

Entscheidungsanmerkung

Beweisverwertungsverbot bei Selbstbelastung durch Beschuldigte

1. [E]ine Vernehmung liegt nur dann vor, wenn der Vernehmende dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt. (Leitsatz des *Verf.*)
2. Die Verletzung der Aussagefreiheit kann auch außerhalb von Vernehmungen nach §§ 136, 136a StPO zu einem Beweisverwertungsverbot führen. (Amtlicher Leitsatz)
3. Der Beschuldigte muss frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden können, ob und gegebenenfalls inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt [...]. (Leitsatz des *Verf.*)
4. Wegen seiner Absolutheit entfaltet dieses Beweisverwertungsverbot [scil. wegen Verletzung der Aussagefreiheit] seine Wirkung auch auf die von den Eingriffen in die Aussagefreiheit der Mitangeklagten nicht unmittelbar betroffene [Mita]ngeklagte [...]. (Leitsatz des *Verf.*)

GG Art. 20
StPO §§ 136, 136a

BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17¹

I. Examensrelevanz

Die hier zu behandelnde Entscheidung ist examensrelevant. In der universitären Juristenausbildung nimmt das Strafrecht – zumindest im Pflichtfachbereich – zwar häufig nur eine geringe Rolle ein, in der tatsächlichen Examensvorbereitung vieler Studierender regelmäßig eine noch geringere. Dieser Umstand ist aus zwei Gründen misslich: Zum einen muss der angehende Jurist schon bald nach der Ersten Juristischen Prüfung im Rahmen der Strafstation des Juristischen Vorbereitungsdienstes („Referendariat“) mit den Instrumentarien der Strafprozessordnung jedenfalls in Grundzügen umgehen können, wenig später werden im Rahmen der Zweiten Staatsprüfung vertiefte Kenntnisse erwartet. Zum anderen kann aber auch bereits im Rahmen der Ersten Juristischen Staatsprüfung der Examenskandidat mit strafverfahrensrechtlichen Fragen konfrontiert werden. Dies gilt einerseits für die mündliche Prüfung, in der gerade Praktiker regelmäßig wenig Verständnis für völlige Unkenntnis im Bereich der Grundlagen (wie etwa der Prozessmaximen oder des strafprozessualen Instanzenzugs) aufbringen. Andererseits können strafverfahrensrechtliche Fragen aber auch Gegenstand der strafrechtlichen Pflichtfachklausur sein. Zwar findet insoweit üblicherweise keine „prozessuale Einkleidung“ wie etwa im

öffentlichen Recht statt, in vielen Bundesländern ist aber doch zumindest eine „strafprozessuale Zusatzfrage“ üblich. Typischer Gegenstand solcher Zusatzfragen sind Fragen betreffend die sog. Beweisverwertungsverbote. Diesem Themenkomplex ist auch die hier zu behandelnde Entscheidung zuzuordnen.

II. Sachverhalt

Die erstinstanzlich mit dem Verfahren befasste 6. Strafkammer des LG Traunstein² hat folgende Feststellungen zum Sachverhalt getroffen:³

Angeklagt waren die zur Tatzeit 52 Jahre alte M und ihre zur Tatzeit 75-jährige Mutter R. M zog nach wechselnden beruflichen Tätigkeiten und einer Zwangsräumung 2004/2005 wieder zu R. M und R gründeten ein kunsthandwerkliches Gewerbe, darüber hinaus ging M keiner geregelten Tätigkeit mehr nach. Ein 2008 von beiden angemietetes Haus wurde 2013 zwangsgeräumt, nach viereinhalb Monaten ohne festen Wohnsitz mieteten sie im Dezember 2016 eine Doppelhaushälfte an. Auch in Bezug auf diesen Wohnsitz kam es zu Mietstreitigkeiten, weshalb ein Räumungsprozess geführt wurde. Nachdem dieser am 13.5.2016 durch einen Vergleich beendet wurde, wurde für den 19.7.2016 durch den zuständigen Gerichtsvollzieher die Zwangsräumung angesetzt. Die Angeklagten beantragten die Aufschiebung.

Am besagten Tag besorgten M und R sich Benzin. Anschließend rief M beim Amtsgericht an, um nachzufragen, ob die Entscheidung über den Antrag auf Aufschiebung der Zwangsräumung bereits getroffen sei. Als dies nicht der Fall war, nahmen M und R je zehn Tabletten des Antidepressivums Sertralin ein, gossen an verschiedenen Stellen im Haus Benzin aus, verteilten sonstiges brennbares Material und entzündeten es. Entwichener Benzindampf führte dabei zu einer explosionsartigen Verpuffung im Dachgeschoss. M und R wurden schließlich von der Feuerwehr unverletzt gerettet.

Noch vor Ort wurden die Angeklagten durch Kriminalhauptkommissar (KHK) Ra als Beschuldigte gem. §§ 163a Abs. 4 S. 1 und 2, 136 StPO belehrt, woraufhin beide erklärten, nicht aussagen zu wollen. Dennoch befragte KHK Ra R weiter. Daraufhin wurden beide getrennt ins Krankenhaus gebracht. R wurde von Kriminalhauptmeisterin (KHMIn) K gefahren, die – wie bei Kriminalbeamten üblich – zivil gekleidet war. Während der Fahrt fragte R sie ohne erkennbaren Anlass, ob sie Ärztin sei, was diese verneinte und klarstellte, dass sie Polizistin sei.

Im Krankenhaus angekommen sollte R durch den Arzt D untersucht werden. K ging mit ins Behandlungszimmer. Als R sich zu entkleiden begann, fragte die Beamtin, ob sie den Raum verlassen solle, worauf weder R noch D reagierten. Auf entsprechende Fragen des D berichtete R von den Tabletten und dem Verteilen des Benzins. K fragte daraufhin bei ihren Kollegen nochmal nach, ob R bereits als Beschuldigte

¹ Abgedruckt in NJW 2018, 1986 m. Anm. *Jahn* sowie online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=94eb76a8d204d35a9bb8fcae7f86800&nr=83915&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (13.9.2018).

² LG Traunstein, Urt. v. 3.2.2017 – 6 KLS 402 Js 73330/16 (nicht veröffentlicht).

³ Nach der Wiedergabe bei BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 3 ff.

belehrt worden sei und kehrte dann wieder in den Untersuchungsraum zurück.

K begleitete R anschließend auf die Intensivstation. R ließ K mehrfach an ihr Bett kommen, um nachzufragen, wie es M gehe, woraus sich Gespräche entwickelten, in deren Rahmen R mehrfach äußerte, dass sie und M „nicht mehr konnten“ und „einfach alles angezündet“ hätten.

