

Entscheidungsanmerkung

Notwendigkeit einer qualifizierten Belehrung bei versäumter Beschuldigtenbelehrung

1. Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsverstoßes (§ 136 Abs. 1 Satz 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 abrücken zu können [im Anschluss an BGH, Urt. v. 3.7.2007 – 1 StR 3/07 = StV 2007, 450, 452] (amtliche Leitsätze).

StPO § 136 Abs. 1 S. 2

BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08 (LG Arnsberg)

I. Hintergrund und Problemstellung

Nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ist der Beschuldigte bei Beginn seiner ersten Vernehmung darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der gegen ihn erhobenen Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Die Vorschrift verpflichtet unmittelbar nur den Richter zur Belehrung bei Vernehmungen vor und außerhalb der Hauptverhandlung. In der Hauptverhandlung gilt § 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Für staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Befragungen folgt aus den Regelungen des § 163a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 StPO die entsprechende Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Der Hinweis auf das Schweigerecht soll den Beschuldigten in allen Fällen vor dem Irrtum bewahren, er sei rechtlich zur Aussage verpflichtet. Er dient damit der Gewährleistung des verfassungsrechtlich verbürgten Grundsatzes *nemo tenetur se ipsum accusare*, der es verbietet, den Beschuldigten zu einer aktiven Mitwirkung an seiner Überführung zu zwingen. Das aus diesem Grundsatz folgende Schweigerecht wird von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zwar nicht begründet, aber vorausgesetzt. Es gilt als zentrale Errungenschaft des aufgeklärten Strafprozesses.

In offenkundigem Widerspruch zu dieser Bedeutung der Belehrungspflichten nahm die Rechtsprechung lange Zeit an, dass ihre Missachtung durch die Strafverfolgungsbehörden folgenlos sei, und sah sich deshalb nicht gehindert, die Einlassung eines nicht belehrten Beschuldigten bei der Beweiswürdigung zu verwerten.¹ Die heute unbestrittene Ansicht,

¹ BGHSt 22, 170 (173 f.) m.w.N. zur früheren Rechtsprechung, die allerdings eine andere Fassung des § 136 StPO

nach der ein entsprechender Verfahrensfehler – unter allerdings nach wie vor umstrittenen Voraussetzungen – ein Verwertungsverbot begründet, setzte sich erst allmählich durch. Zunächst nahm die Rechtsprechung dies nur im Fall eines Verstoßes gegen § 243 Abs. 4 S. 1 StPO² an. 1992 vollzog der 5. Strafsenat³ schließlich die endgültige Abkehr von der früheren Rechtsprechung und erkannte an, dass auch die im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung gemachten Angaben eines Beschuldigten nicht verwertet werden dürfen, falls der Vernehmung nicht der vom Gesetz verlangte Hinweis auf das Schweigerecht vorausgegangen ist. Allerdings bleibt die Einlassung auch nach dieser Entscheidung verwertbar, wenn der Beschuldigte sein Schweigerecht kannte, er der Verwertung zustimmt oder es versäumt, ihr in der Hauptverhandlung bis zu dem in § 257 Abs. 2 StPO genannten Zeitpunkt zu widersprechen. Die zuletzt genannte Ausnahme gilt allerdings nur für verteidigte Angeklagte oder solche, die vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs ausdrücklich unterrichtet wurden.⁴

Während die Versagung eines Verwertungsverbotes bei erwiesener Kenntnis vom Schweigerecht oder ausdrücklich erklärter Zustimmung angesichts der Ratio der Hinweispflicht verständlich erscheint, wird das vom Bundesgerichtshof statuierte Widerspruchserfordernis zutreffend als Rechtsfortbildung *contra legem* und als Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz kritisiert.⁵ Das Ausbleiben eines möglicherweise nur versäumten Widerspruchs ist einer ausdrücklich erklärten Zustimmung zudem nicht vergleichbar. Die inzwischen auch auf andere Verwertungsverbote ausgedehnte Widerspruchslösung kann deshalb, entgegen entsprechenden Legitimationsversuchen⁶, nicht mit der im hiesigen Zusammenhang unumstrittenen Disponibilität des Beweisverwertungsverbots begründet werden, sondern dürfte vorwiegend auf praktischen Erwägungen beruhen:

Spätestens nach Abschluss der Vernehmung des Angeklagten in der (ersten) Hauptverhandlung soll das Gericht beim verteidigten oder durch den Vorsitzenden belehrten Angeklagten für das weitere Verfahren von der Verwertbar-

beträf. Danach war der Beschuldigte lediglich zu befragen, ob er auf die Beschuldigung etwas erwidern wolle. Die Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht ist durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.12.1964 eingeführt worden, das am 1.4.1965 in Kraft trat.

