

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 28.11.2007/gs

Verfassungsbeschwerde

des Wilson F., Suhrenkamp 92, 22335 Hamburg,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. iur. h.c. Gerhard Strate und Klaus-Ulrich
Ventzke, Holstenwall 7, 20355 Hamburg,

gegen

den Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 25.9.2007 – 5 StR 116/01

wegen

Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren (Artikel 2 Absatz 1 des Grundgesetzes in
Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) und Verstoßes gegen das Willkürverbot (Artikel 3
Abs. 1 des Grundgesetzes).

I. Verfahrensgegenstand

Es handelt sich um eine erneute Verfassungsbeschwerde in dem Verfahren, welches mit dem Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 5.7.2000 – 31 Ks 800 Js 33011/98 – seinen Ausgang nahm, alsdann mit dem kurzen Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 7.11.2001 (NStZ 2002, 168) in zeitweilige Rechtskraft erwuchs, bis die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluß vom 19.9.2006 (NJW 2007, 499 ff.) unter Aufhebung der vorangegangenen Entscheidung die Sache wieder an den Bundesgerichtshof zurückverwies. Dort ist nun ein Jahr später ein langer Beschluß ergangen. Dieser wird mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen. Die Angriffsrichtung ist kurz wie folgt zu skizzieren:

Der Bundesgerichtshof bejaht ein subjektives Recht eines Festgenommenen ausländischer Staatsangehörigkeit auf eine Belehrung gemäß Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 3 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (im folgenden nur noch: Art. 36 WÜK). In den – ansonsten von einer Befassung mit dem Ausgangssachverhalt stark ausgedünnten – Entscheidungsgründen wird eine Verletzung dieses Rechts im vorliegenden Falle bejaht und auch nicht ausgeschlossen, dass die Beweiswürdigung des angefochtenen Urteils „*auf den Ergebnissen der in dieser Situation erfolgten Vernehmungen*“ beruht. Statt diesen Befund anhand der herkömmlichen Entscheidungsnorm des Revisionsrechts (§ 337 StPO) zu analysieren, hat der Bundesgerichtshof die Revisionen verworfen, dem unmittelbar von der Verletzung des Art. 36 WÜK betroffenen Revisionsführer jedoch eine Kompensation dieses Geschehens in Form der Anrechnung von sechs Monaten Freiheitsstrafe auf die gegen ihn erkannte lebenslange Freiheitsstrafe zugesprochen, was der Bundesgerichtshof in analoger Anwendung von § 51 Abs. 1 Satz StGB für gesetzlich möglich hält.

Die Bejahung eines möglichen Einflusses des zu Recht gerügten Verfahrensverstößes auf die Beweiswürdigung des angefochtenen Urteils hätte hingegen zwingend zu dessen Aufhebung führen müssen, damit in einem neuen Verfahren der tatsächliche Einfluß dieses Verfahrensfehlers auf das Beweisergebnis überprüft werden kann. Der vom Bundesgerichtshof stattdessen gewählten „Vollstreckungslösung“ fehlt jede Grundlage im Gesetz. Die „Vollstreckungslösung“ setzt des weiteren eine abschließende Klärung der Schuldfrage voraus, die gerade nicht vorausgesetzt werden kann, wenn der Einfluß des Verfahrensfehlers auf die Klärung der Schuldfrage noch ungewiß ist. Die „Vollstreckungslösung“ unterminiert die Wirkungsbreite des völkerrechtlichen Restitutionsgrundsatzes. Mit ihr entzieht sich der Bundesgerichtshof seiner verfassungsunmittelbaren Verpflichtung, die Judikate des Internationalen Gerichtshofs zu beachten, der im Falle einer Verletzung des Art. 36 WÜK eine Überprüfung des Schuld- und Strafausspruchs gefordert hatte.

Dies ist willkürlich und verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht auf ein faires Verfahren. Gleiches gilt für die ihm gegenüber – er ist deutscher Staatsangehöriger und Mitbeschuldigter des unmittelbar von dem Verstoß gegen Art. 36 WÜK Betroffenen – ausgesprochene Verweigerung einer Rügebefugnis, weil durch den Verstoß gegen das Konsularrechtsübereinkommen „*grundlegende generelle Belange der Prozeßordnungsmäßigkeit des Verfahrens*“ nicht berührt seien.

II. Verfahrensgeschichte

Zunächst erlaube ich mir, auf meinen Vortrag in der dem Senat bekannten Verfassungsbeschwerde vom 13.12.2001 mitsamt den dort beigefügten Anlagen zu verweisen.

Nach der Entscheidung der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 19.9.2006 gelangte das Verfahren zunächst zurück zum Generalbundesanwalt. Mit Antrag vom 12.12.2006 nahm dieser zu der Revision der Beschwerdeführer Stellung und konstatierte:

„Das Gewicht des Verfahrensverstößes gegen Art. 36 Abs. 1b Satz 3 WÜK dürfte vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der verletzten Norm und ihres thematisch auf Festnahmesituationen beschränkten Einzugsbereichs in etwa im Mittel einer fiktiven Schwere skala zur normativen Beurteilung strafprozessualer Fehlerfolgen anzusiedeln sein.“

und:

„Das von dem Verfahrensfehler ausgehende beweisrechtliche Erfolgsunrecht in Gestalt der konkreten Verkürzung von Verteidigungsmöglichkeiten des Beschwerdeführers tendiert nach den Einzelfallumständen gegen null.“

Er beantragte eine Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet.

A n l a g e 1.

Der Unterzeichner nahm alsdann für den Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 28.1.2007 Stellung. Das Anliegen dieses Schriftsatzes war es vor allem aufzuzeigen, dass es keiner umfangreichen Diskussion über eine „fiktive Schwereskala zur normativen Beurteilung strafprozessualer Fehlerfolgen“ bedarf, um die Verletzung einer Verfahrensnorm in ihrer Bedeutung richtig einzuordnen. Es komme allein darauf an, entlang der Leitlinie des § 337 StPO konkret die Frage zu beantworten, ob der festgestellte Verfahrensverstöß die Beweiswürdigung des angefochtenen Urteils beeinflusst haben **kann**.

