

## U r t e i l s b e s p r e c h u n g

**1. Die Widerspruchslösung findet auch bei einer zu spät erteilten Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (WÜK) Anwendung.**

**2. Zu den Anforderungen an einen solchen Widerspruch.**

**3. Der Widerspruch des verteidigten Angeklagten bedarf einer Begründung, in der zumindest in groben Zügen anzugeben ist, unter welchem Gesichtspunkt der Angeklagte den zu erhebenden oder bereits erhobenen Beweis für unverwertbar hält. Die Begründung muss die Angriffsrichtung erkennen lassen, die den Prüfungsumfang durch das Tatgericht begrenzt.**

§ 257 StPO; Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK; Art. 6 EMRK; § 211 Abs. 2 StGB; § 136 Abs. 1 S. 2 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

*BGH 1 StR 273/07 – Beschl. v. 11.9.2007 (LG Regensburg)\**

### I. Die Entscheidung

Die Entscheidung des BGH betrifft die Lehre von den sog. Beweisverwertungsverboten. Wenn ein Beweis im Ermittlungsverfahren unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften erhoben worden ist, kann daraus ein Beweisverwertungsverbot resultieren. Früher nahm man an, dass das Gericht in all den Fällen, in denen ein Verwertungsverbot eingreift, ohne Ausnahme verpflichtet sei, von der Verwertung im Hauptverfahren Abstand zu nehmen. In der Entscheidung BGHSt 38, 214 hat der BGH die sog. „Widerspruchslösung“ entwickelt. Das Verwertungsverbot entfaltet danach nur dann seine Wirksamkeit, wenn der verteidigte Angeklagte der Verwertung rechtzeitig widerspricht.<sup>1</sup> Seither ist bei fehlendem Widerspruch die Beweiserhebung trotz Verwertungsverbots sogar gem. § 244 Abs. 2 StPO geboten.<sup>2</sup> Als letztmögliche Gelegenheit wurde der Zeitpunkt des § 257 StPO fixiert, wenn der Angeklagte nach der jeweiligen Beweiserhebung gefragt wird, ob er dazu etwas zu erklären habe. Nun hat der BGH die Anforderungen an den Widerspruch konkretisiert – und erheblich verschärft. In der neuen Entscheidung verlangt er nicht mehr bloß den Widerspruch gegen die Verwertung eines rechtswidrigen Beweismittels, sondern zusätzlich dessen inhaltliche Begründung. Ich halte die Entscheidung für falsch.

\* Zur Entscheidung gelangen Sie über die Homepage des BGH: [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

<sup>1</sup> Dem folgt der 3. Strafsenat nicht für den Fall der Telefonüberwachung, BGHSt 47, 366; anders der 1. Strafsenat, siehe darüber hinaus z.B. den 1. Strafsenat in BGHSt 51, 1.

<sup>2</sup> *Tolksdorf*, in: Pfeiffer/Bürgermeister/Roth (Hrsg.), *Der verfaßte Rechtsstaat, Festgabe für Karin Graßhof*, 1998, S. 255 ff. (267).

### I. Sachverhalt

Der Beschuldigte, ein irakischer Staatsbürger wurde vom LG Regensburg im Dezember 2006 wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Das LG hatte festgestellt, er habe seine Ehefrau nach dem Geschlechtsverkehr erdrosselt. Nach dem Tode der Frau erhielt die Polizei einen Anruf, in dem sich der Anrufer bezichtigte seine Frau umgebracht zu haben. Die Polizei nahm den Angeklagten daraufhin fest und vernahm ihn. Zuvor wurde er darüber belehrt, dass er sich der Hilfe eines Verteidigers bedienen dürfe und dass er das Recht habe zu schweigen. Er hätte aber als irakischer Staatsbürger nach der Festnahme<sup>3</sup> außerdem gem. Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK auch von der Polizei<sup>4</sup> darüber belehrt werden müssen, dass er das Recht hat, sich mit einem Angehörigen des irakischen Konsulats zu besprechen<sup>5</sup>. Wünscht er eine Information des Konsulats, müssen die deutschen Behörden dies unverzüglich benachrichtigen. Dieses Recht ist nach der Rechtsprechung des IGH<sup>6</sup> nicht nur Ausdruck der Personalhoheit des irakischen Staates, sondern ein subjektives Recht des einzelnen Staatsbürgers. Er soll nicht spurlos verschwinden können, aber m.E. auch davor geschützt sein, nicht als Fremder diskriminiert zu werden, es soll seine Subjektstellung gestärkt werden, die durch seine Situation als Fremder in ganz besonderem Maße gefährdet ist. Die Möglichkeit, einen deutschen Verteidiger zu mandantieren, vermag diesen Defiziten nicht abzuwehren, das lehrt forensische Erfahrung: Ausländische Beschuldigte sind sehr oft in besonderem Maße misstrauisch gegenüber deutschen VerteidigerInnen, weil sie deren Rolle, insbesondere deren Staatsnähe nicht einzuschätzen wissen. Das bedeutet konkret, dass sie vielfach deren Ratschlägen keine Folge leisten, weil sie befürchten, nicht beraten, sondern überlistet und ausgehorcht zu werden. Sie können daher oft nicht einschätzen, welche Vor- und Nachteile mit Schweigen verbunden sind. Eine Vertrauensperson aus dem eigenen Land, die zugleich mit der Rechtsordnung des Gastlandes besser vertraut ist, ist für sie (je nach dem Grad der Integration) eine unentbehrliche Hilfe bei der Wahrung der eigenen Rechte. Außerhalb der Haft können sie selbst für eine solche Beratung sorgen, innerhalb der Haft ist dies jedoch ausgeschlossen. Zudem können sie vielfach nicht einschätzen, wie das Haftrecht in Deutschland gehandhabt wird, dadurch wird der Geständnisdruck erhöht. Es besteht dann eine besondere Gefahr von Fehlreaktionen, nur um der Haft zu entkommen. Da Art. 36

<sup>3</sup> Nach der Rspr. des IGH (IGH ICJ-Reports 2001, 464 = EuGRZ 2001, 287 = JZ 2002, 91 [LaGrand]) bedeutet die nicht notwendig bereits vor der ersten Vernehmung, nicht ausreichend ist es aber, wenn der Betroffene nach einer 40 Stunden dauernden Haft erst informiert wird.

<sup>4</sup> Anders noch BGH in BGHR WÜK Art. 36 Unterrichtung 1, diese Rechtsauffassung hat der Senat nunmehr aufgrund der Entscheidungen von IGH und BVerfG (unten Fn. 6) ausdrücklich aufgegeben: BGH StV 2008, 5.

<sup>5</sup> Vgl. zu diesem Recht neuerdings eingehend *Weigend*, StV 2008, 39.

<sup>6</sup> Vgl. IGH ICJ-Reports 2001, 464 = EuGRZ 2001, 287 = JZ 2002, 91 (LaGrand).

Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>7</sup> und des IGH<sup>8</sup> wegen des Gebots der völkerrechtsfreundlichen Auslegung unmittelbar geltendes Recht ist, ist auch die Polizei daran gebunden. Der Beschuldigte wurde von der Polizei nicht über dieses Recht, konsularischen Beistand zu verlangen, belehrt<sup>9</sup>. Zwar wurde er bei seiner anschließenden Vernehmung durch den Ermittlungsrichter belehrt, zu diesem Zeitpunkt hatte er sich allerdings bereits – ohne konsularische Unterstützung erhalten zu haben – durch seine Aussage selbst belastet.

Im späteren Verlauf des Verfahrens entschloss sich der Beschuldigte, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Das LG lud daraufhin die Polizeibeamten, die den Angeklagten im Ermittlungsverfahren vernommen hatten, als Zeugen. Der Verteidiger widersprach dieser Beweiserhebung und begründete das mit dem mangelnden Hinweis auf Verteidigungsmöglichkeiten ebenso wie mit Übermüdung und unzureichender Übersetzung der Aussage des Kurden durch den türkischen Dolmetscher. Diese Widersprüche wurden nach Aufklärung zurückgewiesen und die Polizisten wurden am zweiten und dritten Verhandlungstag als Zeugen vernommen. Vier Tage später, also geraume Zeit nach Abschluss der Zeugenvernehmung, begründete der Verteidiger des Angeklagten (noch in der laufenden Hauptverhandlung) seinen Widerspruch neuerlich. Er stützte ihn nun auf die unterlassene Belehrung gem. Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK; möglicherweise war ihm die Bedeutung dieser Belehrungspflicht durch die neue, strengere Bewertung eines solchen Verstoßes durch die Veröffentlichung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bewusst geworden.<sup>10</sup> Die *Kammer* wies auch diesen Widerspruch zurück. Sie stützte die Verurteilung auf das vor der Polizei abgelegte Geständnis. Gegen das Urteil legte der Angeklagte Revision ein, die er u.a. als Verfahrensrüge gem. § 344 Abs. 2 StPO begründete und darauf stützte, die gegen seinen Widerspruch erfolgte Verwertung der Aussagen der Polizeibeamten sei unzulässig gewesen.

## 2. Begründung

Der BGH hat die Revision des Angeklagten zurückgewiesen. Soweit sie sich gegen die Verwertung der Aussagen der Polizei richtet, lässt der BGH ausdrücklich offen, ob aus dem Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK ein Beweisverwertungsverbot zu folgern gewesen wäre. Zwar sei die Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK verletzt worden, weil der Angeklagte nicht unverzüglich nach seiner Festnahme auf sein Recht auf konsularischen Beistand hingewiesen worden sei. Allerdings sei der Widerspruch in

der Hauptverhandlung verspätet gewesen, da diese Pflichtverletzung erst nach dem gemäß § 257 StPO maßgeblichen Zeitpunkt geltend gemacht wurde.

Der BGH nimmt seit der Entscheidung BGHSt 38, 214 in ständiger Rechtsprechung an, der verteidigte Beschuldigte müsse selbst gegen die Verwertung Widerspruch einlegen, und zwar rechtzeitig. Als maßgeblicher Zeitpunkt wird die Gelegenheit zur Äußerung nach der Vernehmung der Polizeibeamten festgesetzt, die § 257 StPO dem Beschuldigten einräumt. An einem solchen Widerspruch fehlte es im vorliegenden Fall an sich nicht. Doch dieser Widerspruch des Angeklagten bezog sich auf eine Reihe anderer Verfahrensfehler, nicht jedoch auf eine Gesetzesverletzung im Zusammenhang mit dem Recht auf konsularischen Beistand. Der Widerspruch bedürfe der Begründung, in der zumindest in groben Zügen anzugeben sei, *auf welchen Gesichtspunkt der Beschuldigte die Unverwertbarkeit stütze*. Eine solcher, auf den Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK gerichteter Widerspruch wurde vom Beschuldigten erst deutlich später, am 29. November 2006, nachgeschoben. Zu diesem Zeitpunkt waren die Polizeibeamten, die das Geständnis aufgenommen hatten, als Zeugen längst entlassen und die Verfahrensbeteiligten hatten die Gelegenheit erhalten, sich hierzu zu erklären (§ 257 Abs. 1 und 2 StPO). Eine frühere Geltendmachung des Verstoßes sei dem Angeklagten auch zumutbar gewesen, da er bereits am Tag nach der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung über sein Recht auf konsularischen Beistand belehrt worden sei. Durch diese Heilung des Verstoßes habe er zugleich Kenntnis von der vorangegangenen Rechtsverletzung erhalten.<sup>11</sup> Sollte er von der der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erst später erfahren haben, so sei dieser Umstand ohne Relevanz.

Sachlich begründet wird dies mit folgender Argumentation: Der Zweck des Widerspruchserfordernisses sei die Verfahrensförderung, und zwar eine Verfahrensförderung, die dem Angeklagten keine unzumutbaren Anforderungen auferlege. Da der Widerspruch dazu nur geeignet sei, wenn auch der sachliche Hintergrund angegeben werde, sei eine substantielle Begründung, die zumindest die *Angriffsrichtung* erkennen lasse, erforderlich. Widerspreche der verteidigte Angeklagte etwa der Verwertung der Aussage einer Vernehmungsperson über seine Angaben im Ermittlungsverfahren, weil er nicht über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt worden sei, werde das Tatgericht keine Veranlassung haben, möglichen anderen Verfahrensfehlern im Einzelnen nachzugehen. Es würde, so der BGH, dem verfassungsrechtlichen Gebot der straffen Durchführung der Hauptverhandlung zuwiderlaufen, wenn das Tatgericht stets von Amts wegen alledem nachgehen müsste.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> BVerfG NJW 2007, 499 (500 ff.), ebenso *Walther*, HRRS 2004, 126 (130).

<sup>8</sup> Vgl. IGH ICJ-Reports 2001, 464 = EuGRZ 2001, 287 (LaGrand) mit Besprechungen von *Burchard*, JZ 2007, 891; *Kreß*, GA 2007, 296.

<sup>9</sup> Insbesondere enthalten die RiStBV bis dato in den einschlägigen Ziff. 44 ff., 181 f. keine entsprechenden Hinweise für Strafverfolgungsbehörden.

<sup>10</sup> BVerfG NJW 2007, 499 (500 ff.).

<sup>11</sup> Mangels einer solchen Heilung hält daher der BGH in der Entscheidung StV 2008, 5 (6) den generellen Widerspruch ausnahmsweise für ausreichend.

<sup>12</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 2501 (2504) m.w.N. zu den Anforderungen an eine straffe Verfahrensführung.