² BGHSt 25, 325 (328 ff.); anders auch danach noch BGHSt 31, 395 ff. für den entsprechenden Belehrungsfehler im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung.

³ BGHSt 38, 214.

⁴ BGHSt 38, 214 (226).

⁵ *Frister*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Abschn. G Rn. 98; *Gleiß*, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 136 Rn. 82-85; beide m.w.N.

⁶ Vgl. BGHSt 51, 1 (3 Rn. 8).

keit der Angaben ausgehen dürfen.⁷ Dafür wird in Kauf genommen, dass ein Angeklagter, bei dem sich noch während der Verhandlung herausstellt, er habe sich zu selbstbelastenden Angaben verpflichtet gefühlt, auch gegen seinen Willen auf der Grundlage dieser Angaben verurteilt werden muss. Gewiss dürften solche Fälle bei sachgerechter Verteidigung selten sein. Man mag dem 5. *Strafsenat* deshalb darin beipflichten, dass die Obliegenheit zum Widerspruch „die Rechte des Angeklagten nicht in unangemessener Weise“ beschneide⁸. Gleichwohl belegt sie, dass die Rechtsprechung dem mit der Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO verfolgten Anliegen der Vermeidung unfreiwilliger Selbstbelastungen inzwischen zwar weit mehr als früher, aber immer noch nicht ohne Einschränkung Rechnung zu tragen bereit ist.

Auch das vorliegend zu besprechende Urteil des 4. *Strafsenats* hat die Frage zum Gegenstand, welche Folgen an das Versäumnis der Belehrung über das Schweigerecht zu knüpfen sind. Dabei stand nicht die Verwertbarkeit einer Aussage zur Diskussion, die ohne Beachtung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO erlangt wurde. Vielmehr behandelt die Entscheidung das Problem, wie mit den Angaben aus einer späteren Vernehmung zu verfahren ist, wenn der Hinweispflicht vor der erneuten Vernehmung zwar nach dem Buchstaben des Gesetzes Genüge getan, der Beschuldigte aber nicht auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Äußerungen hingewiesen wurde. Während die Rechtslehre in diesen Fällen seit langem von einer Rechtspflicht zur qualifizierten oder erweiterten Belehrung ausgeht⁹, hat sich der Bundesgerichtshof bislang nicht ausdrücklich zu einer solchen Lösung bekannt.

Allerdings stand für den Bundesgerichtshof bis zur Entscheidung des 4. *Strafsenats* auch immer die Frage nach dem Vorliegen eines Verwertungsverbots im Vordergrund. Dabei ging er (sowohl bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht als auch bei der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden nach § 136a Abs. 1 StPO) davon aus, dass die Angaben aus einer späteren – ordnungsgemäß – durchgeführten Vernehmung in der Regel verwertet werden dürfen.¹⁰ Für den Fall einer (nachgewiesenen) Fortwirkung der Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit im Fall eines vorausgegangenen Verstoßes gegen § 136a StPO wurde und wird die Aussage freilich ausnahmsweise als unverwertbar angesehen.¹¹ Das Fehlen einer qualifizierten

Belehrung soll die Annahme einer fortwirkenden Beeinträchtigung der Aussagefreiheit dabei nicht notwendig indizieren.¹² Der Hinweis auf die Unverwertbarkeit der früheren Aussage heilt den Verfahrensfehler nach Einschätzung der Judikatur aber in jedem Fall.¹³