Die wesentlichen Ausführungen in diesem Schriftsatz seien hier noch einmal eingerückt:

„1. Die Bekundungen des Mitangeklagten S. gegenüber den Kriminalbeamten Macke und Pape anlässlich seiner Zuführung zur erkennungsdienstlichen Behandlung am 7.9.1998 waren für die Beweisführung hinsichtlich des Vorwurfes eines gemeinschaftlichen Mordes (bzw. der Anstiftung hierzu) von zentraler Bedeutung. Aus ihnen hat die Strafkammer entnommen, dass der Mitangeklagte S. ‚zur Zeit der Tatausführung im Tatfahrzeug‘ saß (UA, S. 208). Gerade in dieser Feststellung liegt der zusätzliche Erkenntniswert im Vergleich zu anderen Äußerungen, die S. zuvor bereits gegenüber dem Zeugen Demirovic gemacht hatte (UA, S. 209 oben).

Aus der so gewonnenen Feststellung, S. habe zur Tatzeit im Tatfahrzeug sich befunden, schließt die Strafkammer, dass insgesamt drei Personen im Tatfahrzeug gesessen haben (UA, S. 211) und dass es sich hierbei – neben S. – um den weiteren Mitangeklagten B. sowie den gesondert verfolgten E. Sa. gehandelt habe (UA, S. 211 unten i.V.m. S. 207 Mitte).

Die Identifizierung von S., B. und E. Sa. als Insassen des Tatfahrzeug schlägt beweismäßig wiederum die Brücke zu dem Angeklagten F.: S., B. und E. Sa. hatten keine persönliche Beziehung zu dem getöteten V. (UA, S. 215), sie hatten deshalb – so die Strafkammer – keinen eigenen Anlaß, ihn aus eigenem Antrieb zu töten. ‚Sie müssen daher im Auftrag einer oder mehrerer Personen gehandelt haben, die sie zu der Tat bestimmt haben.‘ (UA, S. 215). Die Feststellung, dass F. ein Motiv gehabt habe (UA, S. 216) sowie die weiteren Befunde über Anwaltversuche des F. am 22.7.1998 um 15.46 bei E. Sa. sowie der Inhalt von Telefonaten, die am gleichen Tage um 16.10 Uhr und 17.03 Uhr mit ihm geführt wurden, sind für die Strafkammer ein wesentlicher Beleg für die von ihr angenommene Anstifterrolle: ‚Die Ausführung einer Tat und deren Anzeige erwartet aber nur der Auftraggeber selbst.‘ (UA, S. 217).

Aus all dem folgt: Die Bekundungen des S. anlässlich seiner Zuführung zur erkennungsdienstlichen Vernehmung am 7.9.1998 sind für die Beweisführung der Strafkammer von zentraler Bedeutung. Dies wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Strafkammer in ihrer insgesamt sorgfältigen Beweiswürdigung auch eine Reihe anderer Feststellungen getroffen hat, die in die Richtung des alsdann getroffenen Schuldspruchs zu weisen scheinen. Die endgültige und schlüssige Verkettung dieser Beweismstände gelingt ihr erst durch die Verwertung jener Äußerungen des S..

2. Wie kam es zu den Äußerungen des Mitangeklagten S. gegenüber den Kriminalbeamten Macke und Pape am Vormittag des 7.9.1998?

Am frühen Morgen des 6.9.1998 war S. durch Polizeibeamte in Hamburg festgenommen und alsdann nach Braunschweig verbracht worden. In einem in Braunschweig auf der Polizeiwache aufgenommenen förmlichen Protokoll erklärte er sich zur Person, bezeichnete seine Staatsangehörigkeit als ‚türkisch‘ und erklärte nach Belehrung über seine Aussagefreiheit:

„Ich habe die Belehrung verstanden und möchte mich nicht äußern. Ich werde Rechtsanwalt/Rechtsanwältin Dr. Hüser, Frau Sieh, beide Hamburg, mit der Wahrnehmung meiner Interessen beauftragen. Ich bin nicht bereit, vor der Staatsanwaltschaft/dem Gericht auszusagen.“ (Revisionsbegründung v. 20.12.2000, S. 11)

Am folgenden Tage, am 7.9.1998, setzten die Kriminalbeamten Macke und Pape ein weiteres Vernehmungsprotokoll auf, in welchem es – unterschrieben durch S. – heißt:

„Ich habe die Belehrung verstanden und möchte mich nicht äußern. (...) Der Sachverhalt wurde mir bekanntgegeben. Die Belehrung habe ich verstanden. Ich möchte erst nach Rücksprache mit einem Rechtsanwalt Angaben zur Sache machen.“ (Revisionsbegründung v. 20.12.2000, S. 20/21)

Dieses Vernehmungsprotokoll enthält hinsichtlich des Beginns der Beschuldigtenvernehmung die unmissverständliche Zeitangabe: ‚11:00 Uhr‘ (Revisionsbegründung v. 20.12.2000, S. 19).

Tatsächlich war der förmlichen Vernehmung bereits anderthalb Stunden lang – seit 9.30 (vgl. den Vermerk des Kriminalbeamten Macke v. 11.9.1998 – Revisionsbegründung v. 20.12.2000, S. 23) – ein Gespräch vorausgegangen, welches, wie der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in einer Stellungnahme v. 10.5.1999 sich ausdrückte (Revisionsbegründung v. 20.12.2000, S. 30), ‚außerhalb des Protokolls‘ stattfand, nichtsdestotrotz vom Landgericht in einer abschließenden Einschätzung mehrfach als *Vernehmung* bezeichnet worden war (UA, S. 93).

