

die Rechtswidrigkeit einer Mitbeschuldigtenvernehmung rügen, wenn daraus Beweise resultieren, welche gegen sie verwendet werden?

Der 4. Senat des BGH hatte jüngst in einem obiter dictum Diskussionsbereitschaft in der Grundsatzfrage signalisiert¹⁰. Der 1. Senat hat dieses Signal in seinem Beschluss jedoch nicht erkennbar aufgenommen. Er deutet vielmehr – wiederum nicht entscheidungserheblich – an, dass die bisher recht angeklagtenfreundliche Handhabung der Benachrichtigungspflichten und allenfalls daraus resultierender Verwertungsverbote in Zusammenhang mit Beschuldigtenvernehmungen künftig restriktiver gestaltet werden könnte¹¹.

III. Bisher unstreitig schien, dass die Verletzung von § 168c V StPO den vernommenen Angekl. selbst zum Widerspruch gegen die Verwertung der Vernehmung berechtigt, denn die Benachrichtigungspflicht dient seinem Schutz¹². Bereits dies stellt der 1. Senat im vorliegend besprochenen Beschluss – ohne Entscheidungsnot im konkreten Fall – in Frage: Er weist darauf hin, dass die Rechtsprechung ein Verwertungsverbot in Fällen fehlender Belehrung gemäß § 136 I 2 StPO verneine, wenn der Vernommene seine Rechte kannte. Daran schließt die Überlegung, ob ein solcher Ansatz nicht auch auf Fälle fehlender Benachrichtigung nach § 168c V StPO übertragen werden könnte¹³. Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht, denn sie verkennt den Sinn der Benachrichtigungspflicht. Die Benachrichtigung des Verteidigers soll nicht sicherstellen, dass der Beschuldigte seine Rechte kennt, sondern eine ordnungsgemäße (Pflicht-) Verteidigung im Strafverfahren gewährleisten¹⁴. Ziel ist es, die Anwesenheit der Verteidigung in der Vernehmung und dadurch adäquaten anwaltlichen Rat, also ein insgesamt rechtmäßiges und faires Verfahren, sicherzustellen.

IV. Diese § 168c V StPO inhärente Garantie, dass sich die Strafverteidigung ein unmittelbares Bild von der Beschuldigtenvernehmung und ihrer Bedeutung für die Beweisführung in dem Strafverfahren machen kann, hat nun auch Bedeutung für die Konstellation, dass ein Angekl. der Verwertung nicht seiner eigenen Einlassung widersprechen will, sondern derjenigen eines Mitangekl., dessen Vernehmung ohne Benach-

19. † * Beschränktes Verwertungsverbot bei Verstoß gegen Benachrichtigungspflicht

StPO § 168c I, IV 1

Der Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht aus § 168c V 1 i. V. m. Abs. 1 StPO führt nicht zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich eines Mitbeschuldigten.

BGH, Beschl. v. 17. 2. 2009 – 1 StR 691/08 (LG Nürnberg-Fürth) (Abgedruckt mit Sachverhalt und Gründen in NStZ 2009, 345)

Anmerkung: I. Totgesagte leben länger. Die Rechtskreistheorie ist doch nicht Rechtsgeschichte¹, obwohl das Rechtskreisargument in jüngerer Zeit nicht mehr das einzige oder immer entscheidende Kriterium in der Abwägungslehre der Rechtsprechung ist. Das zeigt der vorliegend besprochene Beschluss des 1. Senats des BGH. Einem Angekl. wird in einem gegen mehrere Personen geführten Strafverfahren der Widerspruch gegen die Verwertung einer Einlassung verwehrt, die aus der Vernehmung eines Mitangekl. stammt, dessen Pflichtverteidiger über den Vernehmungstermin nicht informiert und deshalb nicht anwesend war²: Der Angekl. könnte nicht einen Verfahrensfehler rügen, der nur die Rechte eines Mitangekl. (hier auf Benachrichtigung und Anwesenheit seiner Verteidigung) verletzt habe³. Die Entscheidung illustriert, dass auch die Grundsatzfrage des Rechtskreisansatzes nach wie vor offen ist: Hat eine angeklagte Person Anspruch auf Durchführung eines insgesamt rechtmäßigen Strafverfahrens oder nur Anspruch darauf, dass ihr ausdrücklich zugesprochene Verfahrensrechte nicht verletzt werden? Der Beschluss wirft darüber hinaus – in einem obiter dictum – die Frage auf, in welchen Fallkonstellationen die in eigenen Rechten verletzte Person diese Rechtsverletzung rügen darf.