## II. Entscheidungskritik

### 1. Verwertung eines im Ermittlungsverfahren abgelegten Geständnisses im Hauptverfahren?

Die erste Frage, die diese Entscheidung aufwirft, ist ob und unter welchen Bedingungen ein im Ermittlungsverfahren vor der Polizei abgelegtes Geständnis durch die Vernehmung der Verhörspersonen im Hauptverfahren überhaupt verwertet werden darf. Es ist nicht selbstverständlich, dass Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Hauptverfahren „reproduziert“ werden dürfen. Zugleich mit der Ablösung des Inquisitionsverfahrens durch den sog. reformierten Strafprozess wurde aus den deutschen Gerichtssälen die damals verbreitete Praxis verbannt, ein Urteil auf das Referat von Zeugenaussagen durch die Inquisitoren, statt auf deren unmittelbare Vernehmung zu stützen. Anstelle der Wort- und sog. „Gebärdenprotokolle“ sollten sich Richter und Öffentlichkeit selbst ein Bild von der Glaubwürdigkeit machen können, sollten alle Beteiligten die Aussagen selbst hinterfragen können. Zum einen gebietet § 244 Abs. 2 StPO auf das tatnächste Beweismittel zurückzugreifen, sofern dieses verfügbar ist. Das wäre hier der Angeklagte selbst, der jedoch zur Aussage nicht bereit ist. Außerdem schreibt § 250 StPO vor, dass dann, wenn der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person beruht, diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen sei, §§ 251 ff. StPO schränken diesen Grundsatz für bestimmte Fälle ein und regeln, wann die Verlesung von richterlichen, und seltener noch, von polizeilichen Protokollen, zulässig ist. Die Bedeutung dieser Vorschriften für die Reproduktion von im Ermittlungsverfahren getätigten Aussagen ist umstritten. Für den Fall, dass der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren vor dem Richter ein Geständnis abgelegt hat, gestattet § 254 StPO die Verlesung einer *richterlichen* Niederschrift. Die Verlesung des polizeilichen Vernehmungsprotokolls wäre also in jedem Fall unzulässig gewesen. Streitig ist aber, ob nicht die Vernehmung der *Polizeibeamten* selbst zulässig ist. Die h.M. bejaht dies: § 250 StPO regelt lediglich den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundsbeweis, die Vernehmung von Verhörspersonen sei grundsätzlich zulässig.<sup>13</sup> Nach der Gegenauffassung<sup>14</sup> ist die Vernehmung der polizeilichen Verhörsbeamten ebenso ausgeschlossen wie die Verlesung der polizeilichen Protokolle gem. § 254 StPO. § 250 StPO stelle die Geltung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit klar, d.h. er untersage grundsätzlich die Reproduktion von Untersuchungsergebnissen aus dem Ermittlungsverfahren. Nur in den in §§ 251 ff. StPO geregelten Fällen dürften ausnahmsweise die Verhörsbeamten vernommen werden. Aus § 254 StPO folge daher, dass nur richterliche Verhörsper-

nen über ein Geständnis des Beschuldigten vernommen werden dürften, nicht aber Polizeibeamte. Die in § 254 StPO zum Ausdruck gekommenen Vorbehalte gegenüber der Zuverlässigkeit polizeilicher Verhöre beruhen nicht auf einem Misstrauen speziell gegenüber *Polizeiprotokollen*, sondern generell gegenüber einer Überzeugungsbildung, die sich auf Geständnisse stützt, die aus nicht-richterlichen Vernehmungen hervorgehen.<sup>15</sup> Nach dieser (m.E.) zutreffenden Auffassung kann der Beschuldigte bis zur Fixierung seiner Aussage vor dem Richter völlig frei entscheiden, ob er aussagt oder nicht. Dafür spricht zum einen, dass die polizeiliche Vernehmung in der Regel eine hermetische, nicht formalisierte Angelegenheit ist. Der Nachweis eines Verfahrensfehlers wird – solange nicht Tonbandaufnahmen zwingend vorgeschrieben sind<sup>16</sup> – meist nicht zu führen sein. Dass das Misstrauen gegenüber polizeilichen Vernehmungen zutrifft, ist mittlerweile empirisch belegt: In den meisten Fällen findet die Vernehmung (entgegen der gesetzlichen Konzeption<sup>17</sup>) statt, um den Beschuldigten zum Geständnis zu bewegen. Dabei erscheint es misslich, dass der Beschuldigte das Recht hat zu schweigen. Daher „muss der Vernehmende vergessen machen, dass der Beschuldigte rechtlich gesehen handlungsdominant ist“.<sup>18</sup> Geeignete Methoden sind Nichtbelehrung, Vortäuschen nicht vorhandener Ermittlungsergebnisse, Zuwarten mit der Vernehmung, bis der drogenabhängige Beschuldigte unter dem Druck des Entzuges bereit ist zu reden, Gestaltung der Vernehmungssituation,<sup>19</sup> Aufbauen einer seelischer Notlage durch Isolierung in der U-Haft oder im Polizeigewahrsam („wenn Sie aussagen, kommen sie hier sofort raus“), Vernehmung möglichst bevor ein Verteidiger auf den Plan tritt usw. Immerhin untergrub der BGH lange Zeit die rechtliche Handlungsdominanz des Beschuldigten, indem er Jahrzehnte gebraucht hat, bis er unter dem Druck der einhelligen Kritik der Literatur anerkannte, dass die Belehrung des Beschuldigten über sein Schweigerecht essenziell ist zur Gewährleistung der Aussagefreiheit und nicht lediglich eine (sachlich eigentlich doch unnötige) Ordnungsvorschrift.<sup>20</sup> Eine empirische Studie hat gezeigt, dass zumindest die Strategie der Nichtbe-

<sup>15</sup> Grünwald, JZ 1968, 754.

<sup>16</sup> Und selbst hier besteht die Möglichkeit der Manipulation dadurch, dass man nur einen Teil der Vernehmung aufzeichnet.

<sup>17</sup> Die darauf gerichtet ist, dem Beschuldigten rechtliches Gehör zu gewähren, d.h. ihm die Gelegenheit zu geben, dazu Grünwald, StV 1987, 453; Degener, GA 1992, 443 (462 f).

<sup>18</sup> Reichertz/Schneider (Hrsg.), Sozialgeschichte des Geständnisses. Zum Wandel der Geständniskultur, 2007, S. 12.

<sup>19</sup> Ein mir von mehreren jugendlichen Mandanten geschilderter, beliebter „Trick“ besteht darin, den Beschuldigten großzügig Essen anzubieten, dann sehr salzige Pommes Frites ohne Getränk anzubieten, sodass das „Angebot“: „wenn Ihr rasch gesteht, könnt Ihr nach Hause“, schon zur Behebung des Durstes gerne „angenommen“ wird.

<sup>20</sup> So noch BGHSt 31, 395 m.w.N.; anders BGHSt 38, 214; zur Entwicklung vgl. Grünwald, Das Beweisrecht der StPO, 1993, S. 149 ff. m.w.N.

<sup>13</sup> Vgl die Nachweise bei Meyer/Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 50. Aufl. 2007, § 250 Rn. 2, § 254 Rn. 8.

<sup>14</sup> Grünwald, in: Hanack u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebieber zum fünfundsiebzigsten Geburtstag, 1982, S. 347; Velten, Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung, 1995, S. 206 ff.; Mehle, in: Samson (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 352 ff.

lehrung bei Polizeivernehmungen (mit über 80%) die Regel, die Belehrung aber die absolute Ausnahme ist.<sup>21</sup> Hinzu kommt, dass dann, wenn man die Deutung der h.M. übernimmt, das Verbot der Verlesung solcher Protokolle zur Makulatur wird: Denn auf dem Umweg der Verlesung des Protokolls zur Gedächtnisunterstützung, also zum Vorhalt gem. § 253 StPO, könnte dann das Protokoll doch Eingang in die Hauptverhandlung finden, wenn auch nicht als Beweismittel.<sup>22</sup> Im Ergebnis ist entgegen der h.M. aus § 254 StPO zu schließen, dass nicht nur die Verlesung polizeilicher Protokolle, sondern auch die Vernehmung der Polizeibeamten über das Geständnis ausgeschlossen ist.

