

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Beweisverwertungsverbot bei Unterbleiben einer „qualifizierten“ Belehrung

1. Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsverstoßes (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen („qualifizierte“ Belehrung).

2. Unterbleibt die „qualifizierte“ Belehrung, sind trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall verwertbar.

3. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abzurücken zu können (im Anschluss an BGH, Urt. v. 3.7.2007 – 1 StR 3/07, StV 2007, 450 [452]).

(Amtliche Leitsätze)

StPO § 136

BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08¹

I. Problemstellung

Wird ein Beschuldigter bei seiner Vernehmung nicht gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 StPO darauf hingewiesen, dass er sich nicht zur Sache äußern muss, so ist eine daraufhin erfolgte Aussage nach einhelliger Auffassung, zu der sich der BGH freilich erst relativ spät durchzuringen vermochte,² nicht als Beweismittel verwertbar. Begründet wird dies damit, dass das Recht des Angeklagten, zu schweigen und sich nicht durch eine Aussage selbst zu belasten (nemo tenetur-Grundsatz), zum Kern eines rechtsstaatlichen Verfahrens gehört. Ein Verstoß hiergegen stellt daher einen massiven Eingriff in die Verfahrensgrundrechte des Beschuldigten dar, der dazu führen muss, dass derart gewonnene Aussagen ungeachtet ihrer möglichen Bedeutung für die Ermittlung der materiellen Wahrheit im Verfahren nicht verwertet werden dürfen. Angesichts dessen stellt sich aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts die Frage, ob sich ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 1 StPO noch auf irgendeine Weise nachträglich korrigieren lässt. Eine naheliegende Möglichkeit besteht darin, den Beschuldigten erneut zu vernehmen und diesmal eine ordnungsgemäße Belehrung vorzunehmen. Der Inhalt der neuerlichen Vernehmung beschränkt sich dabei in der Praxis nicht selten darauf, dass der

Beschuldigte lediglich die in der früheren Vernehmung gemachten Angaben pauschal bestätigt.

Nun gibt es allerdings zahlreiche Stimmen in der Literatur³ aber auch der Rechtsprechung⁴, die bei einem solchen Vorgehen befürchten, dass der Beschuldigte zwar in der zweiten Vernehmung über sein Recht auf Aussage- und Selbstbelastungsfreiheit belehrt wird, er aber von diesem Recht faktisch keinen Gebrauch machen kann. Denn solange er nicht weiß, dass seine frühere Aussage unverwertbar ist und damit im Verfahren so behandelt werden muss, als existiere sie nicht und sei niemals abgegeben worden, wird sich der Beschuldigte inhaltlich womöglich noch an die Angaben aus der früheren Vernehmung gebunden fühlen. Aus Furcht, sich in Widersprüche zu verwickeln oder gegenüber den Vernehmungsbeamten (die zumeist den Inhalt der früheren Aussage genau kennen und möglicherweise sogar deren Protokoll vor sich haben werden) unglaubwürdig zu erscheinen, könnte er daher einem psychischen Druck ausgesetzt sein, seine frühere Aussage einfach zu bestätigen anstatt sie zu korrigieren oder von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Letzteres ergäbe für ihn auch gar keinen Sinn, solange er davon ausgehen muss, dass seine früheren Angaben weiterhin als Beweismittel im Verfahren Verwendung finden können. Daher sei es nicht ausreichend, wenn im Falle einer späteren Vernehmung lediglich nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt wird. Vielmehr soll es nach dieser Ansicht erforderlich sein, dass der Beschuldigte auch explizit darauf hingewiesen wird, dass seine in der früheren Vernehmung getätigte Aussage nicht verwertet werden kann. Unterbleibt eine derartige „qualifizierte“ Belehrung⁵, so wirke der ursprüngliche Verstoß gegen die Belehrungspflicht fort⁶, weil sich der Beschuldigte womöglich an seine zuerst gemachte Aussage gebunden glaubt und damit in seinem Recht auf Aussagefreiheit eingeschränkt ist.