Obwohl es sich um eine Vernehmung gehandelt hatte, in deren Verlauf an den Mitangeklagten S. gezielt Fragen gestellt und ihm Vorhalte gemacht wurden –

*„Die anschließende **Frage** von KHK Macke zur weiteren Aufklärung seiner Tatbeteiligung, ob er das Tatfahrzeug gesteuert habe, verneinte der Angeklagte S. und erklärte dazu, dass er sonst den Führerschein dabei gehabt hätte. Auch danach führte er zunächst nichts weiter aus, weshalb KHK Macke nochmals **fragte**, was er denn gemacht habe und wo er im Fahrzeug gesessen habe. Auch diese **Frage** beantwortete der Angeklagte S. zunächst nicht, sondern begann zu weinen. Als man **ihm erklärte**, dass man Spuren im Fahrzeug gesichert, aber noch nicht ausgewertet habe, ergänzte der Angeklagte S. undifferenziert, dass er überall gesessen habe. Der **Vorhalt**, dass dieses bei der Tatausführung, mithin als das Fahrzeug in Bewegung war, schlecht möglich sei, kommentierte er nicht mehr, sondern verwies darauf, dass die Polizei schon allein herausbekommen werde, wo er zur Tatzeit gesessen habe. Da die Vernehmung zu diesem Punkt stockte, **erkundigte** sich KHK Macke, wer der Anrufer des Telefonates nach der Tat (gemeint war das Gespräch vom 22.07.1998 um 17.03 Uhr) von ‚hinter Magdeburg‘ gewesen sei, woraufhin der Angeklagte S. erwiderte, von einem solchen Gespräch nichts zu wissen.‘ (UA, S. 93 – meine Hervorhebungen) –,*

machten die vernehmenden Kriminalbeamten keinerlei Anstalten, die Tatsache dieser vorangegangenen Vernehmung und die während der Vernehmung gestellten Fragen sowie die von dem Mitangeklagten S. gegebenen Antworten in das Protokoll aufzunehmen.

Und nicht nur dies: Obwohl die Vernehmung bereits um 9.30 Uhr begonnen hatte, wurde in Verfälschung der tatsächlichen Gegebenheiten in dem schriftlichen Protokoll ein Vernehmungsbeginn um 11.00 Uhr behauptet!

In den schriftlichen Urteilsgründen heißt es hierzu:

„Nachdem man dem Angeklagten S. die Absicht einer förmlichen Protokollierung mitgeteilt hatte, lehnte dieser aber ab, die Angaben zu wiederholen oder zu ergänzen und erklärte, dazu erst nach Rücksprache mit seinem Verteidiger bereit zu sein.‘ (UA, S. 93/94)

Dieses Geschehen ist vom Verfahrensablauf wie folgt zu würdigen:

Das Protokoll wurde geführt durch die Kriminalbeamten Macke und Pape. Es gab für sie *keinerlei rechtlich anerkennenswerten* Grund, den tatsächlichen Verlauf der seit 9.30 Uhr durchgeführten Vernehmung nicht in das Protokoll aufzunehmen. Auch die Möglichkeit, dass der Beschuldigte sich weigert, das Protokoll zu unterschreiben, gibt keinen Anlaß, von einer ordnungsgemäßen Protokollierung, bei welcher § 168b Abs. 1 und 2 StPO entsprechend Anwendung finden (BGH in NStZ 1995, 353 und NStZ 1997, 611), abzuweichen. Insbesondere ist die Erstellung einer ordnungsgemäßen Niederschrift nicht davon abhängig, dass alle Beteiligten unterschreiben (vgl. § 168a Abs. 3 Satz 3 StPO sowie Meyer/Goßner, StPO, 49. Aufl., Rdnr. 31 zu § 163a).

Erst recht war es den Kriminalbeamten *verboten*, den Inhalt des Protokolls absichtlich zu verfälschen und statt des tatsächlichen Vernehmungsbegins um 9.30 Uhr einen solchen um 11.00 Uhr zu suggerieren.

Diese Besonderheit – Ausklammerung des anderthalbstündigen Vorgesprächs, dokumentiert durch eine Unvollständigkeit des Protokolls und eine falsche Angabe des Vernehmungsbegins – läßt es als naheliegend erscheinen, dass dies nur geschah, um den Mitangeklagten S. weiterhin in der von den Kriminalbeamten erkannten und ausgenutzten Fehlvorstellung zu wiegen, nur seine *schriftlich* niedergelegten Äußerungen seien verwertbar.

Daß die Ausnutzung eines solchen Irrtums, zumal dann, wenn der Beschuldigte – wie hier – bei der unmittelbar vorangegangenen Vernehmung ausdrücklich erklärt hat, schweigen und Anwälte mit seiner Vertretung beauftragen zu wollen, bedenklich ist, hat der Senat gerade unlängst betont (BGH in NJW 2006, 1008, 1009).

3. Gerade die rechtliche Bedenklichkeit dieses Vorgehens angesichts eines Beschuldigten, der zwar Anwälte mit seiner Verteidigung beauftragen wollte, andererseits aber nicht darauf drängte, dass diese sofort benachrichtigt werden, macht deutlich, welche konkrete Hilfe dieser Beschuldigte – der Mitangeklagte S. – durch das Konsulat hätte erlangen können: Wäre er über sein Recht, die unverzügliche Unterrichtung des Konsulats zu verlangen, informiert worden, hätte er – dies muß unterstellt werden – auch darum gebeten.

Hierbei sei auf folgenden – schlichten aber entscheidenden – Unterschied zwischen den beiden Konsultationsvorschriften hingewiesen: Die Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO enthält keine *gesetzlich* verbriefte Verpflichtung der Behörden zur Unterrichtung über die Benachrichtigungspflicht; anders Art. 36 Abs. 1 Buchst. b des Wiener Konsularrechtsübereinkommens hinsichtlich der Unterrichtung über die Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Konsulat.

Wäre der Mitangeklagte S. – was ebenfalls unterstellt werden muß – nach der unverzüglich vorzunehmenden Unterrichtung des nächst gelegenen Konsulats (das türkische Konsulat in Hannover) schon am Nachmittag des 6.9.1998 oder am frühen Morgen des 7.9.1998 durch einen Konsulatsangehörigen oder einen von dem Konsulat beauftragten Rechtsanwalt aufgesucht worden, wäre es in Anwesenheit eines Anwalts nicht zu dem Vernehmungsgespräch mit den Kriminalbeamten Macke und Pape gekommen. Auch ist denkbar, dass das Konsulat noch am 6.9.1998 mit dem Mitangeklagten S. fernmündlich im Polizeigewahrsam Kontakt aufgenommen und anschließend die von ihm in Aussicht genommenen (tatsächlich schon beauftragten, aber über die Verhaftung möglicherweise nicht informiert gewesenen) Rechtsanwälte in Hamburg zu einem sofortigen Besuch in Braunschweig bewogen hätte.

