Verwertungsverbot bei Verletzung der Pflicht zur Belehrung nach Art. 36 WÜK?

Prof. Dr. Sabine Gless und Prof. Dr. Anne Peters, Basel

A. Einleitung

Soll die Verletzung der Pflicht zur Belehrung nach Art. 36 WÜK ein Verwertungsverbot der Aussage eines ausländischen Beschuldigten im deutschen Strafverfahren nach sich ziehen? Diese Frage ist immer wieder Gegenstand kontroverser Diskussionen in Rechtsprechung und Strafrechtslehre. In einem auf den ersten Blick eher staatsrechtlich als strafrechtlich anmutenden Beschluss hat das *BVerfG* am 08.07.2010 die Strafgerichte an ihre völkerrechtsbezogenen Verpflichtungen erinnert.¹ Zwar signalisiert das *BVerfG* hier, und das ist neu, einerseits Zurückhaltung, indem es die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Einhaltung der Pflicht zur Berücksichtigung von Völkerrecht reduziert. Andererseits fordert es im selben Beschluss eine wirksame Sanktionierung einer solchen Nichtberücksichtigung. Es kritisiert die sogenannte Vollstreckungslösung und postuliert, dass bei Missachtung völkerrechtlicher Vorgaben als Sanktion ein Beweisverwertungsverbot in Betracht gezogen werden muss. Offen bleibt jedoch, ob die nationalen Fachgerichte bei der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots nach einer Verletzung einer Völkerrechtsnorm ohne weiteres auf nationale Normen und Dogmatik zurückgreifen dürfen oder ob sie hier spezifische Aspekte von Strafrechtsfällen mit internationalem Bezug berücksichtigen müssen. Aufbauend auf die Kernaussagen des *BVerfG*-Beschlusses von 2010 wird im Folgenden dargelegt, dass die Belehrungspflicht nach Art. 36 WÜK grundsätzlich mit Hilfe eines Beweisverwertungsverbots durchgesetzt werden sollte, dies aber eine Modifikation der bisherigen Beweisverbotsdoktrin der Rechtsprechung erfordert.

B. Die Kernaussagen des *BVerfG*-Beschlusses, StV 2011, 329

Der Kammerbeschluss vom Juli 2010 enthält drei in verfassungs- und völkerrechtlicher sowie strafprozessualer Hinsicht wichtige Aussagen.

I. Rücknahme der Kontrolle in Bezug auf die Berücksichtigungspflicht

Der Beschluss des *BVerfG* v. 08.07.2010 ist die zweite Entscheidung des höchsten deutschen Gerichts zur Bedeutung der Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1b S. 3 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (WÜK).² Bereits im Jahr 2006 hatte das *BVerfG* festgehalten, dass nationale Gerichte verpflichtet sind, Art. 36 WÜK ebenso wie nationales Strafprozessrecht zu beachten und bei der Auslegung dieser Normen die Rechtsprechung des *IGH* zu berücksichtigen.³ In jenem Kammerbeschluss hatte das Gericht die im *Görgülü*-Urteil von 2004 kreierte verfassungsgestützte Pflicht zur Berücksichtigung des Völkerrechts⁴ erstmals auf das Konsularrechtsübereinkommen angewendet und weiter spezifiziert. Diese Berücksichtigungspflicht verlangt von deutschen (Straf-)gerichten, »die einschlägige Judikatur der für Deutschland zuständigen internationalen Gerichte zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen auseinander zu setzen.«⁵ Die Missachtung der Berücksichtigungspflicht kann mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Wenn

ein deutsches Gericht eine Völkerrechtsnorm (in der Auslegung, die ihr das zuständige internationale Gericht gab) nicht ausreichend berücksichtigt, liegt darin eine Verletzung des thematisch einschlägigen Grundrechts des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Im Fall der Nichtberücksichtigung von Art. 36 WÜK liegt somit eine Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren nach Art. 2 Abs. 1 GG.⁶

In dem Beschluss von 2010 hat das *BVerfG* die Dichte der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Wahrung der Berücksichtigungspflicht tendenziell reduziert. Die Kontrolldichte soll den Schwierigkeiten der fachgerichtlichen Auseinandersetzung mit Entscheidungen internationaler Gerichte Rechnung tragen. Das *BVerfG* lehnte es deshalb ab, eine internationale Entscheidung in allen Einzelheiten auszuwerten und die Berücksichtigung dieser Entscheidung dann an einer solchen eingehenden Würdigung zu messen. Vielmehr muss das Fachgericht offen legen, »dass es die einschlägige Judikatur zur Kenntnis genommen und sich mit ihr auseinandergesetzt« hat. »Geht es dann um die Frage, ob ein Fachgericht einer Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs auch den richtigen Inhalt beigemessen hat, kann ein Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Berücksichtigungspflicht nur bei einer erkennbar fehlerhaften Rezeption

1 *BVerfG*, Beschl. v. 08.07.2010, 2 BvR 2485/07 = StV 2011, 329 (in diesem Heft).

2 Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen v. 24.04.1963; BGBl. 1969 II, Nr. 59, S. 1585 f. Art. 36 (Verkehr mit Angehörigen des Entsendestaates) sieht in Abs. 1 vor: »Um die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben in bezug auf Angehörige des Entsendestaates zu erleichtern, gilt folgendes: a) Den Konsularbeamten steht es frei, mit Angehörigen des Entsendestaates zu verkehren und sie aufzusuchen. Angehörigen des Entsendestaates steht es in gleicher Weise frei, mit den Konsularbeamten ihres Staates zu verkehren und sie aufzusuchen; b) die zuständigen Behörden des Empfangsstaates haben die konsularische Vertretung des Entsendestaates auf Verlangen des Betroffenen unverzüglich zu unterrichten, wenn in deren Konsularbezirk ein Angehöriger dieses Staates festgenommen, in Straf- oder Untersuchungshaft genommen oder ihm anderweitig die Freiheit entzogen ist. Jede von dem Betroffenen an die konsularische Vertretung gerichtete Mitteilung haben die genannten Behörden ebenfalls unverzüglich weiterzuleiten. Diese Behörden haben den Betroffenen unverzüglich über seine Rechte auf Grund dieser Bestimmung [engl. »this subparagraph«] zu unterrichten; (...)«. Abs. 2: »Die in Abs. 1 genannten Rechte sind nach Maßgabe der Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften des Empfangsstaates auszuüben; hierbei wird jedoch vorausgesetzt, dass diese Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften es ermöglichen müssen, die Zwecke vollständig zu verwirklichen, für welche die in diesem Artikel vorgesehenen Rechte eingeräumt werden.« (Hervorhebungen der *Verf.*; deutscher Text zitiert nach BGBl. II, die schweizerische Übersetzung weicht ab).

3 *BVerfGK* 9, 174 = StV 2008, 1 m. Bespr. T. Walter JR 2007, 99.

4 *BVerfGE* 111, 307 – *Görgülü*, insb. Tz. 62.

5 *BVerfGK* 9, 174 (Tz. 54) = StV 2008, 1. Die Berücksichtigungspflicht ergibt sich »aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in Verbindung mit der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 59 Abs. 3 GG), welche die Entscheidungen eines völkerrechtlich ins Leben gerufenen internationalen Gerichts nach Massgabe des Inhalts des inkorporierten völkerrechtlichen Vertrags umfasst« (*BVerfGK* 9, 174 [Rn. 58]). Auch solche Urteile des *IGH*, die in Verfahren gegen andere Staaten ergingen, entfalten eine »normative Leitfunktion« und »Orientierungswirkung« für deutsche Gerichte (*BVerfGK* 9, 174 [Tz. 55 u. 61 f.]); das *BVerfG* spricht auch von einer »faktischen Prädenzwirkung«.

6 *BVerfGK* 9, 174 (Tz. 47).

angenommen werden.«⁷ Nur so könne »den aus der zunehmenden überstaatlichen Einbindung der deutschen Rechtsordnung auch und gerade für die Fachgerichte resultierenden Schwierigkeiten bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle Rechnung getragen werden«, meinte das *BVerfG*.