Am nächsten Tag wurde R zum Amtsgericht Rosenheim gebracht. Während der ca. 45-minütigen Fahrt belehrte KHK F sie erneut ausführlich und führte anschließend mit ihr ein „Gespräch“, während dessen sie äußerte, dass „alles zuviel gewesen sei“.

An dem Haus entstanden Schäden i.H.v. 161.536,48 €. Die Instandsetzung dauerte bis März 2017 an; bis zu diesem Zeitpunkt konnte es nicht vermietet werden.

III. Erstinstanzliche Entscheidung

In der Hauptverhandlung widersprachen die Angeklagten vor der Vernehmung der Kriminalbeamten als Zeugen der Verwertung der Angaben, die R gegenüber KHK Ra, KHMin K und KHK F gemacht hatte.

Die Angaben gegenüber KHK Ra verwertete die Strafkammer des LG Traunstein nicht. Dagegen war sie der Auffassung, dass R sich im Klaren darüber gewesen sei, dass bei ihrem Gespräch mit dem Arzt D die KHMin K anwesend gewesen sei, weshalb die Angaben freiwillig erfolgt seien, ebenso danach am Krankenbett sowie am nächsten Tag gegenüber KHK F nach erneuter Belehrung. Da M und R den D nicht von seiner Schweigepflicht entbanden und dieser gem. § 53 StPO das Zeugnis verweigerte, stützte das Gericht sein Urteil auf die Zeugenaussagen der KHMin K und des KHK F.

Die Strafkammer verurteilte wegen vorsätzlicher Brandstiftung die Angeklagte R zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und die Angeklagte M zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten.

IV. Entscheidung des BGH

Auf die Revisionen der Angeklagten hin hob der *I. Strafsenat* des BGH das Urteil mit den zugehörigen Feststellungen auf und verwies das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des LG Traunstein zurück (§ 354 Abs. 2 StPO). Zum Erfolg der Revision führte bereits die Verfahrensrüge, weshalb der *Senat* über die ebenfalls erhobene Sachrüge nicht mehr entschied.⁴ Die Angeklagten machten mit der Verfahrensrüge geltend, sie seien entgegen ihrer Entscheidung, von ihrem Schweigerecht Gebrauch zu machen, polizeilich vernommen und außerdem „unmenschlich behandelt“ worden und beriefen sich auf „§ 136 Abs. 1 S. 2, 136a Abs. 1 S. 1 StPO“ und „Art. 3 MRK“.⁵

Der *Senat* teilt diesen Vortrag im Ausgangspunkt nicht. Die §§ 136, 136a StPO setzten eine „Vernehmung“ voraus, wofür im Anschluss an die Entscheidung des *Großen Senats*

für *Strafsachen*⁶ erforderlich sei, dass „der Vernehmende dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt“.⁷ Eine solche Situation habe aber in Bezug auf die gerügten Situationen – insbesondere das Gespräch zwischen R und D im ärztlichen Untersuchungszimmer – aber nicht vorgelegen.⁸

Allerdings legt der *Senat* die Verfahrensrüge der beiden Angeklagten aus.⁹ Wie sich auch aus der Bezugnahme auf Art. 3 EMRK ergebe, sei die Revisionsbegründung dahingehend zu verstehen, dass die Angeklagten – ungeachtet des Abstellens auf die Vorschriften §§ 136, 136a StPO – allgemein einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit rügen wollten.¹⁰ Ein solcher liege hier vor. Unter Rekurs auf die Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts legt der *Senat* dar, dass dem Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ Verfassungsrang zukomme; niemand dürfe gezwungen werden, an seiner Überführung wegen einer Straftat aktiv beizutragen, der Beschuldigte müsse frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden können, ob und inwieweit er am Strafverfahren mitwirke.¹¹ An einer solchen Eigenverantwortlichkeit der R habe es aufgrund der „Gesamtbewertung der Vorgänge“ hier aber gefehlt.¹² Obwohl sie von Anfang an von ihrem Schweigerecht Gebrauch gemacht habe, sei sie während des dauerhaften Polizeigewahrsams einer permanenten Befragung ausgesetzt gewesen, was ihr angesichts ihrer Nachfrage, ob die KHMin K Ärztin sei, offenbar nicht bewusst gewesen zu sein schien.¹³ Darüber hinaus sei sie gesundheitlich aufgrund der Psychopharmaka und der Gesamtsituation stark angeschlagen und deshalb gezwungen gewesen, gegenüber D detaillierte Angaben zum Geschehen zu machen, was K bewusst ausgenutzt habe.¹⁴ Dass R auf die Nachfrage der K, ob sie das Untersuchungszimmer verlassen solle, nicht geantwortet habe, könne keineswegs als Zustimmung gewertet werden; vielmehr hätte K sich einer solchen deutlich versichern müssen.¹⁵ Auch sei die Anwesenheit der K nicht wegen Fluchtgefahr gerechtfertigt gewesen, was sich insbesondere daran zeige, dass sie zwischenzeitlich das Zimmer verlassen hat.¹⁶

Da auf diese Weise der Grundsatz, dass niemand sich selbst belasten muss, verletzt worden sei und daraus bereits ein Beweisverwertungsverbot folge, könne die Frage, ob (auch) eine Verletzung des Kernbereichs der privaten Le-

⁶ BGH, Beschl. v. 13.5.1996 – GSSSt 1/96, Rn. 21 = BGHSt 42, 139 (145 f.).

⁷ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 18.

⁸ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 18.

⁹ Dazu exemplarisch allgemein *Gericke*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 344 Rn. 33 ff. m.w.N.

¹⁰ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 18, 20.

¹¹ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 23.

¹² BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 24.

¹³ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 25.

¹⁴ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 25 f.

¹⁵ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 28.

¹⁶ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 27.

⁴ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 35.