4. Es bedarf also nicht der *generellen* Annahme eines Verwertungsverbots, um im Falle eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 Buchst. b des Wiener Konsularrechtsübereinkommens eine Revisibilität des hier angefochtenen Urteils zu bejahen. Eine solche ergibt sich schon aus den Besonderheiten des vorliegenden Falles, der die *Möglichkeit*, dass die unverzügliche Einschaltung des Konsulats zu einer Unterlassung des Vernehmungsgesprächs am 7.9.1998 geführt hätte, nahelegt, jedenfalls nicht ausschließt. Das müsste im Hinblick auf § 337 Abs. 1 StPO reichen.“

A n l a g e 2.

In den folgenden Monaten passierte zunächst nichts. In einem Beschluß vom 11.9.2007 befaßte sich der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit den Konsequenzen eines Verstoßes gegen Art. 36 WÜK (HRRS 2007, 393). Die vom 1. Strafsenat bejahte Anwendung der „Widerspruchslösung“ auf Verstöße gegen das Konsularrechtsübereinkommen gab dem Unterzeichner Anlaß, in einem weiteren Schriftsatz vom 19.10.2007 darzutun, dass das auf eine Fortsetzung der „procedural default rule“ hinauslaufe, welche der IGH in den Entscheidungen *La Grand* und *Avena* gerade beanstandet hatte.

A n l a g e 3.

Bereits am 25.9.2007 allerdings hatte der 5. Strafsenat in der Sache entschieden. Die Entscheidung wurde mir mit Zuschrift vom 25.10.2007 übersandt und ging in meinem Büro am 29.10.2007 ein.

Der 5. Strafsenat bejaht zunächst einen Verstoß gegen Art. 36 WÜK:

„a) Allerdings liegt in jedem der beiden Fälle eine Gesetzesverletzung darin, dass der Angeklagte S. und der Angeklagte Demirgil jeweils nach ihrer Festnahme nicht durch die Polizeibeamten über ihre Rechte gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK belehrt worden sind.

Die Bundesrepublik Deutschland und die Türkei sind Vertragsstaaten des genannten Übereinkommens (BGBl II 1969 S. 1585, 1671).

Zur Belehrung eines Festgenommenen mit fremder Staatsangehörigkeit gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK über sein subjektives Recht, die unverzügliche Benachrichtigung seiner konsularischen Vertretung zu verlangen, sind bereits die Polizeibeamten nach Festnahme verpflichtet (BVerfG – Kammer – NJW 2007, 499, 503 unter Berufung auf IGH, Urteil vom 27.

Juni 2001, ICJ-Reports 2001, 464 – ‚LaGrand‘ – [Übersetzung in EuGRZ 2001, 287] sowie vom 31. März 2004, ILM 43 [2004], 581 – ‚Avena‘). Die durch den Senat vormals vorgenommene, an den nationalen Konkretisierungen im Haftrecht nach Art. 104 GG, §§ 115, 115a, 128 StPO orientierte Auslegung, welche die Pflicht auf den Richter beschränkt (BGHR WÜK Art. 36 Unterrichtung 1), erweist sich danach als zu eng und ist ausdrücklich zu revidieren. Die Belehrungspflicht knüpft – standardisiert – an die fremde Staatsangehörigkeit des Beschuldigten und an seine Festnahmesituation an. Sie gilt also auch für den Fall, dass der Beschuldigte seinen Lebensmittelpunkt in Deutschland hat. Eine darüber hinausgehende ausländerspezifische oder situationsbedingte Hilflosigkeit ist nicht Voraussetzung für die sich aus Völkervertragsrecht im Range eines Bundesgesetzes ergebende Belehrungspflicht. Ebenso führt bei einem Beschuldigten, der nicht ausländischer Angehöriger eines Vertragsstaats des Wiener Übereinkommens ist, eine gleichgeartete besondere Hilflosigkeit in der Festnahmesituation nicht zu hieraus abzuleitenden entsprechenden Unterstützungspflichten.“

Auch sieht er die Möglichkeit, dass die Beweiswürdigung auf den Ergebnissen der Vernehmung, welche nach Festnahme des S. und ohne vorherige Belehrung über seine Rechte aus Art. 36 WÜK durchgeführt wurde, beruhen könne (auch wenn dies „eher fernliegen mag“):

„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.“

Der 5. Strafsenat – nachdem er mit richtigen Argumenten sich von der „Widerspruchslösung“ des 1. Strafsenats abgesetzt hat – steuert alsdann direkt die Frage an, ob ein Verstoß gegen Art. 36 WÜK ein Verwertungsverbot zur Folge habe oder nicht (§ 337 StPO wird in der Entscheidung nirgendwo erwähnt):

„d) Indes zieht der Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK kein Verwertungsverbot nach sich, das anzunehmen Völker- oder Verfassungsrecht nicht gebieten (BVerfG – Kammer – aaO S. 503 f.; vgl. auch Kreß GA 2007, 296, 304; Walter JR 2007, 99, 101; Paulus StV 2003, 57, 58 f.; ferner Burchard JZ 2007, 891, 893 f.). Insoweit stellt sich die Rechtslage in Abwägung der widerstreitenden Interessen namentlich unter Berücksichtigung von Art und Gewicht des Verstoßes und von wesentlichen Belangen der Urteilsfindung im Strafverfahren (vgl. BGHSt 44, 243, 249 m.w.N.; BGH NJW 2007, 2269, 2271, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt) anders dar als bei der in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgeschriebenen Belehrung über das Schweigerecht und das Verteidigerkonsultationsrecht. Hierdurch wer

