

Abhandlung

Robert Pest

Die konsularische Unterstützung im Strafverfahren

Aktuelle Tendenzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung

DOI 10.1515/juru-2014-0056

Der Beitrag befasst sich mit dem Schutzzweck der konsularischen Unterstützung im Strafverfahren sowie den Rechtsfolgen eines Belehrungsausfalls nach Art. 36 WÜK. Durch den Nichtannahmebeschluss des BVerfG (in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532) ist die Diskussion um die Rechtsfolgen nämlich an einem Punkt angelangt, der es rechtfertigt, die aktuellen Tendenzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung nachzuzeichnen. Obwohl die konsularische Unterstützung inzwischen überwiegend als spezielle Ausprägung der Verfahrensfairness angesehen wird, tritt in der Rechtsprechung teilweise eine bedenkliche ambivalente Wirkung dieser konsularischen »Unterstützung« hervor, die ebenfalls Gegenstand des Beitrags ist.

I. Einleitung

Mit dem Nichtannahmebeschluss des BVerfG¹ der Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des 4. Strafsenats des BGH² hat die Diskussion um die Rechtsfolgen einer Verletzung der Belehrungspflicht nach Art. 36 I b) WÜK für das deutsche Strafverfahrensrecht³ ein (zumindest vorläufiges) Ende gefunden. Die völkerrechtliche Regelung trat im deutschen Rechtskreis – soweit ersichtlich – erstmals mit der Rechtssache *La Grand* in Erscheinung. Seiner

Zeit war es die Bundesrepublik Deutschland, die Rechte aus Art. 36 WÜK vor dem IGH geltend machte, um die Brüder *La Grand*, die die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen, vor der in einem US-Strafverfahren – ohne Berücksichtigung der aus Art. 36 WÜK resultierenden Verpflichtungen – verhängten Todesstrafe zu bewahren.⁴ Nachdem der IGH in der Rechtssache *La Grand* bestimmte Leitlinien zu Art. 36 WÜK und dessen Bedeutung für das innerstaatliche (Straf-)Verfahren herausgearbeitet hatte,⁵ war es zunächst der 5. Strafsenat des BGH⁶, der sich im Jahr 2001 mit einer Verletzung der Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK zu befassen hatte. Die auf den Belehrungsausfall gestützten Revisionen verwarf der BGH, denn Art. 36 WÜK gewähre einerseits keinen über § 136 StPO hinausgehenden Schutz, andererseits würden sprachliche Defizite des ausländischen Beschuldigten im Wege der unentgeltlichen Unterstützung eines Dolmetschers ausgeglichen.⁷ In der Folgezeit ergingen zu Art. 36 WÜK teilweise von einander abweichende Entscheidungen des 1. Strafsenats⁸, des 5. Strafsenats⁹, des 3. Strafsenats¹⁰ sowie des 4. Strafsenats¹¹ – ohne dass es jedoch zu einer Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen gekommen wäre¹². Einige dieser höchstrichterlichen Judikate wurden

¹ BVerfG, Beschluss v. 5. 11. 2013 – 2 BvR 1579/11, in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (redaktioneller Leitsatz sowie Kurzwiedergabe bei NJW-Spezial 2014, 57; auszugsweise auch bei HRRS 2014, 1).

² BGH StV 2011, 603 = StraFo 2011, 319.

³ Siehe zur Diskussion im Rahmen der Abschiebungshaft BVerfGK 18, 125 (137 f.); BGH FGPrax 2011, 257; BGH InfAuslR 2011, 119; BGH InfAuslR 2010, 364; OLG Oldenburg InfAuslR 2004, 349; zur Bedeutung der Rechtsprechung der Zivilsenate für das Strafverfahren *Meyer-Mews* StraFo 2012, 7.

Robert Pest: Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte von Prof. Dr. Martin Heger, Humboldt-Universität zu Berlin.

⁴ Zum Fall *La Grand*: IGH EuGRZ 1999, 450 (Einstweilige Anordnung); IGH EuGRZ 2001, 287 (Hauptsacheverfahren); *Hillgruber* JZ 2002, 94; *Kreß* GA 2004, 691 (692); *Oellers-Frahm* EuGRZ 1999, 437; *Oellers-Frahm* NJW 2001, 3688; *Simma* FS Tomuschat (2006), 423 (428 ff.); *Tams* JuS 2002, 324; *Weigend* FS Lüderssen (2002), 463 ff.

⁵ IGH EuGRZ 2001, 287; siehe auch den Fall *Avena* IGH HRRS 2004, Nr. 342.

⁶ BGH StV 2003, 57 = NSTz 2002, 168.

⁷ BGH StV 2003, 57.

⁸ BGH NSTz-RR 2003, 375 = wistra 2003, 466 sowie BGHSt 52, 38.

⁹ BGHSt 52, 48 = JR 2008, 295 mit Aufsatz *Esser*, zuvor schon BGH StV 2003, 57.

¹⁰ BGHSt 52, 110 = JR 2008, 297 mit Aufsatz *Esser* sowie BGH StV 2011, 334 = StraFo 2011, 92 dazu *Bauer* StV 2011, 635.

¹¹ BGH StV 2011, 603 mit Besprechung *Meyer-Mews* StraFo 2012, 7.

¹² Vgl. zu der Forderung den Großen Senat anzurufen *Schomburg/Schuster* NSTz 2008, 593 (597) sowie BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (535), das in der unterlassenen Vorlage an den Großen

jedoch vom *BVerfG*¹³ aufgehoben. Nachdem das *BVerfG* im Jahr 2010 einen Beschluss des 5. Strafsenats aufgehoben und die Sache an einen anderen Senat des *BGH* zurückverwiesen hatte, war die daraufhin ergangene Entscheidung des 4. Strafsenats das »letzte höchstrichterliche Wort« zu Art. 36 WÜK. Da das *BVerfG* nun die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen hat,¹⁴ wird sich die Praxis insbesondere an der vom 4. Strafsenat präferierten »Abwägungslehre«¹⁵ orientieren. In Anbetracht der zuvor erfolgten wissenschaftlichen wie höchstrichterlichen Auseinandersetzung,¹⁶ auf welche Weise eine Verletzung der Belehrungspflicht nach Art. 36 I b) WÜK im deutschen Strafverfahren zu berücksichtigen sei, verfolgt der Beitrag das Ziel, insbesondere die aktuellen Tendenzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung nachzuzeichnen und einen Überblick zu bieten, welche der diskutierten Rechtsfolgen nun in der Praxis Bedeutung erlangen. Dazu soll zunächst darauf eingegangen werden, welcher Regelungsgehalt Art. 36 WÜK und § 114 b II 3 StPO zu entnehmen ist (II.). Anschließend werden kurz die Grundsätze zur Staatenverantwortlichkeit, die wesentlichen Vorgaben des *IGH* zur Staatenverantwortlichkeit nach Art. 36 WÜK sowie die Berücksichtigungspflichten, welche die nationalen Gerichte in Bezug auf das Konsularübereinkommen treffen, skizziert (III.). Dem folgt eine Darstellung der Rechtsfolgen im nationalen Strafverfahren, die aus einer Verletzung der Belehrungsvorschrift resultieren (IV.). Inwieweit die Widerspruchslösung mit den Vorgaben des *IGH* vereinbar ist, bedarf in diesem Zusammenhang auch der Erörterung (V.). Abschließend soll die Entwicklung des Rechts auf konsularische Unterstützung einer Schlussbetrachtung unterzogen werden (VI.).

Senat – in concreto – keine Verletzung des gesetzlichen Richters nach Art. 101 I 2 GG sieht.

13 BVerfGK 9, 174 = JR 2007, 117 mit Aufsatz *Walter* = StV 2008, 1 (Aufhebung von BGH StV 2003, 57 [5. Senat] und BGH NStZ-RR 2003, 375 [1. Senat]); BVerfGK 17, 390 = StV 2011, 329 (Aufhebung von BGHSt 52, 48 [5. Senat]).

14 BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532.

15 BGH StV 2011, 603 (605).

16 Dazu *Burchard* JZ 2007, 891; *Deiters* JZS 2008, 212; *Esser* JR 2008, 271; *Gless/Peters* StV 2011, 369; *Kreß* GA 2007, 296; *Kreß* GA 2004, 691; *Paulus* StV 2003, 57; *Paulus/Müller* StV 2009, 495; *Reich* Überlange Verfahrensdauer und andere Verfahrensfehler im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Vollstreckungslösung des Großen Senats für Strafsachen (2011), 198 ff.; *Schomburg/Schuster* NStZ 2008, 593; *Walter* JR 2007, 99; *Walther* HRRS 2004, 126; *Weigend* FS Lüderssen (2002), 463; *Weigend* StV 2008, 39.

II. Regelungsgehalt von Art. 36 WÜK und § 114 II 3 StPO

1. Schutzgehalt von Art. 36 WÜK

Art. 36 WÜK regelt den Kontakt ausländischer Staatsangehöriger zu ihren konsularischen Vertretungen.¹⁷ Die Norm, die in der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes gilt, enthält Vorgaben, die unmittelbar für den deutschen Strafprozess einschließlich des Ermittlungsverfahrens relevant sind, wenn Staatsangehörige eines anderen Vertragsstaates verfolgt werden.¹⁸ Sie dient in erster Linie dem Schutz des ausländischen Staatsangehörigen im Hinblick auf seine im Vergleich zu Inländern regelmäßig schwächere rechtliche und psychische Position.¹⁹ Das Konsularübereinkommen gilt jedoch nur im Verhältnis zu Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten.²⁰

Der konsularische Beistand, der dem ausländischen Staatsangehörigen gewährt werden kann, besteht allgemein darin, die Interessen seiner Angehörigen zu schützen,²¹ den Angehörigen Hilfe und Beistand zu leisten²² und insbesondere die Angehörigen, denen die Freiheit entzogen wurde, aufzusuchen, mit ihnen zu sprechen, zu korrespondieren und für ihre Vertretung in rechtlicher Hinsicht zu sorgen²³. Bei der ersten Kontaktaufnahme mit dem Inhaftierten soll der Konsularbeamte auch versuchen, den Grund der Inhaftierung zu klären. Damit er einen geeigneten Anwalt empfehlen kann, ist es erforderlich, dass er sich mit dem Inhaftierten auch über die ihm zur Last gelegten Straftaten unterhält.²⁴ Deshalb wird das Recht auf konsularischen Beistand teilweise in Zusammenhang mit einer wirksameren Strafverteidigung gesehen (*»Verwirklichung des Rechts des Betroffenen auf konsularische Unterstützung bei der effektiven Wahrnehmung der eigenen Ver-*

17 *Wagner/Raasch/Pröpstl* WÜK-Kommentar (2007), 252; *Graf/Inhofer* StPO-Kommentar, 2. Aufl. 2012, WÜK Art. 36 Vor Rn 1.