Unterstellt man die Notwendigkeit einer derartigen Pflicht zur qualifizierten Belehrung, so stellt sich darüber hinaus die Frage nach den verfahrensrechtlichen Konsequenzen, wenn

³ Vgl. *Geppert*, in: ders./Dehnicke (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, 1990, S. 93 ff.; *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT, 2008, S. 91; *Neuhaus*, *NSStZ* 1997, 312; *Roxin*, *JR* 2008, 16 (18); *Saliger*, *ZStW* 116 (2004), 35 (52 f.).

⁴ AG Tiergarten StV 1983, 277; LG Bad Kreuznach StV 1994, 293; LG Dortmund *NSStZ* 1997, 357; AG Neumünster StV 2001, 499; AG München StV 2001, 501.

⁵ Der Begriff geht zurück auf *Schünemann*, *MDR* 1969, 101 (102).

⁶ Eine solche Fortwirkung eines Verfahrensverstößes ist dabei von einer Fernwirkung zu unterscheiden. Eine Fortwirkung liegt vor, wenn die Folgen desselben Verstoßes – hier die Wirkung auf die freie Willensentschließung des Angeklagten bzgl. seines Aussageverhaltens – auch bei einer weiteren Vernehmung anhält. Von Fernwirkung spricht man hingegen dann, wenn die Unverwertbarkeit eines verfahrenswidrig gewonnenen Beweismittels dazu führt, dass auch solche Beweise unverwertbar sind, die erst mittelbar über das inkriminierte Beweismittel gewonnen wurden. Vgl. zu dieser Unterscheidung etwa *Geppert* (Fn. 3), S. 102 ff.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in *NJW* 2009, 1427 und *NSStZ* 2009, 281.

² *BGHSt* 38, 214. Gleiches gilt, wenn der Beschuldigte nicht über sein Recht auf Zuziehung eines Verteidigers belehrt wird, *BGHSt* 47, 172.

gegen sie verstoßen wird, insbesondere, ob auch in diesem Fall ein Verwertungsverbot eingreifen soll. Sowohl die Erforderlichkeit einer qualifizierten Belehrungspflicht wie auch die Rechtsfolgen ihrer Nichtbeachtung sind Gegenstand der hier zu besprechenden Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH.

II. Die Entscheidung

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall wurde dem Angeklagten zusammen mit zwei Mitangeklagten versuchter schwerer Raub vorgeworfen. Die Polizei hatte den Angeklagten im Ermittlungsverfahren zunächst lediglich als Zeugen vernommen und daher nicht über seine Beschuldigtenrechte nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt, obwohl zu diesem Zeitpunkt gegen ihn bereits ein Tatverdacht bestand. Im weiteren Verlauf der Ermittlungen wurde der Angeklagte erneut – diesmal als Beschuldigter – von Polizei und Ermittlungsrichter vernommen. Dabei wurde er jeweils nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt. Es erfolgte jedoch kein Hinweis darauf, dass die zuvor als Zeuge gemachten Aussagen unverwertbar waren.

Das Landgericht war im erstinstanzlichen Verfahren davon ausgegangen, dass nach einem entsprechend erfolgten Widerspruch des Angeklagten nicht nur die von ihm als Zeugen gemachten Aussagen nicht als Beweismittel verwertet werden durften, sondern aufgrund des Fehlens einer „qualifizierten“ Belehrung auch die in den späteren Vernehmungen gemachten Angaben.

Der 4. Strafsenat des BGH stellte in seiner Revisionsentscheidung zunächst fest, dass das Landgericht zu Recht davon ausgegangen war, dass die Polizei bei der ersten Vernehmung den Angeklagten bereits als Beschuldigten und nicht lediglich als Zeugen hätte vernehmen müssen. Zu diesem Zeitpunkt bestand gegen den Angeklagten bereits ein eindeutiger Tatverdacht, denn aus von der Polizei ausgewerteten SMS-Nachrichten ergab sich eindeutig, dass der Angeklagte zusammen mit einem weiteren Täter zum Tatzeitpunkt am Tatort anwesend war. Hat sich der Tatverdacht aber bereits derart verdichtet, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn die betreffende Person lediglich als Zeuge und nicht als Beschuldigter vernommen wird.⁷ Dieser Verstoß wurde auch nicht dadurch geheilt, dass der Angeklagte im weiteren Verlauf des Verfahrens nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt wurde und danach erneut aussagte. Mangels ordnungsgemäßer Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO waren die in der ersten polizeilichen Vernehmung gemachten Angaben daher unverwertbar.