den die wesentlichen Rechte des Beschuldigten auf Selbstbelastungsfreiheit und effektive Verteidigung unmittelbar bezogen auf die Vernehmungssituation zentral geschützt. Die einem Beschuldigten aus Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK zu erteilende Belehrung ist diesen Belehrungspflichten hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und – was für die Annahme eines Verwertungsverbots wesentlich sein kann – hinsichtlich ihrer Bedeutung für ein mögliches Beweisergebnis zu Lasten des Beschuldigten nicht ausreichend ähnlich. So knüpft die Belehrungspflicht des Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK schon nicht an den Beginn der Vernehmung an, sondern es wird allein auf die Inhaftierung abgestellt. Zudem wird durch das Unterrichtsrecht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK lediglich ein ergänzender Schutz für jeden inhaftierten Beschuldigten mit einer fremden Staatsangehörigkeit geboten, dem in der Haftsituation und unter deren besonderer Berücksichtigung eine allein staatsangehörigkeitsbezogene weitergehende Verbesserung seiner Verteidigungschancen eingeräumt werden soll. Durch diese standardisierte Rechtsposition wird, wie dargelegt, auch nicht etwa besonders auf eine mögliche ausländerspezifische Hilflosigkeit abgestellt. Liegt eine solche vor, ist dem eben nicht etwa durch eine hervorgehobene Bewertung oder weitergehende Ausgestaltung der Rechte aus Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK Rechnung zu tragen, sondern durch eine geeignete besondere Rücksicht auf die Wahrnehmung des Schweigerechts und des Verteidigerkonsultationsrechts, insbesondere bei der Ausgestaltung der nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgeschriebenen Belehrung (vgl. BGHSt 42, 15). Den betroffenen ausländischen Beschuldigten kommen sonst unvermindert sämtliche rechtsstaatlichen Verteidigungsstandards zugute. An eine Verletzung des subjektiven Rechts aus Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK (vgl. IGH – ‚LaGrand‘ – aaO S. 494), das zwar beachtlich ist, indes ein für die Ausgestaltung der Verteidigung nicht zentrales pauschales Sonderrecht darstellt, ist danach, anders als bei § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO möglich, kein Beweisverwertungsverbot zu knüpfen.“

Der 5. Strafsenat sieht allerdings das Erfordernis – so wörtlich – die „effektive Revisibilität“ eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 2 zweiter Halbsatz WÜK sicherzustellen.

Auch hier (dies sei der nachfolgenden rechtlichen und verfassungsrechtlichen Bewertung schon vorausgeschickt), wo es angeblich um die „effektive Revisibilität“ eines Verfahrensfehlers geht, wird die Zentralnorm des Revisionsrechts, § 337 StPO, nicht einmal erwähnt, geschweige denn aktiviert.

Ähnlich wie in Fällen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung oder der staatlich gesteuerten Verleitung einer unverdächtigen, nicht tatgeneigten Person zu einer Straftat müsse eine Kompensation gefunden werden, die der 5. Strafsenat – in verbalem Gleichklang mit einem Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats – in einer „Vollstreckungslösung“ sieht, was wie folgt begründet wird:

„e) Jedoch erachtet der Senat es für angezeigt, die Rechtsverletzung zu kompensieren.

Trotz Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots darf der festzustellende Verstoß gegen die völkerrechtlich verankerte Unterrichtungspflicht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK grundsätzlich nicht folgenlos bleiben. Nach der vom Internationalen Gerichtshof geforderten Auslegung des Art. 36 Abs. 2 zweiter Halbsatz WÜK – die gemäß den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu beachten ist (BVerfG – Kammer – aaO S. 501) – muss es möglich sein, eine effektive Revisibilität („full effect“, IGH – „La Grand“ – aaO S. 498) sicherzustellen. Daraus folgt zum einen, dass das Revisionsgericht auf eine Verfahrensrüge des betroffenen ausländischen Angeklagten eine Rechtsverletzung zu prüfen und gegebenenfalls festzustellen hat. Zudem ist zu beachten, dass die Angeklagten S. und D. in ihren persönlichen und prozessualen Rechten verletzt worden sind und die – dem deutschen Revisionsverfahren ohnehin fremde – alleinige Feststellung der Rechtsverletzung dies nicht stets angemessen auszugleichen vermag. Ähnlich wie in den Fällen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (vgl. die Darstellung der Rechtsentwicklung im Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats vom 23. August 2007 – 3 StR 50/07) und im Fall der Verleitung einer unverdächtigen und zunächst nicht tatgeneigten Person zu einer Straftat durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zuzurechnenden Weise (BGHSt 45, 321; 47, 44, 52) liegt ein Grund für eine Kompensation vor (vgl. hierzu Simma aaO S. 432). Damit wird sichergestellt, dass der Verletzte, sofern dies angemessen ist, eine Wiedergutmachung für die von ihm erlittene Beeinträchtigung seiner Rechtsposition aus Art. 36 WÜK im sachnächsten nationalen Verfahren erhalten kann.

Eine derartige Kompensation erscheint jedenfalls dann angezeigt und gar geboten, wenn der betroffene Angeklagte eine erhebliche Bestrafung erfährt und der Verstoß nicht – wie in dem vom 1. Strafsenat entschiedenen Fall angesichts alsbald anschließender Belehrung durch den Haftrichter – nur kurzfristig fortgewirkt hat. Beide Voraussetzungen sind vorliegend bei den unmittelbar betroffenen Beschwerdeführern S. und Demirgil erfüllt.

f) Der Senat nimmt diese Kompensation nicht – wie die bisherige Rechtsprechung in den genannten Fällen – durch eine Herabsetzung der verhängten Strafe (Strafzumessungslösung) vor, sondern in Form des Ausspruchs, dass ein zahlenmäßig bestimmter Teil der verhängten Freiheitsstrafe als vollstreckt gilt (Vollstreckungslösung). Er sieht sich als befugt an, in der vorstehenden Weise zu entscheiden, ohne von bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzuweichen, da bislang nicht entschieden worden ist, in welcher Form die Kompensation einer Verletzung von Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK und damit die angezeigte effektive Geltendmachung der Verletzung dieses Rechts vorzunehmen ist. Er orientiert sich an der auf eine analoge Anwendung des § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB gestützten „Vollstreckungslösung“, wie sie der 3. Strafsenat im Vorlagebeschluss vom 23. August 2007 – 3 StR 50/07 (vgl. auch Basdorf, Tagungsbericht zum Karlsruher Strafrechtsdialog 2007) nunmehr für Fälle überlanger Verfahrensdauer für vorzugswürdig hält. Diese Lösung ist – anders als die Strafzumessungslösung –

nicht mit dem Widerspruch behaftet, durch eine Reduktion der schuldangemessenen Strafe Verfahrensfehler der Strafverfolgungsbehörden, die mit der Schuld des Angeklagten in keiner

Beziehung stehen, hiermit in Korrelation zu setzen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 2007 – 5 StR 83/07, zur Veröffentlichung in BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 fair-trial 5 bestimmt). Sie entspricht vielmehr dem objektiv orientierten Modell des § 51 StGB. Damit ist auch eine höhere Transparenz der Rechtsfolgenentscheidung in dem Sinne gewährleistet, dass die Tatschuld im Strafausspruch zutreffend ausgewiesen wird und in dieser Weise unvermindert bei späteren Entscheidungen berücksichtigt werden kann.