⁵ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 9.

bensgestaltung (Arzt-Patienten-Verhältnis) vorliege, dahinstehen.¹⁷

In Bezug auf die Äußerungen der R gegenüber KHMin K am Krankenbett sieht der *Senat* keine grundsätzlichen Bedenken in Bezug auf die Verwertbarkeit.¹⁸ Hinsichtlich der Äußerungen gegenüber KHK F am nächsten Tag lässt er offen, ob eine „qualifizierte Belehrung“ (also eine zusätzliche Belehrung der R dahingehend, dass die Äußerungen vom Vortag im Untersuchungszimmer gegenüber D nicht verwertbar sind) erforderlich gewesen sei.¹⁹ Denn es sei nicht klar, ob eine Verurteilung auf diese beiden Aussagen auch ohne die Äußerungen der R gegenüber D im Untersuchungszimmer getragen hätten.²⁰

Die genannten Überlegungen bezögen sich auch auf die Verurteilung der M, zumal R in Bezug auf diese ein Angehörigenzeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StPO zugestanden hätte.²¹

Allerdings sei nicht auszuschließen, dass mithilfe der sonstigen (verwertbaren) Beweismittel im Rahmen der neuen Verhandlung der Nachweis der (Mit-)Täterschaft von M und R geführt werden könne; in dubio pro reo könnten u.U. beide Angeklagten wegen Beihilfe zu verurteilen sein.²²

V. Würdigung der Entscheidung

Ist der Entscheidung im wesentlichen Ergebnis auch zuzustimmen, so erscheint zum einen der Begründungsweg problematisch, zum anderen wäre es wünschenswert gewesen, dass der *Senat* sich in Bezug auf verschiedene Fragen deutlicher (bzw. überhaupt) positioniert.

1. Verwertbarkeit der Aussagen der Kriminalbeamten zu Lasten der R

Die BGH-Entscheidung teilt nicht mit, welche sonstigen Beweismittel für Täterschaft und Vorsatz der beiden Angeklagten von dem Brand verschont geblieben und sichergestellt worden sind. Die erstinstanzlich zuständige Strafkammer hatte die Verurteilung maßgeblich auf die Aussagen der R gegenüber den Ermittlungsbeamten gestützt. Aufgrund des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Strafverfahren²³ und des Vorrangs des Personalbeweises gegenüber dem Urkundsbeweis (vgl. § 250 StPO) können nicht die Protokolle über diese Aussagen der R selbst verwertet werden (auch nicht durch mündliche Verlesung in der Hauptverhandlung), sondern müssen dadurch in die Hauptverhandlung eingeführt werden, dass die Beamten als Zeugen darüber berichten, was die Angeklagte ihnen gegenüber geäußert hat. Diese Zeugenaussagen sind der eigentliche Gegenstand der Urteilsfindung.

¹⁷ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 29.

¹⁸ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 30.

¹⁹ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 31.

²⁰ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 31 f.

²¹ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 33.

²² BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 34.

²³ Dazu allgemein *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 46 Rn. 3 ff. m.w.N.

a) Aussage über das Gespräch der R mit D im Untersuchungszimmer im Beisein von KHMin K

Die zentrale Rolle spielt dabei die Zeugenaussage der KHMin K über das, was R im Untersuchungszimmer gegenüber dem Arzt D offenbart hat.

aa) Verstoß gegen die Belehrungspflicht gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO

Ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich dieser Äußerungen kann sich daraus ergeben, dass R nicht über ihr Recht zu Schweigen gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO belehrt wurde. Bei einem Verstoß gegen diese Pflicht ist ein Beweisverwertungsverbot seit 1992 auch in der Rechtsprechung dem Grunde nach anerkannt.²⁴

(1) Vernehmung: Formeller Vernehmungsbegriff

Dies setzt zunächst eine Vernehmungssituation voraus. Was unter einer Vernehmung zu verstehen ist, regelt die StPO nicht.²⁵ Keineswegs so selbstverständlich, wie der *Senat* es darstellt, ist insoweit die Aussage, dass in dem Gespräch zwischen R und D in Anwesenheit der K keine „Vernehmung“ liegt und die §§ 136, 136a StPO (i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO) nicht anwendbar wären. Die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, die der *Senat* auch zitiert, geht – im Rahmen der §§ 136, 136a StPO²⁶ (auch i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO) – vom sog. formellen Vernehmungsbegriff aus. Dieser setzt voraus, dass der Ermittlungsbeamte

- dem Beschuldigten in amtlicher Eigenschaft gegenübertritt
und
- in dieser Eigenschaft eine Auskunft von ihm verlangt.²⁷

Wenn auch in Zivilkleidung, ist K gegenüber R als Polizeibeamtin aufgetreten und hat auf Nachfrage der R, ob sie

²⁴ Grundlegend BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91 = BGHSt 38, 214.

²⁵ Klarstellend bspw. *Seebode*, JR 1988, 427 (428); *Schumann*, Verhör, Vernehmung, Befragung. Zu Geschichte und Dogmatik des Rechtsbegriffs der Vernehmung im Strafprozess und seiner Auflösung im 20. Jahrhundert, 2016, S. 3.

²⁶ Aufgrund der Relativität der Rechtsbegriffe muss derselbe Begriff in zwei verschiedenen Gesetzesvorschriften – selbst wenn sie im gleichen Gesetz enthalten sind – nicht zwangsläufig auch dasselbe bedeuten; vielmehr muss jedes Wort einer Vorschrift immer mit Blick auf den konkreten Normkontext ausgelegt und verstanden werden (vgl. *M. Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, Rn. 128 ff., 215 ff. m.w.N.). Das gilt selbstverständlich auch für den Vernehmungsbegriff im Kontext der StPO (vgl. *Schumann* [Fn. 25], S. 10). So soll etwa der Begriff der „Vernehmung“ im Kontext des § 252 StPO über denjenigen der §§ 136, 136a StPO hinausgehen (vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 6.2.2008 – Ss 70/07 (78/07) = NJW 2008, 1396).

²⁷ BGH, Beschl. v. 13.5.1996 – GSSt 1/96 = BGHSt 42, 139 (145).

Ärztin sei, dies nochmal bekräftigt. Problematisch ist dagegen der zweite Aspekt. Denn die Fragen hat nicht K, sondern D gestellt. Allerdings wird man dieses Element des formellen Vernehmungsbegriffs nicht derart eng verstehen dürfen, dass eine Vernehmung nur dann vorliegt, wenn der Ermittlungsbeamte unmittelbar das Wort an den Beschuldigten richtet. Der Vernehmungsbegriff ist vielmehr im Lichte von Sinn und Zweck der Vorschriften zu verstehen, die sehr maßgeblich mit den Belehrungspflichten zusammenhängen. Der Beschuldigte soll nicht dem Irrtum unterliegen, er müsse gegenüber einem staatlichen Amtsträger aussagen.²⁸ Vor diesem teleologischen Hintergrund liegt eine Vernehmung in jeder Situation vor, in der ein solcher Eindruck entstehen könnte.