Was die Verwertbarkeit der Aussagen in den späteren Vernehmungen angeht, so stellt der BGH zunächst fest, dass insoweit eine qualifizierte Belehrung bzgl. der Unverwertbarkeit der zuvor gemachten Angaben erforderlich gewesen wäre.⁸ Dieses Erfordernis leitet er aus der zentralen Bedeutung des nemo tenetur-Grundsatzes ab. Dieser sei Kern eines

fairen Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Daher müsse die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form einer „qualifizierten“ Belehrung dagegen treffen, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere Aussage, die unter Verstoß gegen eine Belehrungspflicht zustande gekommen ist, nicht mehr aus der Welt schaffen zu können.⁹

Ein solcher Verstoß gegen eine Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung habe jedoch nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, der grundsätzlich immer ein Verwertungsverbot nach sich zieht. Daher ist die Frage nach der Verwertbarkeit der weiteren Aussagen im Falle des Fehlens einer qualifizierten Belehrung durch eine Abwägung im Einzelfall zu lösen.¹⁰ Dabei sind das Gewicht des Verfahrensverstößes ebenso wie das Interesse an der Sachaufklärung zu berücksichtigen. Eine maßgebliche Rolle spielt dabei, ob die konkreten Umstände des Einzelfalles darauf hindeuten, dass der Beschuldigte davon ausgegangen ist, von seinen in der früheren Vernehmung als Zeuge gemachten Angaben nicht mehr abrücken zu können. Dies liegt insbesondere dann nahe, wenn in der späteren Aussage als Beschuldigter die zuvor gemachten Angaben inhaltlich lediglich wiederholt werden. Im hier zu entscheidenden Fall lagen derartige Umstände nach Auffassung des BGH jedoch nicht vor. Denn der Angeklagte hatte hier in seiner späteren Aussage nicht lediglich den Inhalt seiner früheren Aussage bestätigt. Vielmehr hatte er nicht nur seine Mitangeklagten, sondern erstmals auch sich selbst erheblich belastet.¹¹ Damit lag hier zwar ein Verstoß gegen die Pflicht zu einer „qualifizierten“ Belehrung vor, dieser führte aber nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Die Revision der Staatsanwaltschaft hatte daher mit der Verfahrensrüge Erfolg.

III. Würdigung

Mit der vorliegenden Entscheidung erkennt nunmehr auch der BGH das Erfordernis einer „qualifizierten“ Belehrung ausdrücklich an. Bereits in einer Entscheidung vom 3.7.2007 hatte der 1. Strafsenat des BGH allerdings eine Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung ohne weiteres vorausgesetzt, ohne dies jedoch näher zu begründen¹² und auch in seiner wenig später erfolgten grundlegenden Entscheidung zum Schweigerecht bei Einsatz eines verdeckten Ermittlers¹³ war der BGH wie selbstverständlich von einer Fortwirkung des Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ausgegangen, weil dem Beschuldigten suggeriert worden war, seine früheren Angaben seien gerichtsverwertbar. Die vorliegende Entscheidung des 4. Senats widmet dem Erfordernis der „qualifizierten“ Belehrung nun sogar einen eigenen Leitsatz.

⁹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13.

¹⁰ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 14.

¹¹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 15.

¹² BGH StV 2007, 450 (452), insoweit in BGHSt 51, 367 nicht abgedruckt.

¹³ BGHSt 52, 11 (23 f.).

⁷ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 9 unter Bezugnahme auf BGHSt 51, 367 (376).

⁸ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 12.