## 2. Verwertungsverbot als Folge des Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK?

Wenn man nun aber gleichwohl mit der herrschenden Auffassung die Vernehmung der Verhörspersonen für zulässig hält, so stellt sich die Frage, welche Folgen es zeitigt, wenn die Polizei den Beschuldigten nicht belehrt hat. Seine Aussage ist dann (meist) nicht wirklich freiwillig zustande gekommen. Das gilt auch für die Belehrung gem. Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK. Ein Verstoß gegen das Belehrungsgebot des § 136 StPO begründet inzwischen nach h.M. ein Verwertungsverbot.<sup>23</sup> Das muss grundsätzlich auch für die Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK gelten. Der 5. Senat des BGH hat in einer neueren Entscheidung die Annahme eines solchen Verwertungsverbots jedoch zurückgewiesen und dies folgendermaßen begründet:<sup>24</sup> Die Verletzung der Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK sei mit den Belehrungspflichten nach § 136 StPO nicht zu vergleichen. Sie knüpfe nicht an die Aussage, sondern an die Inhaftierung an. Es gehe um eine „staatsangehörigkeitsbezogene“ Verbesserung der Verteidigungschancen in der Haftsituation. Der Wahrung des Schweigerechts hingegen müsse durch die Belehrung nach § 136 StPO Genüge getan werden. Ausreichend sei eine Kompensation der Rechtsverletzung durch eine verbesserte Anrechnung der U-Haft auf die Strafe (Vollstreckungslösung)<sup>25</sup>. Entscheidendes Argument ist hier die jeweilige Deutung der Vorschrift, sie solle primär verhindern, dass jemand spurlos aus der Öffentlichkeit verschwinde, und diene nicht dem Schutz der Aussagefreiheit. Oben (unter I. 2.) wurde gezeigt, warum und inwiefern die Funktion auch einer solchen Belehrung der Schutz der Aussagefreiheit ist. Aber auch wenn man den Schutzzweck des Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK nur im Sinne des Schutzes gegenüber dem Ver-

schwinden deutet, kann (je nach Lage des Einzelfalls) die Furcht vor dem spurlosen Verschwinden mittelbar auch die Aussagefreiheit massiv beeinträchtigen – und damit zugleich § 136 StPO verletzen. Nicht umsonst ist in vielen Ländern die Haft ein Mittel zur Aussageerpressung. Es wäre also nach beiden Auffassungen ein Verwertungsverbot, entweder unmittelbar auf Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK gestützt, andernfalls aus § 136 StPO in Betracht gekommen. Im letzteren Fall hinge die Annahme eines Verwertungsverbots davon ab, ob die Gewissheit, dass das Konsulat verständigt werden würde oder ansonsten ein Gespräch mit dem Konsulat und eine entsprechend raschere Bestellung eines Verteidigers, Einfluss auf das Aussageverhalten des Angeklagten gehabt hätten.

## 3. Die Widerspruchslösung – und ihre Verschärfung

An sich verpflichtet § 244 Abs. 2 StPO das Gericht, alle Umstände, die für die Entscheidungsfindung von Bedeutung sind, von Amts wegen zu ermitteln. Dazu zählen nach h.M. auch Verfahrensbedingungen.<sup>26</sup> Das Gericht müsste also die Vernehmungsbedingungen genauestens überprüfen, bevor es Polizeibeamte über ein Geständnis befragt. Nach überkommener Dogmatik hätten die Polizisten nun darüber nicht vernommen werden dürfen, wenn das Gericht zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass der Beschuldigte nicht über sein Konsultationsrecht belehrt wurde. Seit BGHSt 38, 214 ist es die Aufgabe der Verteidigung, zunächst Widerspruch gegen die Verwertung der Beweise einzulegen, und neuerdings auch, diese zu begründen. Da die Widerspruchslösung mittlerweile eine zentrale Bedeutung für die Struktur des Strafprozessrechts hat, soll noch einmal auf deren Begründung und Überzeugungskraft eingegangen werden, anschließend ist die Frage zu stellen, wie sich die Verschärfung der Widerspruchslösung mit den Prämissen verträgt, aus denen sie ursprünglich hergeleitet wurde.

### a) Die Begründung der Widerspruchslösung

Das Gesetz enthält keine ausdrücklichen Regelungen darüber, welche Folgen Verfahrensfehler im Ermittlungsverfahren haben, jedenfalls schreibt die Strafprozessordnung nirgendwo vor, dass die Verwertung stets zulässig sei, sofern ihr nicht widersprochen werde. Wie begründet der BGH nun dieses Erfordernis? In der aktuellen Entscheidung betont er vor allem den Zweck der Widerspruchslösung, die Steigerung der Effizienz der Strafverfolgung, die Einsparung von Zeit. Legitimiert wird die damit verbundene Verletzung des Grundsatzes der Aussagefreiheit vor allem mit der (zumutbaren) Selbstverantwortung des Beschuldigten, mit seinen Mitwirkungspflichten. Weder die Wertungen noch die dogmatischen Überlegungen der Widerspruchslösung überzeugen.

Ich will hier folgende Thesen begründen: 1. Wenn die Beweisverwertung zulässig war, ist der Zeitgewinn marginal, wenn sie unzulässig war, kann es durch Präklusion im Rechtsmittelverfahren – also durch *Rechtsverlust* – zu einem

<sup>21</sup> Wulf, Strafprozessuale und kriminalpolitische Fragen der Beschuldigtenvernehmung, 1984, S. 218: Die Belehrungen fanden häufig gar nicht, zu spät, erst nach einem „Vorgespräch“, unscharf formuliert oder sehr beiläufig statt.

<sup>22</sup> Grünwald, JZ 1968, 754.

<sup>23</sup> BGHSt 38, 214; weitere Nachweise bei Meyer-Gofner (Fn. 13), § 136 Rn. 20 f.

<sup>24</sup> BGH StV 2008, 5 (6 f.), den BGH unterstützen Weigend, StV 2008, 38 (42 ff.); Kreß, GA 2007, 296 (306); a.A. Walther, JR 2007, 99 (102); Walther, HRRS 2004, 126 (130); Jahn, JuS 2008, 82 (83).

<sup>25</sup> BGH StV 2008, 5 (7).