Die Frage, ob eine Pflicht zur qualifizierten Belehrung bei einem früheren Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO besteht, hat die Rechtsprechung – nach der grundsätzlichen Anerkennung eines Beweisverwertungsverbotes im Jahre 1992 – zunächst offen gelassen.¹⁴ In einem Urteil des 1. *Strafsenats* aus dem Jahr 2007¹⁵, das sich primär mit der Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch Vernehmungsgestaltung beschäftigt¹⁶, haben die Richter für die erneute Verhandlung aber darauf hingewiesen, dass ein versäumter Hinweis auf die Unverwertbarkeit früherer Angaben erforderlich sein kann, um den Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zu heilen.¹⁷ Anderenfalls sei nach „Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall“ die Unverwertbarkeit der früheren Aussage in Betracht zu ziehen, die dem 1. *Strafsenat* im zugrunde liegenden Fall – mangels Anhaltspunkten für eine willkürliche Umgehung der Belehrungspflichten und angesichts der Schwere des Tatvorwurfs – allerdings fernliegend erschien.¹⁸ Eine bei Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO stets bestehende Verpflichtung zur qualifizierten Belehrung lässt sich aus der Entscheidung des 1. *Strafsenats* (noch) nicht mit hinreichender Deutlichkeit ablesen.¹⁹ Zumindest in diesem Punkt geht das vorliegende Urteil über den bisher gefestigten Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung hinaus.

17 (18, dort Rn. 10) – nur festgestellt wurde, dass die Behauptung der Fortwirkung eines Verstoßes gegen § 136a StPO ohne qualifizierte Belehrung im konkreten Fall nicht widerlegt werden kann. Entsprechendes gilt für die Entscheidung LG Bad Kreuznach StV 1994, 293: „Eine Beseitigung der Fortwirkung wäre [...] u.a. objektiv durch eine ‚qualifizierte‘ Belehrung über die Unverwertbarkeit der früheren Angaben möglich gewesen [...]“ (a.a.O., 295; Hervorhebung durch Verf.).

⁷ So BGHSt 47, 172 (175) im Hinblick auf die Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation.

⁸ Vgl. BGHSt 37, 48 (53 f.); BGH StV 2003, 324; anders aber LG Frankfurt StV 2003, 325 mit insoweit im Ergebnis zustimmender Anmerkung Weigend, StV 2003, 436 (438).

⁹ BGH NStZ 1996, 290.

¹⁰ So BGHSt 47, 172 (175) im Hinblick auf die Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation.

¹¹ BGHSt 51, 367 = BGH StV 2007, 450 = BGH, Urt. v. 3.7.2007 – 1 StR 3/07.

¹² Vgl. dazu Deiters, ZJS 2008, 93.

¹³ BGH StV 2007, 450 (452) = BGH, Urt. v. 3.7.2007 – 1 StR 3/07, Rn. 51 ff.; insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 51, 367.

¹⁴ BGH a.a.O.

¹⁵ Anders offenbar die Einschätzung bei Roxin, JR 2008, 16 (18).

⁷ Vgl. dazu BGHSt 50, 272: Der einmal versäumte Widerspruch kann später selbst im Fall der Aufhebung des Urteils nicht mehr nachgeholt werden.

⁸ BGHSt 38, 214 (226).

⁹ Zuerst Grünwald, JZ 1968, 752 (754), der zusätzlich eine Belehrung durch einen Richter verlangt; Schünemann, MDR 1969, 101 (102); in neuerer Zeit etwa Neuhaus, NStZ 1997, 312 (315).

¹⁰ BGHSt 22, 129 (134).

¹¹ BGHSt 17, 364; BGHSt 22, 129 (134); BGHSt 27, 355; BGH bei Pfeiffer, NStZ 1981, 94; BGH NStZ 1988, 419 f.; BGH NJW 1995, 2047; BGH NStZ 1996, 290 (291); BGH NStZ 2001, 551; vgl. auch LG Dortmund NStZ 1997, 356 (358), wo – entgegen der Einschätzung von Roxin, JR 2008,