Zuvor hatte der BGH die Notwendigkeit einer „qualifizierten“ Belehrung lange Zeit offen gelassen.¹⁴ Die frühe Entscheidung BGHSt 22, 129 war dabei als Beleg dafür angeführt worden, dass der BGH eine „qualifizierte“ Belehrung nicht für erforderlich hält. Er hatte dort entschieden, dass ein Geständnis bei einer polizeilichen Vernehmung auch dann verwertet werden darf, wenn in einer früheren Vernehmung inhaltsgleiche Angaben gemacht wurden, ohne dass zuvor eine Belehrung stattgefunden hätte. Allerdings hielt der BGH zu diesem Zeitpunkt auch noch an seiner später in BGHSt 38, 214 aufgegebenen Ansicht fest, wonach ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO nicht zu einem Verwertungsverbot führe. Die Frage nach einer „qualifizierten“ Belehrung konnte sich von diesem Ausgangspunkt folglich auch noch gar nicht stellen.¹⁵ Der BGH hatte in dieser Entscheidung jedoch auch den Gedanken ausdrücklich verworfen, der Beschuldigte könnte sich in einer späteren Vernehmung noch an seine früher gemachten Angaben gebunden fühlen.¹⁶ Da diese Vermutung der Annahme einer „qualifizierten“ Belehrungspflicht wesentlich zugrunde liegt, war es insoweit dann doch naheliegend, BGHSt 22, 129 dahingehend zu interpretieren, dass eine solche Pflicht nach Ansicht des BGH gerade nicht bestehen soll.

Von dieser Auffassung ist der BGH aber nun in seiner aktuellen Entscheidung endgültig abgerückt und schließt sich damit der ganz herrschenden Ansicht in der Literatur und auch weiter Teile der Rechtsprechung an.¹⁷ Der 4. Strafsenat geht auch näher auf die dogmatischen Grundlagen der Belehrungspflicht ein, die in der zentralen Bedeutung des nemo tenetur-Grundsatzes für ein faires Verfahren verortet werden. Damit folgt auch diese Entscheidung einem schon seit längerem zu beobachtenden Trend in der BGH-Rechtsprechung, dem nemo tenetur-Grundsatz eine stärkere Bedeutung beizumessen. Eine Tendenz, für die vor allem die Rechtsprechung des EGMR¹⁸ die Richtung vorgegeben hat, die auch vom 4. Senat hier zitiert wird. Der BGH erkennt nunmehr die reale Möglichkeit an, dass sich ein Beschuldigter, der die Unverwertbarkeit seiner früheren Aussagen nicht kennt, in einer weiteren Vernehmung an diese gebunden fühlen könnte und dadurch daran gehindert sein könnte, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. BGHSt 22, 129 hatte diese Möglichkeit noch leichthin mit dem Argument verworfen, dass Geständnisse in der Praxis schließlich häufig widerrufen werden. Diese Auffassung wurde aber zu Recht von der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur nicht geteilt,

schon weil ein Geständniswiderruf das frühere Geständnis ohne prozessual schädliche Folgen für den Beschuldigten aus der Welt schafft, während eine neue Aussage, die zu einer vorher getätigten – und aus Sicht des unbelehrten Beschuldigten für das Gericht verwertbaren – in Widerspruch steht, Zweifel an der Glaubwürdigkeit wecken muss.¹⁹ Die Annahme, dass ein Beschuldigter ernsthafte Skrupel haben könnte, von einer früheren Aussage abzuweichen oder von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen, wenn er davon ausgehen muss, dass die früheren Angaben ohne weiteres noch im Verfahren verwertet werden können, liegt deshalb mehr als nahe, und es ist erfreulich und konsequent, dass der BGH dies hier nun auch anerkennt, zumal er bereits in früheren Entscheidungen die Möglichkeit einer fortdauernden psychischen Zwangswirkung etwa bei einem Verstoß gegen § 136a StPO angenommen hat.²⁰