18 BVerfGK 9, 174 (189) = JR 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*; BVerfGK 17, 390 (399); BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532, Art. 36 WÜK ist hinreichend bestimmt (*»self executing«*), um von den Strafverfolgungsbehörden unmittelbar angewendet zu werden.

19 BVerfGK 9, 174 (197) = JR 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*; siehe auch *Hillgruber* JZ 2002, 94 (95).

20 *Graf/Inhofer* WÜK Art. 36 Rn 2.

21 Art. 5 a) WÜK.

22 Art. 5 e) WÜK.

23 Art. 36 I c) 1 WÜK; die Vermittlung anwaltlichen Beistandes stehe im Zentrum der konsularischen Unterstützung, vgl. BGH StV 2011, 603 (605); *Wagner/Raasch/Pröpstl* WÜK-Kommentar (2007), 98.

24 BGH StV 2011, 334 (335); *Wagner/Raasch/Pröpstl* WÜK-Kommentar (2007), 261.

teidigungsrechte«).²⁵ Der Konsul könne einen »besseren« Strafverteidiger vermitteln, Lebensumstände im Heimatland des Beschuldigten ermitteln und etwaige strafmildernde Umstände in das Gerichtsverfahren einbringen, die sich zumindest auf die Strafzumessung auswirken könnten.²⁶ Für ein solches Verständnis kann auch angeführt werden, dass Art. 36 I WÜK – nach Auffassung des *BVerfG* – ein geschlossenes Regelungssystem, das den umfassenden Schutz der Staatsangehörigen des Konsularstaats, die im Empfangsstaat von einer Freiheitsentziehung betroffen sind, gewährleisten soll und Art. 36 I c) 1 WÜK die Verteidigungsmöglichkeit und folglich die verfahrensrechtliche Stellung des Betroffenen *konstituiert*.²⁷ Zudem müssen Mitteilungen des Inhaftierten an seinen Konsul unverzüglich weitergeleitet werden.²⁸ Art. 36 WÜK konkretisiert letztendlich den Grundsatz des fairen Verfahrens²⁹ beziehungsweise wird als spezielle Ausprägung der Verfahrensfairness angesehen³⁰. Art. 36 I b) 3 WÜK schützt nach Auffassung des *BGH*³¹ jedoch *nicht speziell* die Aussagefreiheit des Beschuldigten, sondern das allgemeine Recht auf effektive Verteidigung³². Es wird aber teilweise ein mittelbarer Zusammenhang mit der Selbstbelastungsfreiheit angenommen.³³

Soweit ein ausländischer Staatsangehöriger festgenommen oder ihm anderweitig die Freiheit entzogen wurde, haben die zuständigen Behörden auf Verlangen des Betroffenen unverzüglich dessen konsularische Vertretung zu unterrichten. Jedoch verschafft die Benachrichtigung des Konsulats dem Inhaftierten nicht mehr als eine (von mehreren Bedingungen abhängige) Aussicht darauf, dass das Konsulat ihn bei der Organisation der Verteidigung unterstützt.³⁴ Denn das Konsularübereinkommen selbst verpflichtet das Konsulat nicht zum Tätig werden.³⁵

25 *BGH StV* 2011, 603 (605); *Hillgruber JZ* 2002, 94 (95).

26 *Gless/Peters StV* 2011, 369 (372); dahingehend auch *SSW/StPO-Eschelbach* (2014) § 136 Rn 132 sowie *Paulus/Müller StV* 2009, 495 (499).

27 *BVerfGK* 9, 174 (194) = *JR* 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*.

28 Art. 36 I b) 2 WÜK; *SSW/StPO-Eschelbach* § 136 Rn 132.

29 *BGHSt* 52, 38 (42) = *JR* 2008, 293 mit Aufsatz *Esser*.

30 *LR-Esser StPO* und *GVG*, 26. Aufl. 2006ff., *EMRK* Art. 6 Rn 619; *Ambos Beweisverwertungsverbote* (2010), 75; *Paulus/Müller StV* 2009, 495.

31 *BGH StV* 2011, 603 (605).

32 Siehe auch *BVerfG* in diesem Heft S. 389 = *NJW* 2014, 532 (534) »Art. 36 Abs. 1 WÜK schützt nicht die Aussagefreiheit des Betroffenen, sondern ausschließlich die Möglichkeit, über den konsularischen Beistand einen Verteidiger beizuziehen«.

33 *SSW/StPO-Eschelbach* § 136 Rn 132.

34 *Weigend StV* 2008, 39 (42).

35 Dazu *Wagner/Raasch/Pröpstl WÜK-Kommentar* (2007), 99.

Eine solche Pflicht kann aber aus dem diplomatischen Schutzrecht folgen.³⁶

Damit konsularischer Beistand auch tatsächlich gewährt werden kann, gewährleistet Art. 36 I b) 3 WÜK ein Individualrecht, unverzüglich über die Rechte aus Art. 36 WÜK informiert zu werden.³⁷ Die Belehrungspflicht obliegt allen zuständigen Strafverfolgungsbehörden des Empfangsstaats einschließlich der festnehmenden Polizeibeamten³⁸, sofern sie Kenntnis von der ausländischen Staatsangehörigkeit erlangen oder Anhaltspunkte für eine solche bestehen³⁹. Die Belehrung hat bei jeder Freiheitsentziehung zu erfolgen, also nicht nur bei Festnahmen nach der *StPO*, sondern auch bei polizei- und ausländerrechtlichen Anordnungen.⁴⁰ Anhaltspunkte für eine Ausländereigenschaft werden sich regelmäßig bereits bei der polizeilichen Vernehmung zur Person oder bei einer vorangegangenen Personalienfeststellung im unmittelbaren Anschluss an die Festnahme ergeben.⁴¹ Der *IGH*⁴² hatte darauf hingewiesen, dass eine generelle, fürsorgliche Belehrung wünschenswert sei, um den Verpflichtungen des Konsularübereinkommens gerecht zu werden.⁴³ Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs gegenüber Ausländern, die im Empfangsstaat ihren Lebensmittelpunkt haben, ist nicht zulässig, da Art. 36 WÜK allein an das formale Kriterium der ausländischen Staatsangehörigkeit anknüpft.⁴⁴

Liegt ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht vor, macht der Umstand, dass der Betroffene, nachdem er auf

36 *Ambos Beweisverwertungsverbote* (2010), 77.

37 *IGH HRRS* 2004, Nr. 342; *IGH EuGRZ* 2001, 287 (290); *BVerfGK* 9, 174 (194) = *JR* 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*; *Gless/Peters StV* 2011, 369 (371); krit. *Hillgruber JZ* 2002, 94 (95f.); ausführlich zu Individualrechten im Völkerrecht *Grzeszick AVR* 43 (2005), 312.

38 *BVerfGK* 9, 174 (194) = *JR* 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*.

39 *IGH HRRS* 2004, Nr. 342; *BVerfGK* 9, 174 (194) = *JR* 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*; *BGH StV* 2011, 603 (604).

40 *Graf/Inhofer WÜK* Art. 36 Rn 3.

41 *Graf/Inhofer WÜK* Art. 36 Rn 5; siehe auch *BVerfGK* 9, 174 (194f.) = *JR* 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*.

42 *IGH HRRS* 2004, Nr. 342 Rn 64 mit besonderem Blick auf die Bevölkerungsstruktur der USA.

43 Vgl. die Vorschläge bei *Walter JR* 2007, 99 (101), die *DAV* Stellungnahme Nr. 15/2008 und die Belehrungsformulare des *BMJ* zu § 114b *StPO* (www.bmj.de/DE/Service/StatistikenFachinformationenPublikationen/Fachinformationen/Belehrungsformulare/_node.html) (abgerufen am 10. 3. 2014).