II. Sachverhalt und Kernaussagen

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Das Landgericht verurteilte die Angeklagten S, T und C aufgrund eines von ihnen begangenen Überfalls auf einen Kiosk wegen gemeinschaftlich begangenen versuchten schweren Raubes, den Angeklagten S, der mit einem Steakmesser auf den Kioskbetreiber eingestochen hatte²⁰, darüber hinaus wegen einer tateinheitlich begangenen gefährlichen Körperverletzung.²¹ Den Angeklagten A befand es der Beihilfe zum versuchten schweren Raub für schuldig. Nach den Feststellungen bestand zwischen den Beteiligten S, T und C zwar Einigkeit darüber, dass das Messer zum Zwecke der Drohung gegen den Kioskbetreiber eingesetzt werden sollte²²; ob A in diesen Plan eingeweiht war, vermochte das Landgericht dagegen nicht zu klären. Ebenso wenig konnte es die Überzeugung davon gewinnen, dass die Beteiligten den (verletzenden) Einsatz des Messers verabredet hatten.²³

Auf entsprechende Feststellungen zielende Anträge der Staatsanwaltschaft, zwei Kriminalbeamte und einen Richter als Zeugen über den Inhalt der von ihnen im Ermittlungsverfahren geleiteten Vernehmungen der Angeklagten A und C zu vernehmen, lehnte es ab.²⁴ An der Erhebung dieser Beweise sah sich das Gericht gehindert, weil die Vernommenen – trotz bestehenden Tatverdachts – jeweils nur als Zeugen vernommen worden waren. Soweit ihnen im späteren Verlauf der nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO erforderliche Hinweis erteilt wurde, habe es an der ergänzenden Belehrung über die Unverwertbarkeit ihrer früheren Angaben gefehlt. Das Versäumnis einer dergestalt qualifizierten Belehrung rechtfertigte nach Einschätzung des Tatgerichts die Annahme eines Verwertungsverbots. Unter anderem gegen diese rechtliche Beurteilung wendet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, aufgrund derer der 4. Strafsenat das Urteil des Landgerichts aufgehoben und zur erneuten Verhandlung an eine andere Jugendkammer zurückverwiesen hat. Soweit ein Teil der Angeklagten das Urteil mit der Revision angefochten hatte, wurden diese gem. § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen.²⁵

2. Rechtliche Bewertung

Die Zulässigkeit der von der Staatsanwaltschaft beantragten Beweiserhebungen hängt davon ab,²⁶ ob die Strafverfol-

gungsbehörden verpflichtet waren, die Beschuldigten A und C bei den in Rede stehenden Vernehmungen nicht nur über ihr Schweigerecht, sondern auch darüber zu informieren, dass ihre früheren Angaben unverwertbar sind, und bejahendfalls der Verstoß gegen eine solche Belehrungspflicht zur Unverwertbarkeit der erneuten Aussagen führt. Die Annahme eines Verwertungsverbots kommt nur in Betracht, wenn A und C bei den vorausgegangenen Vernehmungen bereits Beschuldigte waren. Dafür bedurfte es nach früherer Rechtsprechung entweder eines entsprechenden Inculpationsaktes, der bei der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Betroffenen stets vorliegt, oder aber eines Verhaltens der Strafverfolgungsbehörden, das der Betroffene als Inculpation verstehen muss. An beiden Voraussetzungen fehlte es im konkreten Fall. In der neueren Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass auch ein ernstlicher Tatverdacht die Beschuldigteneigenschaft begründet, da die Strafverfolgungsbehörden in einer solchen Situation trotz des ihnen zustehenden Beurteilungsspielraumes verfahrensfehlerhaft handeln, wenn sie den Betroffenen nicht als Beschuldigten, sondern als Zeugen vernehmen.²⁷ Die vorliegende Entscheidung bestätigt diese zutreffende Sichtweise.²⁸

Ein ernstlicher Tatverdacht lag nach Einschätzung des 4. Strafsenats bei der ersten Vernehmung des C²⁹, nicht hingegen bei der des A vor³⁰. Infolgedessen musste A bei seinen früheren Vernehmungen nicht i.S.d. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt werden. Die Frage einer Pflicht zur qualifizierten Belehrung bei vorausgegangenem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO stellte sich damit nur für die späteren Vernehmungen des C. Hier geht der 4. Strafsenat nun davon aus, dass C auch über die Unverwertbarkeit seiner früheren Angaben hätte belehrt werden müssen.³¹ Das Erfordernis einer entsprechend qualifizierten Belehrung wird vom Senat aus dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* abgeleitet, in dem er unter Berufung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ein „Kernstück des von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahrens“ erblickt. Eine rechtsstaatliche Ordnung müsse deshalb „Vorkehrungen in Form einer ‚qualifizierten‘ Belehrung treffen, die verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehr-

²⁰ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 3.