Ausdrücklich offen gelassen hat der Senat die Frage, ob die qualifizierte Belehrungspflicht nur in Betracht kommt, wenn in der ersten Vernehmung eine ordnungsgemäße Belehrung nach § 136 StPO unterblieben ist, oder auch dann, wenn dort eine verbotene Vernehmungsmethode nach § 136a StPO zur Anwendung kam.²¹ Da ein Verstoß gegen § 136a StPO schwerer wiegt als ein solcher gegen § 136 StPO, wird man in diesem Fall wohl aber erst recht eine Pflicht zur qualifizierten Belehrung annehmen müssen, zumal die Möglichkeit, dass der Beschuldigte sich hier an seine zunächst gemachten Angaben gebunden glaubt, mindestens ebenso wahrscheinlich ist wie im Falle einer unterlassenen Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO.²² Darüber hinaus sollte eine „qualifizierte“ Belehrungspflicht aber nicht nur gegenüber dem Beschuldigten in Erwägung gezogen werden. Auch im Hinblick auf die spätere Vernehmung von Zeugen, deren frühere Aussagen ebenfalls wegen eines Verstoßes gegen Belehrungspflichten unverwertbar sein können, ist eine „qualifizierte“ Belehrung über die Unverwertbarkeit der früheren Aussage geboten. Denn auch ein Zeuge könnte sich gehindert fühlen, eine Aussage zu verweigern oder zu ändern, wenn er davon ausgehen muss, dass frühere Angaben nach wie vor im Verfahren verwertet werden können.²³

Dies gilt sowohl im Fall einer unterlassenen Belehrung beim angehörigen Zeugen nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO als auch im Fall einer fehlenden Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen nach § 55 Abs. 2 StPO, wenn man mit der zutreffenden Ansicht davon ausgeht, dass die letztere Vorschrift auch den Beschuldigten schützen soll und deshalb der Verstoß gegen diese Belehrungspflicht ein Ver-

¹⁴ Vgl. etwa BGHSt 47, 172 (175) bzgl. des Rechts auf Verteidigerkonsultation.

¹⁵ In der Tat ist die Möglichkeit einer „qualifizierten“ Belehrung in der Literatur auch anhand dieser Entscheidung unter der zusätzlichen Prämisse, dass ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO die Unverwertbarkeit der Aussage zur Folge habe, ins Spiel gebracht worden, vgl. *Schünemann*, MDR 1969, 101; zuvor bereits *Grünwald*, JZ 1968, 752 (754).

¹⁶ BGHSt 22, 129 (134 f.).

¹⁷ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 3 und 4.

¹⁸ Vgl. EGMR NJW 2002, 499 (501); JR 2005, 423.

¹⁹ *Geppert* (Fn. 3), S. 102 f.

²⁰ BGHSt 17, 364.

²¹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13.

²² *Neuhaus*, NSTZ 1997, 312 (314 f.). Ohne ausdrücklich eine qualifizierte Belehrung zu fordern hat auch der BGH in Fällen des Verstoßes gegen § 136a StPO eine Fortwirkung bejaht, wenn davon auszugehen war, dass der Beschuldigte sich bei der späteren Vernehmung seiner Aussagefreiheit nicht bewusst war, vgl. BGHSt 37, 48 (53); ähnlich bereits BGHSt 17, 364 (368).

²³ So auch *Geppert* (Fn. 3), S. 114 f.

wertungsverbot nicht nur in einem späteren Verfahren gegen den Zeugen, sondern auch im aktuellen Verfahren gegen den Beschuldigten zur Folge hat.²⁴

Herrscht nach der aktuellen Entscheidung des 4. Strafsenats nunmehr endgültig Klarheit darüber, dass eine Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung jedenfalls bei vorangegangenen Verstößen gegen § 136 Abs. 1 StPO besteht, so ist nach wie vor umstritten, welche verfahrensrechtlichen Folgen es hat, wenn diese qualifizierte Belehrung nicht erteilt wird. In der Literatur wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine unterbliebene „qualifizierte“ Belehrung ein generelles Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die in der späteren Vernehmung gemachten Angaben zur Folge haben muss.²⁵ Auch der 4. Senat ist hier aber wie schon der 1. Strafsenat in der Entscheidung StV 2007, 450 (452) zurückhaltender und will stattdessen auf eine Abwägung im Einzelfall abstellen.²⁶