44 *BVerfGK* 9, 174 (194) = *JR* 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*; *SSW/StPO-Herrmann* § 114b Rn 5; zur Frage, ob der Schutz auch eingreift, wenn der Festgenommene neben der Staatsangehörigkeit des Entsendestaates gleichzeitig noch die Staatsangehörigkeit des Empfangsstaates besitzt *Wagner/Raasch/Pröpstl WÜK-Kommentar* (2007), 253, *LR-Lind Nachtr.* § 114b Rn 30, *Graf/Inhofer WÜK* Art. 36 Rn 4, *Graf/Krauß* § 114b Rn 8.

sein Recht auf Benachrichtigung hingewiesen wurde und eine konsularische Hilfe ablehnt, den Verstoß nicht ungeschehen. Der Verstoß ist unabhängig davon gegeben, ob der Betroffene die konsularische Hilfe seines Staates in Anspruch nehmen will, ob der Staat entsprechend Hilfe geleistet hätte oder ob ein anderes Urteil gefällt worden wäre.⁴⁵

Nach Art. 36 II WÜK muss das innerstaatliche Recht es ermöglichen, die Zwecke der in Art. 36 I WÜK vorgesehenen Rechte vollständig zu verwirklichen. Von einer Konventionsverletzung ist nach Ansicht des *BVerfG* auszugehen, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Einzelne ein bestimmtes prozessuales Recht wie die Aussagefreiheit aufgrund der fehlenden konsularischen Unterstützung nicht in vollem Umfang wahrnehmen konnte, und dies nicht revisibel ist.⁴⁶

2. Verhältnis von Art. 36 WÜK zu § 114 II 3 StPO

Da die Regelung des Art. 36 WÜK jedoch nur den wenigsten Strafverfolgungsorganen geläufig war, hat der Gesetzgeber die sich aus Art. 36 I b) WÜK ergebende Pflicht erneut in § 114 b II 3 StPO verankert.⁴⁷ Um zu gewährleisten, dass die erforderliche Belehrung auch bei jeder polizeilichen Festnahme beziehungsweise Festhaltung erteilt wird, finden sich Verweisungen in § 127 IV StPO n.F., § 127 b I 2 StPO n.F. und 163 c I 3 StPO n.F. § 114 b II 3 StPO erweitert die Belehrungspflicht – im Gegensatz zum Konsularübereinkommen – auf alle Ausländer.⁴⁸ Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 36 WÜK wird in neuen Fällen deshalb wohl keine praktische Rolle mehr spielen. Die aus der Verfassung abgeleitete Berücksichtigungspflicht behält ihre Bedeutung jedoch auch nach der Einfügung der Belehrungspflicht in die StPO. Sie bildet jetzt die Leitlinie für eine völkerrechtskonforme Auslegung und Anwendung des § 114 b II 3 StPO.⁴⁹

3. Ambivalente Wirkungen der konsularischen Betreuung

Ein Beschluss des *3. Strafsenats*⁵⁰ gibt aber durchaus Anlass, auf die ambivalente Wirkung der konsularischen Betreuung in der Praxis hinzuweisen. Der Beschuldigte wurde gem. §§ 129 b I, 129 a I Nr. 1 StGB (Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung) verurteilt. Die der Verurteilung zugrunde liegende Überzeugung des Gerichts beruhte unter anderem auf Bekundungen des deutschen Konsularbeamten über die Angaben, die der Beschuldigte ihm gegenüber bei einem Gespräch über seine Tätigkeit für Al Qaida gemacht hatte. Der alleinige Grund des Gesprächs war die konsularische Betreuung des damaligen Gefangenen. Im Rahmen dieses Gesprächs wurde der Betroffene gefragt, ob er die Vermittlung eines Rechtsanwalts durch die deutsche Botschaft wünsche, ob er wisse, was ihm vorgeworfen werde und ob die Vorwürfe stimmten. Der Gefangene hatte in dem Gespräch mit dem Konsularbeamten die Vorwürfe eingeräumt. Der Konsularbeamte unterrichtete den Betroffenen jedoch nicht vorsorglich, dass der Inhalt des Gesprächs regelmäßig innerhalb der Behörde und gegebenenfalls auch bei den Strafverfolgungsbehörden des Heimatlandes bekannt wird. Einen dahingehenden Hinweis sieht das Konsulargesetz nämlich im Rahmen von Beistandsleistungen, die der Konsularbeamte gegenüber einem deutschen Staatsbürger in seinem Zuständigkeitsbereich erbringt, nicht vor. Ein Verweis auf die für Vernehmungen geltenden und sinngemäß anzuwendenden deutschen Verfahrensvorschriften findet sich nur in § 15 III KonsularG, der Vernehmungen und Anhörungen durch Konsularbeamte auf Ersuchen deutscher Gerichte und Behörden regelt.

Nach Ansicht des *3. Strafsenats* waren die selbstbelastenden Angaben des Inhaftierten gegenüber dem Konsularbeamten – im konkreten Fall – verwertbar. In einem obiter dictum gab er jedoch zu bedenken, ob einer Verwertung der Aussage des Konsularbeamten der Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 I 1 EMRK) entgegenstehen könnte. Denn die in Fällen konsularischer Betreuung notwendigen Erkundigungen des Konsularbeamten nach dem Tatvorwurf seien geeignet, den Gefangenen dazu zu veranlassen, zu dem Tatvorwurf auch inhaltlich Stellung zu nehmen. Insbesondere die spezielle Situation des im Ausland Inhaftierten, der von einem Repräsentanten seines Heimatlandes besucht wird und Hilfe erwartet, mag Anlass für eine offene Selbstbelastung geben. Folglich könne es erforderlich sein, dass der Konsularbeamte auch

⁴⁵ IGH EuGRZ 2001, 287 (290); BGHSt 52, 110 (113) = JR 2008, 297, mit Aufsatz *Esser*.

⁴⁶ BVerfGK 9, 174 (195) = JR 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*.

⁴⁷ SK/StPO-Paeffgen (4. Aufl. 2010 ff.) § 114 b Rn 15.

⁴⁸ Graf/*Inhofer* WÜK Art. 36 Rn 2.

⁴⁹ *Gless/Peters* StV 2011, 369 (371).

⁵⁰ BGH StV 2011, 334.

in Fällen fürsorglicher Kontaktaufnahme darüber unterrichten muss, dass der Inhalt des nun folgenden Gesprächs regelmäßig innerhalb der Behörde und gegebenenfalls auch bei den Strafverfolgungsbehörden des Heimatlandes bekannt wird.⁵¹ Allerdings entschied der Senat die Frage nicht, da eine Rüge mit dieser Stoßrichtung in der Revision nicht erhoben wurde.⁵²

Die in diesem Verfahren aufgetretene ambivalente Wirkung der konsularischen »Unterstützung« muss für zukünftige Verfahren ausgeschlossen werden. Wenn Art. 36 WÜK tatsächlich dem Schutz des ausländischen Staatsangehörigen im Hinblick auf seine im Vergleich zu Inländern regelmäßig schwächere rechtliche und psychische Position dient⁵³, Art. 36 WÜK also letztendlich den Grundsatz des fairen Verfahrens⁵⁴ konkretisiert beziehungsweise eine spezielle Ausprägung der Verfahrensfairness darstellt⁵⁵ und Art. 36 I b) 3 WÜK ein subjektives Recht des Betroffenen begründet und dabei seine verfahrensrechtliche Stellung konstituiert,⁵⁶ überzeugt es nicht, eine Verurteilung auf die im Rahmen dieser Beistandsleistung erfolgten Gespräche zu stützen, ohne den Betroffenen darauf hinzuweisen, dass selbstbelastende Einlassungen gegen ihn verwertet werden können.⁵⁷ Auf diese Weise wird der schützende Charakter der Regelung nämlich in sein Gegenteil verkehrt.

III. Völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Pflicht zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des IGH

1. Völkerrechtliche Verantwortlichkeit

Völkergewohnheitsrechtlich ist anerkannt, dass jedes völkerrechtswidrige Verhalten eines Staates dessen internationale Verantwortlichkeit begründet.⁵⁸ Staaten müssen

also dem Grundsatz nach für begangenes völkerrechtliches Unrecht den verletzten Völkerrechtssubjekten gegenüber einstehen.⁵⁹ Unterbleibt die nach Art. 36 I b) 3 WÜK vorgesehene Belehrung, verstößt der Staat gegen das völkerrechtliche Belehrungsgebot des Konsularübereinkommens. Da nicht nur Staaten sondern auch Individuen zu den Völkerrechtssubjekten zählen können⁶⁰ und der IGH Art. 36 I b) 3 einen individualschützenden Charakter zuerkennt⁶¹, sind Staaten, die der Belehrungspflicht nach dem Konsularübereinkommen nicht entsprechen, sowohl gegenüber dem Entsendestaat als auch gegenüber dem einzelnen Betroffenen völkerrechtlich verantwortlich⁶². Der eingetretene Schaden wird in der Verletzung der Völkerrechtsposition selbst gesehen, ist mithin durch die Pflichtverletzung indiziert.⁶³

Den für die Völkerrechtsverletzung verantwortlichen Staat trifft die Pflicht, das völkerrechtswidrige Verhalten zu beenden beziehungsweise den völkerrechtlich gebotenen Zustand wiederherzustellen und die Nichtwiederholung zu garantieren.⁶⁴ Es wird durch die Völkerrechtsverletzung eine Wiedergutmachungspflicht ausgelöst.⁶⁵ So muss die Wiedergutmachung soweit als möglich alle Folgen des Völkerrechtsverstoßes beseitigen.⁶⁶ Der für den Völkerrechtsverstoß verantwortliche Staat hat grundsätzlich den Zustand im Sinne einer Naturalrestitution wiederherzustellen, der ohne das Schaden stiftende Ereignis bestehen würde (*restitutio in integrum*).⁶⁷ Soweit dies nicht möglich ist, hat der Staat Schadensersatz unter Einschluss des entgangenen Gewinns zu leisten.⁶⁸ Hinzukommen kann beim Eintritt immaterieller Schäden die Verpflich-

⁵¹ BGH StV 2011, 334 (335f.).

⁵² Krit. dazu Bauer StV 2011, 635.

⁵³ BVerfGK 9, 174 (197) = JR 2007, 117 mit Aufsatz Walter.

⁵⁴ BGHSt 52, 38 (42) = JR 2008, 293 mit Aufsatz Esser.

⁵⁵ LR-Esser EMRK Art. 6 Rn 619; Ambos Beweisverwertungsverbote (2010), 75.

⁵⁶ BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (533).

⁵⁷ Nach Bauer StV 2011, 635 wäre die Aussage des Beschuldigten wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens unverwertbar gewesen.

⁵⁸ Berber Lehrbuch des Völkerrechts – Bd. III, 2. Aufl. 1977, 3; Hobe Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl. 2008, 250.

⁵⁹ Berber Lehrbuch des Völkerrechts – Bd. III, 2; Doehring Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn 827; Herdegen Völkerrecht, 12. Aufl. 2013, § 58 Rn 1; Kempen/Hillgruber Völkerrecht, 2. Aufl. 2012, § 34 Rn 58; Verdross/Simma Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, 845f.