II. Kritik an der »Vollstreckungslösung«

Der *BGH* hatte die Verletzung der Belehrungspflicht nach Art. 36 WÜK ursprünglich durch eine Kompensation in der Strafvollstreckung sanktionieren wollen. Die Verletzung des WÜK könne dadurch ausgeglichen werden, dass ein bestimmter Teil der verhängten Freiheitsstrafe als vollstreckt gilt; ein Teil der Strafe wird erlassen.⁸ In dem durch das *BVerfG* nun teilweise aufgehobenen Beschluss von 2007 hatte der *5. Strafsenat* offen gelassen, ob in Fällen geringerer Schwere (in denen keine Freiheitsstrafe in Betracht kommt) die Kompensation der Völkerrechtsverletzung auf anderem Wege, z.B. mittels einer Entschädigungszahlung, erfolgen kann. Bei Strafen geringeren Gewichts und im Fall der späteren »Heilung« des Verfahrensfehlers durch eine »alsbald« nachgeholtete Belehrung nach Art. 36 Abs. 1b S. 3 WÜK »mag eine Kompensation gänzlich entbehrlich sein«, so der *5. Strafsenat*.⁹ Im Beschluss vom Juli 2010 rügte das *BVerfG* diese Argumentation. Dadurch »dass der Bundesgerichtshof in seinen Ausführungen zu den aus einer Verletzung von Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b) Satz 3 WÜK resultierenden Konsequenzen nicht in hinreichender Weise die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs zum Konsularrechtsübereinkommen berücksichtigt« habe, wurde nach Ansicht des *BVerfG* offensichtlich das Grundrecht der Beschwerdeführer auf ein faires Verfahren verletzt.¹⁰ Zwar wurde nicht die »Vollstreckungslösung« des *BGH* als solche für verfassungswidrig erklärt. Jedoch befand das *BVerfG*, dass der *BGH* die »völkerrechtlich geforderte Einzelfallkontrolle hinsichtlich der Frage des dem Betroffenen aus der fehlenden Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b) Satz 3 WÜK im weiteren Verfahrensverlauf entstandenen Nachteils (...) nicht gewährleistet« hatte.¹¹ Der *BGH* habe »die vom Internationalen Gerichtshof in aller Deutlichkeit geforderte – ergebnisneutrale – Prüfung der Frage, ob dem Betroffenen im konkreten Fall im Verlauf des Strafverfahrens aus der unterbliebenen Belehrung ein Nachteil entstanden ist, gerade ausgeschlossen«.¹²

Bereits zuvor ist in der Literatur überzeugend dargelegt worden, dass die »Vollstreckungslösung« gegen die völkerrechtlichen Vorgaben verstößt.¹³ Diese »Lösung« gründet nicht auf nachvollziehbaren Standards. Anders als in den Fällen überlanger Verfahrensdauer fehlt bei der Verletzung des WÜK jegliche zeitliche Komponente. Damit wird die Frage, wie die Verletzung des Konsularrechtsübereinkommens zu bewerten und zu »beziellern« ist, allein in das Belieben des Richters gestellt. Symptomatischerweise hatte der *5. Strafsenat* die Höhe der von ihm vorgesehenen Anrechnung auf die Strafvollstreckung (sechs Monate) gar nicht begründet. Ein solches Vorgehen »grenzt an Willkür«, so *Andreas Paulus*.¹⁴ Zudem verletzt die Vollstreckungslösung das Effektivitätsgebot aus Art. 36 Abs. 2 WÜK.¹⁵ Denn die Kompensation ist leicht zu unterlaufen, indem ein Gericht, bewusst oder unbewusst, bei unterlassener Belehrung eine höhere Strafe verhängt um den Strafnachlass anschließend zu verrechnen. Schließlich missachtet die Vollstreckungslösung die Forderung des *IGH*, dass sowohl die nach einem völker-

rechtsfehlerhaften Strafverfahren ausgesprochene Schuldfeststellung als auch das dadurch begründete Strafmaß neu beurteilt werden müssen. Denn in der Vollstreckungslösung bleibt der Strafausspruch selbst unverändert, es gilt lediglich ein Teil der Strafe als bereits vollstreckt.

III. Empfehlung eines Beweisverwertungsverbotest

In Gegenbewegung zu der im Beschluss erkennbaren Rücknahme der verfassungsrichterlichen Kontrolle und als Konsequenz der Kritik an der Vollstreckungslösung hat jedoch der *2. Senat* des *BVerfG* die Weichen klarer in Richtung eines Beweisverwertungsverbotest als angemessene Sanktion für die Verletzung der Belehrungspflicht nach dem WÜK gestellt. Nach Auffassung des *BVerfG* verlangt die vom *IGH* geforderte ergebnisneutrale Prüfung (»review and reconsideration«), dass die Möglichkeit eines Beweisverwertungsverbotest »aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls, das heißt wegen eines aus der fehlenden Belehrung entstandenen Nachteils, im weiteren Verfahrensverlauf« zumindest offen gehalten wird. Ein Beweisverwertungsverbot darf nicht bereits »auf der vorgelagerten Normebene abgelehnt« werden.¹⁶

C. Die Durchsetzung der Belehrungspflicht nach dem WÜK

I. Individualrechte aus Art. 36 WÜK

Die Pflicht zur Belehrung nach dem WÜK bezieht sich auf mehrere Aspekte, die in der Vorschrift des Art. 36 genannt sind.¹⁷ Abs. 1b und c dieser Norm enthält spezielle Vorschriften in Bezug auf inhaftierte Ausländer. Es handelt sich um vier Elemente: (1) Unterrichtung (»information«) der konsularischen Vertretung über den Freiheitsentzug eines Staatsangehörigen, aber nur auf dessen Verlangen (Art. 36 Abs. 1b S. 1 WÜK); (2) Weiterleitung von Mitteilungen des Inhaftierten an seinen Konsul (»forward communications«) (Art. 36 Abs. 1b S. 2 WÜK);¹⁸ (3) Unterrichtung (»information«) der betroffenen Person über die beiden erstgenannten Rechte (Art. 36 Abs. 1b S. 3 WÜK);¹⁹ (4) Kommunikation, in Form von Besuch (»visit«), Gespräch mit dem Konsul (»converse«) und schriftlicher Korrespondenz

7 *BVerfGK* 9, 174 (Tz. 47), Hervorhebung der *Verf.*

8 *BGHSt* 52, 48 (Abschn. B.II.1.e) und f) = *StV* 2008, 5. Im konkreten Fall wurde das Maß der als vollstreckt geltenden Strafe mit sechs Monaten bestimmt.

9 *BGHSt* 52, 48 (Abschn. B.II.1.f.) = *StV* 2008, 5. Der *3. Strafsenat* hielt demgegenüber die Vollstreckungslösung wie später das *BVerfG* für rechtswidrig und sachfremd, weil der Staat Verfahrensverstöße nicht einfach durch einen Vollstreckungsrabatt abhandeln könne, und dies zu einer nicht hinnehmbaren Relativierung des Verfahrensrechts führe (*BGHSt* 52, 110 = *StV* 2008, 172).

10 *BVerfG*, Beschl. v. 08.07.2010 (Fn. 1).

11 *BVerfG*, Beschl. v. 08.07.2010 (Fn. 1).

12 *BVerfG*, Beschl. v. 08.07.2010, Abschn. B.I.2.b) bb) (Fn. 1).

13 *Paulus/Müller StV* 2009, 495 (500 f.).

14 *Paulus/Müller StV* 2009, 495 (501).

15 Siehe den Text des Art. 36 Abs. 2 WÜK (Fn. 2).

16 *BVerfG*, Beschl. v. 08.07.2010, Abschn. B.I.2.b) bb) (Fn. 1).

17 Siehe den Text der Vorschrift (Fn. 2).

18 Das Recht eines Inhaftierten auf Unterrichtung der konsularischen Vertretung seines Heimatstaates über seine Festnahme und auf Weiterleitung seiner Mitteilung tritt an die Stelle des allgemeinen Kontaktrechts nach lit. a), weil der Inhaftierte seine Vertretung nicht persönlich aufsuchen kann.

19 Die Belehrung (Element 3) ist deshalb notwendig, weil der Gaststaat nur »auf Verlangen des Betroffenen« Kontakt mit dessen Konsul aufnehmen muss. Ohne Belehrung über die Möglichkeit, den Kontakt zu verlangen, könnte der Inhaftierte dieses Antragsrecht nicht wirksam wahrnehmen und damit liefe sein Recht auf Kontaktvermittlung leer.

(»correspond with«) mit dem Konsul (Art. 36 Abs. 1c S. 1 WÜK).

Art. 36 Abs. 1b S. 3 HS. 1 des WÜK lautet: »Diese Behörden haben den Betroffenen unverzüglich über seine Rechte auf Grund dieser Bestimmung zu unterrichten«. Die Belehrungspflicht trifft alle »zuständigen Behörden des Empfangsstaates« worunter bereits die Polizei fällt.²⁰ Die Behörden müssen also ausländische Inhaftierte über ihr ebenfalls in Art. 36 WÜK gewährtes Recht auf Kontakt und Kommunikation mit ihrem Heimatkonsulat belehren. Nach neuerer, »individualisierter« Auffassung handelt es sich bei allen Einzelgarantien aus Art. 36, einschließlich der Pflicht zur Belehrung, um völkerrechtliche Individualansprüche von Ausländern, namentlich von inhaftierten Ausländern, gegen den Aufenthaltsstaat.²¹ Die Strafsenate des deutschen BGH erkennen diese individualrechtliche Komponente zwar mit einem Lippenbekenntnis bereits seit knapp einem Jahrzehnt an.²² Doch dem seinerzeit formulierten Leitsatz »Art. 36 WÜK begründet zwar subjektive Rechte des Betroffenen« folgte ein zweiter, als Absage an den Beschwerdeführer und sein Begehren nach Beweisausschluss gerichteter Leitsatz: »Die Zielrichtung dieser Vorschrift soll den Betroffenen aber nicht in der angestrebten Weise privilegieren.«²³ Pointierter ausgedrückt: Art. 36 WÜK begründet subjektive Rechte des Betroffenen, aber er kann sie nicht durchsetzen. Ändert der neue Beschluss des BVerfG etwas an der Wirkungslosigkeit des Art. 36 WÜK im Strafprozess?