<sup>26</sup> Dazu Velten, in: Samson (Fn. 14), S. 771 m.w.N. Allerdings nimmt die Rspr. an, dass der Nachweis von Verwertungsbedingungen im Wege des Freibeweises geführt werden kann, siehe dazu unten die Nachweise in Fn. 28.

begrenzten Zeitgewinn kommen. Dieser wäre aber vermeidbar durch amtswegige Ermittlung – ohne viel Zeitverlust. 2. Die Widerspruchslösung beschneidet die Macht der Verteidigung zur Verfahrensverzögerung, indem sie den Strafverfolgungsbehörden die Macht einräumt, die Aussagefreiheit faktisch auszuhebeln. Das ist illegitim, weil der Machtmissbrauch der Ermittlungsbehörden wahrscheinlicher ist als derjenige der Verteidigung und weil dieser ganz einfach und ohne Rechtsverlust, nämlich durch sorgfältige Amtsaufklärung unterbunden werden könnte. 3. Der BGH steuert auf einen angloamerikanischen Parteiprozess zu, übernimmt aber fragmentarisch nur solche Systempartikel diese Verfahrenstyps, die sich zulasten des Angeklagten auswirken. 4. Die Widerspruchslösung ist dogmatisch nicht haltbar, der Bundesgerichtshof hat sich zum Ersatzgesetzgeber aufgeschwungen. 5. Die Pflicht zur Begründung des Widerspruchs lässt sich außerdem mit den Gründen, auf die der 5. Senat des BGH die Widerspruchslösung ursprünglich vor allem gestützt hat, nicht in Einklang bringen.

#### b) Thesen

*aa) These 1 (Zweck-Mittel-Relation): Der Zeitgewinn, den die Widerspruchslösung bringt, ist gering und beschränkt sich auf die Fälle, in denen nachweislich das Recht (hier: die Aussagefreiheit) verletzt wurde.*

Ein zentrales Argument der Rechtsprechung ist der Zeitgewinn. Bei genauerer Betrachtung erweist sich dies als trügerisch. Es gibt verschiedene Ansatzpunkte für einen solchen Zeitgewinn. Erstens: Wenn es der Verteidigung um ihr Recht geht, muss sie es nunmehr frühzeitig ausüben, die Berufung auf das Verwertungsverbot erst am Schluss der Verhandlung oder gar erstmals in der Revision ist nicht mehr möglich. Innerhalb der Tatsacheninstanz müssen die Verteidiger unmittelbar nach der Erhebung des Beweises spätestens Widerspruch einlegen. Das spart nicht mehr als einen (vielleicht zwei) Verhandlungstag(e), was bei einer durchschnittlichen Dauer der Verfahren von 180 Tagen<sup>27</sup> kaum der Rede wert ist. Zweitens: Es ist sinnlos geworden, sich auf ein Verwertungsverbot zu berufen, *nur* um „Zeit zu schinden“ und nicht um die Verwertung selbst zu verhindern. Gedacht ist an den Fall, dass im Revisionsverfahren ins Blaue hinein behauptet wird, der Beschuldigte sei durch Beamte getäuscht worden, nur um zu erreichen, dass die erstinstanzliche Verhandlung wiederholt wird. Freilich kann in solchen (kritischen) Fällen das Revisionsgericht selbst im Freibeweisverfahren klären<sup>28</sup>,

ob die Behauptung zutrifft, und falls es das verneint, die Revision zurückweisen. Die Zeit, die eine solche Aufklärung in Anspruch nimmt, fällt ebenfalls neben der sonstigen Verfahrensdauer kaum ins Gewicht. Eine dritte Konstellation besteht im Falle eines begründeten Widerspruchs darin, dass die Verteidigung nun gehindert ist, (begründete) Einwände gegen Beweismittel erst im Revisionsverfahren statt in der Tatsacheninstanz vorzubringen. Das wird ohnehin selten vorkommen, denn eine solche Strategie wäre grob kunstfehlerhaft. Man stelle sich vor: Polizeibeamte haben einen Beschuldigten vernommen, obwohl er aufgrund seines Entzuges nicht vernehmungsfähig war. Warum sollten Verteidiger und Angeklagter zunächst eine Verurteilung hinnehmen, die sie möglicherweise hätten verhindern können, statt den gut möglichen Nachweis dieses Fehlers in der ersten Instanz zu führen? Viertens schließlich verkürzt es ein Verfahren, wenn ein eigentlich begründetes Verwertungsverbot präkludiert wird, weil das Gericht dann oft auf sonst nötige, weitere Beweiserhebungen verzichten kann. In allen diesen Fällen gibt es aber mildere Mittel, als eine Beeinträchtigung der Aussagefreiheit hinzunehmen, nämlich die amtswegige Prüfung der Bedingung der Verwertung. Dies kostete im Regelfall nicht mehr als einige Fragen an die ohnehin vernommenen Zeugen zu stellen. Angesichts dessen fragt es sich, ob wirklich der Zeitgewinn im Vordergrund steht oder ob man das schlecht aufklärende Gericht vor den Folgen seiner Fehler schützen will, letztlich weil der Verlust eines ohnehin wenig geliebten Rechts durchaus willkommen ist?

*bb) These 2: Die Widerspruchslösung beschneidet die Macht der Verteidigung zur Verfahrensverzögerung, indem sie den Strafverfolgungsbehörden die Macht einräumt, die Aussagefreiheit faktisch auszuhebeln. Das ist illegitim, weil der Machtmissbrauch der Ermittlungsbehörden nicht unwahrscheinlicher, wohl aber schädlicher ist als der der Verteidigung und weil dieser durch sorgfältige Amtsaufklärung ohne weiteres unterbunden werden kann.*

Die Widerspruchslösung soll notwendig sein, um der Verteidigung ihre Obstruktionsmacht zu nehmen, die Möglichkeit, eine Instanz zu gewinnen, indem ein – meist nicht bestehendes – Verwertungsverbot erst in der Revision gerügt wird. Allerdings treibt die Rechtsprechung den (wie gezeigt gar nicht so großen) Teufel mit Beelzebub aus: Der mögliche Machtmissbrauch der Verteidigung wird bekämpft, indem

302/97, BGHR StPO § 136a Abs. 3 Beweisverwertungsverbot 5 – Ermittlung durch Freibeweis; allerdings kann es in solchen Fällen nach der Rechtsprechung zur Zurückverweisung kommen, wenn Art und Umfang der zu erhebenden Beweise, so unter anderem die möglicherweise erforderliche Vernehmung von Zeugen, deren persönlicher Eindruck für die Beurteilung ihrer Glaubwürdigkeit von Bedeutung ist, weil das Revisionsverfahren für die Aufklärung als ungeeignet erscheint (vgl. außerdem BGHR StPO § 244 Abs. 3 S. 2, Unerreichbarkeit 1 bei unzureichender Aufklärung der freibeweislich zu ermittelnden Unerreichbarkeit eines Zeugen durch den Tatrichter).

<sup>27</sup> Zur Verfahrensdauer im Rechtsmittelverfahren vgl. *Becker/Kinzig*, Rechtsmittel im Strafrecht. Eine international vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln, 2000, passim; die Dauer von Rechtsmittelverfahren ist in den USA und in Europa in Spanien auffallend hoch, vgl. *Becker/Kinzig* (a.a.O.), S. 659.