⁶⁰ Siehe zu den Voraussetzungen Herdegen Völkerrecht, § 12 Rn 2; Hobe Einführung in das Völkerrecht, 167; Verdross/Simma Universelles Völkerrecht, 256ff.

⁶¹ IGH EuGRZ 2001, 287 (290).

⁶² Herdegen Völkerrecht, § 38 Rn 9.

⁶³ Hobe Einführung in das Völkerrecht, 251; Kempen/Hillgruber Völkerrecht, § 34 Rn 65; Verdross/Simma Universelles Völkerrecht, 849.

⁶⁴ Herdegen Völkerrecht, § 60 Rn 1; Kempen/Hillgruber Völkerrecht, § 34 Rn 75.

⁶⁵ Berber Lehrbuch des Völkerrechts – Bd. III, 2; Herdegen Völkerrecht, § 60 Rn 1; Kempen/Hillgruber Völkerrecht, § 34 Rn 75; Verdross/Simma Universelles Völkerrecht, 873.

⁶⁶ Verdross/Simma Universelles Völkerrecht, 874.

⁶⁷ Berber Lehrbuch des Völkerrechts – Bd. III, 25; Doehring Völkerrecht, Rn 838; Herdegen Völkerrecht, § 60 Rn 2; Hobe Einführung in das Völkerrecht, 254; Kempen/Hillgruber Völkerrecht, § 34 Rn 75.

⁶⁸ Doehring Völkerrecht, Rn 838; Kempen/Hillgruber Völkerrecht, § 34 Rn 75; Verdross/Simma Universelles Völkerrecht, 875ff.

nung, Genugtuung zu leisten.⁶⁹ Die Einzelheiten der Staatenverantwortlichkeit sind allerdings bislang unklar.⁷⁰

2. Wesentliche Vorgaben des IGH zu Art. 36 WÜK

In der Folge eines Verstoßes gegen Art. 36 I b) 3 WÜK muss es von Völkerrechts wegen möglich sein, strafrechtliche Verurteilungen in Schuld- und Strafausspruch unter Einbeziehung der Verletzung des Konsularrechtsübereinkommens einer *Überprüfung und Neubewertung* zu unterziehen.⁷¹ Die Wahl der Mittel einer solchen Überprüfung müsse allerdings dem Verletzerstaat überlassen bleiben.⁷² Der IGH ist insbesondere der Forderung Mexikos in der Rechtssache *Avena*, das Verfahren auf den *status quo ante* zurückzusetzen (*restitutio in integrum*) – was in Anbetracht der zuvor skizzierten Grundsätze zur Staatenverantwortlichkeit nicht fern lag⁷³ – und nur dies als gebotene Rechtsfolge des Verstoßes anzusehen, nicht gefolgt.⁷⁴ Für die nationalen Gerichte besteht deshalb die Pflicht, den Fall aufzugreifen und zu überprüfen, ob dem Beschuldigten durch den Verstoß gegen Art. 36 I WÜK im Laufe des Strafverfahrens ein *konkreter Nachteil* entstanden ist.⁷⁵ Für den Betroffenen muss die Möglichkeit bestehen, eine Verletzung des Art. 36 I WÜK prozessual vorzubringen, wobei diese Garantie durch das nationale Verfahrensrecht weder substantiell gefährdet noch förmlich ausgeschlossen werden darf.⁷⁶ Eine Berücksichtigung des Verstoßes im Gnadenweg reicht dabei nicht aus.⁷⁷

⁶⁹ Doehring Völkerrecht, Rn 838; Herdegen Völkerrecht, § 60 Rn 2; Hobe Einführung in das Völkerrecht, 254; Kempen/Hillgruber Völkerrecht, § 34 Rn 75; Verdross/Simma Universelles Völkerrecht, 877.

⁷⁰ Kempen/Hillgruber Völkerrecht, § 34 Rn 59; vertiefend zur Staatenverantwortlichkeit in Zusammenhang mit Art. 36 WÜK Kreß GA 2004, 691 (703ff.).

⁷¹ IGH EuGRZ 2001, 287 (294) »*review and reconsideration*«; BVerfGK 17, 390 (400); BGH StV 2011, 603 (604).

⁷² IGH HRRS 2004, Nr. 342, Rn. 122; IGH EuGRZ 2001, 287 (294); Gless/Peters StV 2011, 369 (371).

⁷³ Siehe auch Kreß GA 2004, 691 (704) »Man wird nicht sagen können, dass Mexiko das Prinzip der *restitutio in integrum* bei dieser Argumentation verkannt hätte«.

⁷⁴ IGH HRRS 2004, Nr. 342, Rn. 116ff.

⁷⁵ IGH HRRS 2004, Nr. 342, Rn. 121f.; Esser JR 2008, 271 (273); Gless/Peters StV 2011, 369 (371); dies wird auch als »schonende« Restitutionsvariante bezeichnet, Kreß GA 2004, 691 (705).

⁷⁶ Esser JR 2008, 271 (273).

⁷⁷ Ambos Beweisverwertungsverbote (2010), 75; differenzierend IGH HRRS 2004, Nr. 342, Rn 142f.

3. Pflicht zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des IGH

Das *BVerfG* hat hervorgehoben, dass sich aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes die Pflicht der Fachgerichte zur Berücksichtigung der Entscheidungen eines völkervertraglich ins Leben gerufenen internationalen Gerichts ableitet. Die *verfassungsunmittelbare Berücksichtigungspflicht*, die auch bei der Anwendung der Grundrechte zum Tragen kommt, ist nicht für jede Bestimmung des Völkerrechts anzunehmen, sondern nur, soweit dies von dem in den Art. 23 bis 26 GG sowie in den Art. 1 II, Art. 16 II 2 GG niedergelegten Konzept des GG verlangt wird. Sind diese Bereiche betroffen, muss es möglich sein, gestützt auf das einschlägige Grundrecht, in einem Verfahren vor dem *BVerfG* zu rügen, staatliche Organe hätten eine Entscheidung des zuständigen internationalen Gerichts missachtet oder nicht berücksichtigt.⁷⁸

Die Pflicht der Fachgerichte, die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs zum Konsularrechtsübereinkommen zu berücksichtigen, ergibt sich aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG in Verbindung mit der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG i.V.m. Art. 59 II GG), welche die Entscheidungen eines völkerrechtlich ins Leben gerufenen internationalen Gerichts nach Maßgabe des Inhalts des inkorporierten völkerrechtlichen Vertrags umfasst.⁷⁹ Daraus ergibt sich die verfassungsunmittelbare Pflicht der deutschen Gerichte, einschlägige Judikate zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen.⁸⁰ Ihnen kommt – ungeachtet ihrer auf den Einzelfall beschränkten Bindungswirkung – eine normative Leitfunktion zu.⁸¹

Eine gegebenenfalls abweichende eigene Auffassung muss offengelegt werden, weil eine Abweichung von der Rechtsprechung des IGH Konflikte mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der BRD auslösen kann und insoweit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit widerspricht. Es müsste in einem solchen Abweichungsfall dargelegt werden, warum Grundrechte Dritter oder sonstige Verfassungsbestimmungen ein Abweichen erforder-

⁷⁸ BVerfGK 9, 174 (186) = JR 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*; vertiefend dazu *Payandeh* AVR 45 (2007), 244.

⁷⁹ BVerfGK 9, 174 (191) = JR 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*; BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532.

⁸⁰ BVerfGK 9, 174 (190) = JR 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*; BVerfGK 17, 390 (397); BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532.

⁸¹ BVerfGK 9, 174 (193) = JR 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*; BVerfGK 17, 390 (398); BGH StV 2011, 603 (604).

lich machen.⁸² Doch ist für die Erforderlichkeit eines Abweichens nichts ersichtlich, da sich die völkerrechtlichen Anforderungen nicht von vornherein einer Einpassung in das deutsche Strafverfahren entziehen oder die Effektivität der Strafrechtspflege beeinträchtigen könnten.⁸³

Ein Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Berücksichtigungspflicht kann nach Ansicht des *BVerfG* nur bei einer erkennbar fehlerhaften Rezeption einer Entscheidung des *IGH* angenommen werden.⁸⁴ Das Konsularübereinkommen gilt in der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes, was in Verbindung mit Art. 20 III GG dazu führt, dass deutsche Gerichte das anwendbare Völkerrecht im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden haben. Ein Beschwerdeführer kann deshalb die Missachtung der verfassungsrechtlichen Verpflichtung, bei der Auslegung und Anwendung des Konsularübereinkommens die einschlägige Rechtsprechung des *IGH* zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihr auseinanderzusetzen, als Verstoß gegen sein Grundrecht auf ein faires Verfahren gem. Art. 2 I GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip rügen.⁸⁵

4. Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK

Nachdem in der deutschen Rechtsprechung anerkannt ist, dass Art. 36 WÜK den Grundsatz des fairen Verfahrens konkretisiert,⁸⁶ stellt sich die Frage, ob ein vom Belehrungsausfall Betroffener – nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs – erfolgsversprechend Individualbeschwerde zum *EGMR* erheben kann. Der *EGMR* hat – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden, ob die Belehrungspflicht bezüglich der konsularischen Unterstützung Bestandteil des fairen Verfahrens im Sinne von Art. 6 I EMRK ist.⁸⁷ Teilweise wird eine Beschränkung des konsularischen Kontaktrechts aus sachfremden Überlegungen im Lichte des Fairnessgedankens für unzulässig erachtet und eine auf Art. 6 I EMRK gestützte Rüge im Einzelfall als erfolgsversprechend eingestuft.⁸⁸ Sollte der *EGMR* die Pflicht zur Unterrichtung des ausländischen Beschuldigten über sein Benachrichtigungsrecht und die Ermögli-

chung der Kontaktaufnahme zum Konsulat dem Schutzbereich des fairen Verfahrens zuordnen, ergäbe sich – um die Opfereigenschaft des Betroffenen entfallen zu lassen – für die nationalen Instanzen im Falle eines Belehrungsausfalls die Pflicht den dann bestehenden Konventionsverstoß ausdrücklich oder der Sache nach anzuerkennen und eine angemessene Wiedergutmachung zu leisten.⁸⁹ Dabei überlässt es der *EGMR* gemeinhin den Mitgliedstaaten, eine angemessene Wiedergutmachung, die im Einklang mit deren Rechtstraditionen steht, zu gewähren.⁹⁰ Dass der *EGMR* Anforderungen aufstellen würde, die über die bisher zu Art. 36 WÜK ergangene Rechtsprechung hinausgingen, ist wohl eher nicht zu erwarten. So prüft der *EGMR* auch sonst im Rahmen des Art. 6 EMRK, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit fair ist.⁹¹ Die Konvention enthalte aber keine Regelungen über die Zulässigkeit von Beweismitteln.⁹² Vielmehr gehöre diese Frage in den Regelungsbereich des nationalen Gesetzgebers und der Gerichte der Konventionsstaaten.⁹³ Folglich wird davon ausgegangen, einen allgemeinen Grundsatz, dass nach staatlichem Recht unzulässige Beweismittel im gerichtlichen Verfahren nicht verwertet werden dürfen, gebe es nicht.⁹⁴

IV. Rechtsfolgen einer Verletzung der Belehrungspflicht im nationalen Recht

Das Wiener Konsularrechtsübereinkommen enthält keine ausdrückliche Rechtsfolge für den Fall einer unterlassenen Belehrung.⁹⁵ Der *IGH* hat die Findung der Rechtsfolgen einer unterlassenen Belehrung dem strafverfolgenden Staat überantwortet.⁹⁶ Die genaue Umsetzung der geforderten Überprüfung und Neubewertung bleibt dem

⁸² BVerfGK 17, 390 (398).

⁸³ BVerfGK 17, 390 (402).

⁸⁴ BVerfGK 17, 390 (399); BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532.

⁸⁵ BVerfGK 17, 390 (399f.); BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532.

⁸⁶ BGHSt 52, 38 (42) = JR 2008, 293 mit Aufsatz Esser.

⁸⁷ LR-Esser EMRK Art. 6 Rn 625.

⁸⁸ LR-Esser EMRK Art. 6 Rn 625.

⁸⁹ Siehe dazu allgemein Meyer-Ladewig EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 34 Rn 27; Karpenstein/Mayer-Schäfer EMRK, 2012, Art. 34 Rn 79; SK/StPO-Paeffgen EMRK Einl. Rn 135ff.

⁹⁰ Siehe zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten bei der Schaffung eines wirksamen Rechtsbehelfs EGMR NJW 2007, 1259 (1263); Meyer-Ladewig EMRK, Art. 13 Rn 29.

⁹¹ EGMR NJW 2013, 3225 (3226); EGMR NJW 2010, 213 (215); EGMR NJW 1999, 3545; LR-Esser EMRK Art. 6 Rn 179; SK/StPO-Paeffgen EMRK Art. 6 Rn 71b; SSW/StPO-Satzger EMRK Art. 6 Rn 64.

⁹² EGMR NJW 2010, 213 (215); EGMR NJW 1999, 3545.

⁹³ EGMR NJW 2013, 3225 (3226); EGMR NJW 2010, 213 (215).

⁹⁴ Meyer-Ladewig EMRK, Art. 6 Rn 143.

⁹⁵ BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (533); Paulus/Müller StV 2009, 495 (496).

⁹⁶ IGH EuGRZ 2001, 287 (294); IGH HRRS 2004, Nr. 342, Rn. 127; BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (534); Burchard JZ 2007, 891 (893).

innerstaatlichen Recht jedoch nur überlassen,⁹⁷ solange sie insgesamt hinreichend effektiv ist.⁹⁸ Zu den Rechtsfolgen einer Verletzung der Belehrungspflicht enthält die Strafprozessordnung in § 114b II 3 StPO ebenso wenig eine Regelung. Die sich aus dem Verstoß gegen die Berücksichtigungspflicht ergebenden Rechtsfolgen sind auch verfassungsrechtlich nicht festgelegt.⁹⁹ Weiter ist es nicht von vornherein ersichtlich, dass die vom IGH geforderte Prüfung, ob dem Betroffenen im konkreten Fall im weiteren Verlauf des Verfahrens durch den Verstoß gegen Art. 36 I b) 3 WÜK ein Nachteil entstanden ist, im innerstaatlichen Revisionsverfahren nur zur Verneinung eines Beweisverwertungsverbots oder der Beruhensfrage führen kann.¹⁰⁰ Es handelt sich vielmehr um eine Frage des einfachen Rechts, die die Fachgerichte zu beantworten haben.¹⁰¹

1. Vollstreckungslösung

Die Beeinträchtigung der Rechtsposition aus Art. 36 WÜK sollte nach Ansicht des 5. Strafsenats¹⁰² durch eine Kompensation im Wege der Vollstreckungslösung wiedergutmacht werden. Denn der Verstoß gegen die völkerrechtliche Belehrungspflicht dürfe grundsätzlich nicht folgenlos bleiben.¹⁰³ Eine Kompensation sollte bei Strafen geringen Gewichts und im Falle der späteren Heilung des Verfahrensverstößes durch eine alsbald nachgeholtete Belehrung allerdings gänzlich entbehrlich sein.¹⁰⁴

Berücksichtigt man, dass die Wiedergutmachung soweit als möglich alle Folgen des Völkerrechtsverstößes beseitigen muss¹⁰⁵ und der IGH verlangt, die strafrechtlichen Verurteilungen in Schuld- und Strafausspruch unter Einbeziehung der Verletzung des Konsularrechtsübereinkommens einer *Überprüfung und Neubewertung* zu unterziehen,¹⁰⁶ wird deutlich, dass die Vollstreckungslösung

keine angemessene Wiedergutmachung darstellt.¹⁰⁷ Der Schuld- sowie Strafausspruch bleibt vielmehr unberührt und es wird gerade nicht überprüft, welchen Einfluss der Belehrungsausfall auf die Urteilsfindung hatte.¹⁰⁸

Folgerichtig hat das BVerfG¹⁰⁹ die Entscheidung des 5. Strafsenats¹¹⁰ aufgehoben; von ihr können also keine Rechtswirkungen mehr ausgehen.¹¹¹ Der 3. Strafsenat¹¹² und der 4. Strafsenat¹¹³ sind ebenfalls der Auffassung, dass eine Kompensation des Belehrungsverstoßes nach der Vollstreckungslösung nicht in Betracht kommt.¹¹⁴ Die Anwendung der Vollstreckungslösung, die in Fällen überlanger Verfahrensdauer, in denen es eine zeitliche Komponente gibt, die Grundlage der Kompensation sein kann, führt in Fällen eines Verstoßes gegen Art. 36 WÜK nämlich nicht weiter. Es fehlt in Fällen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht jegliche zeitliche Komponente als Grundlage eines Kompensationsmaßstabes. Auch bestehen – von Extremfällen abgesehen – im Fall der überlanger Verfahrensdauer im Ergebnis keine Zweifel am Schuld- ausspruch. Soweit gegen die Belehrungspflicht verstoßen wurde, begründet der Verfahrensfehler zumindest die Möglichkeit, dass es ohne ihn nicht zu einer Verurteilung gekommen wäre. Ein solcher Zweifel kann aber nicht sachgerecht durch einen Vollstreckungsabschlag kompensiert werden.¹¹⁵ Da die in Art. 36 WÜK verbürgten Rechte als Konkretisierung des Grundsatzes des fairen Verfahrens verstanden werden,¹¹⁶ muss zudem folgendes bedacht werden. Droht ein Verfahrensfehler beziehungsweise eine Einschränkung das Recht auf ein faires Verfahren zu verletzen, muss eine verletzungsverhindernde Heilung beziehungsweise ein Nachteilsausgleich im Verfahren selbst erfolgen, damit das Urteil und seine Rechtsfolgen tatsächlich auf ein faires Verfahren gestützt werden können. Hierfür kommen insbesondere Beweisverwertungsverbote in Betracht. Hingegen kann ein unfaires Verfahren durch Milde bei den verhängten Rechtsfolgen nicht fair werden.¹¹⁷ Auch ist es dem Staat verwehrt, dem Angeklagten Verfah-

97 IGH HRRS 2004, Nr. 342, Rn. 122; IGH EuGRZ 2001, 287 (294); Paulus/Müller StV 2009, 495 (497).

98 IGH HRRS 2004, Nr. 342, Rn. 138; BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (534).

99 BVerfGK 9, 174 (196) = JR 2007, 117 mit Aufsatz Walter; BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (533).

100 BVerfGK 17, 390 (405).

101 BVerfGK 17, 390 (405).

102 BGHSt 52, 48 (55 ff.) = JR 2008, 295 mit Aufsatz Esser.

103 BGHSt 52, 48 (55) = JR 2008, 295 mit Aufsatz Esser; zustimmend Schomburg/Schuster NSTZ 2008, 593 (597).

104 BGHSt 52, 48 (57 f.) = JR 2008, 295 mit Aufsatz Esser.

105 Verdross/Simma Universelles Völkerrecht, 874.

106 IGH EuGRZ 2001, 287 (294) »review and reconsideration«; BVerfGK 17, 390 (400); BGH StV 2011, 603 (604).

107 BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (535).

108 BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (535); Ambos Beweisverwertungsverbote (2010), 80; LR-Lind Nachtr. § 114b Rn. 51.