²¹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 1

²² BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 3

²³ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 3, 5.

²⁴ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 5.

²⁵ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 1.

²⁶ Im Rahmen einer gutachterlichen Lösung des Falles müsste zunächst erwogen werden, ob der beantragten Vernehmung der Kriminalbeamten nicht bereits § 254 Abs. 1 StPO entgegenstand. Teilweise wird – m.E. zu Recht – angenommen, die Vorschrift verbiete nicht nur die Verlesung des polizeilichen Vernehmungsprotokolles, sondern auch die Vernehmung der Verhörsbeamten; so *Grünwald*, Das Beweisrecht der

Strafprozeßordnung, 1993, S. 133; ihm folgend etwa *Velten*, ZJS 2008, 76 (78). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll § 254 Abs. 1 StPO aber nur die Verlesung des Protokolls der nichtrichterlichen Vernehmung verbieten; vgl. etwa BGHSt 22, 170 (171). Diese Rechtsprechung setzt der 4. Strafsenat in seiner Entscheidung voraus.

²⁷ Zuletzt BGHSt 51, 367 (371, Rn. 19) = StV 2007, 450 (451); insoweit ablehnend *Mikolajczyk*, ZIS 2007, 565 (567), der annimmt, diese Voraussetzung sei systemwidrig.

²⁸ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 9.

²⁹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 10.

³⁰ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 16.

³¹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 12.

rungspflicht zustande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können“³².

Die im Gesetz nicht erwähnte Pflicht zur qualifizierten Belehrung beruht bei dieser Sichtweise auf denselben Erwägungen wie die in § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ausdrücklich vorgeschriebene Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht. Das legt es auf den ersten Blick nahe, aus einem etwaigen Belehrungsversäumnis dieselben Folgen abzuleiten. Der 4. Strafsenat sieht dies anders. Der Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung habe, wie schon der 1. Strafsenat im Jahr 2007³³ meinte, „nicht dasselbe Gewicht“³⁴ wie ein Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Diese – trotz Kritik der Literatur³⁵ – mit keinem Wort begründete Annahme rechtfertigt es nach Ansicht des Gerichts, die Annahme eines Verwertungsverbots von einer „Abwägung im Einzelfall“ abhängig zu machen³⁶.

Im Rahmen dieser Abwägung seien das Gewicht des Verfahrensfehlers, das Interesse an der Sachverhaltsaufklärung und die Frage von Bedeutung, „ob sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der Vernommene davon ausgegangen ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben als Zeuge bei seiner weiteren Vernehmung als Beschuldigter nicht mehr abrücken zu können“³⁷. Bei der Beurteilung des Gewichts des Verfahrensfehlers will der Senat insbesondere berücksichtigen, ob die Vernehmung als Zeuge unter bewusster Umgehung der Belehrungspflichten erfolgt ist. Eine Fortwirkung des ursprünglichen Belehrungsmangels soll indiziert sein, „wenn sich die Beschuldigtenvernehmung inhaltlich als bloße Wiederholung oder Fortsetzung“³⁸ der früheren Angaben darstellt; eine derartige Fallgestaltung liege aber fern, wenn der Beschuldigte, wie in der zugrunde liegenden Fallgestaltung, in der Vernehmung erstmals „sich selbst massiv belastende Angaben mache“³⁹. Im konkreten Fall war nach Einschätzung des 4. Strafsenats infolgedessen und mangels Anhaltspunkten für eine bewusste Umgehung der Belehrungspflichten kein Verwertungsverbot anzunehmen; die Jugendkammer hätte deshalb den Anträgen der Staatsanwaltschaft stattgeben müssen.⁴⁰