Die neue Fallkonstellation erlaubt eine solche abweichende Methodik selbst für den Fall, dass sie sich – entgegen der Auffassung auch des 5. Strafsenats – bei auf überlanger Verfahrensdauer beruhenden Verstößen gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK nicht durchsetzen sollte. Jene Fälle haben einen weit größeren Anwendungsbereich und betreffen – im Gegensatz zu der hier zu entscheidenden Fallkonstellation mit regelmäßig nicht übermäßig schwerwiegenden Verstößen – Fälle unterschiedlichsten Gewichts mit einem ganz individuell zu bemessenden Ausmaß einer gebotenen Kompensation.

Die neue, vorliegend vom Senat bereits angewendete Methodik hat überdies den Vorteil, dass eine effektive Revisibilität auch einem zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Angeklagten zugute kommt, abweichend von der Lösung über die Strafzumessung, deren insoweit negative Konsequenz von der Rechtsprechung freilich gebilligt worden ist (BVerfG – Kammer – NStZ 2006, 680; BGH NStZ 2006, 346). So wird infolge der ‚Vollstreckungslösung‘ hier der Angeklagte S. durch eine bezifferte Anrechnung eines als verbüßt geltenden Teils der Strafe analog § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB den Zeitpunkt der Mindestverbüßung nach § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB früher erreichen.

Der Senat lässt offen, ob in Fällen geringerer Schwere eine mittels Anwendung des nationalen Rechts mögliche Kompensation auch auf andere Weise, etwa durch Gewährung einer Entschädigung in analoger Anwendung des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) oder durch Kostennachlass, etwa analog § 465 Abs. 2 StPO, in Betracht zu ziehen wäre. Bei Strafen geringeren Gewichts und im Falle der späteren Heilung des Verfahrensverstößes durch alsbald nachgeholte Belehrung gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK (vgl. BGH, Beschluss vom 11. September 2007 – 1 StR 273/07, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt) mag eine Kompensation gänzlich entbehrlich sein.“

Der 5. Strafsenat sieht einen wesentlichen Vorzug der von ihm angestrebten Kompensation in Form der „Vollstreckungslösung“ gerade darin, dass durch sie eine Reduktion der schuldangemessenen Strafe aufgrund von Umständen, die mit der Schuld des Angeklagten nichts zu tun haben, vermieden werde. Das Maß der vollstreckungsrechtlichen Anrechnung entnimmt er seinerseits wiederum dem Maß der Schuld der Angeklagten:

„g) Der Senat bestimmt das Maß der als vollstreckt geltenden Strafe angesichts des jeweiligen Gewichts des Verstoßes und seiner Auswirkungen sowie der jeweiligen Tatvorwürfe bei beiden Beschwerdeführern jeweils mit sechs Monaten.“

Schon hier – der nachfolgenden rechtlichen Bewertung vorarbeitend – sei darauf hingewiesen, dass der 5. Strafsenat, wenn er von dem „*Gewicht des Verstoßes und seiner Auswirkungen*“ spricht, die auf den Vollstreckungszeitraum und das Maß seiner Reduktion Einfluß nehmen sollen, nicht anspricht, was er an anderer Stelle seiner Entscheidungsgründe ebenfalls zu den „*Auswirkungen*“ des Verstoßes gezählt hat:

„Ein Beruhen der Beweiswürdigung in den angefochtenen Urteilen auf den Ergebnissen der in dieser Situation erfolgten Vernehmungen kann der Senat nicht ausschließen, ...“

Mögliche Beweiswürdigungsfehler, wegen der Verweigerung einer neuen Tatsachenverhandlung nicht mehr aufzudecken, sollen kompensiert werden durch eine reduzierte Vollstreckungszeit?

Der Beschwerdeführer dieses Verfahrens – deutscher Staatsangehöriger und Mitbeschuldigter des Angeklagten S. – soll von all dem allerdings gar nichts haben. Der 5. Strafsenat verweigert ihm die Rügebefugnis mit folgenden Erwägungen:

„b) Die Mitangeklagten des Angeklagten S., die Beschwerdeführer Salkovic (serbisch-montenegrinischer Staatsangehöriger) und F. (deutscher Staatsangehöriger), können aus dieser Verletzung des subjektiven Rechts ihres Mitbeschuldigten für sich von vornherein keine Verletzung eigener Verfahrensrechte herleiten. Die Belehrungspflicht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK knüpft individuell an fremde Staatsangehörigkeit und Festnahmesituation des unmittelbar betroffenen Beschuldigten an. Seine Verletzung berührt noch weniger als eine Verletzung der Rechte aus § 136 Abs. 1 StPO (vgl. dazu BGHSt 47, 233, 234; BGHR StPO § 136 Belehrung 5; BGH wistra 2000, 311, 313; vgl. auch Nack StraFo 1998, 366, 372 f.) den Rechtskreis eines Mitbeschuldigten. Grundlegende generelle Belange der Prozessordnungsmäßigkeit des Verfahrens, die eine abweichende Betrachtung veranlassen könnten (vgl. BGHSt 33, 148, 154 m.w.N.), sind nicht berührt. Bei dieser Sachlage bedarf die Frage keiner Vertiefung, ob als Ergebnis der maßgeblichen Abwägung zwischen den Belangen rechtsstaatlich geforderter Wahrheitsfindung und effektiver Wahrung unverletzlicher Verfahrenspositionen schon die bislang vom Bundesgerichtshof anerkannten Drittwirkungen – namentlich bei so persönlich geprägten Rechtspositionen wie denen aus dem Bereich des § 52 StPO – als eher zu weitgehend angesehen werden müssen.“

Anlage 4.