II. Effektivitätsgebot und unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 36 Abs. 2 WÜK enthält ein völkerrechtliches Gebot zur effektiven Gewährleistung der Individualrechte aus Art. 36 Abs. 1 WÜK.²⁴ Dieses nimmt auch die nationalen Gerichte, die nach dem Subsidiaritätsprinzip vorrangig zur Sanktionierung der Verletzung von völkerrechtlichen Individualrechten berufen sind, in die Pflicht. Sie können (und müssen) Art. 36 Abs. 1b WÜK unmittelbar anwenden. Nach Ansicht des deutschen BVerfG ist die Vorschrift des Art. 36 WÜK »hinreichend bestimmt, um von den deutschen Strafverfolgungsbehörden unmittelbar angewendet zu werden; sie bedarf keiner Ausführungsgesetzgebung, sondern ist self-executing.«²⁵ Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 36 WÜK wird in neuen Fällen allerdings keine praktische Rolle mehr spielen, weil die Pflicht zur unverzüglichen Belehrung eines verhafteten Beschuldigten über sein Recht zur Benachrichtigung des Heimatkonsulats und auf Weiterleitung von Mitteilungen mit Wirkung v. 01.01.2010 in die StPO aufgenommen wurde.²⁶ Die aus der Verfassung abgeleitete Berücksichtigungspflicht behält ihre Bedeutung auch nach der Einfügung der Belehrungspflicht in die StPO. Sie bildet jetzt die Leitlinie für eine völkerrechtskonforme Auslegung und Anwendung der neuen Vorschrift.²⁷ Zu den Rechtsfolgen einer Verletzung der Belehrungspflicht über das Recht auf Kontakt zum Konsulat äußert sich jedoch die StPO nicht ausdrücklich. Damit bleibt es Sache der Fachgerichte, auf eine solche Rechtsverletzung im Einzelfall adäquat zu reagieren.

III. Rechtsprechung zum Beweisverwertungsverbot

Die Unverwertbarkeit von Beweisen, die unter Verletzung des WÜK gewonnen wurden, konkret also der Aussagen des nicht ordnungsgemäß belehrten Beschuldigten, böte einen

Weg zur Durchsetzung des Individualrechts aus Art. 36 WÜK.

1. Internationale Rechtsprechung

Im *LaGrand*-Urteil hatte der IGH festgehalten, dass in Fällen, in denen Individuen längere Zeit inhaftiert waren oder zu schweren Strafen verurteilt wurden, eine Entschuldigung des Verletzerstaates nicht ausreiche. In diesem Fall muss der Staat »eine Überprüfung und Neubeurteilung (»review and reconsideration«) von Strafurteil (»conviction«) und Strafzumessung (»sentence«) ermöglichen, unter Berücksichtigung der durch die Konvention gewährten Rechte. Diese Verpflichtung kann auf mehrere Weisen erfüllt werden. Die Wahl der Mittel muss (»dem Verletzerstaat«) überlassen bleiben.«²⁸ Diese Freiheit der Wahl der Mittel ist jedoch, wie der IGH im darauffolgenden *Avena*-Fall betonte, »nicht unqualifiziert.«²⁹ Der IGH forderte hier, dass im Anschluss an eine Verletzung des WÜK die nationalen Gerichte eine *Kausalitätsprüfung* vornehmen müssten. Es obliegt ihnen, im »review and reconsideration«-Verfahren zu ermitteln, ob die Konventionsverletzung einen *tatsächlichen Nachteil* des Beschuldigten im Strafprozess *verursacht* hat.³⁰ Die Frage der Rechtsfolgen muss jeweils im konkreten Einzelfall von den staatlichen Gerichten im völkerrechtlich gebotenen Verfahren der Überprüfung und Neubeurteilung untersucht werden.³¹ Die vom *LaGrand*-Urteil geforderte Überprüfung und Neubeurteilung muss effektiv sein. Sie muss die Verletzung von Art. 36 WÜK berücksichtigen. Die Überprüfung muss auch garantieren, dass die Konventionsverletzung (also die fehlende Belehrung) und *der durch diese bewirkte mögliche*

20 BGHSt 52, 48 (Abschn. B.II.1.a) = StV 2008, 5.

21 Grundlegend IGH ICJ Reports 2001, 466 (Tz. 77) – *LaGrand Case (Germany ./. United States of America)*. Siehe auch Inter-Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte (IAMGR), Advisory Opinion OC-16/99 »The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law« (v. 01.10.1999).

22 BGH NStZ 2002, 168 (Tz. 3) = StV 2003, 57 (wegen Verletzung der Berücksichtigungspflicht aufgehoben durch BVerfG, Beschl. v. 08.07.2010 [Fn. 1]).

23 BGH NStZ 2002, 168 (Tz. 4) = StV 2003, 57.

24 Siehe den Text von Art. 36 Abs. 2 WÜK (Fn. 2). Zum Effektivitätsgebot IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 138) – *Avena (Mexico ./. United States of America)*.

25 BVerfGK 9, 174 (Tz. 53) = StV 2008, 1.

26 § 114b Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 StPO, in Kraft seit 01.01.2010: »Ein ausländischer Staatsangehöriger ist darüber zu belehren, dass er die Unterrichtung der konsularischen Vertretung seines Heimatstaates verlangen und dieser Mitteilungen zukommen lassen kann.« Nach dem chapeau von § 114b Abs. 1 S. 1 StPO muss die Belehrung »unverzüglich und schriftlich und in einer für [den Verhafteten] verständlichen Sprache« erfolgen.

27 Vgl. dazu etwa die EMRK-konforme Auslegung von § 141 Abs. 3 StPO (im Lichte von Art. 6 Abs. 3d EMRK) in BGHSt 43, 93 (97).

28 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 125); vgl. dazu auch *Weigend* StV 2008, 39.

29 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 131).

30 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 121): »(...) with a view to ascertaining whether in each case the violation of Article 36 committed by the competent authorities caused actual prejudice«. IGH ICJ Reports 2004, 12 (Rn. 122): »The question of whether the violations of Article 36, paragraph 1, are to be regarded, as having, in the causal sequence of events, ultimately led to convictions and severe penalties is an integral part of criminal proceedings before the courts of the United States and it is for them to determine in the process of review and reconsideration.« (Hervorhebungen der Verf.).

31 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 127). Das BVerfG (Beschl. v. 08.07.2010, [Fn. 1]) gab die Ausführungen des IGH (ICJ Reports 2004, 12 [Tz. 127]) wie folgt wieder: »Danach ist die Überprüfung und Neubewertung der Verurteilung nur dann nach Massgabe von Art. 36 Abs. 2 WÜK effektiv, wenn dabei die Frage beantwortet wird, ob sich durch die unterbliebene Belehrung die verfahrensrechtliche Stellung des Betroffenen tatsächlich verschlechtert hat, ihm aus dem Verstoß gegen das Konsularrechtsübereinkommen also ein Nachteil erwachsen ist.«

che Nachteil («possible prejudice») in dem Verfahren vollständig untersucht und berücksichtigt wird. Letztlich müssen sich »review and reconsideration« sowohl auf den Schuldausspruch als auch auf das Strafmaß beziehen.³² Dabei muss der Völkerrechtsverletzung volles Gewicht beigegeben werden, unabhängig davon, zu welchem Ergebnis das Überprüfungsverfahren führt.³³

Zusammengefasst müssen also in Fällen, in denen Betroffene länger inhaftiert sind oder sie zu schweren Strafen verurteilt wurden, die möglichen rechtlichen Auswirkungen der Konventionsverletzung auf den nationalen Strafprozess im Zuge des völkerrechtlich gebotenen Überprüfungs- und Neubeurteilungsverfahrens untersucht und berücksichtigt werden. Insbesondere ein gerichtliches Verfahren kann dies leisten.³⁴ Das »review and reconsideration«-Verfahren muss nach der IGH-Vorgabe eine Ermittlung des »Nachteils« und der Ursächlichkeit (Kausalität) der WÜK-Verletzung für diesen Nachteil umfassen. Allerdings bleibt letztlich die Frage offen, worin der vom IGH angesprochene »Nachteil« liegt. Ist beispielsweise schon eine selbstbelastende Aussage ein Nachteil oder erst die härtere Bestrafung? Außerdem stellt sich die Folgefrage, wer die Darlegungslast für die Ursächlichkeit der unterlassenen Belehrung (und der daraus folgenden fehlenden konsularischen Unterstützung) sowie für den dadurch erlittenen Nachteil trägt.³⁵ Weil im kontinentaleuropäischen Strafprozess der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, müsste jedenfalls hier die vom IGH angesprochene Kausalität bei Nichtaufklärbarkeit zugunsten des Beschuldigten wohl vermutet werden.³⁶ Für die Einschätzung der Kausalität spielt ferner die dem Konsul zugestandene (oder zugetraute) Funktion eine Rolle. Dieser könnte nicht nur einen besseren Strafverteidiger vermitteln, sondern auch z.B. Lebensumstände im Heimatland des Beschuldigten ermitteln und etwaige strafmildernde Umstände dem entscheidenden Gericht zur Kenntnis bringen. So gesehen ist jede rechtswidrig unterlassene Belehrung jedenfalls geeignet mittelbar zu einem Nachteil bei der Strafzumessung zu führen.