109 BVerfGK 17, 390 (405).

110 BGHSt 52, 48 = JR 2008, 295 mit Aufsatz Esser.

111 BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (535).

112 BGHSt 52, 110 (118) = JR 2008, 297 mit Aufsatz Esser.

113 BGH StV 2011, 603 (606) obiter dictum.

114 So auch SK/StPO-Rogall § 136 Rn 95; LR-Lind Nachtr. § 114b Rn. 51.

115 Paulus/Müller StV 2009, 495 (501); Strate HRRS 2008, 76 (86); siehe auch Walter JR 2007, 99 (102).

116 BGHSt 52, 38 (42) = JR 2008, 293 mit Aufsatz Esser.

117 Gaede JZ 2008, 422 (423).

rensverstöße, die sich auf das Urteil ausgewirkt haben, durch einen Vollstreckungsrabatt gewissermaßen »abzuhandeln«; denn dies würde auf Dauer zu einer nicht hinnehmbaren Relativierung des Verfahrensrechts führen.¹¹⁸

2. Beweisverwertungsverbot

Die Problematik des Beweisverwertungsverbots liegt im Schnittpunkt von Strafverfolgungsinteresse und Schutz von Individualrechten.¹¹⁹ In Zeiten, die immer stärker dazu tendieren, die Individualrechte zugunsten des staatlichen Strafverfolgungsinteresses preiszugeben, entscheidet die Lehre von den Beweisverwertungsverböten darüber, wie sehr der Staat bereit ist, bei der Erfüllung seiner Pflichten, sich an seine eigenen Gesetze zu halten.¹²⁰ Auch ist die disziplinierende Wirkung, die von einem Beweisverwertungsverbot gerade für das Ermittlungsverfahren und die Rolle der Polizei ausgeht, nicht zu vernachlässigen.¹²¹ Beweisverwertungsverbote können mit der Revision als Verfahrensfehler (§ 337 StPO) geltend gemacht werden (dazu sogleich unter 3.).¹²²

Es wurde bereits dargelegt, dass im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit die primäre Verpflichtung besteht, den Zustand wiederherzustellen, der ohne den Völkerrechtsverstoß bestehen würde (*restitutio in integrum*). Denkbar wäre es, das Verfahren auf den *status quo ante* zurückzusetzen und jegliche aufgrund des Verfahrensverstößes erlangten Beweise einem Beweisverwertungsverbot zu unterwerfen, um so das Verfahren von dem Verfahrensmangel zu »reinigen«. Der IGH ist jedoch der Forderung Mexikos in der Rechtssache *Avena*, das Verfahren auf den *status quo ante* zurückzusetzen und nur dies als gebotene Rechtsfolge des Verstoßes anzusehen, nicht gefolgt.¹²³ Mit der Annahme eines umfassenden Beweisverwertungsverbots könnte dem Gedanken der *restitutio in integrum* allerdings angemessen Rechnung getragen werden,¹²⁴ denn auf diese Weise könnten die Folgen des Verfahrensverstößes

aus dem Verfahren beseitigt werden. Folglich wird es in Teilen des Schrifttums als die wohl effektivste Form einer Umsetzung von Art. 36 WÜK angesehen.¹²⁵

Der 5. *Strafsenat*¹²⁶ und der 3. *Strafsenat*¹²⁷ haben die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes bislang abgelehnt.¹²⁸ Auch das BVerfG hat festgehalten, dass im Falle eines Belehrungsfehlers nicht zwingend von der Unverwertbarkeit der zustande gekommenen Beweisergebnisse auszugehen ist.¹²⁹ Allerdings ist eine ergebnisneutrale Prüfung der Frage, ob dem Betroffenen im konkreten Fall im Verlauf des Strafverfahrens aus der unterbliebenen Belehrung ein Nachteil entstanden ist, gefordert und muss bei der Beantwortung der Frage, inwieweit ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist, berücksichtigt werden.¹³⁰ Denn den durch einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht verursachten Nachteilen kann bereits im Rahmen der Beweiserhebung und Beweiswürdigung Rechnung getragen werden.¹³¹

Der 4. *Strafsenat*¹³² hat hervorgehoben, dass die Entstehung eines Beweisverwertungsverbotes aus einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Der Rechtsprechung des IGH¹³³, die eine Einzelfallprüfung fordere, ob dem Betroffenen aus dem Belehrungsverstoß im weiteren Verfahrensverlauf tatsächlich ein Nachteil entstanden sei, sei durch die vom BGH für nicht speziell geregelte Beweisverwertungsverbote entwickelte »Abwägungslehre« Rechnung zu tragen.¹³⁴ Folglich habe eine Abwägung zwischen dem durch den Verfahrensverstoß bewirkten Eingriff in die Rechtsstellung des Beschuldigten einerseits und den Strafverfolgungsinteressen des Staates andererseits stattzufinden, wobei auf den Schutzzweck der verletzten Norm ebenso abzustellen sei wie auf die Umstände, Hintergründe und Auswirkungen der Rechtsverletzung im Einzelfall.¹³⁵

Im konkreten Fall lehnte der 4. *Strafsenat* ein Beweisverwertungsverbot ab.¹³⁶ Er stellte auf die Schwere der in Rede stehenden Straftat und das öffentliche Interesse an

¹¹⁸ BGHSt 52, 110 (118) = JR 2008, 297, mit Aufsatz Esser.

¹¹⁹ LR-Kühne Einl. G Rn 31; AK/StPO-Kühne (1988 ff.) vor § 48 Rn. 47.

¹²⁰ LR-Kühne Einl. G Rn 31.

¹²¹ Satzger in Jahn/Nack (Hrsg.), Strafprozessrechtspraxis und Rechtswissenschaft – getrennte Welten? (2008), 29; siehe auch SSW/StPO-Beulke Einl. Rn 247; Ambos Beweisverwertungsverbote (2010), 19f.

¹²² KK-Fischer StPO, 7. Aufl. 2013, Einl. Rn 395.

¹²³ IGH HRRS 2004, Nr. 342, Rn 116 ff.

¹²⁴ Weigend FS Lüderssen (2002), 463 (475); Krefß GA 2007, 296 (305).

¹²⁵ Paulus/Müller StV 2009, 495 (498f.); Gless/Peters StV 2011, 369 (376); anders Ambos Beweisverwertungsverbote (2010), 77.

¹²⁶ BGHSt 52, 48 (54) = JR 2008, 295 mit Aufsatz Esser.

¹²⁷ BGHSt 52, 110 (114) = JR 2008, 297, mit Aufsatz Esser.

¹²⁸ So auch SK/StPO-Rogall § 136 Rn 95.

¹²⁹ BVerfGK 9, 174 (195) = JR 2007, 117 mit Aufsatz Walter; BVerfG in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (534).

¹³⁰ BVerfGK 17, 390 (401).

¹³¹ BVerfGK 17, 390 (402).

¹³² BGH StV 2011, 603 (605).

¹³³ IGH HRRS 2004, Nr. 342.

¹³⁴ BGH StV 2011, 603 (605).

¹³⁵ BGH StV 2011, 603 (605).

¹³⁶ BGH StV 2011, 603 (605).

einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung, die individuelle Schutzbedürftigkeit des Ausländers (der in Deutschland aufgewachsen war sowie keine sprachlichen Verständigungsschwierigkeiten und keine Sozialisationschwierigkeiten hatte – eine ausländerspezifisch erhöhte Schutzbedürftigkeit des Ausländers war deshalb nicht erkennbar) und darauf, dass die Vorschrift nicht bewusst umgangen wurde, ab. Zudem habe sich der Beschuldigte nach Beratung durch einen Rechtsanwalt weiter eingelassen.¹³⁷ Es kann bei der Gesamtabwägung schließlich berücksichtigt werden, dass eine ordnungsgemäße Belehrung nach den §§ 136 I, 163 a StPO erfolgte.¹³⁸

Dass der *BGH* auf die in der Rechtsprechung vertretene »Abwägungslehre« zurückgreift, verwundert letztlich nicht, hatte das *BVerfG* doch schon im Jahr 2006 darauf hingewiesen, der Rückgriff bleibe dem *BGH* unbenommen.¹³⁹ Es lag nahe, dass das *BVerfG* die »Abwägungslehre« auch im Jahr 2013 nicht grundsätzlich beanstanden würde.¹⁴⁰ Voraussetzung ist in diesem Zusammenhang lediglich, die Anforderungen an die Annahme eines Beweisverwertungsverbots und an den Ursachenzusammenhang zwischen der unterbliebenen Belehrung und einem möglichen Nachteil nicht zu überspannen.¹⁴¹

In der Literatur wird teilweise ein Beweisverwertungsverbot insbesondere dann erwogen, wenn das auf Verlangen des Betroffenen informierte Konsulat ihm vor der relevanten Vernehmung einen Verteidiger vermittelt und dieser ihn von der selbstbelastenden Aussage abgehalten hätte.¹⁴² Andere Teile im Schrifttum fordern ein effektives Verwertungsverbot. Dieses soll generell eingreifen, wenn Aussagen, die unter Verletzung von Art. 36 WÜK gewonnen wurden, als Beweise im Strafverfahren verwertet werden sollen.¹⁴³ Für ein Verwertungsverbot lässt sich zudem ein weiterer Umstand anführen. Das *BVerfG* entnimmt der

Rechtsprechung des *IGH* nämlich, dass Art. 36 I c) 1 WÜK die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten *konstituieren*.¹⁴⁴ Diese Formulierung findet sich vor allem in der Grundsatzentscheidung *BGHSt* 38, 214. In dieser Entscheidung stützt der *BGH* die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes maßgeblich mit der *konstituierenden* Bedeutung des Schweigerechts für den Beschuldigten.¹⁴⁵ Wenn das *BVerfG* dann im Zusammenhang mit den völkerrechtlichen Belehrungspflichten ebenso diese Formulierung verwendet,¹⁴⁶ lenkt dies den Betrachter nachvollziehbarer Weise ebenfalls in die Richtung eines Beweisverwertungsverbots.