Das ist aber keineswegs nur dann der Fall, wenn der Beamte selbst die Fragen stellt. Wandelt man den Sachverhalt dergestalt ab, dass D der R eine Frage stellt und K auf anfängliches Zögern der R äußert: „Beantworten Sie die Frage!“, so käme damit zweifellos zum Ausdruck, dass R zum einen zur Aussage verpflichtet sei und zum anderen K berechtigt sei, die Antwort zu hören. Darin liegt aber genau die beschriebene Situation. Es kann also nicht darauf ankommen, dass der Beamte die Frage selbst formuliert. Der Anschein, dass der Beschuldigte sich äußern müsse und der Beamte die Aussage hören dürfe, kann auch konkludent aus der Situation heraus entstehen, etwa, indem der Beamte demonstrativ anwesend bleibt und den Beschuldigten nur fragend und erwartungsvoll ansieht.

Eine andere Frage ist, wie der entscheidungserhebliche Sachverhalt einzuordnen ist. Weder ist gesichert, ob R sich überhaupt im Klaren über die Anwesenheit der K war, ob sie nach dem erneuten Hinweis erkannt hatte, dass K eine Kriminalbeamtin ist, ob sie die Frage der K, ob diese den Raum verlassen solle, gehört hat und/oder ob für R der Eindruck entstanden ist, sie müsse hinnehmen, dass K als Ermittlungsbeamtin ihre Antworten auf die Fragen des D höre.

In Bezug auf solche Sachverhaltensungewissheiten, die nicht die Schuldfrage oder strafzumessungsrelevante Umstände betreffen, gilt nach h.M. der Grundsatz „in dubio pro reo“ nicht,²⁹ weshalb man hier nicht pauschal zugunsten der R von derjenigen Tatsachengestaltung ausgehen darf, die im Ergebnis von einem Beweisverwertungsverbot führt. Insofern waren auch keine klärenden Feststellungen von der neuen Tatsacheninstanz zu erwarten, weil die Kammer gem. § 358 Abs. 1 StPO an die Wertung des *Senats* gebunden ist, dass die Aussagen der R gegenüber D nicht verwertbar sind, und daher keine Veranlassung haben wird, Tatsachen zu ermitteln, die auf anderem Wege zum selben Endergebnis führen würden.

²⁸ So die Rspr., vgl. nur BGH, Beschl. v. 13.5.1996 – GSSt 1/96 = BGHSt 42, 139 (147); a.A. etwa *Roxin*, NStZ 1995, 465 (466).

²⁹ Exemplarisch BGH, Urt. v. 28.6.1961 – 2 StR 154/61 = NJW 1961, 1979 (1980) = BGHSt 16, 164 (167); vgl. aber auch BGH, Beschl. v. 21.10.2014 – 5 StR 296/14 = NJW 2015, 360 m. Anm. *Jahn*, JuS 2015, 279 und *Jäger*, JA 2015, 312 (jeweils m.w.N. zum Streitstand).

(2) Belehrungspflicht erfüllt?

Unterstellt man, dass im obigen Sinne eine Vernehmungssituation anzunehmen gewesen wäre, so stellt sich die Anschlussfrage, ob die Kriminalbeamten ihrer Belehrungspflicht gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO nachgekommen sind. Grundsätzlich ist eine entsprechende Belehrung noch am Tatort erfolgt.

Damit allein ist aber noch nicht abschließend ausgesagt, dass kein Belehrungsverstoß vorliegt. Eine Vernehmung wird nicht dadurch beendet, dass der Beschuldigte die Aussage verweigert, sondern der Vernehmende entscheidet darüber, wann die Vernehmung abgeschlossen ist.³⁰ Da die Beamten auch nach der Erklärung der Angeklagten, nicht zur Sache aussagen zu wollen, beständig weiter Fragen zur Tat stellten (wie z.B. während der Fahrt ins Krankenhaus) und R somit einer permanenten Befragung ausgesetzt war,³¹ dauerte die Vernehmung letztlich weiter an. Solange die Entschließungsfreiheit des Beschuldigten nicht beeinträchtigt wird, ist es zwar zulässig, wenn der Vernehmende auch nach Aussageverweigerung Fragen stellt, insgesamt ist aber die Entscheidung des Beschuldigten, nicht aussagen zu wollen, zu respektieren.³²

Die Belehrung über das Schweigerecht (wie auch über das Recht zur Verteidigerkonsultation etc.) ist keine bloße Förmerei. Wenn das Risiko besteht, dass der Beschuldigte aufgrund der Situation den Eindruck bekommen könnte, er sei zur Aussage verpflichtet, so muss dieser Irrtum auch tatsächlich ausgeräumt werden. Erforderlich ist daher, dass der Beschuldigte wirklich versteht, dass er die Freiheit hat, nicht auszusagen.³³ Ist er dazu – z.B. aufgrund seines geistig-seelischen Zustandes – nicht in der Lage, so darf seine Aussage im Grundsatz nicht verwertet werden.³⁴

Das muss konsequenterweise bedeuten, dass wenn der Vernehmungsbeamte im Laufe der Befragung erkennt, dass der Beschuldigte sein Schweigerecht doch (noch) nicht verstanden hat, die Belehrung vor Fortsetzung der Vernehmung auf eine Art und Weise erneuert werden muss, die dem Beschuldigten seine Rechte verständlich klarmacht. Geschieht dies nicht, muss der anschließende Teil der Vernehmung so behandelt werden, als wäre der Beschuldigte nicht über seine Rechte aufgeklärt worden.

Nach dieser Maßgabe hätte K – sofern man im Untersuchungszimmer von einer Vernehmungssituation ausgeht – gegenüber R (spätestens) dann, als diese gegenüber D erklärte, zehn Sertralin-Tabletten geschluckt zu haben, die Beschuldigtenbelehrung wiederholen müssen, weil in der Ge-

³⁰ Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 9.6.2009, Rn. 15 – 4 StR 170/09 = NJW 2009, 3589 (3590); *Schuhr*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 136 Rn. 30.

³¹ BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, Rn. 25.

³² Vgl. BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12 = BGHSt 58, 301 = NJW 2013, 2769 m. Anm. *Jahn*, JuS 2013, 1047 und *Jäger*, JA 2013, 793.

³³ Klarstellend *Diemer*, in: Hannich (Fn. 9), § 136 Rn. 12.

³⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 12.10.1993 – 1 StR 475/93 = BGHSt 39, 349 = NStZ 1994, 95.

samtschau der Ereignisse – Alter, mögliche Suizidabsicht, Betäubungsmittelkonsum, Branderlebnis, Konfrontation mit der Kriminalpolizei, ärztliche Untersuchung im Krankenhaus – jedenfalls in diesem Zeitpunkt Zweifel daran hätten aufkommen müssen, ob R sich der Tragweite der Situation bewusst war. Dafür spricht insbesondere auch, dass K sich zu diesem Zeitpunkt bei ihren Kollegen vergewisserte, ob R tatsächlich über ihre Rechte belehrt worden war.

(3) Widerspruch

Nach der Rechtsprechung soll ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO (i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO) bzw. das daraus folgende Beweisverwertungsverbot nicht von Amts wegen berücksichtigt werden, sondern nur dann, wenn der Beschuldigte (bzw. sein Verteidiger) bis zum Ende der betreffenden Beweiserhebung (§ 257 StPO) der Verwertung der betreffenden Aussage widersprochen hat.³⁵ Richtig ist zwar, dass § 136a Abs. 3 S. 2 StPO die Verwertbarkeit der Aussage der Disposition des Beschuldigten entzieht; daraus kann im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass im Falle des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO der Betroffene über die Verwertbarkeit disponieren kann. Damit ist allerdings nicht ausgesagt, dass seine Zustimmung zur Verwertbarkeit durch Zeitablauf fingiert werden kann; eine solche „Einredeobliegenheit“ ist dem deutschen Strafverfahrensrecht grundsätzlich fremd, weshalb die Widerspruchslösung in der Literatur zu Recht weitgehend abgelehnt wird.³⁶ Selbst wenn man diese grundlegenden Bedenken nicht teilen sollte, so ist doch jedenfalls die statische Anknüpfung des maßgeblichen Zeitpunkts an § 257 StPO problematisch.³⁷ Im entscheidungserheblichen Verfahren ist der Widerspruch jedenfalls rechtzeitig erhoben worden.

(4) Exkurs: Funktioneller/Materieller Vernehmungsbegriff

Ein Teil der Literatur fordert seit langem die Abkehr vom formellen Vernehmungsbegriff hin zu einem „funktionellen“ oder „materiellen“ Vernehmungsbegriff.³⁸ Danach soll es nicht auf das Gegenübertreten in amtlicher Eigenschaft ankommen, sondern lediglich darauf, ob die Befragensinitiative materiell gesehen von staatlichen Organen ausgeht. Hintergrund dieser Auffassung sind Konstellationen wie die sog. „Hörfälle“³⁹ oder der Einsatz von V-Leuten⁴⁰. Insoweit bietet

der formelle Vernehmungsbegriff großes Potenzial zur Umgehung der Belehrungsvorschriften, insbesondere indem Private von den Strafverfolgungsbehörden „vorgeschickt“ werden.⁴¹

Der zentrale Gegeneinwand gegen einen „funktionellen“ oder „materiellen“ Vernehmungsbegriff sind die Regelungen gem. §§ 110a ff. StPO, die den Einsatz Verdeckter Ermittler zulassen.⁴² Wäre der Verdeckte Ermittler – ein Polizeibeamter – kraft eines materiellen Vernehmungsbegriffs gezwungen, den Beschuldigten über seine Rechte zu belehren, würde seine Identität aufgedeckt und der Sinn der Regelungen über Verdeckte Ermittler unterlaufen.

Es gibt zwei Möglichkeiten, diesen Zwiespalt zu überwinden: Einerseits wird vom materiellen Vernehmungsbegriff ausgegangen, die §§ 110a ff. StPO aber als bereichsspezifische Ausnahme aufgefasst.⁴³ Andererseits wird der materielle Vernehmungsbegriff als mit den Regelungen der StPO systematisch nicht vereinbar angesehen und der formelle Vernehmungsbegriff zugrunde gelegt.⁴⁴ Nicht-offene Befragungen jenseits der Vorschriften betreffend Verdeckte Ermittler sollen gleichwohl unzulässig sein; insoweit werden entweder die §§ 136, 136a StPO angewandt⁴⁵ oder aber darauf abgestellt, dass für solche Maßnahme überhaupt keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage besteht (weil die Generalklauseln gem. §§ 161, 163 StPO einen derartig intensiven Eingriff nicht legitimieren⁴⁶).⁴⁷ Insoweit ist der Gesetzgeber im Zuge der jüngsten Reformen der Empfehlung der Expertenkommission, für den Einsatz von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen eine gesetzliche Grundlage zu schaffen,⁴⁸ nicht nachgekommen.⁴⁹

In Bezug auf die hier gegenständliche Entscheidung stellt die Frage nach dem richtigen Vernehmungsbegriff sich hingegen nicht unmittelbar.⁵⁰ Sieht man von der unklaren Sachlage ab, ob R nach dem Hinweis während der Autofahrt verstanden (und auch während des Gesprächs im Untersu-

³⁵ Grundlegend BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91 = BGHSt 38, 214 (225 ff.) = NStZ 1992, 294 (295).

³⁶ Vgl. dazu etwa Rogall, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 133 ff. Rn. 182, § 136 Rn. 79 ff. m.w.N.

³⁷ Dazu eingehend El-Ghazi/Merold, HRRS 2013, 412.

³⁸ Vgl. nur etwa Seebode, JR 1988, 427; Roxin, NStZ 1997, 18; ders., NStZ 1995, 465; Jahn, in: Heghmanns/Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Kap. 2 Rn. 70 f.; ders., NJW 2018, 1988 (1989); Gleß, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 4, 26. Aufl. 2011, § 136 Rn. 12 m.w.N.

³⁹ Grundlegend BGH, Beschl. v. 13.5.1996 – GSSt 1/96 = BGHSt 42, 139.

⁴⁰ Dazu Kölbl, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 163 Rn. 20 ff. m.w.N.

⁴¹ Vgl. etwa Jahn (Fn. 38), Kap. 2 Rn. 70.

⁴² Exemplarisch Kölbl (Fn. 40), § 163a Rn. 8.

⁴³ So Jahn (Fn. 38), Kap. 2 Rn. 71.

⁴⁴ Kölbl (Fn. 40), § 163a Rn. 8.

⁴⁵ So bspw. BGH, Vorlagebeschl. v. 20.12.1995 – 5 StR 680/94 = NStZ 1996, 200.

⁴⁶ Zutreffend Wohlers/Albrecht, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 5. Aufl. 2016, § 163a Rn. 40 m.w.N.

⁴⁷ Kölbl (Fn. 40), § 163a Rn. 8; Wohlers/Albrecht (Fn. 46), § 163a Rn. 42 m.w.N.

⁴⁸ Vgl. BMJ (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, Empfehlung Nr. 5.3 (S. 18, 80 ff.); abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abchlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf (13.9.2018).