Ein möglicher Nachteil könnte durch ein Beweisverwertungsverbot abgewendet werden. Im *Avena*-Verfahren hatte Mexiko geltend gemacht, dass Aussagen oder ein Geständnis aus der Zeit vor der Belehrung über das Recht auf Kontakt mit dem Konsul nicht im späteren Verfahrensverlauf verwertet werden dürften, also einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.³⁷ Mexiko argumentierte, dass diese Ausschlussregel sowohl in Common Law-Systemen als auch in Civil Law-Ordnungen anerkannt und somit als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne von Art. 38 Abs. 1c IGH-Statut Bestandteil des Völkerrechts sei.³⁸ Der *Gerichtshof* ging nicht auf diese abstrakte Argumentation ein, sondern verwies darauf, dass die Frage der Rechtsfolgen der unterlassenen Belehrung in jedem Einzelfall vom zuständigen staatlichen Gericht zu prüfen sei.³⁹ Damit verlangte der IGH letztlich, wenn auch nur indirekt, dass ein Beweisverwertungsverbot in Betracht zu ziehen sei. Allerdings schrieb er nicht zwingend vor, dass ein solches Verbot automatisch eingreifen muss. Entsprechend unterschiedlich haben die nationalen Gerichte reagiert.

2. Rechtsprechung in anderen Staaten

Der US-amerikanische *Supreme Court* hat bisher ein Beweisverwertungsverbot abgelehnt. Er begründete dies damit, dass Art. 36 WÜK den Beschuldigten keinerlei Recht auf Unter-

stützung gewähre, sondern nur darauf, dass ihr Heimatkonsulat informiert werde. In den meisten Fällen wird, so der *Supreme Court*, kaum ein Konnex zwischen der Verletzung von Art. 36 WÜK und Beweisen und Aussagen, welche die Polizei gewinnt, bestehen. Ein Beweisverwertungsverbot dient nach der US-amerikanischen Verfassungsrechtsprechung der Sanktionierung von verbotem Zwang und dem Ausschluss von unzuverlässigen Beweisen. Beide Schutzzwecke sind nach Ansicht des *Supreme Court* im Kontext von Art. 36 WÜK nicht relevant. Der Beschuldigte werde durch andere gesetzliche und verfassungsmäßige Garantien, insbesondere durch die *Due Process*-Garantie, ausreichend geschützt. Art. 36 WÜK steuere kaum einen zusätzlichen Verfahrensschutz bei. Anstelle eines Beweisverwertungsverbot schütze andere rechtliche Abhilfemechanismen dieselben Interessen des Beschuldigten.⁴⁰ Kanadische Gerichte haben ebenfalls ein Beweisverwertungsverbot bei Verletzung von Art. 36 WÜK abgelehnt. Demgegenüber haben australische und englische Gerichte sowie ein texanisches Gericht Verwertungsverbote angenommen.⁴¹

3. Deutsche Rechtsprechung

Der *BGH* befand in dem durch das *BVerfG* teilweise aufgehobenen Beschluss aus dem Jahr 2007 noch, dass weder das deutsche Verfassungsrecht noch das Völkerrecht es gebiete, eine Verletzung von Art. 36 WÜK mit einem Beweisverwertungsverbot zu ahnden.⁴² Der *BGH* begründete dies mit Hilfe seines Abwägungsansatzes. Die Rechtsprechung beschreitet diesen Weg bekanntlich – mit sporadischer Unterstützung aus der Literatur⁴³ – seit vier Jahrzehnten.⁴⁴ Die Gerichte entscheiden die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot eingreift, indem sie verschiedene, als relevant qualifizierte Interessen gegeneinander abwägen. Auf der Seite der Strafverfolgung schlägt hier insbesondere das Interesse an der Sachverhaltsaufklärung, auf Seiten des Betroffenen das objektive Gewicht des Verstoßes gegen die verletzte Verfahrensvorschrift sowie deren Schutzzweck zu Buche.⁴⁵ Die letztgenannte Erwägung geht auf die früher vorherrschende Rechtsprechung zurück, nach der ein Beweisverbot nur geltend machen könne, wer durch eine rechtswidrige Beweiserhebung auch in seinem Rechtskreis betroffen sei.⁴⁶ In einem solchen Schema wiegt die Verletzung der Belehrungspflicht gegenüber einem verhafteten Ausländer betreffend das

32 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 138).

33 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 139).

34 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 140).

35 Im deutschen Strafprozess ist dies für die »Beruhensfrage« i.S.d. § 337 StPO von Bedeutung.

36 Vgl. auch LR-StPO/Gless, 26. Aufl. 2006, § 136a Rn. 77 f.

37 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 117 u. 126).

38 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 126).

39 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 127).

40 US S Ct., *Sanchez-Llamas v. Oregon, Bustillo v. Virginia*, 548 US 331, 343-350 (2006). Für ein relatives Beweisverwertungsverbot aber Richter *Breyer* in seiner abweichenden Meinung US S Ct., 548 US 331, 397 (2006).

41 Rechtsvergleichender Überblick hierzu bei *Quigley/Aceves/Shank*, *The Law of Consular Access: A Documentary Guide*, 2010, S. 162-175.

42 BGHSt 52, 48 (Abschn. B.II.1.d)) = StV 2008, 5. Ebenso BGHSt 52, 110 = StV 2008, 172.

43 Vgl. etwa *Rogall* ZStW 1979, 1 (9, 21).

44 St. Rspr. seit BGHSt 24, 125 (130 f.); s. BGHSt 44, 243 (249) = StV 1999, 185; 51, 285 (289 f.) = StV 2007, 337; vgl. auch *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT 2008, S. C 46; *Rogall* ZStW 1979, 1 (15).

45 BGHSt 31, 304 (308) = StV 1983, 230; 38, 214 (220) = StV 1992, 212; 42, 15 (21 f.) = StV 1996, 187; 44, 243 = StV 1999, 185.

46 BGHSt (GrS) 11, 213 (214 f.) m.w.N.

Recht auf Kontakt mit dem Heimatkonsulat eher gering, insbesondere wenn man diese Pflicht mit anderen Belehrungspflichten im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung vergleicht, die unmittelbar an die Vernehmungssituation anknüpfen, wie etwa das Recht zu schweigen oder einen Anwalt zu kontaktieren. Denn das Recht des inhaftierten Ausländers auf Kontakt mit dem Heimatkonsulat knüpft nicht an eine typische Beweisgewinnungssituation an, sondern ist formal ein allgemeines Schutzrecht für alle Personen, denen im Ausland die Freiheit aus diversen Gründen entzogen wurde, etwa zur Gefahrenabwehr oder zu ihrem Schutz (z.B. Abschiebehaf in Asylverfahren,⁴⁷ Quarantäne, Zwangseinweisung in eine geschlossene psychiatrische Anstalt) oder zur Strafvollstreckung.

Hinzu tritt, dass die deutsche Rechtsprechung grundsätzlich einen Widerspruch des Beschuldigten bzw. seiner Verteidigung gegen eine aus deren Sicht illegale Beweisverwertung verlangt.⁴⁸ Eine solche Voraussetzung für das Eingreifen eines Beweisverbots überwälzt aber die Rüfepflicht bezüglich eines Regelverstößes der staatlichen Organe auf das in seinen Rechten verletzte Individuum und ist schon deshalb schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt.⁴⁹ Nicht überraschend ist das Ergebnis des *BGH* im Ausgangsverfahren: Unter Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich unter Berücksichtigung von Art und Gewicht des Verstoßes einerseits und wesentlichen Belangen der Urteilsfindung im Strafrecht andererseits führte die Verletzung der Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Kontakt mit dem Heimatkonsulat nicht zu einem Verwertungsverbot. Das Unterrichtsrecht biete »lediglich ergänzenden Schutz« für ausländische Inhaftierte. Die standardisierte Rechtsposition stelle jedoch nicht auf »eine mögliche ausländerspezifische Hilfllosigkeit ab«. Dem betroffenen Ausländer kämen »unvermindert sämtliche rechtsstaatliche Verteidigungsstandards zugute«. Es handele sich letztlich um ein »nicht zentrales pauschales Sonderrecht« für alle Ausländer.⁵⁰

Die Begründung fügt sich einwandfrei in die Logik des Abwägungsansatzes der Rechtsprechung ein, setzt sich aber nirgendwo mit der vorangegangenen Rechtsprechung des *IGH* auseinander, der im *Avena*-Urteil die Möglichkeit eines Beweisverbots als Reaktion auf eine Verletzung des Art. 36 WÜK gefordert hatte. Der *BGH* verletzte deshalb mit seinem Beschluss das verfassungsrechtliche Berücksichtigungsgebot.⁵¹ Dieser Verfassungsverstoß besteht unabhängig vom gefundenen Ergebnis. Er ist prozedural begründet und liegt in der mangelnden Auseinandersetzung mit der internationalen Rechtsprechung. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Argumentation des *BGH* aus Sicht des deutschen Rechts plausibel ist oder nicht, und auch nicht »ob sie auch unter Berücksichtigung der Anforderungen des IGH für die Überprüfung und Neubewertung der Verurteilung als Ergebnis Bestand haben kann.«⁵² Das *BVerfG* ließ im Beschluss vom Juli 2010 jedoch offen, ob in bestimmten Fällen die ordnungsgemäße Erfüllung der Berücksichtigungspflicht eine konkrete rechtliche Lösung – etwa ein Beweisverwertungsverbot – erzwingen könne, so dass in einer materiellen Abweichung von einem internationalen Urteil eine Verfassungsverletzung liegen könne. Das von *Avena* geforderte »review and reconsideration«-Verfahren, lässt, so das *BVerfG*, die Möglichkeiten der Abhilfe offen und er-

laubt es auch, im innerstaatlichen Revisionsverfahren ein Beweisverbot zu verneinen. Allerdings lautet die völkerrechtliche Vorgabe, dass die Entstehung eines Nachteils für den Beschwerdeführer durch seine fehlende Belehrung geprüft und berücksichtigt werden muss. Deshalb darf ein Beweisverwertungsverbot nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es handelt sich hier, so das *BVerfG*, um eine Frage des einfachen Rechts, die das Fachgericht im Rahmen der völkerrechtlichen Vorgabe beantworten muss.