Diese Lösung kann indes nicht überzeugen. Dies gilt schon für die Annahme des BGH, ein Verstoß gegen die „qualifizierte“ Belehrungspflicht sei weniger schwerwiegend als ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Der 4. Strafsenat begründet nicht näher, woraus sich seiner Ansicht nach das unterschiedliche Gewicht der Verstöße ergibt. Ein solcher Grund ist auch kaum ersichtlich, denn beide Belehrungspflichten wurzeln im nemo tenetur-Grundsatz und dienen dem Zweck, den Angeklagten davor zu schützen, sich selbst belasten zu müssen. Meint dieser aber, in seiner Aussage deshalb nicht frei zu sein, weil er sich an eine frühere – vermeintlich voll verwertbare – Aussage gebunden glaubt, so ist seine Aussagefreiheit ebenso schwerwiegend tangiert, wie wenn ihm diese Freiheit mangels einer Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO nicht bekannt ist.²⁷

Auch der Ansatz des BGH, die Frage des Verwertungsverbots von einer Abwägung im Einzelfall abhängig zu machen, begegnet durchgreifenden Bedenken. Dies schon deshalb, weil hier ein Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz vorliegt, der die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten betrifft. In einem solchen Fall des Eingriffs in ein zentrales Verfahrensgrundrecht des Beschuldigten kommt aber eine Abwägung nicht in Betracht,

sondern es ist von einem generellen Beweisverwertungsverbot auszugehen.²⁸

Bei näherem Hinsehen verbirgt sich hinter der Abwägungslösung des BGH in Wahrheit auch eher eine Beweislastregel. Denn der 4. Strafsenat vertritt die Ansicht, für ein Verwertungsverbot komme es maßgeblich darauf an, ob im Einzelfall konkrete Umstände darauf hindeuten, dass der Vernommene bei der späteren Vernehmung davon ausging, von seinen früher gemachten Angaben nicht mehr abrücken zu können. Es wird also grundsätzlich vermutet, dass die unterbliebene Belehrung über die Unverwertbarkeit die Aussagefreiheit des Beschuldigten nicht beeinträchtigt hat, es sei denn, es liegen konkrete Anhaltspunkte vor, die auf das Gegenteil hindeuten. Damit gilt hier für den BGH eine genau umgekehrte Vermutung wie im Falle des Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO: Dort geht man davon aus, dass die fehlende Belehrung stets die Aussagefreiheit des Beschuldigten tangiert, es sei denn, es steht fest, dass diesem seine Aussagefreiheit bei der Vernehmung bereits anderweitig bekannt war.²⁹ Für eine solche „Beweislastumkehr“ besteht aber angesichts der Gleichwertigkeit der Verstöße kein Anlass. Da der Verfahrensverstoß in der Sphäre der Strafverfolgungsbehörden wurzelt, sollte es nicht dem Beschuldigten auferlegt werden, die Umstände darlegen zu müssen, aus denen sich eine Beeinträchtigung seiner Aussagefreiheit ergibt. Dies könnte im Einzelfall auch schwierig werden. Immerhin räumt der BGH ein, dass solche Umstände wohl insbesondere dann anzunehmen sein werden, wenn der Beschuldigte in der neuen Vernehmung die früheren Angaben lediglich wiederholt oder bestätigt.³⁰ Aber auch dann, wenn die spätere Vernehmung teilweise neue Angaben enthält oder andere revidiert, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass der Beschuldigte nicht doch noch durch die Ergebnisse der früheren Vernehmung und deren vermeintlicher Bedeutung für das Verfahren beeinflusst ist. Es spricht daher viel dafür, die unterlassene „qualifizierte“ Belehrung ebenso zu behandeln wie den Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Ebenso wie dort grundsätzlich vermutet wird, dass die fehlende Belehrung zu einer ansonsten nicht erfolgten Selbstbelastung des Beschuldigten geführt hat, sollte auch beim Fehlen einer „qualifizierten“ Belehrung zugunsten des Beschuldigten unterstellt werden, dass seine Aussage in dieser Form nicht erfolgt wäre und daher unverwertbar sein muss. Ein Verwertungsverbot wird deshalb nur dann zu verneinen sein, wenn sicher ist, dass dem Beschuldigten die Unverwertbar-

²⁴ Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 24 Rn. 36; Ignor/Bertheau, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 55 Rn. 41; a.A. jedoch die h.M., vgl. BGHSt 11, 213 (218); Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2008, § 55 Rn. 17; Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 464.