⁴⁹ Zutreffend bedauernd Kudlich, JR 2016, 514 (517).

⁵⁰ So aber Jahn, NJW 2018, 1988 (1989).

chungszimmer bzw. im Krankenbett behalten) hat, dass es sich bei K um eine Kriminalbeamtin handelte, ist nicht die erste Voraussetzung des formellen Vernehmungsbegriffs (an der die Abgrenzung zum materiellen Vernehmungsbegriff vollzieht) – Gegenübertreten in amtlicher Eigenschaft – sondern dessen zweite Voraussetzung – Befragen in amtlicher Eigenschaft – unklar, nach dem oben Gesagten aber zu bejahen. Das Problem liegt hier daher nicht darin, dass der *Senat* nicht vom formellen Vernehmungsbegriff abrückt, sondern dass er ihn unzutreffend anwendet.

bb) Verbotene Vernehmungsmethoden, § 136a StPO

Sofern man von einer Vernehmungssituation ausgeht, kommt ein Beweisverwertungsverbot nicht nur aufgrund einer möglicherweise fehlenden Beschuldigtenbelehrung, sondern auch aufgrund einer verbotenen Vernehmungsmethode (§ 136a StPO) in Betracht. Denkbar ist hier, dass die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung der R durch Verabreichung von Mitteln beeinträchtigt wurde. Denn entgegen dem ersten Anschein, den die Formulierung der Vorschrift insoweit erweckt, kommt es nicht darauf an, dass das Mittel durch die Vernehmungsperson verabreicht wird, sondern es ist ausreichend, dass der Beschuldigte entsprechende Mittel selbst konsumiert hat.⁵¹ Das Beweisverwertungsverbot greift auch unabhängig davon ein, ob der Vernehmungsbeamte diesen Umstand erkennt.⁵²

Die 6. Strafkammer des LG Traunstein hat keine Feststellungen zu der Frage getroffen, inwiefern die Einnahme der Sertralin-Tabletten die Fähigkeit der R beeinträchtigt hat, über ihr Verhalten zu entscheiden und die Folgen dieses Verhaltens absehen zu können. Auch insoweit gilt der Zweifelsgrundsatz nicht. Die Kammer hat lediglich die Frage erörtert, ob die Steuerungsfähigkeit der Angeklagten im Tatzeitpunkt im Sinne der §§ 20, 21 StGB eingeschränkt oder aufgehoben war und diese verneint. Ausgeschlossen ist aber nicht, dass eine willensbeeinträchtigende Wirkung erst deutlich später eintreten konnte.

cc) Selbstbelastungsfreiheit

Sofern man mit dem *Senat* davon ausgeht, dass in dem Gespräch im Untersuchungszimmer keine Vernehmungssituation zu sehen ist, so sind seine Ausführungen zum Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ konsequent und in der Sache zutreffend. Der Selbstbelastungsfreiheit kommt Verfassungsrang zu, weshalb sie auch unabhängig von einer einfachgesetzlichen Verankerung gilt. Auch gilt sie nicht nur für denjenigen, dem strafverfahrensrechtlich bereits der Beschuldigtenstatus zukommt, sondern grundsätzlich für jeden (vgl. bspw. für Zeugen § 55 StPO). Soweit eine Person aus anderen rechtlichen Gründen verpflichtet ist, auch solche Aussagen zu treffen, die sie strafrechtlich belasten, so muss zur Wahrung des nemo tenetur-Grundsatzes damit ein Be-

weisverwertungsverbot (bzw. sogar Beweisverwendungsverbot⁵³) einhergehen (vgl. z.B. § 97 Abs. 1 S. 2 und 3 InsO für das Insolvenzverfahren).

Mit dem *Senat* sprechen im entscheidungserheblichen Sachverhalt die besseren Gründe dafür, dass R nicht erkannte, welche Tragweite ihre Aussagen in Anwesenheit der K hatten und dass sie sich nicht darüber im Klaren war, dass K keinen Anspruch darauf hatte, diese Informationen zu hören.

dd) Kernbereichsschutz

Ein verfassungsrechtliches Beweisverwertungsverbot kann sich auch daraus ergeben, dass die verwertete Aussage dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuschreiben ist.

Aus Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergibt sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das (u.a.) vor staatlichen Eingriffen in die Privatsphäre schützt. Solche sind nicht aber nicht per se verfassungswidrig. Vielmehr geht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von der sog. „Sphärentheorie“ aus: Während Eingriffe im „Öffentlichkeitsbereich“ nur geringfügige Beeinträchtigungen darstellen und somit leicht zu rechtfertigen sind, sind solche in die „Geheimsphäre“ stärker rechtfertigungsbedürftig und solche in den „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ überhaupt nicht zu rechtfertigen.⁵⁴

Entscheidend ist also, ob das Gespräch der R mit dem behandelnden Arzt D im ärztlichen Untersuchungszimmer dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen ist. Diese Frage ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden, auch der *Senat* lässt sie offen. In früheren Entscheidungen ist das Bundesverfassungsgericht noch davon ausgegangen, dass das Arzt-Patienten-Verhältnis nur der Geheimsphäre, nicht aber der Intimsphäre (Kernbereich) angehört.⁵⁵ Zunehmend erkennt es aber an, dass es zumindest nach Maßgabe des Einzelfalls auch dem Kernbereich zugeschrieben werden kann.⁵⁶

Der 1. Strafsenat hat zudem in einer früheren Entscheidung angedeutet, dass in Bezug auf ein Krankenzimmer in einer Rehabilitationsklinik „[s]chon wegen der Art des Raums“ die Vermutung bestehe, dass der Kernbereich betroffen sein könnte.⁵⁷ Diese Einschätzung bezieht sich zwar auf die Klassifizierung des Zimmers als Wohnung im Sinne des

⁵³ Dazu allgemein *Roxin/Schünemann* (Fn. 23), § 24 Rn. 63 f. m.w.N.

⁵⁴ Eingehend *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 157 ff. m.w.N.

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71 = BVerfGE 32, 373 (379 f.) = NJW 1972, 1123 (1124); BVerfG, Beschl. v. 6.6.2006 – 2 BvR 1349/05 = BVerfGE 8, 183 (190 f.) = BeckRS 2006, 18039.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 = BVerfGE 109, 279 (322 f.) = NJW 2004, 999 (1004); BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08, 2 BvR 422/08, Rn. 215 = BVerfGE 129, 208 (247) = NJW 2012, 833 (837).