IV. Verwertungsverbote in Fällen mit Auslandsbezug

Offen ist somit auch nach dem Beschluss des *BVerfG*, wann auf die Verletzung der Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK mit einem Beweisverwertungsverbot reagiert werden soll. Es stellt sich die grundlegende Frage: Dürfen bzw. müssen in Fällen mit Auslandsbezug grundsätzlich dieselben Beweisverbotslehren angewendet werden wie in nationalen Strafrechtsfällen? Oder bedürfen hier die nationalen Beweisverbotslehren einer Modifikation?

1. Innerstaatliche Beweisverbotslehren

In der deutschen Rechtsprechung und Lehre wird das Eingreifen strafprozessualer Verwertungsverbote bekanntlich mit unterschiedlichen Begründungen gerechtfertigt, ganz unabhängig von der besonderen Konstellation eines Strafverfahrens mit internationalem Bezug.⁵³ Die Rechtsprechung stellt im Allgemeinen in dem bereits erläuterten Abwägungsansatz das Interesse des Staates an der Funktionstüchtigkeit seiner Strafrechtspflege, zu der auch eine möglichst umfassende Sachverhaltsaufklärung, insbesondere bei schweren Straftaten gezählt wird,⁵⁴ dem objektiven Gewicht eines Verstoßes gegen eine Verfahrensvorschrift gegenüber. Die damit zumeist verbundene Referenz auf den Schutzzweck der Norm soll verdeutlichen, dass jene Verletzungen besonders schwer wiegen, welche die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten selbst betreffen.⁵⁵ Anders als noch die frühere Rechtsprechung greifen die Gerichte heute aber nicht mehr vorrangig auf eine Rechtskreisidee zurück, sondern berücksichtigen auch ein abstraktes Schutzbedürfnis zugunsten einer verfahrensrechtlichen Garantie: Bestimmte Formen müssen – unabhängig von den konkreten Gegebenheiten im Einzelfall – eingehalten werden, damit die schützende Justizförmigkeit gegeben ist.⁵⁶ Das zeigt sich etwa in Zusammenhang mit Belehrungspflichten in der Vernehmungssituation: Auch der Beschuldigte, der sein Schweigerecht bereits kennt, muss noch einmal belehrt werden.⁵⁷

47 Hierzu *BGH*, Beschl. v. 06.05.2010, V ZB 223/09: Die fehlende Belehrung über das Recht auf Kontakt mit dem Konsul ist ein grundlegender Verfahrensmangel, der zur Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung durch Abschiebehaf führt.

48 St. Rspr., *BGHSt* 38, 214 (225) = *StV* 1992, 212; 39, 349 (352) = *StV* 1994, 4; *BGH StV* 1996, 189.

49 *LR/Gless* (Fn. 36), § 136 Rn. 82 f.; *Bohlander* *NSz* 1992, 506; *Maul/Eschelbach* *StraFo* 1996, 66 (70).

50 *BGHSt* 52, 48 (Abschn. B.II.1.dj) = *StV* 2008, 5.

51 *BVerfG*, Beschl. v. 08.07.2010 (Fn. 1); vgl. dazu auch *Kreß* *GA* 2007, 296 (299 f.).

52 *BVerfG*, Beschl. v. 08.07.2010 (Fn. 1), Abschn. B.I.2.b) dd).

53 Dazu etwa: *Jahn* (Fn. 44), S. C 53.

54 *BGHSt* 38, 214 (220) = *StV* 1992, 212; *BGHSt* 42, 372 (377); 44, 46 (49) = *StV* 1998, 246; 45, 342 (346).

55 *BGHSt* 31, 304 (308) = *StV* 1983, 230; 38, 214 (220) = *StV* 1992, 212; 42, 15 (21 f.) = *StV* 1996, 187; 44, 243 = *StV* 1999, 185.

56 *BVerfGE* 103, 142 (155) = *StV* 2001, 207; *BGHSt* 51, 285 (297) = *StV* 2007, 337.

57 *BGHSt* 38, 214 (220) = *StV* 1992, 212; *BGHSt* 38, 372 (373 f.) = *StV* 1993, 1; *BGHSt* 42, 15 (21 f.) = *StV* 1996, 187; *LR/Gless* (Fn. 36), § 136 Rn. 28.

Hier verlangt das Postulat, dass die Sachverhaltserforschung im Strafverfahren an rechtliche Vorgaben gebunden ist (keine Wahrheitsfindung um jeden Preis), dass auf die Verletzung einer den Beschuldigten schützenden Verfahrensvorschrift ein Beweisverbot folgt.⁵⁸ Die ausdrückliche Anerkennung einer generalpräventiven Funktion der Beweisverwertungsverbote im Sinne einer Abschreckung der Strafverfolgungsbehörden vor illegaler Beweissammlung findet man in der Rechtsprechung jedoch nicht, obwohl Stimmen in der Literatur der 1960er Jahre diesen Aspekt immer wieder hervorgehoben hatten.⁵⁹

Gerade jene Stimmen aus der Strafrechtswissenschaft kritisierten auch die Abwägungslösung, die bis heute auf heftigen Widerspruch in der Literatur stößt. Dass Beweisverwertungsverbote grundsätzlich der Disziplinierung staatlicher Organe dienen könnten,⁶⁰ erscheint in der aktuellen Diskussion in Deutschland⁶¹ oftmals eher als Reminiszenz einer früher vertretenen Idee, denn als eigenständiger Begründungsansatz.⁶² Gegenwärtig kommt grundrechtlich verankerten Ansätzen eine größere Bedeutung als Gegenpol zur pragmatischen Rechtsprechungslösung zu, etwa der Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten⁶³ oder dem neueren Ansatz einer Beweisbefugnislehre.⁶⁴ Sie stellen individualschützende Aspekte strafprozessualer Regelungen und deren Geltung für jedes staatliche Handeln in den Vordergrund. Gemeinsam ist allen diesen Begründungen für Beweisverwertungsverbote, dass sie für den nationalen Strafprozess entwickelt wurden. Eine Auseinandersetzung mit Beweisverboten in Fällen mit internationalem Bezug und deren Besonderheiten fand bis vor zehn Jahren selten statt.⁶⁵ Erst in jüngerer Zeit setzen sich Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung mit solchen Fallkonstellationen differenzierter auseinander.⁶⁶ Die im nationalen System entwickelten Lehren sind vor allem auf den Ausgleich der widerstreitenden Interessen mutmaßlicher Straftäter einerseits und der staatlichen Strafverfolgung andererseits innerhalb eines nationalen Systems ausgerichtet. Zweck der Beweisverbote ist es, insgesamt ein zuverlässiges und faires Verfahren als Teil der nationalen Strafrechtspflege zu gewährleisten. Die traditionellen Lehren können deshalb in Fällen mit internationalem Bezug nicht ohne Modifikation alle schützenswerten Anliegen adäquat berücksichtigen. Denn hier treten neben die Interessen eines mutmaßlichen Straftäters einerseits und dem Bedürfnis nach einer wirksamen Strafrechtspflege andererseits weitere Interessen im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Strafverfolgung: namentlich Eigeninteressen dritter Staaten oder auch spezielle Anliegen eines Individuums in einer internationalen Konstellation.

2. Verletzung der Interessen anderer Staaten

Grundsätzlich berücksichtigt die Rechtsprechung anerkannte Interessen eines anderen Staates vorrangig bei der Entscheidung, ob eine bestimmte Information als Beweismittel verwertet werden darf.⁶⁷ Prominentes Beispiel dafür ist der im Rahmen der Rechtshilfe als Beweisverwertungsbedingung formulierte Spezialitätsvorbehalt.⁶⁸ Wenn ein Staat im Wege der Beweisrechtshilfe einem anderen Staate Dokumente nur zur Verfolgung bestimmter Straftaten überlassen hat, dann dürfen sie auch nur zum Beweis dieser Straftaten verwertet werden.