III. Würdigung

Mit Recht geht der Bundesgerichtshof von einer ausnahmslos bestehenden Pflicht zur qualifizierten Belehrung aus, wenn der Beschuldigte in einer früheren Vernehmung, entgegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, nicht über sein Schweigerecht belehrt wurde. Nur durch den ergänzenden Hinweis auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben kann sichergestellt werden, dass sich der Beschuldigte nicht an seine frühere

Aussage gebunden fühlt. Allerdings stellt sich die Frage, wie diese qualifizierte Belehrungspflicht mit der von der Rechtsprechung ebenfalls für richtig erachteten Widerspruchslösung in Einklang zu bringen ist. Eine unter Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO erlangte Aussage darf danach nur dann nicht berücksichtigt werden, wenn der verteidigte oder gesondert über das Widerspruchsrecht belehrte Angeklagte der Verwertung rechtzeitig widerspricht.⁴¹ Die im Ermittlungsverfahren erteilte Auskunft, die Angaben seien nicht verwertbar, könnte sich auf dieser Grundlage als irreführend erweisen. Andererseits ist es schwer vorstellbar, den Beschuldigten bei der qualifizierten Belehrung über die Feinheiten der Widerspruchslösung in Kenntnis zu setzen, will man nicht zugleich das Ziel verfehlen, ihn psychologisch in den Stand zu versetzen, frei über sein Aussageverhalten zu entscheiden. Die praktische Erfahrung lehrt, dass komplexe Belehrungen dazu nicht imstande sind.

Diese Problematik lässt sich auf der Grundlage der Widerspruchslösung nur beheben, wenn man die Aussageverweigerung des qualifizierten Belehrten zugleich als Widerspruch gegen die Verwertung seiner früheren Angaben deutet, der im gesamten weiteren Verfahren zu beachten ist, solange der Beschuldigte nicht ausdrücklich eine anderweitige Disposition trifft. Dazu steht es nun freilich in Widerspruch, wenn der 4. Strafsenat in einer anderen Entscheidung ausdrücklich betont, der im Ermittlungsverfahren erhobene Widerspruch genüge nicht, um die Verwertung der ohne Belehrung zustande gekommenen Aussage erfolgreich mit der Revision anzufechten⁴². Es kann dahin stehen, ob diese Annahme auf dem Boden der Rechtsprechung Zustimmung verdient. Jedenfalls kann ihr in den Fällen der qualifizierten Belehrung nicht gefolgt werden. Anderenfalls nähme man sehenden Auges die Gefahr qualifizierter Falschbelehrungen in Kauf. Es wäre verdienstvoll gewesen, wenn der 4. Strafsenat hier für Klarheit gesorgt hätte.

In der Sache erweist sich seine Entscheidung aber vor allem als problematisch, weil er bei den Folgen eines etwaigen Belehrungsmangels auf halbem Weg stehen bleibt. Zwar wird anerkannt, dass auch der Verstoß gegen die qualifizierte Belehrungspflicht ein Verwertungsverbot zur Folge haben kann. Ob ein solches anzunehmen ist, soll aber von einer Abwägung im Einzelfall abhängen. Welches Gewicht den in die Abwägung einzustellenden Gesichtspunkten zukommt, bleibt offen. So liegt es nach den Entscheidungsgründen zwar nahe, im Fall einer bewussten Umgehung der Belehrungspflichten (der ihre grobe Verkennung gleichzustellen sein dürfte⁴³) ein Verwertungsverbot anzunehmen. Gleiches gilt, wenn gewichtige Umstände dafür sprechen, dass sich der Beschuldigte in seinem Aussageverhalten wegen seiner früheren Angaben nicht mehr frei fühlte. Der Hinweis darauf, dass auch das Interesse an der Sachverhaltsaufklärung zu berücksichtigen sei, ermöglicht es aber, ein Beweisverwer-

³² BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13 unter Verweis auf *Roxin*, JR 2008, 16.

³³ Oben Fn. 15.

³⁴ BGH, Urt. v. 18.12.2008, 4 StR 455/08, Rn. 14.

³⁵ *Roxin*, JR 2008, 16 (18).

³⁶ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 14.

³⁷ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 15.

³⁸ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, a.a.O.

³⁹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, a.a.O.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, a.a.O.

⁴¹ Oben Fn. 4.

⁴² BGH NSTZ 1997, 502.