⁵⁷ BGH, Urt. v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05 = BGHSt 50, 206 (210) = NJW 2005, 3295 (3296) m. Anm. *Jahn*, JuS 2006, 91.

⁵¹ Klarstellend etwa *Monka*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, 30. Ed., Stand: 1.6.2018, § 136a Rn. 13; *Schuhr* (Fn. 30), § 136a Rn. 34 m.w.N.

⁵² *Schuhr* (Fn. 30), § 136a Rn. 24 ff. m.w.N., Rn. 34.

Art. 13 GG. Allerdings schließt der *Senat* auf die „Menschenwürderelevanz“ in dieser Entscheidung unter anderem deswegen, weil grundsätzlich nur Ärzte Zutritt zu dem Zimmer hatten.⁵⁸

Insoweit ist *Jahn* darin zuzustimmen, dass viel dafür spricht, jedenfalls bei der *Kombination* beider Umstände – in *personeller* Hinsicht ein Gespräch zwischen Arzt und Patient, in *räumlicher* Hinsicht ein Gespräch in einem Behandlungszimmer im Krankenhaus, das nicht öffentlich zugänglich ist – das Gespräch dem Kernbereichsschutz zu unterstellen.⁵⁹ Jedenfalls im entscheidungserheblichen Sachverhalt ist der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen, weil das Gespräch nicht nur höchstpersönliche Informationen zum Gesundheitszustand erwarten ließ, sondern auch die Möglichkeit absehbar war, dass strafrechtsrelevante Informationen nicht nur in Bezug auf R, sondern auch in Bezug auf ihre Tochter M zur Sprache kommen könnten.

b) Aussage über die Gespräche der R mit K HMin K am Krankenbett

In Bezug auf die Äußerungen der R gegenüber K am Krankenbett sieht der *Senat* kein Verwertungsproblem, weil es sich um Spontanäußerungen (und damit nicht um Vernehmungen, weil es am zweiten Merkmal des formellen Vernehmungsbegriffs fehlt) gehandelt habe. Glaubt man – wie die Strafkammer – der Zeugenaussage der K, redete R von sich aus und K fragte nur einmal, wessen Idee die Brandlegung gewesen sei, woraufhin R schwieg.⁶⁰

Nach dieser Maßgabe liegt keine Vernehmung gem. § 136 Abs. 1 StPO i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO vor. Aus diesem Grund war weder eine erneute reguläre Beschuldigtenbelehrung noch eine „qualifizierte“ Belehrung dahingehend erforderlich, dass die Angaben, die R gegenüber D im Untersuchungszimmer gemacht hatte, nicht verwertbar sind. Überdies hätte der Verstoß (nur) gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung nach der Rechtsprechung des BGH kein pauschales Beweisverwertungsverbot zur Folge, sondern es müsste eine umfassende Interessenabwägung erfolgen.⁶¹

Ob R sich zu diesem Zeitpunkt darüber im Klaren war, dass K eine Kriminalbeamtin ist, ist unklar. Dass sie sie nach dem Befinden ihrer Tochter fragte, könnte auch Ausdruck dessen sein, dass sie K für eine Ärztin oder Krankenschwester hielt; dass sie auf die Frage der K nicht antwortete, legt ein zutreffendes Verständnis der Situation nahe. Sollte es aber so gewesen sein, dass R die K für eine Ärztin hielt und K dies bewusst ausgenutzt hat, läge ein Verstoß gegen den *nemo tenetur*- und den *fair trial*-Grundsatz nahe, weil K in der Vorstellung der R der Schweigepflicht unterlegen hätte.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05 = BGHSt 50, 206 (212) = NJW 2005, 3295 (3297) m. Anm. *Jahn*, JuS 2006, 91.

⁵⁹ So zutreffend *Jahn*, NJW 2018, 1988 (1989).

⁶⁰ LG Traunstein, Urt. v. 3.2.2017 – 6 KLS 402 Js 73330/16, UA S. 15, 43 f.

⁶¹ Vgl. v.a. BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08 = NStZ 2009, 281 = BGHSt 53, 112; BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 4 StR 170/09 = NStZ 2009, 702.

c) Aussage über das Gespräch der R mit KHK F am nächsten Tag

Das Gespräch zwischen R und KHK F während der Fahrt zum AG Rosenheim auf darauffolgenden Tag stellt sich hingegen als Vernehmung dar, wie sich bereits daraus ergibt, dass R erneut ausführlich belehrt wurde. Daher wäre auch eine qualifizierte Belehrung erforderlich gewesen. Da diese nicht erfolgte, richtet sich die Verwertbarkeit nach einer Interessenabwägung.⁶² Für die Verwertbarkeit spricht der zeitliche Abstand zu den vorherigen Äußerungen^{63, 64} Dagegen sprechen aber der gewichtige Tatvorwurf,⁶⁵ der situative Druck⁶⁶, der von einer längeren Autofahrt mit Polizeibeamten zum Gericht ausgeht, sowie der Umstand, dass R gegenüber ihren vorherigen Aussagen nichts Neues äußerte⁶⁷.

Die besseren Gründe sprechen demnach – selbst auf Grundlage der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Interessenabwägung (!) – dafür, in Bezug auf die Geschehnisse während der Fahrt am nächsten Tag von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen. Auch insoweit wäre es erfreulich gewesen, wenn der *Senat* sich klarer positioniert hätte.

2. Erstreckung des Beweisverwertungsverbots auf M

Keineswegs selbstverständlich ist die Äußerung des *Senats*, dass das Beweisverwertungsverbot auch in Bezug auf die Mitangeklagte M gelten solle. Die Rechtsprechung hat vielmehr in der Vergangenheit insoweit auf die zu § 55 StPO entwickelte Rechtskreistheorie⁶⁸ verwiesen, wonach die Aussage eines Zeugen, der nicht gem. § 55 Abs. 2 StPO über sein Auskunftsverweigerungsrecht belehrt worden ist und sich deshalb selbst belastet, zulasten des Angeklagten ohne weiteres verwertet werden dürfe, weil die Belehrungspflicht insoweit nur dem „Rechtskreis“ des Zeugen, nicht aber demjenigen des Angeklagten zuzuschreiben sei. Nach diesem Rechtsgedanken steht ein Verstoß gegen die Pflicht zur Beschuldigtenbelehrung einer Verwertbarkeit in Bezug auf einen

⁶² Siehe oben unter V. 1. b).

⁶³ AG Gelnhausen, Urt. v. 12.2.2014 – 48 Ds - 4475 Js 19703/13, Rn. 13 = BeckRS 2015, 06332.

