reconsideration should be both of the sentence and of the conviction.”

(A.a.O. – meine Hervorhebung; wie der Ursachenzusammenhang retrospektiv untersucht werden kann, wird beispielhaft vorgeführt in dem Verfahren *Torres v. State* vor dem Oklahoma Court of Appeals [hierzu *Simma* in Festschrift für Tomuschat, S. 443 f.], im Internet unter: <http://www.oscn.net/applications/oscn/DeliverDocument.asp?CiteID=444490>)

Eine gleichgeartete Verpflichtung bestand auch für den Bundesgerichtshof; er hat diese jedoch nicht umgesetzt. Er hat zwar den möglichen Einfluß der Vertragsverletzung auf die Beweiswürdigung und damit einen (möglichen) kausalen Zusammenhang des Verfahrensverstößes mit dem schließlich ausgesprochenen Urteil implizit bejaht, jedenfalls für möglich gehalten. Durch die generell – ohne jeden Bezug auf die revisionsrechtliche Zentralnorm des § 337 StPO und ohne jede Konfrontation mit den Besonderheiten des konkreten Falles – erfolgte

Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots hat er die Grundlage für weitere Völkerrechtsverletzungen durch bundesdeutsche Strafgerichte geschaffen.

Wenn schon die Notwendigkeit gesehen wird, die Frage eines Beweisverwertungsgebots generell (und dann verneinend) zu beantworten, stattdessen auf die vom IGH verlangte genaue Untersuchung des im konkreten Einzelfall bestehenden Beruhenszusammenhangs zwischen der Verletzung des Art 36 WÜK und dem Urteil verzichtet wird, so hätte der Bundesgerichtshof zumindest zweierlei berücksichtigen müssen:

- Die Behauptung, das subjektive Recht aus Art. 36 WÜK stelle „ein für die Ausgestaltung der Verteidigung nicht zentrales pauschales Sonderrecht“ (BGH-Entscheidungsumdruck, S. 12), wobei dann dieser Einschätzung die Regelung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entgegengestellt wird, durch welche „die wesentlichen Rechte des Beschuldigten auf Selbstbelastungsfreiheit und effektive Verteidigung unmittelbar bezogen auf die Vernehmungssituation zentral geschützt“ würden (a.a.O. S. 11), steht schon im Widerspruch zu der Interpretation, die das Bundesverfassungsgericht der *LaGrand*- und der *Avena*-Entscheidung gegeben hat, derzufolge Art. 36 Abs. 1 WÜK „ein subjektives Recht auf konsularische Unterstützung bei der effektiven Wahrnehmung der eigenen Verteidigungsrechte einräumt“, „Art. 36 Abs. 1 Buchstabe c Satz 1 WÜK konstituiere die Verteidigungsmöglichkeit und folglich die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten“ (BVerfG-Entscheidungsumdruck, S. 28/29).
- Indem der Bundesgerichtshof seine Sicht der Dinge reduziert auf die subjektive Rechtsstellung des ausländischen Beschuldigten und hierbei die „große“ Belehrung nach § 136 Abs. 2 Satz 2 StPO in ihrer Wertigkeit ausspielt gegen die „kleine“ Belehrung nach Art. 36 WÜK, gerät ihm *völlig* aus dem Blick, dass die Beeinträchtigung des subjektiven Rechts in eins geht mit der Verletzung von *Völkervertragsrecht*. Diesem Umstand hat der IGH in der *Avena*-Entscheidung besonderes Gewicht („full weight“) beigelegt:

„The rights guaranteed under the Vienna Convention are treaty rights which the United States has undertaken to comply with in relation to the individual concerned, *irrespective of the due process rights under United States constitutional law*. In this regard, the Court would point out that what is crucial in the review and reconsideration process is the existence of a procedure which guarantees that *full weight* is given to the violation of the rights set forth in the Vienna Convention, whatever may be the actual outcome of such review and reconsideration.“ (A.a.O. Nr. 139 – meine Hervorhebung)

Die Verletzung des Art. 36 WÜK manifestiert sich in zweierlei Richtung: Sie betrifft sowohl den ausländischen Beschuldigten als auch den Staat, dessen Angehöriger er ist. So auch die EU in einem „Brief of Amici Curiae“ an den US Supreme Court (in dem später vom US Supreme Court wieder fallen gelassenen Verfahren *Medellin*): „If a foreign national is convicted absent compliance with the notification obligation of Article 36, the rights of both the Sending State and the foreign national are implicated, and the conviction must be reviewed.“ (p. 8 – im Internet unter: http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/EU_VCCR_September_16_2004_filed.pdf).