In manchen Fällen greift die Rechtsprechung allerdings in Strafrechtsfällen, in denen durch einen Auslandsbezug ne-

ben den klassischen Interessenkonflikt zwischen strafverfolgendem Staat und verfolgtem Individuum weitere Interessen von Drittstaaten treten, ohne weitere Modifikation auf die allgemeine Beweisverbotslehre zurück und schenkt in der Entscheidungsbegründung dem zwischenstaatlichen Aspekt keine Beachtung. Dahinter steht wohl die Überzeugung, dass sich Staats- und Individualinteressen in diesen Fällen je nach Konstellation gemeinsam oder getrennt berücksichtigen lassen. Ein Beispiel dafür aus jüngerer Zeit sind die strafrechtlichen Ermittlungen deutscher Behörden auf der Grundlage der vom Staat gekauften Steuerdaten-CDs aus Liechtenstein und aus der Schweiz. Sie haben eine kontroverse Diskussion über die Verwertbarkeit von im Ausland illegal erlangten Daten zur Verfolgung von Steuerstraftaten angestoßen.⁶⁹ Bisher fehlt dieser Debatte aber weitgehend eine differenzierte Auseinandersetzung mit den spezifischen Eigenheiten einer Beweisverwertung in Strafrechtsfällen mit Auslandsbezug,⁷⁰ etwa auch in Fällen, in denen die Informationen tatsächlich durch Private beschafft werden.⁷¹ Solche Grundsatzfragen drängen sich jedoch auf, wenn sich ein Staat Informationen für Strafverfahren über illegale Kanäle besorgt, die er im völkerrechtlich festgelegten Rechtshilfegeweg nicht hätte erlangen können. Doch die bisher in diesem Zusammenhang gefallenen Entscheidungen rügen die Verwertung der erlangten Informationen für einen Anfangsverdacht, der eine Hausdurchsuchung zur Erlangung weiterer Beweismittel begründet, nicht als illegal. Das *LG Bochum* führte dazu im Wesentlichen nur aus, dass ein Völkerrechtsverstoß – in Form einer Umgehung des EuÜbk Rechtshilfe von 1959 und/oder des EuÜbk über Geldwäsche v.

58 BGHSt 38, 214 (220) = StV 1992, 212; BGHSt 38, 372 (373 f.) = StV 1993, 1; BGHSt 42, 15 (21 f.) = StV 1996, 187.

59 *Baumann* GA 1959, 33 (36); *Grünwald* JZ 1966, 489 (499); *Nüse* JR 1966, 281 (284); *Spendel* NJW 1966, 1102 (1108). Dagegen etwa: *Amelung* FG Hliger, 2003, S. 327 (337); *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, 1977, S. 53 f.; *Rogall* ZStW 1979, 1 (15).

60 Mit Blick auf die Beweiserlangung durch Privatpersonen spielt das präventive Argument allerdings noch eine Rolle; dazu etwa *Paulik* JZ 2010, 693 (699) m.w.N.

61 Nicht nur in den im Grundsatz als Parteiverfahren ausgestalteten angelsächsischen und amerikanischen Strafverfahren, sondern auch in anderen europäischen Strafprozessordnungen findet der Disziplinierungsgedanke aber Anerkennung, vgl. etwa für die neue Schweizer StPO: *Baier* Kommentar-StPO/Gless, 2010, Art. 139 Rn. 27 sowie Art. 141 Rn. 6.

62 Zu einer kurzen inhaltlichen Auseinandersetzung in jüngerer Zeit: *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 69 f.; *Jahn* (Fn. 44), S. C 55 f.

63 *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 20 f.; dagegen: *Rogall* StV 1996, 513 (513 f.); *ders.* FS Grünwald, 1999, S. 523 (531 f.); dagegen wiederum *Amelung* FS Bemmman, 1997, S. 505; *ders.* FS Roxin, 2001, S. 1259.

64 Entwickelt von *Jahn* (Fn. 44), S. C 66 f.

65 Vgl. aber *Böse* ZStW 2002, 151; *Gless* NSStZ 2000, 57 (60 f.); *Goy*, Vorläufige Festnahme und grenzüberschreitende Nachteile, 2002, S. 257 f.; *Rose*, Der Auslandszeuge im Beweisrecht des deutschen Strafprozesses, 1999; *Tiedemann* FS Bockelmann, 1979, S. 820; *Wohlers* NSStZ 1995, 46.

66 Vgl. etwa *Ambos* ZIS 2010, 550 (557); *Bräuner/Hetzer* NSStZ 2003, 113; *Gless* JR 2008, 317 (317 f.); *ders.*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2007, S. 149 f.

67 BVerfG, Beschl. v. 08.07.2010 (Fn. 1); BGH NJW 1987, 2168 (2171) = StV 1987, 338; *Böse* ZStW 114 (2002), 148 (172 f.); *Gless* JR 2008, 317 (323); *Vogel* GA 1986, 195 (198 f.); vgl. auch *Paulik* JZ 2010, 693 (694).

68 *Gless* JR 2008, 317 (323); *Gless/Eymann* StV 2008, 318 (320).

69 Vgl. etwa *Kölbel* NSStZ 2008, 241 (241 f.); *Schünemann* NSStZ 2008, 305 (305 f.); *Sieber* NJW 2008, 881 (881 f.); *Trügl/Habertha* NJW 2008, 887 (887 f.).

70 Vgl. aber *Heine* HRRS 2009, 540 (542 f.); *Paulik* JZ 2010, 693 (694 f.); sowie allgemein *Gless* JR 2008, 317 (317 f.).

71 Zu verschiedenen Zurechnungsansätzen bei der Beweisbeschaffung durch Private vgl. *Godenzi* GA 2008, 500 (503 f.).

08.11.1990 – nicht vorliege, weil die vorhergehende rechtswidrige Erlangung der Daten der Bundesrepublik nicht zu gerechnet werden könne.⁷² Aus Sicht des Gerichts wäre eine Umgehung der Übereinkommen aber sowieso unschädlich, da nach Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrags nur ausnahmsweise ein Beweisverwertungsverbot zugunsten einer betroffenen Person eingreife, nämlich nur dann, wenn die Verwertung eines Beweismittels selbst völkerrechtswidrig sei.⁷³ Wann dies der Fall ist, erläuterte das Gericht nicht. Es hielt lediglich fest, dass im Streitfall die Beweisverwertung nicht völkerrechtswidrig war, weil das möglicherweise völkerrechtswidrige Geschehen, das in dem »Datendiebstahl« und dem Ankauf der »gestohlenen« Daten lag, bereits abgeschlossen war und die Übereinkommen durch die Verwertung der Informationen im Strafverfahren nicht erneut beeinträchtigt würden.⁷⁴ Diese Argumentation überzeugt nicht, denn der Ankauf von Informationen aus dem Ausland dient ja gerade dazu, *Beweismittel* außerhalb der rechtshilferechtlichen Beschränkungen zu erlangen. Der maßgebliche Vorgang ist nicht der Ankauf der Daten, sondern deren Verwertung, durch welche der Rechtsverstoß zumindest vertieft wird.

Die 1. Kammer des 2. Senats des BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde der Betroffenen nicht zur Entscheidung angenommen.⁷⁵ Die Richter beschränken sich ebenfalls auf eine individualrechtliche Perspektive und weisen auf dieser Grundlage – obiter dictum – auf den klassischen Abwägungsansatz der Rechtsprechung hin.⁷⁶ Der Beschluss illustriert erneut, dass dieser Ansatz nicht nur die Gefahr der Beliebigkeit birgt,⁷⁷ sondern auch der besonderen Problematik der Verwertung nicht justizförmig erlangter Beweismittel in Strafrechtsfällen mit Auslandsbezug nicht gerecht wird.

3. Verletzung völkerrechtlich garantierter Individualrechte

In vielen Strafrechtsfällen mit internationalem Bezug steht ohnehin nicht eine Verletzung der Interessen eines anderen Staates im Vordergrund. Vielmehr stellt sich, wie auch in Fällen der Verletzung von Art. 36 WÜK, die Frage, ob die Verletzung bestimmter Individualinteressen ein Beweisverwertungsverbot auslösen kann. Problematisch erscheint dies vor allem dann, wenn zwar Einigkeit über die grundsätzlich individualschützende Funktion der völkerrechtlichen Vorgaben besteht, deren vorrangiger Schutzzweck aber nicht in der Sicherung eines Schweigerechts des Beschuldigten liegt, sondern wie hier etwa dem Schutz des ausländischen *Inhaftierten* gilt.⁷⁸ Dieser wird – anders etwa als bei der innerstaatlichen Vorgabe des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO⁷⁹ – nicht vorrangig und nicht nur in der Vernehmungssituation geschützt, sondern als mutmaßlich Fremder in einem Land vor einer Schlechterstellung gegenüber den dort Beheimateten. Aus diesem Blickwinkel drängt sich die Konsequenz eines Verwertungsverbots bei einer Verletzung der Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK nicht unmittelbar auf, anders als bei einer Verletzung von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Die letztgenannte Regelung ist nach allgemeiner Meinung so zentral für die Sicherung der Aussagefreiheit, dass auf ihre Verletzung mit einem Verwertungsverbot reagiert werden muss.⁸⁰ Bei Art. 36 WÜK steht demgegenüber der Schutz eines inhaftierten Fremden im Vordergrund. Die Haft ist nicht notwendigerweise mit einem Strafverfahren verknüpft;