⁶⁴ So auch LG Traunstein, Urt. v. 3.2.2017 – 6 KLS 402 Js 73330/16, UA S. 44.

⁶⁵ AG Gelnhausen, Urt. v. 12.2.2014 – 48 Ds - 4475 Js 19703/13, Rn. 13 = BeckRS 2015, 06332.

⁶⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 7.5.2009 – 3 Ss 85/08 = BeckRS 2009, 14282 (insoweit in NStZ-RR 2009, 283 [286] nicht abgedruckt).

⁶⁷ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 15 = NStZ 2009, 281 (282); OLG Hamm, Beschl. v. 7.5.2009 – 3 Ss 85/08 = NStZ-RR 2009, 283 (285 f.).

⁶⁸ Grundlegend BGH, Beschl. v. 21.1.1958 – GStSt 4/57 = BGHSt 11, 213.

Mitangeklagten nicht entgegen.⁶⁹ Vor einigen Jahren wurde diese Rechtsprechung vorsichtig infrage gestellt.⁷⁰

Vor diesem Hintergrund muss die Entscheidung des *Senats* erstaunen. Selbst wenn man ihm darin folgte, dass Prüfungsmaßstab hier nicht § 136 Abs. 1 S. 2 StPO (i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO), sondern unmittelbar der verfassungsrechtliche *nemo tenetur*-Grundsatz ist, erklärt sich daraus nicht, warum die personelle Reichweite des Beweisverwertungsverbots insoweit weiter sein soll (zumal anerkannt ist, dass § 136 StPO unmittelbarer Ausfluss des Grundsatzes *nemo tenetur se ipsum accusare* ist).

Dieser Schritt zu begrüßen; Teile der Literatur hatten sich schon frühzeitig zu Recht gegen eine Begrenzung des Beweisverwertungsverbotes auf den von der Belehrungspflichtverletzung betroffenen Angeklagten ausgesprochen.⁷¹ Die frühere Rechtsprechung birgt die Gefahr einer „Überkreuzverwertung“.⁷² Außerdem hätte eine Isolierung des Beweisverwertungsverbots zur Folge, dass das Gericht selbst innerhalb einer Tat im prozessualen Sinne in Bezug auf die Angeklagten jeweils einen anderen Sachverhalt zugrundelegen müsste, was dem Gedanken des § 261 StPO widerspricht.⁷³ Nicht zuletzt hatte der 2. *Strafsenat* ein Verwertungsverbot wegen Verstoßes gegen § 136a StPO auch auf den Mitbeschuldigten erstreckt;⁷⁴ da aber auch dieser Vorschrift der *nemo tenetur*-Grundsatz zugrunde liegt, ist kein Grund ersichtlich, hinsichtlich der Reichweite des Verwertungsverbots § 136 StPO einerseits und § 136a StPO andererseits unterschiedlich zu behandeln.⁷⁵

In der Sache ist dem *Senat* daher insoweit zuzustimmen. *Verfahrensrechtlich* wäre allerdings vermutlich eine Divergenzvorlage gem. § 132 Abs. 3 GVG erforderlich gewesen.

VI. Fazit

Matthias Jahn ist darin zuzustimmen, dass die Entscheidung trotz des im Kern richtigen Ergebnisses problematisch ist, weil sie vermeintliche Besonderheiten des konkreten Einzelfalls als Grund „vorschiebt“, um grundlegende Problemfragen nicht (bzw. mit einem möglicherweise unliebsamen Ergebnis) entscheiden zu müssen.⁷⁶ Damit ist sie auch zugleich Ausdruck der allgemeinen Entwicklung⁷⁷, straf(prozess)rechtliche Fragen nicht mittels der Dogmatik, sondern mit verfassungsrechtlichen Erwägungen zu lösen bzw. zu umgehen.

Kürzlich hat die 1. Strafkammer des LG Traunstein über die Sache entschieden.⁷⁸ Auch diese Kammer sprach die beiden Angeklagten der Brandstiftung (in Mittäterschaft) schuldig. Gegen dieses Urteil wurde zwar wiederum Revision eingelegt. Aussagen zu Beweisverwertungsverböten im hiesigen Kontext sind insoweit vom BGH aber nicht mehr zu erwarten, weil die Kammer die Verurteilung auf eine Vielzahl von Indizien (z.B. Ergebnisse der Spurensicherung), aber explizit gerade nicht auf Aussagen der Angeklagten gegenüber Polizeibeamten nach der Tat gestützt hat (also auch nicht auf diejenigen, die der *Senat* als verwertbar erachtet hat).

Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen

⁶⁹ BGH, Urt. v. 10.8.1994 – 3 StR 53/94 = NJW 1994, 3364 (3365 f.); BGH, Beschl. v. 20.3.2000 – 2 ARs 489/99, 2 AR 217/99 = wistra 2002, 311 (313); BGH, Beschl. v. 5.2.2002 – 5 StR 588/01 = BGHSt 47, 233 (234) = NJW 2002, 1279.

⁷⁰ Der 4. *Strafsenat* hat die Frage aufgeworfen, „ob der Auffassung zu folgen ist, dass ein Verwertungsverbot wegen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht jeweils nur zu Gunsten desjenigen Angekl. wirkt, demgegenüber der Verstoß begangen wurde, nicht aber auch zu Gunsten von Mitbeschuldigten und Mitangeklagten“, sie aber im konkreten Fall offengelassen, vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 18 = NSTz 2009, 281 (282 – insoweit in BGHSt 53, 112 nicht abgedruckt).

⁷¹ Grundlegend *Dencker*, StV 1995, 232; *Roxin*, in: Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013, 2013, S. 317 (324 ff.); *Schuhr* (Fn. 30), § 136 Rn. 81 m.w.N.

⁷² V.a. *Dencker*, StV 1995, 232 (235 f.).

⁷³ So zutreffend *Schwaben*, Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverböten, 2005, S. 188; (nur) insoweit zust. *Roxin* (Fn. 71), S. 329 f.

⁷⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 14.10.1970 – 2 StR 239/70 bei *Dallinger*, MDR 1971, 15 (18).

⁷⁵ Zutreffend *Roxin* (Fn. 71), S. 328.

⁷⁶ Zutreffend *Jahn*, NJW 2018, 1988 f.

⁷⁷ *Schumann* (Fn. 25), S. 7 m.w.N.

⁷⁸ LG Traunstein, Urt. v. 19.7.2018 – 1 KLS 402 Js 73330/16 (2) – unveröffentlicht.