In den Darlegungen des Bundesgerichtshofs zum Für und Wider eines Verwertungsverbots findet sich von all dem *nichts*. Art. 36 WÜK wird erneut als *quantité négligeable* behandelt. Der Völkerrechtsverstoß wird in seinem eigenständigen Gewicht nicht beurteilt. Das Verwertungsverbot wird verneint, der Beruhenszusammenhang nicht untersucht. Vgl. demgegenüber die Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH in BGHSt 36, 396 ff., die ohne viel Federlesens in Bezug auf eine andere Bestimmung des WÜK ein Verwertungsverbot bejaht. Der in diesem Urteil angesprochene Art. 43 WÜK hat keinerlei individual-schützenden Charakter, verschafft keine persönliche Immunität, sondern dient allein der unversehrten Ausübung der konsularischen Tätigkeit des Entsendestaates. Dennoch wird ein aus Art. 43 WÜK herzuleitendes Verwertungsverbot bejaht!

Mit dem Segen des höchsten ordentlichen Gerichts dürfen diese bei der Urteilsfindung (sowohl hinsichtlich des Schuld- als auch des Strafausspruchs) weiterhin Verstöße gegen Art. 36 WÜK ignorieren.

Die „Vollstreckungslösung“, die der Bundesgerichtshof stattdessen anbietet, hat mit dem „review“ und der „reconsideration“ von „conviction“ und „sentence“ *nichts* zu tun. Außerdem: § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB ist zwar insoweit ein „objektiv orientiertes Modell“, als es bestimmt, dass Untersuchungshaft und andere aus Anlaß der Tat verbüßte Haft auf die Strafe anzurechnen ist. Diese anzurechnende Haft kann nach Tagen, Monaten und Jahren „objektiv“ mit Hilfe des Kalenders berechnet werden. Woher aber kommen die Maßstäbe, um einen Völkerrechtsverstoß in Tage, Monate und Jahre umzurechnen? Warum (wie im vorliegenden Falle) sechs Monate? Warum denn nicht vier oder zehn Monate? Die Unvorhersehbarkeit und Unberechenbarkeit der „Vollstreckungslösung“ rückt sie – auch wenn von *Richtern* umgesetzt – sachlich in eine unmittelbare Nähe zu der vom IGH im Falle *Avena* ausdrücklich verworfenen „clemency procedure“ (a.a.O. Nr. 143)

Das ist das Gegenteil dessen, was der Internationale Gerichtshof gefordert hat. Es ist zugleich ein radikales Dementi all dessen, was die deutschen Prozessvertreter im *LaGrand*-Case vor dem Internationalen Gerichtshof mit ehrlichem Engagement vorgetragen haben. In der Retrospektive werden sie durch den Bundesgerichtshof desavouiert; die Insinuationen der amerikanischen Administration, zwischen Vorstellung und Wirklichkeit klaffe bei den Deutschen eine weite Lücke,

“92. Indeed, Germany’s Memorial does not claim that German courts would invalidate a conviction or sentence when there has been a failure of consular notification. We question whether Germany (or very many other Parties to the Convention) could make such a representation. Germany’s claim in this case that the Vienna Convention requires individual remedies in the criminal justice system, including the invalidation of convictions, fundamentally conflicts with the manner in which States, including Germany, actually implement the Convention.”

(Counter-Memorial of the United States of America, – im Internet unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/8554.pdf>),

werden durch den Bundesgerichtshof ins Recht gesetzt. Zum zweiten Mal.

Das geht nicht an.

Der Rechtsanwalt