vielmehr ist die strafrechtliche Untersuchungshaft ein Unterfall möglicher Freiheitsentziehungen. In jenen Fällen aber, die in der Praxis den ganz überwiegenden Teil der Verhaftungen ausmachen dürften, in denen eine Person wegen des Verdachts auf Begehung einer Straftat festgenommen wird, muss Art. 36 WÜK ebenfalls seine Schutzfunktion erfüllen. Das heißt, wenn eine Verhaftungssituation zur Vernehmungssituation wird, dient die Kontaktaufnahme eines verhafteten ausländischen Beschuldigten mit seinem Heimatkonsulat auch dem Schutz einer effektiven Strafverteidigung des Verhafteten, denn wenn er den Tatverdacht entkräftet, entfällt auch der Haftgrund. Dabei gilt es zu bedenken, dass Ausländer im Strafprozess typischerweise hilfloser sind als Einheimische, weil ihnen die Rechtsordnung weniger vertraut ist und/oder weil sie die Landessprache nicht beherrschen. Die Unterstützung durch ihr Konsulat kann zum Ausgleich dieser Nachteile beitragen. Die besondere Inpflichtnahme des Gaststaates (Pflicht zur Benachrichtigung des Heimatstaates, Belehrung über das Recht auf Kontakt, etc.) soll den konsularischen Schutz durch den Entsendestaat ermöglichen, um die vermutete faktische Benachteiligung inhaftierter Ausländer auszugleichen.⁸¹ Aus der Perspektive des Betroffenen handelt es sich bei den Rechten aus Art. 36 Abs. 1 WÜK also um Rechte auf kompensatorische Ungleichbehandlung zur Vermeidung einer mittelbaren Diskriminierung im Strafprozess. Zwar sind in der Realität nicht alle inhaftierten Ausländer besonders schutzbedürftig, vor allem nicht diejenigen, die seit langem im Aufenthaltsstaat leben, dort integriert sind und die Landessprache beherrschen. Jedoch liegt es in der Konstruktion eines jeglichen Diskriminierungsschutzes, dass er (typisierend) an ein Merkmal anknüpft, dessen Träger im Allgemeinen einer spezifischen Diskriminierungsgefahr ausgesetzt sind, selbst wenn einzelne Merkmalsträger nicht schutzbedürftig sein sollten. Dementsprechend wandte der IGH im *LaGrand*-Fall die Vorschrift von Art. 36 WÜK uneingeschränkt auf die deutschen Brüder *LaGrand* an, obwohl diese seit Jahrzehnten in den USA lebten. Eine teleologische Reduktion der Vorschrift im Sinne ihrer Nichtanwendung auf nicht speziell schutzbedürftige Ausländer ist nicht zulässig.⁸²

Insgesamt erscheint es unzulässig, einem verurteilten ausländischen Staatsangehörigen die Widerspruchslast gegen die Verwertung von Informationen aus unbelehrten Aussagen⁸³ sowie die Darlegungslast aufzubürden, dass er bei ordnungsgemäßer Belehrung über das Recht zur Kontaktaufnahme

72 LG Bochum NStZ 2010, 351 (352).

73 LG Bochum NStZ 2010, 351 (352) m.w.N.

74 LG Bochum NStZ 2010, 351 (352) m.w.N.

75 BVerfG StV 2011, 65 Tz. 27.

76 BVerfG StV 2011, 65 Tz. 44.

77 LG Baden-Baden StV 1989, 428 (429); vgl. auch LG Bremen StV 1984, 505 (506); LG Bonn NJW 1981, 292 (293 f.).

78 Vgl. BGH StV 2003, 57; BGH NJW 2008, 1090 Tz. 11 f. = StV 2008, 172; *Weigend* StV 2008, 39 (42).

79 BVerfGK 9, 174 (Tz. 74) = StV 2008, 1.

80 Zur Wende in der Rspr. vgl. BGH, Beschl. v. 27.02.1992, 5 StR 190/91 = StV 1992, 212 sowie LR/Gless (Fn. 36), § 136 Rn. 77 m.w.N.

81 Vgl. BVerfGK 9, 174 (Tz. 74) = StV 2008, 1: »Die Norm dient in erster Linie dem Schutz des ausländischen Staatsangehörigen im Hinblick auf seine im Vergleich zu Inländern regelmäßig schwächere und psychische Position«.

82 BVerfGK 9, 174 (Tz. 66) = StV 2008, 1.

83 S.o. Fn. 48.

mit seinem Heimatkonsulat eine belastende Aussage nicht gemacht hätte. Denn dadurch wird der Betroffene verpflichtet, fehlerhaftes Verhalten staatlicher Organe aufzudecken oder allein die nachteiligen Konsequenzen dafür zu tragen, obwohl es sich um ein Fehlverhalten staatlicher Organe handelt und mit dem Widerspruchserfordernis ein (allenfalls uninformatives) Schweigen des Angeklagten in einen Verzicht umgedeutet wird.⁸⁴ Nimmt man jüngste Entscheidung des *BVerfG* zur Berücksichtigungspflicht ernst, dann muss die innerstaatliche Beweisverbotslehre so ausgestaltet werden, dass die Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht auch in der Realität durch ein Beweisverwertungsverbot geahndet werden kann. Das heißt in der Konsequenz, dass – wie in der Literatur bereits gefordert – der Weg für ein effektives Verwertungsverbot geebnet werden muss. Dieses sollte eingreifen, wenn Aussagen, die unter Verletzung von Art. 36 WÜK gewonnen werden, als Beweise im Strafverfahren verwertet werden sollen.⁸⁵ Ein solches Verwertungsverbot wäre wohl das effektivste Instrument, um das Belehrungsgebot aus Art. 36 Abs. 1b S. 3 WÜK in der Praxis abzusichern. Denn die Gefahr, dass eine ohne Belehrung getätigte Aussage unverwertbar ist, schafft einen unmittelbaren Anreiz für die involvierten staatlichen Organe, sofort und ordnungsgemäß zu belehren.⁸⁶ Diese Überlegung knüpft letztlich an die Stimmen in den 1960er und 70er Jahren an, welche zu Recht geltend gemacht haben, dass ein unmittelbar mit dem Verfahrensverstoß verknüpfter Negativanreiz die unmittelbar Beteiligten am effizientesten von einer Verletzung der Verfahrensnormen abhalten wird.⁸⁷ Die Gegenargumente – etwa der Verweis auf eine Reaktion durch Disziplinarverfahren⁸⁸ – wiegen weniger schwer. Darüber hinaus entspricht der Weg über das Beweisverwertungsverbot am ehesten dem völkerrechtlichen Restitutionsgebot, also dem Grundsatz, dass eine Völkerrechtsverletzung möglichst vollständig wieder gutgemacht werden muss, soweit wie möglich durch die Herstellung des status quo ante.⁸⁹

4. Modifikation der Beweisverwertungslehren

In Strafrechtsfällen mit Auslandsbezug sind nicht nur die gewöhnlich im Strafverfahren kollidierenden Interessen, sondern weitere, spezifische Interessen zu berücksichtigen. Deshalb sollten die allein auf das nationale Recht zugeschnittenen Beweisverbotslehren modifiziert werden.⁹⁰ In Fällen, in denen schützenswerte Interessen dritter Staaten tangiert sind, sei es als Anspruch auf Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen oder auf Einhaltung internationaler Vereinbarungen, berücksichtigt die Rechtsprechung diese besonderen Interessen bereits heute außerhalb des gängigen Abwägungsmodells und gewichtet sie grundsätzlich als vorrangig vor anderen Interessen.⁹¹ Die Verletzung völkerrechtlich verbürgter Rechte von Betroffenen lässt die Rechtsprechung demgegenüber, auch wenn die betreffenden Völkerrechtsnormen als individualschützend anerkannt werden, lediglich in die allgemeine Abwägung einfließen. Hier erlangen sie typischerweise kaum Gewicht, da sie regelmäßig nicht primär der Sicherung der verfahrensrechtlichen Stellung des Individuums im Strafverfahren dienen, sondern eine internationale zwischenstaatliche Verpflichtung flankieren.⁹²

Will man jedoch der verfassungsgestützten Berücksichtigungspflicht Rechnung tragen und völkerrechtlich verankerte Interessen grundsätzlich auch über ein Beweisverbot

schützen, dann bedarf es einer Modifikation der nationalen Dogmatik im Lichte der *BVerfG*-Rechtsprechung: Ziel ist es, die nationalen Parameter der Beweisverbotslehre so zu ändern, dass nach Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht eine Reaktion durch ein Beweisverwertungsverbot nicht faktisch ausgeschlossen ist. In concreto bedeutet dies: Bei Verletzung von Art. 36 WÜK darf das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots weder durch ein Widerspruchserfordernis (s.o. C.III.3.) noch durch die festgelegten Einflussgrößen des tradierten Abwägungsansatzes ausgeschlossen sein. Nach diesen Vorgaben hat die Rechtsprechung zwei Möglichkeiten: Entweder behandelt sie völkerrechtlich verbürgte Individualinteressen ebenso wie die völkerrechtlich verbürgten Interessen dritter Staaten, das heißt: Sie werden vorrangig bzw. außerhalb des gängigen Abwägungsmodells berücksichtigt. Oder aber die staatlichen Organe tragen ihrer Berücksichtigungspflicht dadurch Rechnung, dass sie nach der Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung im konkreten Einzelfall von Amts wegen überprüfen, ob im Einzelfall Individualinteressen beeinträchtigt wurden oder ob ein Nachteil ausgeschlossen ist, etwa weil im Fall des Art. 36 WÜK ein verhafteter Ausländer nachweislich keine Unterstützung seines Heimatkonsulats bei der Strafverteidigung wünschte.