<sup>28</sup> *Meyer-Gößner* (Fn. 13), § 352 Rn. 3; das nimmt der BGH auch für Verfahrenstatsachen an, die nicht in der Hauptverhandlung selbst (sondern im Ermittlungsverfahren) stattgefunden haben, vgl. BGH, Urt. v. 21. Juli 1998 – 5 StR

nun umgekehrt den Ermittlungsbehörden ein Mittel zum Machtmissbrauch an die Hand gegeben wird. Wenn sie es wollten, könnten sie die Garantie der Aussagefreiheit systematisch überspielen. Man kann verhindern, dass jemand von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, indem man ihn zunächst ohne ausreichende Belehrung polizeilich vernehmen lässt, ihm anschließend einen Pflichtverteidiger beordnet, der im Strafrecht nicht versiert ist, jedenfalls aber kein Fachanwalt für Strafrecht ist.<sup>29</sup> Dass dieser den Belehrungsmangel nicht oder nicht ausreichend thematisiert, ist wahrscheinlich. Das Gericht kann darauf sogar zusätzlich hinwirken, indem es signalisiert, dass es einen Widerspruch als Zumutung oder Querulantum ansieht, für den es im Falle der Erfolglosigkeit wegen Uneinsichtigkeit möglicherweise einen Strafaufschlag geben könnte. Ein solches Unterlaufen des Schweigerechts wäre dann zwar unzulässig, aber leichter möglich.

Das Strafverfahren ist ein Machtgefüge. Es ist für dessen Funktionieren nicht so entscheidend, wie die Beteiligten *verpflichtet* sind zu agieren, sondern, was sie tun können. Entscheidend ist, welche *Macht* Gesetz und Rechtsprechung den Strafverfolgungsbehörden, dem Gericht bzw. dem Beschuldigten einräumen. Die richtige Abgrenzung der Machtsphären ist nicht leicht: Es gibt in der Praxis nicht *das* Strafverfahren, es gibt nicht *den* bzw. *die* Strafrichter, Verteidigerin und Angeklagten. Es gibt Richter, die skrupulös und genau sind, es gibt Richter, denen in erster Linie die Freizeit wichtig ist. Es gibt Verteidiger, die vor Gericht überwiegend schweigen und ihren Mandanten den Rat geben zu gestehen, weil sie das Gericht nicht erzürnen wollen und aus denselben Gründen keine Anträge stellen und auch keinen Widerspruch einlegen; es gibt solche, die zu wenig Routine im Strafrecht mit sich bringen, es gibt kenntnisreiche, welche die effektive Verteidigung an dem realistisch in einer Beweissituation erzielbaren Ergebnis orientieren, die Konflikte führen, weil sie alles, was für den Angeklagten spricht, zur Sprache bringen wollen, aber natürlich gibt es auch Verteidiger, die den Gerichtssaal als Forum für Selbstdarstellung betrachten und die den Konflikt um des Konflikts willen führen. Die Widerspruchslösung verhindert nun nicht nur den Missbrauch des Rechts durch den Verteidiger, sie trifft auch den schlecht Verteidigten. Was man der einen Seite an Macht gibt, nimmt man notwendigerweise der anderen. Der Macht des Gerichts entspricht zwangsläufig die Ohnmacht der Verteidigung und umgekehrt. Das Ganze geht also grundsätzlich nicht nahtlos auf. Die entscheidende Frage ist also letztlich, welchen Machtmissbrauch man eher vermeiden will. Der BGH hat ganz einseitig die Bändigung der Macht der Verteidigung und die Ermächtigung der Gerichte im Blick. Angesichts der erwähnten empirischen Untersuchung, die Belehrungsdefizite in 80% aller Fälle einer polizeilichen Vernehmung nach-

<sup>29</sup> Zur Abweisung der Rüge der Schlechtverteidigung siehe BGH – 1 StR 341/07, Beschl. vom 15.8.2007 (HRRS 2007, 967) und BGH – 1 StR 273/07 mit kritischer Anmerkung Gaede, HRRS 2007, 402; zur Stellung des Verteidigers in diesem Zusammenhang vgl. Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 497 ff., 522 f.

weist<sup>30</sup> und vor allem angesichts dessen, dass ein milderer Mittel zur Straffung des Verfahrens existiert als der Rechtsverlust, nämlich die Amtsermittlung, scheint mir die Verhinderung des Machtmissbrauchs der Ermittlungsbehörden bzw. der Gerichte wichtiger zu sein.

*cc) These 3 (Legitimation des Rechtsverlusts): Der BGH steuert auf einen angloamerikanischen Parteiprozess zu, übernimmt aber fragmentarisch nur solche Systempartikel dieses Verfahrenstyps, die sich zulasten des Angeklagten auswirken.*

Legitimiert wird ein solcher Rechtsverlust letztlich mit dem Gedanken, der Angeklagte, der sein Recht nicht wahrnehme, schade sich selbst – und zwar vermeidbar. In der Literatur wird eine solche Verlagerung der Verantwortung auf die Verteidigung gerne mit der Aufgabenteilung zwischen Strafverfolgung und Verteidigung, wie sie im angelsächsischen Parteiprozess verbreitet ist, legitimiert und auch der BGH argumentiert, die Indienstnahme des Angeklagten für die Förderung des Verfahrens sei zulässig, da keine „unzumutbaren Anforderungen“ erhoben würden. Der Verteidiger sei „Mitgarant“ des justizförmigen Strafverfahrens.<sup>31</sup> Auch diese Argumentation überzeugt nicht.<sup>32</sup> Die traditionelle Pflicht zur Objektivität und Amtsermittlung wird partiell aufgegeben, was zur Verteidigung dient, muss diese (teilweise) selbst vorbringen. Ein echter Parteiprozess zeichnet sich gegenüber dem inquisitorischen Verfahren dadurch aus, dass die stärkere Last der Verantwortung für die Wahrheitsfindung der Preis für ein deutlich größeres Maß an Macht und Möglichkeiten des Angeklagten ist. Nirgendwo werden die Subjektstellung des Angeklagten<sup>33</sup> und seine Aussagefreiheit stärker geschützt als im Parteiprozess. Deren Beeinträchtigung im Vorfeld kann den ganzen Prozess zum Scheitern bringen<sup>34</sup>,

<sup>30</sup> S. oben Wulf, Fn. 21.

<sup>31</sup> Ignor, in: Hanack (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, S. 185 ff.; vgl. dazu kritisch Tolksdorf (Fn. 2), S. 255 ff. (259) m.w.N.; umgekehrt rügen Kritiker der Widerspruchslösung, diese mache den Verteidiger zu einem Garanten der Strafverfolgungsbehörden, vgl. Fezer, StV 1997, 57 (58); ähnlich Beulke, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 150; Dornach, NStZ 1995, 57; auch Dahs, NStZ 2007, 241 (245 f.).

<sup>32</sup> Vgl. dazu auch Gaede, HRRS 2007, 402; Fezer, in: Ebert (u.a.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 331 ff.; Wohlers, StV 2005, 228 (229); Dahs, NStZ 2007, 241; Sommer, StraFo 2007, 133; Leipold, NJW-Spezial 2006, 282.

<sup>33</sup> Der Angeklagte ist deshalb auch in stärkerem Maße davor geschützt, Beweismittel gegen sich selbst zu sein, vgl. etwa die „character rule“, die verbietet, über den Charakter des Angeklagten Beweis zu erheben, vgl. Herrmann, Die Reform der Hauptverhandlung nach dem Vorbild des angloamerikanischen Strafverfahrens, 1971, S. 411. Zur Entwicklung der Subjektstellung Herrmann (a.a.O.), S. 417 ff.