Dass das *BVerfG* den Fachgerichten nicht die Annahme einer konkreten Rechtsfolge – insbesondere eines Beweisverwertungsverbots – von Verfassungs wegen vorschreibt, verwundert letztendlich nicht. Dies ist vielmehr Ausdruck einer Wahrung der Eigenständigkeit des Fachrechts und der Fachgerichtsbarkeit. Allerdings haben Gerichte in anderen Staaten teilweise Verwertungsverbote angenommen.¹⁴⁷ Weshalb das *BVerfG* diese Spruchpraxis in seinen Entscheidungen unerwähnt lässt und sich auf die Orientierung der Rechtsprechungslinie des *IGH* beschränkt, erklärt sich nur bedingt. Zwar ist nur die Spruchpraxis des *IGH* im Rahmen der verfassungsunmittelbaren Berücksichtigungspflicht für die Bundesrepublik maßgeblich. Dennoch könnte – bei aller Vorsicht, die im Rahmen der Rechtsvergleichung wegen der unterschiedlichen Verfahrensstrukturen in den betrachteten Rechtsordnungen angezeigt ist – die Berücksichtigung der Rechtsprechung anderer Gerichte, also eine sozusagen rechtsvergleichende Auslegung¹⁴⁸, für das nationale Verständnis fördernd wirken. Der Blick auf Rechtstraditionen anderer Länder und Entscheidungen internationaler Gerichte ist dem *BVerfG* durchaus nicht fremd. So zog das *BVerfG* in der Rechtsache *Lüth* englischsprachige Quellen und die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 heran, um die Bedeutung der Meinungsfreiheit des Grundgesetzes zu bestimmen.¹⁴⁹

137 *BGH StV* 2011, 603 (605f.).

138 *BVerfG* in diesem Heft S. 389 = *NJW* 2014, 532 (534).

139 *BVerfGK* 9, 174 (196) = *JR* 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*.

140 *BVerfG* in diesem Heft S. 389 = *NJW* 2014, 532 (534).

141 *BVerfG* in diesem Heft S. 389 = *NJW* 2014, 532 (534).

142 *Ambos Beweisverwertungsverbote* (2010), 78; *Weigend StV* 2008, 39 (43); siehe auch *Deiters ZJS* 2008, 212 (215) der ein Beweisverwertungsverbot in Fällen annimmt, »in denen nicht ausgeschlossen werden kann, dass der im Inland nicht heimische Ausländer sich möglicherweise aus Sorge vor staatlichem Unrecht einem verstärkten Kooperationsdruck ausgesetzt sah«; krit. hinsichtlich der These, dass ein zutreffend belehrter Beschuldigter regelmäßig von einer belastenden Aussage absehen und zunächst Kontakt mit seinem Konsulat aufnehmen werde *LR-Lind* Nachtr. § 114 b Rn 51.

143 *Gless/Peters StV* 2011, 369 (376); *Reich* Überlange Verfahrensdauer und andere Verfahrensfehler im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Vollstreckungslösung des Großen Senats für Strafsachen (2011), 203f., 206; siehe auch *Meyer-Mews StraFo* 2012, 7 (10f.).

144 *BVerfGK* 9, 174 (194) = *JR* 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*.

145 *BGHSt* 38, 214 (220) »Andererseits liegt ein Verwertungsverbot nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern«.

146 *BVerfGK* 9, 174 (194) = *JR* 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*.

147 Siehe die Nachweise bei *Gless/Peters StV* 2011, 369 (372).

148 Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe des nationalen Rechts *Sachs/Sachs Grundgesetz*, 6. Aufl. 2011, Einführung Rn 44, *Bydlinski: Grundzüge der juristischen Methodenlehre* 2. Aufl. 2012, 57 ff. sowie z. B. *BGHSt* 38, 214 (228 ff.).

149 *BVerfGE* 7, 198 (208) unter Bezug auf *Cardozo*.

3. Relativer Revisionsgrund (§ 337 StPO)

Gemäß § 337 I StPO kann die Revision nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Dabei ist das Gesetz verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (§ 337 II StPO). Eine Verletzung der Belehrungspflicht stellt einen Verfahrensfehler dar und kann mit der Revision geltend gemacht werden,¹⁵⁰ so dass sich im Revisionsverfahren die Vorgaben des *IGH* umsetzen lassen.¹⁵¹

Ein Urteil beruht auf der Gesetzesverletzung, wenn der Verstoß für das Urteil kausal ist. Das ist dann der Fall, wenn das Urteil ohne die Gesetzesverletzung möglicherweise anders ausgefallen wäre.¹⁵² Hingegen ist bei der Verneinung des Kausalzusammenhangs erforderlich, die Möglichkeit des Beruhens mit Sicherheit auszuschließen.¹⁵³ Der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Rechtsfehler und Urteil fehlt dann, wenn sich zweifelsfrei ergibt, dass der Tatrichter ohne den Fehler zu demselben Ergebnis gelangt wäre.¹⁵⁴ Wenn und soweit auszuschließen ist, dass das mit der Revision angegriffene Urteil auf dem Verstoß gegen das Konsularübereinkommen beruht, hat der Betroffene durch den Verfahrensverstoß im Sinne der Ausführungen des *IGH* auch keinen Nachteil erlitten.¹⁵⁵ Nach Ansicht des *BVerfG* ist es demnach nicht zu beanstanden, dass die Aufhebung des Urteils bei unterbliebener Belehrung nur bei einem Beruhen des Urteils auf diesem Verfahrensfehler erfolgt¹⁵⁶ und der *BGH* die Gesichtspunkte des Nachteils und des Ursachenzusammenhangs im Rahmen der Beruhensprüfung berücksichtigt.¹⁵⁷

Der 3. *Strafsenat* hatte in einem Verfahren, in dem die Angeklagten nach Belehrungsverstoß und nachgeholter Belehrung ausdrücklich auf eine Benachrichtigung des Konsulats verzichteten, ein Beruhen ausgeschlossen, da ein rechtsfehlerfreies Verfahren zu keinem anderen Ent-

schluss der Angeklagten geführt hätte und daher auch in diesem Falle eine Unterrichtung der zuständigen Konsulate unterblieben wäre.¹⁵⁸

4. Einführung eines absoluten Revisionsgrundes (z. B. § 338 Nr. 9 StPO)

*Walther*¹⁵⁹ war für die Einführung eines absoluten Revisionsgrundes in die StPO eingetreten. Denn nur wenn das Recht auf Vornahme der Benachrichtigung durch Beweisverwertungsverbote und einen absoluten Revisionsgrund abgesichert sei, wäre eine »volle Wirksamkeit« gewährleistet. Auch sind gewisse Bezüge des Belehrungsverstoßes zu den etablierten Pflichten zur Behinderung der Verteidigung (§ 338 Nr. 8 StPO) oder zum Fehlen eines notwendigen Dolmetschers (§ 338 Nr. 5 StPO) vorhanden.¹⁶⁰

Das *BVerfG* hatte sich im Jahr 2006 zurückhaltend hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Annahme beziehungsweise Schaffung eines absoluten Revisionsgrundes geäußert. So sei es von Verfassungs wegen nur dann geboten, einen Verfahrensfehler mit der Folge der zwingenden Aufhebung der mit der Revision angegriffenen Entscheidung zu versehen, wenn eine Beruhensprüfung wegen Unmöglichkeit oder besonderer Schwierigkeit der Feststellung des Beruhens oder einer vergleichbaren Zusatzbedingung dazu führen würde, dass Verfahrensfehler der betreffenden Art regelmäßig sanktionslos blieben. Freilich waren für das Gericht im Fall der Nichtberücksichtigung völkerrechtlicher Belehrungspflichten keine Anhaltspunkte für ein solches regelmäßiges Ausbleiben einer Sanktion ersichtlich.¹⁶¹ Zudem wurde im Schrifttum angeführt, die Einführung eines absoluten Revisionsgrundes der fehlenden konsularischen Belehrung sei nicht erforderlich,¹⁶² denn die Verteidigungsinteressen würden nur mit relativ geringer Intensität berührt, so dass eine automatische Urteilsaufhebung undifferenziert wirken würde.¹⁶³

Berücksichtigt man jedoch, dass unter Geltung der Abwägungslehre der Belehrungsausfall regelmäßig sanktionslos bleiben wird, so bleibt abzuwarten, ob den Gesetzgeber nicht – im Lichte der Entscheidung aus dem Jahr

¹⁵⁰ *BVerfG* in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (533); BGHSt 52, 110 (113) = JR 2008, 297 mit Aufsatz *Esser*; LR-*Gleß* § 136 Rn 105; LR-*Lind* Nachtr. § 114b Rn. 51.

¹⁵¹ *BVerfGK* 17, 390 (403); dahingehend auch SK/StPO-*Rogall* § 136 Rn 95.

¹⁵² BGHSt 22, 278 (280); AK/StPO-*Maiwald* § 337 Rn 18; KK-*Gericke* § 337 Rn 33; SSW/StPO-*Widmaier* § 337 Rn 35.

¹⁵³ KK-*Gericke* § 337 Rn 33; SSW/StPO-*Widmaier* § 337 Rn 37.

¹⁵⁴ BGH, Beschluss v. 19. 12. 2001 – 3 StR 427/01, juris; RGSt 61, 353 (354); KK-*Gericke* § 337 Rn 25.

¹⁵⁵ *BVerfGK* 17, 390 (403).

¹⁵⁶ *BVerfG* in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (534).

¹⁵⁷ *BVerfG* in diesem Heft S. 389 = NJW 2014, 532 (535); vertiefend zum Beruhen Graf/*Inhofer* WÜK Art. 36 Rn 19f., LR-*Lind* Nachtr. § 114b Rn 51.

¹⁵⁸ BGHSt 52, 110 (117) = JR 2008, 297, mit Aufsatz *Esser*.

¹⁵⁹ *Walther* HRRS 2004, 126 (131).

¹⁶⁰ *Weigend* StV 2008, 39 (42).