II. Ob ein Angekl. einen Verfahrensfehler geltend machen kann, der lediglich ausdrücklich verbürgte Rechte anderer verletzt, wurde spätestens mit BGHSt (GrS) 11, 213⁴ zur klassischen Streitfrage. Sie verlor jedoch in jüngerer Zeit an Virulenz⁵. In der kontroversen Diskussion um die Rechtskreistheorie⁶ sind die Argumente in vielerlei Hinsicht erschöpfend ausgetauscht: Die Rechtsprechung vertritt mit Unterstützung von Stimmen aus der Literatur⁷ den Standpunkt, dass ein Verstoß gegen eine Beweiserhebungsregel grundsätzlich nur dann durch ein Beweisverbot geahndet werden soll, wenn der Verstoß gegen das Beweiserhebungsverbot „den Rechtskreis des Bf. wesentlich berührt“, nicht aber wenn „er für ihn von nur untergeordneter oder von keiner Bedeutung ist“⁸. Große Teile der Literatur fordern demgegenüber zu Recht, dass ein Verstoß gegen ein rechtsstaatliches Strafverfahren generell mit Hilfe von Beweisverboten sanktioniert und damit ein insgesamt justizförmiges Strafverfahren gewährleistet wird⁹, mit der Folge dass ein Angekl. auch die rechtswidrige Vernehmung eines Mitangekl. rügen dürfte.

Die Entscheidung des 1. Senats gibt der Diskussion um die Tauglichkeit einer Rechtskreistheorie als Beweisverbotslehre neuen Stoff – ganz konkret in der Frage: Können Angeklagte

1) S. aber etwa Jahn Gutachten zum 67. DJT (2008), C 41; zuvor u. a. bereits Rogall ZStW 91 (1979), 26.

2) Für die amtliche Sammlung vorgesehen, abgedruckt in BGH NStZ 2009, 345 m. Anm. Feuer NStZ 2009, 524 = NJW 2009, 1619 = JR 2009, 300 m. Anm. Kudlich = wistra 2009, 280.

3) BGH NStZ 2009, 345 Rn 13 und 17; hier: Verletzung der Benachrichtigungspflicht nach § 168c V StPO.

4) Vgl. aber bereits BGHSt 1, 40; BGH NJW 1952, 151 sowie RGSt 48, 39.

5) Dazu etwa Jahn (o. Fn 1), C 40.

6) Vgl. zu den diversen Aspekten Gossrau MDR 1958, 468; Eb. Schmidt JZ 1958, 596, 597; 233; K. Peters Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, in: Verh. des 46. DJT, Bd. 1, Teil 3A, 1966, S. 91, 128; Dencker StV 1995, 232; Grünwald JZ 1966, 490; Jäger Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 166 ff.; Muthorst Das Beweisverbot, 2009, S. 31 ff.

7) BGHSt 17, 245, 247; 38, 302, 304; W. Bauer NJW 1994, 2530 f.; Kleinknecht NJW 1966, 1537, 1539; Meyer-Goßner 52. Aufl., Einl. 55 a und § 337 Rn 19; Herdegen Bemerkungen zur Lehre von den Beweisverboten, in: DAV (Hrsg.); Wahrheitsfindung und ihre Schranken, S. 103, 118.

8) BGHSt 11, 213, 215 sowie o. Fn 7.

9) Kaiser Die Drei-Stufen-Theorie zur Bestimmung von Beweisverboten im Strafprozess, 1999, S. 20; Rudolphi MDR 1970, 93, 96 f.; Sydow Kritik der Lehre von den „Beweisverböten“, 1976, S. 68 ff.; Rengier Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen StrafverfahrensR, 1979, S. 295, 306; Schöneborn NJW 1974, 535, 536; Hanack JZ 1971, 126, 127 und 168, 169; Hamm Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn 25.