⁴³ So jedenfalls BGHSt 51, 285 für den Fall der Umgehung des Richtervorbehalts bei der Anordnung einer Durchsuchung.

tungsverbot bei dem Verdacht schwerwiegender Taten trotz Vorliegens solcher Umstände abzulehnen.

Mit der Annahme, dass die Pflicht zur qualifizierten Belehrung aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit folgt, lässt sich diese Wertung nicht vereinbaren. Der Bundesgerichtshof selbst geht zutreffend davon aus, dieser Grundsatz zähle nicht nur zu den anerkannten Prinzipien des Strafprozesses und sei notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens.⁴⁴ Er hat in seiner grundlegenden Entscheidung zur Frage der Verwertbarkeit bei Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO – vom 4. Strafsenat insoweit allerdings nicht in Bezug genommen – mit Recht weiter darauf hingewiesen, dass die Anerkennung des Schweigerechts der Achtung der Menschenwürde des Beschuldigten entspricht.⁴⁵ Das schließt es aus, die Frage der Verwertbarkeit von einer Abwägung im Einzelfall abhängig zu machen, bei der das Interesse an der Sachverhaltsaufklärung oder das Fehlen einer bewussten Missachtung zur Folgenlosigkeit des Verfahrensverstößes führen können. Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist einer solchen Abwägung nicht zugänglich.

Soweit der 4. Strafsenat geltend macht, der Verstoß gegen die qualifizierte Belehrung wiege weniger schwer als der Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, fehlt denn auch schon der Versuch einer Begründung. Dabei liegt auf der Hand, dass der Beschuldigte sich in seinem Aussageverhalten regelmäßig nicht mehr frei fühlen wird, wenn er sich bereits eingelassen hat.⁴⁶ Auf den Gedanken, seine bisherigen Aussagen könnten unverwertbar sein, wird allenfalls der juristisch geschulte Beschuldigte kommen. Im Ergebnis kann deshalb nur eine Lösung überzeugen, die den Verstoß gegen die qualifizierte Belehrung dem Fall der unterbliebenen Belehrung über das Schweigerecht hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Folgen gleichstellt. Das bedeutet: Das Versäumnis der qualifizierten Belehrung muss ein Verbot der Verwertung zur Folge haben, falls nicht zur Überzeugung des Gerichts feststeht, dass der Beschuldigte die Unverwertbarkeit seiner früheren Angaben kannte.

Selbst bei Anerkennung dieser Grundsätze wäre es freilich nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung wie beim Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht in Zukunft dazu neigen könnte, zwischen verteidigten und nichtverteidigten Beschuldigten zu differenzieren. So scheint es auf der Grundlage der Widerspruchslösung nicht völlig fernliegend, bei dem Beschuldigten, der in Gegenwart seines Verteidigers aussagt, die Verwertung trotz Versäumnisses einer an sich erforderlichen qualifizierten Belehrung zu gestatten. So wie die Rechtsprechung beim verteidigten Beschuldigten dessen Kenntnis vom Schweigerecht im Regelfall unterstellt⁴⁷, erschiene es *prima facie* folgerichtig, bei einem möglicherweise fortwirkenden Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO anzunehmen, dass der Verteidiger seinen Mandan-

ten über den möglichen Widerspruch und die daraus resultierende Nichtverwertung in Kenntnis gesetzt hat.

Gegen eine solche – vom 4. Strafsenat nicht erörterte – differenzierte Handhabung sprechen gewichtige Bedenken: Auch der Verteidiger wird zumeist nicht verlässlich einschätzen können, ob die Angaben im Fall des Widerspruchs tatsächlich nicht verwertet werden dürfen. Die Belehrungspflicht kann, wie im zugrunde liegenden Fall, davon abhängen, wie sich die Verdachtslage den Strafverfolgungsbehörden im Zeitpunkt der Vernehmung darstellt. Bei der Beurteilung dieser Frage ist auch der Beistand des Beschuldigten auf Mutmaßungen angewiesen. Dies gilt vor allem, so lange ihm keine Einsicht in die Ermittlungsakten gewährt wurde. Darüber hinaus wird er kaum verlässlich einschätzen können, ob ein möglicherweise bestehender Verstoß gegen die Hinweispflicht prozessual auch nachweisbar sein wird. Eine sachgerechte Entscheidung über das Recht zur Aussage kann deshalb auch der verteidigte Beschuldigte nur treffen, wenn er über die Möglichkeit in Kenntnis gesetzt wird, gegen die Verwertung seiner früheren Angaben mit Erfolg Widerspruch zu erheben. Eine qualifizierte Belehrung ist deshalb – zumindest im Ermittlungsverfahren – auch bei ihm geboten.