<sup>34</sup> Vgl. die Entwicklung der „fruit of the poisonous tree doctrine“ in Silverthorne Lumber Co. vs. United States, 251 U.S. 385 (1920).

auch dann, wenn es für eine Verurteilung der Aussage des Beschuldigten nicht mehr bedürfte<sup>35</sup>. Im angloamerikanischen Parteiprozess haben die Richter eine völlig andere Stellung als in Deutschland,<sup>36</sup> sie sind nur neutrale Beobachter, echte Schiedsrichter und nicht Inquisitoren, die zugleich den Sachverhalt ermitteln, im Verfahren die Hypothese der Anklage übernehmen und zudem für die Effizienz der Strafverfolgung selbst Verantwortung tragen.<sup>37</sup> Diesen Part übernimmt im Parteiprozess (im Wesentlichen) die Staatsanwaltschaft. Anders als in Deutschland ist die Verteidigung daher dort nicht vom Wohl-wollen des Gerichts abhängig, sondern viel freier,<sup>38</sup> wird im Falle der Verurteilung Schweigen des Angeklagten nicht durch höhere Strafe „sanktioniert“<sup>39</sup>. Eine engagierte Verteidigung erscheint nicht als Obstruktion, sondern als Selbstverständlichkeit. Wenn die Verteidigung versagt hat, steht dem Angeklagten die Rüge der unzureichenden Verteidigung zu – nicht so in Deutschland.<sup>40</sup> Verteidigungsfehler lassen sich nicht als „Selbstschädigung“ qualifizieren. Es fehlt am Verschulden des Angeklagten gegen sich selbst: Verteidigungsfehler haben mit der Autonomie des Beschuldigten wenig, mit dem Versagen staatlicher Ausbildungs- und Qualifikationskonzepte viel zu tun. Auch jenseits dessen wäre fraglich, ob man eine massive staatliche Strafe auf den Grundsatz *volenti non fit iniuria* anstelle der objektiven Feststellung der Tatbegehung, stützen kann.<sup>41</sup> Es ist daher widersprüchlich, Prinzipien des Parteiprozesses zu bemühen, um dessen zen-trales Prinzip, Subjektstellung des Angeklagten und Aussagefreiheit, auszuhöhlen.

Auch soweit die besondere Verantwortung der Verteidigung auf deren intime Kenntnis der Umstände der Vernehmung gestützt wird, ist dieses zweifelhaft: Das Wissen um die Fakten liegt beim Angeklagten, das Wissen um deren rechtliche Bedeutung, um ihre mögliche entlastenden Folgen liegt beim Verteidiger, aber in gleicher Weise beim Gericht. Wenn der Verteidiger die Angriffsrichtung seines Widerspruchs formulieren will, muss er also zuvor systematisch alle möglichen Gründe für ein Verwertungsverbot abfragen, nicht anders als ein Richter dies müsste, unterläge die Angelegenheit dem Regime des Amtsermittlungsgrundsatzes. Für diese Leistung ist der Verteidiger nicht per se besser prädestiniert. Es gibt also keinen sachlichen Grund, diese Aufgabe von den Richtern vollständig auf die Verteidiger zu übertragen.

<sup>35</sup> Vgl. für das englische Recht die kritische Darstellung in *Sanders/Young*, *Criminal Justice* 2007, 222.

<sup>36</sup> *Herrmann* (Fn. 33), S. 298 ff.

<sup>37</sup> Dazu *Velten* (Fn. 26), 1999, S. 779 f.

<sup>38</sup> Vgl. zu den strategischen Überlegungen beim Geständnis, *Herrmann* (Fn. 33), S. 422 ff.

<sup>39</sup> Bei *plea bargaining* ist nicht das Gericht involviert. Zur Kritik der Honorierung des Geständnisses vgl. eingehend *Dencker*, *ZStW* 102 (1990), 49.

<sup>40</sup> Erfolgreiche Rügen der Schlechtverteidigung, BGH, 1 StR 341/07, Beschluss vom 15. August 2007, HRRS 2007, 967 und BGH, 1 StR 273/07.

<sup>41</sup> Zum Folgenden vgl. im Einzelnen *Velten* (Fn. 26), S. 793 f.

*dd) These 4: Die Widerspruchslösung ist dogmatisch nicht haltbar, der Bundesgerichtshof hat sich zum Ersatzgesetzgeber aufgeschwungen.*

Bisher war nur von den Zwecken die Rede, welche die Widerspruchslösung rechtfertigen sollen. In erster Linie dürfen wir JuristInnen Fälle nicht freihändig wertend lösen, sondern müssen sie nach Maßgabe dessen entscheiden, was das Gesetz vorgibt. Es bedarf daher auch einer dogmatischen, am Gesetz orientierten, Begründung der Widerspruchslösung. Das Thema „Beweis(verwertungs)verbote“<sup>42</sup> hat in der StPO keine geschlossene Regelung erfahren, daher ist es sehr umstritten, wann ein Rechtsverstoß bei der Gewinnung des Beweismittels auch das Verbot seiner Verwertung zur Folge hat.<sup>43</sup> In all denjenigen Fällen aber, in denen die Beweisgewinnung nur verboten ist, um zu verhindern, dass das so gewonnene Beweisergebnis Einfluss auf die Entscheidung erlangt, ergibt sich das Verwertungsverbot zwingend aus der teleologischen Auslegung des Gesetzes.<sup>44</sup> So verhält es sich mit den meisten Normen, die die Aussagefreiheit schützen: Warum sollte § 136 StPO eine unfreiwillige Selbstbelastung verhindern wollen, wenn diese nicht zur Verurteilung führt? Die Belehrung ist geboten, weil verhindert werden soll, dass der Beschuldigte aufgrund einer unfreiwilligen Aussage am Ende *verurteilt* wird.<sup>45</sup> Soweit man – wir hier – annimmt, dass Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK (nicht nur als Reflex) dem Schutz der Aussagefreiheit dient, gilt dafür dasselbe, ebenso, wenn man davon ausgeht, dass bei Nichtbelehrung die Aussagefreiheit mittelbar beeinträchtigt ist. Das Verwertungsverbot ergibt sich in diesen Fällen unmittelbar aus dem Gesetz und daher gilt für die Frage, ob das Beweismittel zulässigerweise gewonnen wurde, – wie sonst auch – die Amtsaufklärungspflicht, § 244 Abs. 2 StPO. Der Bundesgerichtshof begründet die Pflicht zur Geltendmachung in seiner ersten Entscheidung (*e contrario* § 136a StPO) damit, ein Verwertungsverbot sei verzichtbar, das Unterlassen eines Widerspruchs ein Verzicht. So sei ein Verwertungsverbot nicht angezeigt, wenn der Verteidiger in der Hauptverhandlung der Verwertung zustimme. Dasselbe müsse für das Schweigen des Verteidigers gelten: Ebenso wie man bei der Vernehmung in Anwesenheit des Verteidigers davon ausgehen dürfe, dass der Beschuldigte sein Schweigerecht kenne, dürfe man beim Schweigen in der Hauptverhandlung davon ausgehen, dass der Verteidiger (für den Angeklagten) auf die Geltendmachung des Verwertungsverbots verzichte.<sup>46</sup> *Tolks-*

<sup>42</sup> Eine engere Terminologie als die allgemein übliche schlägt (zu Recht) vor *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1971, S. 146.