D. Fazit

Der *IGH* hat »mit *LaGrand* den Rubikon der Individualrechte überschritten.«⁹³ Das völkerrechtliche Individualrecht auf die Vermittlung des Kontakts mit dem Heimatkonsulat sowie das konnexe Recht auf Belehrung sollte effektiv im nationalen Recht – auch im Strafverfahren – durchsetzbar sein. Dafür müssen die völkerrechtlichen Vorgaben von den nationalen Behörden und Gerichten in die staatlichen Rechtsordnungen juristisch mit Bausteinen des nationalen Rechts eingepasst werden, und hier liegen die größten Schwierigkeiten. Die durch die *Affaire LaGrand* in das Scheinwerferlicht gerückten Individualrechte für ausländische Beschuldigte in Strafverfahren aus Art. 36 WÜK haben eine intensive Rechtsprechungstätigkeit internationaler und nationaler Spruchkörper ausgelöst. Damit müssen sich auch die deutschen Fachgerichte in jedem Einzelfall in einer Weise auseinandersetzen, in der ein Beweisverwertungsverbot nicht als valable Option ausgeschlossen wird. Die vom *BVerfG* angelegten Maßstäbe sind dabei nicht streng. Wie erwähnt, verstößt ein Fachgericht »nur bei einer erkennbar fehlerhaften Rezeption« gegen die Berücksichtigungspflicht.⁹⁴ Die Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Anwendung

84 Dazu ausf. LR/Gless (Fn. 36), § 136 Rn. 82 f.; Paulus/Müller StV 2009, 495 (499).

85 Paulus/Müller StV 2009, 495 (495 f.); T. Walter JR 2007, 99 (99 f.).

86 Paulus/Müller StV 2009, 495 (499); noch offen gelassen in: LR/Gless (Fn. 36), § 136 Rn. 55, 105.

87 Grünwald JZ 1966, 489 (499).

88 Dencker (Fn. 59), S. 53.

89 Paulus/Müller StV 2009, 495 (499).

90 Vgl. dazu etwa Gless JR 2008, 317 (317 f.) mit Blick auf den traditionellen Rechtshilfeverkehr sowie Ambos ZIS 2010, 550 (557 f.) mit Blick auf Europa.

91 BGHSt 34, 334; LG Bochum NSz 2010, 351 (352); Gless/Eymann StV 2008, 318 (320).

92 Vgl. a. Krefß GA 2007, 296 (307); Weigend StV 2008, 39 (43).

93 Enrico Milano, Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice, Netherlands Yearbook of International Law 2004, 85-142, 129, Übers. D. Verf.

94 BVerfG, Beschl. v. 08.07.2010 (Fn. 1, Hervorh. d. Verf.).

der Abwägungslehre und der Widerspruchslösung muss noch durch Wissenschaft und Strafgerichte im Einzelnen geklärt werden. Wegweisend sollte die Einsicht sein, dass die im nationalen Recht entwickelten Beweisverwertungsverbotslehren nicht ohne weiteres auf Strafrechtsfälle mit internationalem Bezug angewendet werden können, wenn dadurch faktisch ausgeschlossen scheint, dass die Verletzung völkerrechtlich verbürgter Pflichten gegebenenfalls auch durch ein Verwertungsverbot geahndet wird. Wenn deutsche Strafgerichte die verfassungsgestützte Berücksichtigungspflicht ernst nehmen, müssen sie die Möglichkeit eines Beweisverwertungsverbots aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls in einer Weise prüfen, die sicher-

stellt, dass hierdurch ein Ausgleich des aus der fehlenden Belehrung entstandenen Nachteils im weiteren Verfahrensverlauf möglich ist.⁹⁵

Das im nationalen Recht entwickelte Abwägungsmodell ist dafür nur bedingt geeignet. Die nationalen Gerichte müssen den Rubikon der völkerrechtlich fundierten Individualrechte noch überschreiten. Dies wird dann geschehen, wenn die Anerkennung der durch das Völkerrecht statuierten subjektiven Rechte kein Lippenbekenntnis bleibt, sondern im Strafprozess echte Konsequenzen hat.

95 IGH ICJ Reports 2004, 12 (Tz. 127, 138-140).

Präventionsorientierte Zurechnung – aktuelle Programme für die Strafverteidigung?

Prof. Dr. Klaus Lüderssen, Frankfurt a.M.

Die 34. Strafrechtslehrertagung, die vom 23.-26.06.2011 in Leipzig stattfinden wird, steht unter dem Thema »Fragmentarisches Strafrecht in einer global vernetzten Welt?« Diese Frage betrifft die Vermehrung und Ausweitung von Tatbeständen und die Lockerung von Zurechnungsprinzipien. In dem nachfolgenden Aufsatz wird für eine Entkoppelung von Zurechnung und Vergeltung zugunsten einer präventiven Orientierung der Zurechnung eingetreten, die es den Gerichten möglich macht, der Anwendung des Strafrechts gerade dort Grenzen zu setzen, wo seine steuernde Funktion besonders in Anspruch genommen wird. Auch wird – am Schluss – angedeutet, welche Rolle die Strafverteidigung dabei übernehmen kann.

Vor einem halben Jahrhundert hat *Eberhard Schmidt* die Ziele der strafrechtlichen Aufklärung als Liberalisierung, Humanisierung, Säkularisierung und Rationalisierung umschrieben.¹ Schrittweise, oft nach der Art der Echternacher Prozession, ist es dazu ja dann auch gekommen, jedenfalls wenn man einmal mitteleuropäische Verhältnisse betrachtet – trotz oder auch vielleicht gerade wegen der großen Katastrophen, die Deutschland der Welt bereitet hat: Krieg und Holocaust. Sieht man genauer hin, so sind Liberalisierung und Humanisierung letztlich auf gutem Wege; aber bei Säkularisierung und Rationalisierung hapert es. Vergewagt man sich die letzten beiden Jahrzehnte der deutschen Theoriediskussion, so scheint sich das Prinzip Echternach sogar umzukehren. Ein Schritt vor, zwei zurück. Natürlich ist das nicht generalisierend gemeint, so etwas kann nie stimmen. Aber es gibt partielle Wahrnehmungen, die irritieren.

A. Joachim Hruschkas Verdikt in einem der letzten Hefte der *ZStW*² über den strafrechtlichen Abschied von *Kant* und *Hegel* durch *Ulrich Klug*, ebenfalls bald fünfzig Jahre her³, ist von dieser Art. Dazu passt der Eifer, mit dem *Kai Ambos* – im selben Heft⁴ (freilich nicht ohne Vorbild)⁵ – *Cesare Beccarias* Part an der Humanisierung des Strafrechts bezweifelt.

I. Die Einzelheiten interessieren nicht. Die diffizile *Kant*-Philologie *Hruschkas*, wonach der Akzent der repressiven

Straftheorie *Kants* ausschließlich darauf liege, dass *Kant* – rechtsstaatlich inspiriert – das *punitur quia peccatum* gemeint habe, damit aber nichts über die Strafziele sagen wollte, mögen die Spezialisten prüfen. Selbst wenn *Hruschka* Recht hätte, müsste er sich mit der Rezeptionsgeschichte auseinandersetzen. *Kant* steht nun einmal für Vergeltung. Und was *Beccaria* angeht, so ändert die Kritik auch an *seiner* Wirkungsgeschichte nichts.

II. Nein, was nachdenklich stimmt, ist die Frage: Warum immer wieder dieser Rückzug des Strafrechts in die abstrakte, höhere Philosophie? Dass es sich nicht autopoietisch gewissermaßen von selbst rechtfertigt, stimmt ja. Aber wenn man sich klar macht, dass Strafen und Bestraftwerden im Wesentlichen eine Sache des persönlichen Leidens ist, liegt es doch eigentlich näher, Erfahrungen zu sammeln und nicht nur nachzudenken und zu lesen. Dass die hier eher zuständige Soziologie und Psychologie sich dieser Aufgabe entzieht oder ihre Auskünfte jedenfalls dürrig sind, reicht nicht aus als Erklärung für die Fetischisierung der Philosophie. Vielleicht scheitern jene Disziplinen gerade daran, dass die Philosophie eben eine unbeeirrbare Prerogative beansprucht und durchsetzt im Strafrecht. Die empirischen Wissenschaften haben gar keine Chance, in das normative Gerüst einzudringen, wobei freilich wiederum festzuhalten ist, dass sie vorgeben, das auch gar nicht zu wollen. Von dieser Lebenslüge sind viele soziologische und psychologische Aussagen über das Strafrecht, wenn sie sich nicht auf Statistik

1 *Eb. Schmidt*, Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Aufklärung für die Entwicklung der Strafjustiz aus der Sicht des 20. Jahrhunderts, *ZStrR* 73 (1958), 341 f.

2 *Hruschka*, Die »Verabschiedung« *Kants* durch *Ulrich Klug* im Jahre 1968: Einige Korrekturen, *ZStW* 122 (2010), 493 f.

3 *Klug*, Abschied von *Kant* und *Hegel*, in: *J. Baumann* (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch – der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer 1968, S. 36 f. (wieder abgedr. in: *Klug*, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, Bd. 2: Materielle und formelle Strafrechtsprobleme, 1981, S. 149 f.), dazu *Lüderssen*, *Rechtsfreie Räume, eine moderne Versuchung*, 2011 (im Druck).

4 *Ambos*, *Cesare Beccaria* und die Folter – kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht, *ZStW* 122 (2010), 504 f.

5 *Naucke*, Einführung in *Vormbaum* (Hrsg.), *C. Beccaria, Von Verbrechen und Strafen* [1764], 2005, S. XIII ff.