Darüber hinaus ist zu erwägen, ob der Hinweis auf die Unverwertbarkeit der früheren Angaben, wie Grünwald bereits 1968 gefordert hat, von einem Richter erteilt werden muss⁴⁸. Das ist jedenfalls dann naheliegend, wenn der Beschuldigte im Rahmen seiner polizeilichen oder staatsanwaltlichen Vernehmung nicht über sein Schweigerecht informiert wurde. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die erweiterte Belehrung, die zugleich das Eingeständnis eigenen rechtswidrigen Verhaltens enthält, nicht mit hinreichender Deutlichkeit vorgenommen wird⁴⁹ oder der Beschuldigte ihr (angesichts des bereits geschehenen Rechtsverstoßes) misstraut und sich deshalb in seinem Aussageverhalten nicht frei fühlt. Schließlich dürfte nur durch eine richterliche Prüfung des Vorgangs eine versehentliche Falschbelehrung vermieden werden, die das Verfahren mit weiteren Problemen belasten kann.

Im Ergebnis ist die Entscheidung gleichwohl zu begründen, soweit in ihr die *ausnahmslose* Verpflichtung zur qualifizierten Belehrung bei einem vorausgegangenem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ausdrücklich anerkannt wird. Dass sich der Senat nicht mit der Frage möglicher Friktionen zur Widerspruchslösung auseinandergesetzt hat, dürfte der mangelnden Entscheidungserheblichkeit geschuldet sein. Entsprechendes gilt für den vom 4. Strafsenat zwar benannten, aber nicht aufgelösten⁵⁰ Wertungswiderspruch zu den gleich gelagerten (und wegen des in § 136a Abs. 1 StPO enthaltenen Täuschungsverbots auch teilweise überschneidenden) Fallkonstellationen vorausgegangener verbotener Vernehmungsmethoden. Eine ausnahmslose Verpflichtung, bei der erneuten Vernehmung auf die Unverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen, wird vom Bundesgerichtshof

⁴⁴ BGHSt 38, 214 (220); ebenso BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13.

⁴⁵ BGHSt 38, 214 (220).

⁴⁶ Eingehend dazu Roxin, JR 2008, 16 (18).

⁴⁷ BGHSt 38, 214 (225).

⁴⁸ Grünwald, JZ 1968, 752 (754); ders. (Fn. 26), S. 160.

⁴⁹ Grünwald a.a.O.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13.

in dieser Situation bisher nicht anerkannt. Die vorliegende Entscheidung legt es aber nahe, insoweit in Zukunft dieselben Maßstäbe anzulegen.

Zu kritisieren ist die Entscheidung aber, weil sie eine Verwertung der Aussage des Beschuldigten trotz Verstoßes gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung nach Maßgabe einer – kaum vorhersehbaren – Abwägung im Einzelfall zulässt. Der rechtliche Schutz der Aussagefreiheit bleibt damit lückenhaft. Als Wegmarke kann sich das Urteil aber auch in diesem Zusammenhang als nützlich erweisen. Der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* verbietet in erster Linie die Verwertung unfreiwilliger Selbstbelastungen; entsprechende Erhebungsverbote gewährleisten die Verlässlichkeit dieses Schutzes.⁵¹ Wer aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit eine ausnahmslose Pflicht zur qualifizierten Belehrung folgert, wird deshalb auf Dauer nicht umhin können, ein abwägungsfestes Verwertungsverbot für den Fall eines Verstoßes gegen dieses Gebot anzuerkennen.

Prof. Dr. Mark Deiters, Münster

⁵¹ Grundlegend Grünwald (Fn. 26), S. 146 f.; weiterführend Frister, in: Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 161 ff. (S. 191).