In der durch das Bundesverfassungsgericht aufgehobenen Entscheidung des 5. Strafsenats war die Rügebefugnis des Beschwerdeführers noch nicht verneint, sondern lediglich – unter Erwähnung sowohl der der „Rechtskreistheorie“ verpflichteten (BGHSt 11, 213; BGHR StPO § 136 – Belehrung 5) BGH-Entscheidungen als auch der entgegenstehenden, allein auf die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Verfahrens abstellenden BGH-Entscheidung (BGHSt 33, 148) – als „zweifelhaft“ bezeichnet worden:

„So ist schon zweifelhaft, ob neben dem Angeklagten S. die weiteren Angeklagten ihre Revision auf einen etwaigen Verstoß gegen das WÜK stützen können, da die genannten Bestimmungen nur dem Festgenommenen selbst bestimmte Rechte gewähren (vgl. dazu BGHSt 11, 213; BGHR StPO § 136 – Belehrung 5; siehe aber auch BGHSt 33, 148). Indes kommt es hierauf nicht an.“

III. Verfassungsrechtliche Bewertung

Vorangeschickt: Ich bitte um Verständnis, dass ich aufgrund einer akuten gesundheitlichen Einschränkung zunächst nur die wesentliche Stoßrichtung der Verfassungsbeschwerde bezeichne und die rechtlichen Ausführungen auf das Notwendigste beschränke. Ich werde in der kommenden Woche meinen rechtlichen Vortrag noch detaillieren.

1. Zur Rügebefugnis des Beschwerdeführers

Der 5. Strafsenat behauptet, die Verletzung des Art. 36 WÜK berühre nicht den „Rechtskreis“ des Beschwerdeführers, da die darin geregelte Belehrungspflicht individuell an das Kriterium der ausländischen Staatsangehörigkeit und die Festnahmesituation des unmittelbar betroffenen Beschuldigten anknüpfe. Die Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK berühre „noch weniger“ als eine Verletzung der Rechte aus § 136 Abs. 1 StPO den Rechtskreis eines Mitbeschuldigten.

Das „noch weniger“ erstaunt, da nach den drei von ihm zitierten Entscheidungen (des 3. und des 5. Strafsenates sowie eine in „kleiner Besetzung“ ergangene 138a-StPO-Entscheidung des 2. Strafsenats) die fehlende Belehrung eines Beschuldigten *überhaupt nicht* den Rechtskreis der Mitbeschuldigten berühren soll:

„Auf eine angebliche unzulängliche Belehrung der Mitangeklagten nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO kann sich die Angeklagte nicht berufen; ihre Rechte werden hierdurch nicht berührt (vgl. BGHR StPO § 136 Belehrung 5; BGH wistra 2000, 311, 313; Nack StraFo 1998, 366, 372f.). Bereits daran scheitert ihre Rüge, soweit sie sich gegen die Verwertung der richterlichen Vernehmung der Mitangeklagten wendet.“ (BGHSt 47, 233, 234)

„Denn die Regelung über die Beschuldigtenbelehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO bzw. zweckt 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)

„Im übrigen würde selbst das Unterbleiben einer Belehrung des Mitbeschuldigten W. die Verwertung seiner Angaben gegen den Beschuldigten S. nicht hindern (vgl. BGHR StPO § 136 Belehrung 5; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 44. Aufl. § 136 Rdn. 20)“ (BGH in wistra 2000, 311, 313)

Eine Begründung für die auf den „Rechtskreis“ abstellende Beschränkung der Rügebefugnis enthalten diese drei Entscheidungen allesamt nur insoweit, als sie – durch den Verweis auf das Urteil des 3. Strafsenats in BGHR StPO § 136 Belehrung 5 – jeweils die Entscheidung des Großen Senats des BGH in BGHSt 11, 213 zur Rügebefugnis des Angeklagten im Falle einer unterbliebenen Belehrung eines Zeugen gemäß § 55 StPO in Referenz nehmen.

Demgegenüber hat der 2. Strafsenat in seinem Urteil vom 20.2.1985 (BGHSt 33, 248, 254?) den Ausnahmecharakter dieser Entscheidung des Großen Senats betont und – im Hinblick auf die Verletzung der Belehrungspflichten nach §§ 53, 53a StPO – jede Verallgemeinerung dieser Entscheidung abgelehnt. Es müsse bei dem Grundsatz bleiben, dass „jeder Angeklagte einen Anspruch auf prozeßordnungsgemäßes Verfahren hat“:

„In der Rechtsprechung findet sich kein Hinweis darauf, daß die Rügebefugnis nur demjenigen Angeklagten zustehe, der durch die §§ 53, 53 a StPO in seinem Geheimhaltungsinteresse geschützt wird. Der Bundesgerichtshof hat zwar bei Verletzung anderer Verfahrensnormen, namentlich des § 55 Abs. 2 StPO (Unterbleiben der Belehrung eines Zeugen über sein Auskunftsverweigerungsrecht), eine Rügebefugnis des Angeklagten mit der Begründung, sein ‚Rechtskreis‘ sei nicht berührt, ausnahmsweise verneint (BGHSt 11, 213 ff). Die dafür maßgebenden Erwägungen sind aber keiner den Regelungsbereich der §§ 53, 53 a StPO einbeziehenden Verallgemeinerung und Erweiterung zugänglich. Für Verstöße gegen diese Bestimmungen bewendet es bei dem Grundsatz, daß jeder Angeklagte einen Anspruch auf prozeßordnungsgemäßes Verfahren hat (RGSt 57, 63, 64 f; 71, 21, 23; BGHSt 9, 59 f; Roxin, Strafverfahrensrecht, 18. Aufl. S. 132), also regelmäßig die Beachtung der Verfahrensvorschriften verlangen und ihre Verletzung mit der Revision rügen kann.“

Angesichts dieser widerstreitenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs – der Widerstreit ist in der vom Bundesverfassungsgericht aufgehobenen Ausgangsentscheidung des 5. Strafsenats auch ausdrücklich als solcher bezeichnet –

„So ist schon zweifelhaft, ob neben dem Angeklagten S. die weiteren Angeklagten ihre Revision auf einen etwaigen Verstoß gegen das WÜK stützen können, da die genannten Bestimmungen nur dem Festgenommenen selbst bestimmte Rechte gewähren (vgl. dazu BGHSt 11, 213; BGHR StPO § 136 – Belehrung 5; *siehe aber auch BGHSt 33, 148*). Indes kommt es hierauf nicht an.“ (meine Hervorhebung) –,

wäre zu erwarten gewesen, dass der Rügebefugnis des Beschwerdeführers mehr entgegengehalten wird als die begründungslose und als solche willkürliche Dezision, sein Rechtskreis sei nicht berührt.

Vgl. hierzu auch *Dencker* in StV 1995, 232, 234.