¹⁶¹ *BVerfGK* 9, 174 (198) = JR 2007, 117 mit Aufsatz *Walter*.

¹⁶² *Paulus* StV 2003, 57 (59); *Krefß* GA 2007, 296 (304); *Weigend* StV 2008, 39 (42).

¹⁶³ *Weigend* StV 2008, 39 (42).

2006 – die Pflicht trifft, die Belehrungspflicht mit einem absoluten Revisionsgrund abzusichern. Ebenso wäre es denkbar gewesen, ein Beruhen in der Regel zu vermuten. Das *BVerfG* hätte – wie in seinem Urteil zur Verständigung im Strafverfahren – dies im Wege einer verfassungsorientierten Auslegung der Beruhensregelung erreichen können.¹⁶⁴

5. Finanzielle Entschädigung

Der 5. *Strafsenat* hatte in seinem Beschluss aus dem Jahr 2007 in einem obiter dictum erwogen, ob in Fällen geringerer Schwere eine Kompensation des Belehrungsverstoßes etwa durch Gewährung einer Entschädigung in analoger Anwendung des StrEG oder durch Kostenerlass (analog § 465 II StPO) erfolgen könne.¹⁶⁵

Den Grundsätzen zur Staatenverantwortlichkeit ist zwar zu entnehmen, dass auch finanzielle Leistungen des Staates einen völkerrechtskonformen Ausgleich darstellen können, doch ist es primär geboten, den Zustand wiederherzustellen, der ohne die Völkerrechtsverletzung bestehen würde. Folglich gelten auch für eine finanzielle Kompensation die gegen die Vollstreckungslösung vorgebrachten Einwände sinngemäß. Hat der fehlende Zugang des ausländischen Beschuldigten zu konsularischer Betreuung dazu geführt, dass er keinen geeigneten Verteidiger hatte oder dass er entlastende Informationen aus seinem Heimatstaat nicht beschaffen konnte, und ist er deshalb zu Unrecht verurteilt worden, so stellen ein Strafabbau beziehungsweise eine finanzielle Entschädigung keinen sachgerechten Ausgleich für diesen Verfahrensfehler dar.¹⁶⁶

6. Einführung eines Wiederaufnahmegrundes (§ 359 StPO)

Aus der völkerrechtlichen Wiedergutmachungspflicht, die *Walther* in Art. 36 II WÜK verankert sieht, folge die Verpflichtung, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu ermöglichen. Deshalb solle für den Fall, dass gegen Deutschland eine Verletzung von Art. 36 I b) WÜK durch den *IGH* festgestellt wurde, § 359 Nr. 6 StPO ergänzt werden.¹⁶⁷ Teilweise wird der Wiederaufnahmegrund unmittelbar auf

Völkergewohnheitsrecht¹⁶⁸ beziehungsweise auf Art. 36 II Hs. 2 WÜK gestützt.¹⁶⁹

V. Vereinbarkeit der Widerspruchslösung mit den Vorgaben des IGH

Der *BGH* verlangt in bestimmten Fällen einen Widerspruch des Beschuldigten beziehungsweise dessen Verteidigers gegen eine behauptete illegale Beweisverwertung.¹⁷⁰ Der Widerspruch sei bis zu dem durch § 257 StPO bestimmten Zeitpunkt zu erheben.¹⁷¹ Auch in dem Fall, in dem eine Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand gemäß Art. 36 WÜK nicht rechtzeitig erfolgt, gelte, dass Angaben des Angeklagten, gleichwohl verwertet werden können, wenn der (verteidigte) Angeklagte nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen hat.¹⁷² Der Widerspruch des verteidigten Angeklagten bedürfe regelmäßig einer Begründung, in der – zumindest in groben Zügen – anzugeben sei, unter welchem Gesichtspunkt der Angeklagte den zu erhebenden oder erhobenen Beweis für unverwertbar halte. Die Begründung müsse die Angriffsrichtung erkennen lassen.¹⁷³ Der 1. *Strafsenat* entschied allerdings nicht, ob dies auch gelte, wenn die Belehrung nicht nachgeholt worden war.¹⁷⁴

Nach Ansicht des *IGH* bricht Völkerrecht jedoch nationales Prozessrecht. Jeder Staat muss von den Regeln seines Verfahrensrechts abweichen, wenn andernfalls ein Verstoß gegen die Wiener Konsularrechtskonvention nicht gerügt werden kann.¹⁷⁵ Der *IGH* fordert nämlich, dass eine umfassende Überprüfung und Neubewertung von Schuld- und Strafausspruch unter Berücksichtigung des Konventionsverstoßes möglich sein muss.¹⁷⁶ Diese Überprüfung

(478); *Weigend* StV 2008, 39 (44); *Bajohr* Die Aufhebung rechtsfehlerhafter Strafurteile im Wege der Wiederaufnahme (2008), 101.

168 *Kreß* GA 2004, 691 (709); *Kreß* GA 2007, 296 (307); siehe dazu auch *Paulus* StV 2003, 57 (60).

169 *Weigend* FS Lüderssen (2002), 463 (479).

170 In Folge der Entscheidung BGHSt 38, 214 (225f.) zum Verwertungsverbot bei einem Verstoß gegen § 136 StPO; zur Rezeption der Widerspruchslösung in der Kommentarliteratur siehe SK/StPO-*Velten* § 257 Rn 13; *HeidelbergerKom/StPO-Julius* § 261 Rn 46; LR-*Gössel* Einl. L Rn 28 ff.

171 BGHSt 52, 38 (41, 43) = JR 2008, 293 mit Aufsatz *Esser*.

172 BGHSt 52, 38 (41f.) = JR 2008, 293 mit Aufsatz *Esser*.

173 BGHSt 52, 38 (42) = JR 2008, 293 mit Aufsatz *Esser*.

174 BGHSt 52, 38 (42) = JR 2008, 293 mit Aufsatz *Esser*.

175 *Weigend* FS Lüderssen (2002), 463 (472).

176 IGH EuGRZ 2001, 287 (294).

164 Siehe dazu *BVerfG* NJW 2013, 1058 (1067).

165 BGHSt 52, 48 (57f.) = JR 2008, 295 mit Aufsatz *Esser*.

166 *Weigend* StV 2008, 39 (44).

167 *Paulus/Müller* StV 2009, 495 (502); *Esser* JR 2008, 271 (278); *Walther* HRRS 2004, 126 (131); *Weigend* FS Lüderssen (2002), 463

darf nicht unter Berufung auf das Fehlen nach nationalem Prozessrecht erforderlicher Einwände ausgeschlossen werden.¹⁷⁷ Bei einer Verletzung von Art. 36 WÜK darf das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots also nicht durch ein Widerspruchserfordernis ausgeschlossen werden.¹⁷⁸ Denn die Widerspruchslösung kommt einer prozessualen Präklusionsregel (*procedural default rule*), die der IGH beanstandet hat, gleich.¹⁷⁹ Dementsprechend hat der 4. Strafsenat – zumindest für den Fall der unterbliebenen und auch später nicht nachgeholten Belehrung (Unterschied zu BGHSt 52, 38 [42]) – die Widerspruchslösung verworfen.¹⁸⁰ Es wird aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung allerdings weiterhin empfohlen, vorsorglich Widerspruch gegen die Verwertung von Angaben zu erheben, die unter Belehrungsausfall getätigt wurden und gleichzeitig eine Wiedergutmachung zu fordern.¹⁸¹

VI. Schlussbetrachtung

Nach der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt der Belehrungsausfall einen relativen Revisionsgrund dar und kann im Einzelfall zu einem Beweisverwertungsverbot führen. Andere Rechtsfolgen, wie eine Kom-

pensation im Wege der Vollstreckungslösung oder die Gewährung einer finanziellen Entschädigung sowie die Annahme eines absoluten Revisionsgrundes haben sich bislang nicht durchgesetzt. De lege ferenda wird jedoch gefordert, die Wiederaufnahme des Verfahrens für den Fall zu ermöglichen, dass die Bundesrepublik Deutschland wegen einer Verletzung des Art. 36 WÜK durch den IGH verurteilt wird.

In dem nun rechtskräftigen Fall des 4. Strafsenats wirkt sich diese Rechtsprechungslinie im Ergebnis nicht zugunsten des Angeklagten aus. Damit geht die Rechtsprechung im Ergebnis – obwohl das Verfahren, beginnend mit einer Entscheidung des 5. Strafsenats aus dem Jahr 2001, einen beachtlichen Verfahrensgang durchlaufen hat – nicht über die Entscheidung aus dem Jahr 2001 hinaus, denn schon damals wirkte sich der Belehrungsausfall nicht zugunsten des Angeklagten aus. Freilich kam es seit dem ersten Beschluss des 5. Strafsenats zu mehreren höchstrichterlichen Entscheidungen, welche die Bedeutung der völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Maßstäbe im Bereich des Konsularrechts für das Strafprozessrecht klarstellten. An deren (vorläufigen) Ende steht nun der den 4. Strafsenat »bestätigende« Nichtannahmebeschluss des BVerfG.

Danksagung: Der Verfasser dankt Prof. Dr. Martin Heger für die wertvollen Anregungen bei der Erstellung des Beitrags.

¹⁷⁷ IGH EuGRZ 2001, 287 (291); BGH StV 2011, 603 (604).

¹⁷⁸ Gless/Peter StV 2011, 369 (376); Paulus/Müller StV 2009, 495 (498); Walther HRRS 2004, 126 (131 Fn 37).

¹⁷⁹ Walther HRRS 2004, 126 (131 Fn 37).

¹⁸⁰ BGH StV 2011, 603 (604f.); LR-Esser EMRK Art. 6 Rn 624; dahingehend schon BGHSt 52, 48 (53f.) = JR 2008, 295 mit Aufsatz Esser.

¹⁸¹ SSW/StPO-Herrmann § 114b Rn 5.