²⁵ Roxin, JR 2008, 16 (18); ders., HRRS 2009, 186 (188); Neuhaus, NSTZ 1997, 312 (314); Deiters, ZJS 2009, 198 (203).

²⁶ So auch bereits BGH StV 2007, 450 (452).

²⁷ Deiters, ZJS 2009, 198 (202); Roxin, JR 2008, 16 (18); ders., HRRS 2009, 186 (187).

²⁸ Vgl. BGHSt 38, 212 (220); dazu Roxin, JR 2008, 16 (18); ders., HRRS 2009, 186 (187); ebenso Deiters, ZJS 2009, 198 (202).

²⁹ BGHSt 38, 214 (224).

³⁰ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 15. Außerdem ist von einem Beweisverwertungsverbot natürlich dann auszugehen, wenn dem Beschuldigten bei der späteren Vernehmung vom Vernehmungsbeamten fehlerhaft die Auskunft erteilt wird, seine früheren Angaben seien gerichtsverwertbar, BGHSt 52, 11 (23 f.).

keit seiner vorigen Aussage bereits bekannt war, etwa weil ihn bereits sein Verteidiger entsprechend informiert hat.³¹

Abschließend soll noch auf einen Aspekt eingegangen werden, dem der 4. Senat in seiner Entscheidung keine Beachtung geschenkt hat, der aber durchaus Aufmerksamkeit verdient: nämlich das Verhältnis zwischen der Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung und der so genannten Widerspruchslösung, wonach eine unter Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO gewonnene Aussage nur dann nicht als Beweismittel verwertet werden darf, wenn der verteidigte Beschuldigte ihr nicht bis zum Ende der Beweiserhebung widersprochen hat.³² Die beiden Regelungen scheinen zueinander in Widerspruch zu stehen. Denn es mutet seltsam an, wenn einerseits verlangt wird, den Beschuldigten ausdrücklich auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Aussage hinzuweisen, andererseits die Verwertung dann doch zugelassen wird, wenn er der Verwertung in der Hauptverhandlung nicht selbst ausdrücklich widersprochen hat.³³ Aus der „qualifizierten“ Belehrung muss der Beschuldigte den Eindruck gewinnen, dass die zuvor gemachte Aussage keinen Eingang ins Verfahren finden wird. Wenn genau dies dann aber doch noch von einem späteren Widerspruch des Beschuldigten abhängig gemacht wird, ist das mit dem Grundsatz eines fairen, für den Angeklagten in seinem Verlauf berechenbaren, Verfahrens schwerlich vereinbar. Nun mag man dem entgegenhalten, dass die Widerspruchslösung uneingeschränkt nur für den verteidigten Angeklagten gilt. Beim Angeklagten, der keinen Verteidiger hat, ist der Widerspruch nur dann Voraussetzung für die Unverwertbarkeit, wenn er darauf ausdrücklich durch das Gericht hingewiesen wurde.³⁴ Gleichwohl bleibt es bei einem fragwürdigen Widerspruch, da einerseits durch die qualifizierte Belehrung gegenüber dem Angeklagten die Unverwertbarkeit ausdrücklich betont wird, ihr Eintritt aber andererseits von einer von ihm bzw. seinem Verteidiger zu erbringenden Verfahrenshandlung abhängen soll.

Diesem Dilemma ließe sich zum einen dadurch abhelfen, dass die qualifizierte Belehrung immer zugleich auch mit einem Hinweis auf das Widerspruchserfordernis in einer möglichen späteren Hauptverhandlung verbunden wird.³⁵ Konsequenter erscheint es jedoch, die Widerspruchs-