Daß – unabhängig von dem Anspruch des Beschwerdeführers auf ein prozeßordnungsgemäßes Verfahren – sein Rechtskreis sehr wohl berührt sein kann, zeigt sich an der Erwägung, „ein Beruhen der Beweiswürdigung in den angefochtenen Urteilen auf den Ergebnissen der in dieser Situation (nach Unterlassung der Belehrung gemäß Art. 36 WÜK) erfolgten Vernehmungen kann der Senat nicht ausschließen.“ Das Urteil gegen S. und den Beschwerdeführer ist in demselben Verfahren ergangen, es beruht auf denselben Beweiserwägungen. Wenn die Beweiswürdigung ohne den beanstandeten Verfahrensverstöß möglicherweise anders ausgefallen wäre, berührte dies unmittelbar auch die Interessen und damit den „Rechtskreis“ des Beschwerdeführers.

Es sei denn, man rückte von dem Bild einer einheitlichen Beweisaufnahme ab und ließe dem Prinzip des fairen Verfahrens hohnsprechende Teil- und „Überkreuz“-Verwertungen zu – vgl. hierzu *Dencker a.a.O.*

2. Es ist weiterhin willkürlich, dass der 5. Strafsenat sich von vornherein in einer generalisierenden Weise der Frage gewidmet hat, ob aus einer Verletzung des Art. 36 WÜK ein Verwertungsverbot herzuleiten sei, ohne – entlang der Leitlinie des § 337 StPO – im einzelnen zu prüfen,

- welchen tatsächlichen Einfluß die aus der im unmittelbaren Anschluß an seine Festnahme erfolgten Vernehmung des S. gewonnenen Erkenntnisse auf die Beweiswürdigung gehabt haben,
- ob sie von wesentlicher Bedeutung für die Verurteilung waren,
- welche Auswirkungen eine – nach Belehrung des S. – erfolgte Benachrichtigung des nächst gelegenen Konsulats gehabt haben könnte,
- ob eine vom Konsulat möglicherweise veranlasste sofortige Einschaltung eines Anwalts (oder auch nur deren Ankündigung) zu einer Unterlassung der am Tag nach der Festnahme erfolgten Vernehmung geführt haben könnte.

All dies war in dem Schriftsatz des Unterzeichners vom 28.1.2007 im einzelnen dargetan worden. Von dieser durch § 337 StPO vorgezeichneten Prüfung des Verfahrensverstößes auf der Grundlage des vom Tatgericht festgestellten Sachverhalts findet sich in der angegriffenen Entscheidung **nichts**.

Hierzu passt – dies ist aber nicht Angriffspunkt der Beschwerde – die völlige Ausdünnung des der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalts. Seine Schilderung unterbleibt völlig. Über die Angeklagten erfährt der Leser des Beschlusses nur den Umstand, dass sie durch die Vorinstanz zu lebenslanger Freiheitsstrafe mit besonderer Schwere der Schuld verurteilt worden sind (A I), der eine Angeklagte türkischer, der andere serbisch-montenegrinischer und der Beschwerdeführer deutscher Staatsangehörigkeit ist (A I). Das ist alles!

3. Die Notwendigkeit, mit den Besonderheiten des Ausgangsfalles sich zu befassen, statt allein in eine allgemeine Abhandlung über Beweisverwertungsverbote und die Kompensation von Verstößen gegen Völkervertragsrecht einzutreten, war auch und gerade im Hinblick auf die beiden Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs geboten, deren Beachtung das Bundesverfassungsgericht gefordert hatte.

Der völkerrechtliche Grundsatz bei der Behandlung von Vertragsverletzungen ist der der Wiederherstellung des *status quo ante*, was bedeutet, dass der vertragsverletzende Staat verpflichtet ist,

„...as far as possible, (to) wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.“ (so der Ständige Internationale Gerichtshof 1928 in der Sache *Factory at Chorzów*, zitiert nach: *Riedel*, Stichwort „Damages“, in *Bernhardt* (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht, Amsterdam 1992, Vol. I, p. 930)

Aus der völkerrechtlichen Restitutionspflicht hat der Internationale Gerichtshof im Fall *LaGrand*, ebenso wie im Fall *Avena*, hergeleitet, dass das völkerrechtliche Unrecht einer unterbliebenen Belehrung 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*).

In den Gründen der *Avena*-Entscheidung heißt es unmissverständlich:

*“138. The Court would emphasize that the ‘review and reconsideration’ prescribed by it in the LaGrand case should be effective. Thus it should ‘tak[e] account of the violation of the rights set forth in [the] Convention’ (I.C.J. Reports 2001, p. 516, para. 128 (7)) 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**.*

139. Accordingly, in a situation of the violation of rights under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention, the defendant raises his claim in this respect not as a case of ‘harm to a particular right essential to a fair trial’, a concept relevant to the enjoyment of due process rights under the United States Constitution, but as a case involving the infringement of his rights under Article 36, paragraph 1. 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.” (meine Hervorhebung)

Hierbei meint “conviction” den Schuldspruch, “sentence” die Festlegung des Strafmaßes.

Indem der 5. Strafsenat zwar auf der einen Seite konstatiert, ein Einfluß des Verstoßes gegen Art. 36 WÜK auf die Beweiswürdigung –

genauer: ein Beruhen der Beweiswürdigung auf den Ergebnissen der nach Festnahme des S. unter Missachtung der Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK erfolgten Vernehmung –

sei nicht auszuschließen, andererseits sich *jeder* im Rahmen des Revisionsverfahrens möglichen Überprüfung des Schuldspruchs entzieht, stattdessen eine im Gesetz nicht geregelte „Vollstreckungslösung“ favorisiert, um eine bescheidene „Kompensation“ (nicht aber einen „Review“) des Verfahrensverstoßes zu bewirken, entzieht er sich *erneut* seiner verfassungsunmittelbaren Verpflichtung, das Völkerrecht nach den Vorgaben des Internationalen Gerichtshofs zu beachten.

Daß dies – in einem weiteren Sinne – den Anspruch des Beschwerdeführers auf ein faires Verfahren verletzt, wurde durch das Bundesverfassungsgericht in der vorliegenden Sache bereits festgestellt.

4. Antrag

Ich **beantrage**,

den Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 24.9.2007 aufzuheben und die Sache an einen anderen Senat des Bundesgerichtshofs zurückzuverweisen.

Der Rechtsanwalt