<sup>43</sup> Vgl. die Darstellung bei *Wolter*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 15. Lieferung, Stand: März 1996, Vor § 151 Rn. 194 ff.

<sup>44</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *Grünwald*, *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*, 1993, S. 141 ff.

<sup>45</sup> *Grünwald* (Fn. 44), S. 143.

<sup>46</sup> BGHSt 38, 214 (225); BGHSt 51, 1 für die Telefonüberwachung.



dorf hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Annahme eines Verzichts eine bloße Fiktion sei: Schweigen hat keinen Erklärungswert.<sup>47</sup> Daneben beruft sich der BGH darauf, dass er selbst das Verwertungsverbot für den Fall der Verletzung der Aussagefreiheit aus der Taufe gehoben habe<sup>48</sup> und beansprucht für sich als „Schöpfer“ dieses Rechts dessen Reichweite frei gestalten zu können. Aber das Verwertungsverbot ist, wie gezeigt, kein Geschenk der Rechtsprechung, sondern durch Auslegung der Belehrungspflichten gewonnen. Bisweilen wird vertreten, dass die Verspätung bzw. die Nichterhebung des Widerspruchs eine Rechtsverwirkung zur Folge habe.<sup>49</sup> Selbst wenn die verspätete Geltendmachung eines Rechts einmal rechtsmissbräuchlich sein sollte, wäre dieser Rechtsgedanke ungeeignet, eine Einschränkung von Verteidigungsrechten oder der Subjektstellung zu begründen.<sup>50</sup> Aus dem Prinzip des Gesetzesvorbehalts ergibt sich, dass das Strafprozessrecht ein abschließendes Regelwerk ist.<sup>51</sup> Da das Verwertungsverbot zwingend aus der Verletzung der Aussagefreiheit abzuleiten ist, handelt sich bei der Implementierung des Instituts der Verwirkung in das Strafprozessrecht um unzulässige Rechtsfortbildung. Die Widerspruchslösung lässt sich deshalb dogmatisch weder als Rechtsverzicht, noch als Verwirkung legitimieren. Vielmehr handelt es sich um eine gesetzlich nicht gedeckte Einschränkung eines unmittel-

bar aus dem Gesetz folgenden Verwertungsverbots, die aus diesem Grunde unzulässig ist.

*ee) These 5: Die Pflicht zur Begründung des Widerspruchs lässt sich mit den Gründen, auf die der 5. Senat des BGH die Widerspruchslösung ursprünglich vor allem gestützt hat, nicht in Einklang bringen.*

Ich komme zurück auf die aktuelle BGH-Entscheidung: Wenn man die Begründungen, die bis dato für die Widerspruchslösung angeführt wurden, Revue passieren lässt, lässt sich aus ihnen die Pflicht, den Widerspruch zu begründen, nicht ableiten.<sup>52</sup> BGHSt 38, 214 stellte vor allem auf den Gedanken des Verzichts ab: Der Beschuldigte hat mit seinem Widerspruch am vierten Verhandlungstag (ebenso wie schon durch sein Schweigen in der Hauptverhandlung) klar zum Ausdruck gebracht, dass er nicht bereit sei, auf die Geltendmachung der Verletzung seiner Aussagefreiheit zu verzichten, auf welchem Rechtsgrund auch immer sie beruhe. Eine Pflicht zur Begründung von Widersprüchen ist auch kein erforderliches und taugliches Mittel zur Unterbindung von Verzögerungen, die als rechtsmissbräuchlich bewertet werden: Die Verteidigung erweckt nicht den Anschein, mit dem Verfahren des Gerichts einverstanden zu sein, um das Verfahren dann arglistig im Rahmen der Revision doch zu beanstanden. Der nicht begründete Widerspruch zeigt in aller Deutlichkeit, dass der Angeklagte gewillt ist, die Verwertung unter allen ihm bekannten Rechtsgründen anzugreifen, und sollte dem Gericht Anlass genug sein, die Verwertbarkeit unter allem ihm seinerseits bekannten Rechtsgründen zu überprüfen.

Es bleibt festzuhalten: Der BGH führt unglücklicherweise die einmal eingeschlagene Richtung nicht nur fort, sondern er entfernt sich von den ursprünglich formulierten Prämissen, indem er nun erschwerend verlangt, die Verteidigung müsse die Angriffsrichtung des Widerspruchs angeben. Eine solche – durch nichts kompensierte – Deregulierung des Strafverfahrens lässt für die Zukunft Schlimmes befürchten.

*Prof. Dr. Petra Velten, Linz*

<sup>47</sup> *Tolksdorf* (Fn. 2), S. 255 ff. (261); kritisch auch *Frisch*, in: *Rudolphi u.a.* (Fn. 43), § 337 Rn. 208.

<sup>48</sup> BGHSt 42, 15 (22).

<sup>49</sup> *Schmid*, Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß, 1967, S. 295; *Kudlich*, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998, S. 60 ff.; vgl. auch *Fischer*, NSTZ 1997, 212; *Kempf*, StV 1996, 507; *Kröpil*, DRiZ 1996, 448; *ders.*, ZRP 1997, 9; *ders.*, JuS 1997, 355; *ders.*, JR 1997, 315; *ders.*, JZ 1998, 135; *Kühne*, StV 1996, 684; *Niemöller*, StV 1996, 501; *Rüping*, JZ 1997, 865.

<sup>50</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Velten* (Fn. 26), S. 758 ff.

<sup>51</sup> Dazu *Velten* (Fn. 26), S. 758 ff.: Als Erkenntnisverfahren steuert das Strafverfahren auf den Grundrechtseingriff der Verurteilung hin. Beim Schuldigen ist dieser durch das materielle Strafrecht gedeckt. Das gilt natürlich nicht für die Verurteilung eines Unschuldigen. Sie muss aber in Betracht gezogen werden, weil es keine richterliche Erkenntnistätigkeit ohne Fehlerurteile gibt. Die Höhe des Fehlerurteilsrisikos wird durch Verfahrensrechte und Verteidigungsmöglichkeiten bestimmt, von ihnen hängt die Anzahl der unschuldig Verurteilten ab. Die Garantie der Aussagefreiheit in §§ 136, 136a StPO dient auch (wenn auch nicht nur) der Wahrheitsfindung (*Grünwald*, StV 1987, 453; *Degener*, GA 1992, 443 [462 f.]). Es soll verhindert werden, dass man unter Druck falsche Angaben macht. Zudem ist der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum prodere* verfassungsrechtlich garantiert. Eine von einer gesetzlichen Ermächtigung nicht gedeckte Einschränkung dieses Rechts ist also unzulässig. Die Widerspruchslösung lässt sich deshalb dogmatisch weder als Rechtsverzicht, noch als Verwirkung legitimieren. Vielmehr handelt es sich um eine gesetzlich nicht gedeckte Einschränkung eines unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Verwertungsverbots, die aus diesem Grunde unzulässig ist.

<sup>52</sup> So auch *Weigend*, StV 2008, 39.