eine Zustimmungslösung³⁶ zu ersetzen. Die fehlerhaft gewonnene Aussage wäre demnach nur dann verwertbar, wenn der Angeklagte dazu seine ausdrückliche Zustimmung erteilt. Es wäre dann nicht Sache des Angeklagten, die Verwertung durch seinen (bzw. seines Verteidigers) Widerspruch zu verhindern, sondern es fiele in die Zuständigkeit des Gerichts, den Angeklagten zu befragen, ob er seine Einwilligung in die Verwertung erteilen möchte. Dies erscheint nicht nur angesichts des auch im Hinblick auf die Verwertbarkeit der im Ermittlungsverfahren gewonnenen Beweismittel geltenden Amtsaufklärungsgrundsatzes sachgerecht, sondern auch im Hinblick darauf, dass die Widerspruchslösung laut ihren Befürwortern gerade den Interessen des Beschuldigten dienen soll, weil die fehlerhaft gewonnene Aussage ja auch entlastende Angaben enthalten kann.³⁷ Davon abgesehen fällt der ursprüngliche Verfahrensverstoß in den Verantwortungsbereich der Strafverfolgungsbehörden und es ist nicht einzusehen, warum der Angeklagte und sein Verteidiger mit dem Risiko belastet werden sollen, durch einen versäumten Widerspruch doch noch die nachteiligen verfahrensrechtlichen Konsequenzen einer Verwertung schultern zu müssen.³⁸

IV. Fazit

Die besprochene Entscheidung bringt die längst schon überfällige ausdrückliche höchstrichterliche Anerkennung einer „qualifizierten“ Belehrungspflicht. Demnach muss ein Beschuldigter, dessen Angaben in einer früheren Vernehmung wegen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO unverwertbar sind, bei einer nachfolgenden weiteren Vernehmung, sei es durch Polizei, Staatsanwaltschaft oder Gericht, ausdrücklich auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Angaben hingewiesen werden. Geschieht dies nicht, besteht die Gefahr, dass der Beschuldigte sich noch an seine vorherigen Äußerungen gebunden glaubt und deshalb nicht oder nicht in vollem Umfang von seinem Recht, zu den Tatvorwürfen zu schweigen, Gebrauch machen kann. Die Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung stellt sich damit als ein direkter Ausfluss des nemo tenetur-Grundsatzes dar.

Die vom 4. Strafsenat hier selbst betonte Bedeutung des nemo tenetur-Grundsatzes für ein faires Verfahren ist es aber auch, die entgegen dem BGH zwingend für die Annahme eines generellen Beweisverwertungsverbotes spricht, wenn die erforderliche qualifizierte Belehrung nicht erteilt wurde. Für eine Abwägung im Hinblick auf ein Verwertungsverbot, wie sie vom BGH hier propagiert wird, kann kein Raum sein, wenn zentrale Elemente einer fairen Verfahrensgestaltung, wie hier der nemo tenetur-Grundsatz, betroffen sind.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Peter Kasiske, München

³¹ Ebenso *Deiters*, ZJS 2009, 198 (202), der sich zu Recht auch gegen eine prima facie Vermutung wendet, wonach dem verteidigten Beschuldigten die Kenntnis der Unverwertbarkeit zu unterstellen ist.

³² BGHSt 38, 214; 42, 15 (22). Die Widerspruchslösung soll nach BGHSt 52, 38 darüber hinaus auch bei Verstößen gegen die Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK zur Anwendung kommen; vgl. allgemein zur Widerspruchslösung *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 427 ff.

³³ Ein Widerspruch lediglich während des Ermittlungsverfahrens soll nach BGH NStZ 1997, 502 nicht ausreichend sein. Auf diese Friktionen zwischen qualifizierter Belehrungspflicht und Widerspruchslösung weist auch *Deiters*, ZJS 2009, 198 (201) hin.

³⁴ BGHSt 38, 214.

³⁵ Bedenken hierzu bei *Deiters*, ZJS 2009, 198 (201).

³⁶ Ähnlich unter Verweis auf das Grundrecht des Angeklagten auf informationelle Selbstbestimmung *Volk*, Grundkurs StPO, 6. Aufl. 2008, § 28 Rn. 22; *Leipold*, StraFo 2001, 300 (302 f.); *Gleiß*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 24), Bd. 4, 2007, § 136 Rn. 85.

³⁷ *Widmaier*, NStZ 1992, 519 (521).

³⁸ *Gleiß* (Fn. 36), § 136 Rn. 83.