10) BGH NStZ 2009, 281 Rn 18 = JR 2009, 380 m. Anm. Gless/Wennekers = JuS 2009, 468 m. Anm. Jahn.

11) BGH NStZ 2009, 345 Rn 11.

12) BGH NStZ 1989, 283; 2003, 671; Pfeiffer StPO, 5. Aufl., § 168c Rn 5.

13) BGH NStZ 2009, 345 Rn 11.

14) Ausf. dazu Kudlich JR 2009, 303.

richtigung bzw. ohne Anwesenheit eines Verteidigers durchgeführt worden war.

Zu dieser Frage hat sich der *BGH* bisher nur obiter dicta und noch dazu in speziellen Fallkonstellationen geäußert. So ergaben sich etwa in Zusammenhang mit der Verwertung von im Wege der Rechtshilfe erlangten Vernehmungsprotokollen¹⁵ Probleme, weil im ersuchten Staat eine Beschuldigten- oder Zeugenvernehmung nach Landesrecht ohne entsprechende im deutschen Recht vorgeschriebene Beschuldigtenbelehrung durchgeführt worden war. In diesem Fall hatte das Gericht ein Verwertungsverbot verneint, weil es Friktionen mildern wollte, die sich aus dem Zusammentreffen unterschiedlicher Rechtsordnungen ergeben. Diese Entscheidung ist durch einen gewissen Pragmatismus zugunsten der Verwertbarkeit geprägt, dessen Angemessenheit man anzweifeln kann¹⁶. Unstreitig handelt es sich dabei jedenfalls um eine andere Ausgangslage als in einem ausschließlich in Deutschland geführten Verfahren, weshalb fraglich ist, ob solche Entscheidungen als Präjudiz für die vorliegend besprochene Entscheidung herangezogen werden können¹⁷. Das gilt auch für die anderen in dem Beschluss zitierten Entscheidungen, die alle die Verletzung einer Belehrungspflicht, nicht die Verletzung einer Benachrichtigungspflicht zum Gegenstand haben.

V. Darüber hinaus ist aber an sich zweifelhaft, ob die Prämissen des 1. Senats zutreffen, dass ein Verstoß gegen die Modalitäten einer (Mit-)Beschuldigtenvernehmung, hier die Benachrichtigungspflicht nach § 168 c V StPO, die Interessen der nicht vernommenen Mitbeschuldigten nicht wesentlich berührt und deshalb kein Verwertungsverbot eingreife¹⁸.

1. Für diese Annahme spricht zwar zunächst der Wortlaut der gesetzlichen Regelungen, welcher dem Beschuldigten keine Rechte in Bezug auf eine Mitbeschuldigten- resp. Mitangeklagtenvernehmung einräumt. So gewähren § 168 c I und II StPO dem Angekl. und seiner Verteidigung das Recht auf Benachrichtigung und Anwesenheit nur für die Zeugenvernehmung. Entsprechende Rechte für die Vernehmung einer anderen tatverdächtigen Person räumt § 168 c V StPO nicht ein. Eine *analoge* Ausweitung der Anwesenheitsrechte bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten im Ermittlungsverfahren hat der *BGH* bisher abgelehnt¹⁹, obwohl in der Literatur eine solche immer wieder gefordert wurde²⁰ mit dem Argument, es handle sich beim fehlenden Anwesenheitsrecht bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten um eine (ungewollte) Lücke, die zur Gewährleistung eines insgesamt fairen Verfahrens und einer effektiven Verteidigung zu füllen sei²¹. Die Gegner bestreiten die Planwidrigkeit dieser Nichterfassung Mitbeschuldigter resp. Mitangeklagter: Ihres Erachtens hat der Gesetzgeber absichtlich, d. h. durch ein qualifiziertes Schweigen, den Unterschieden zwischen der Vernehmung eines Zeugen und der Vernehmung eines anderen Tatverdächtigen Rechnung getragen²². Der Analogieschluss wird aber durch zwei wichtige Argumente gestützt: Zum ersten dient eine Mitbeschuldigtenvernehmung immer auch der Beweiserlangung und nicht nur der Orientierung einer verdächtigen Person über den Tatvorwurf, damit diese sich dazu äußern oder ihre Verteidigung vorbereiten kann²³. Jede Vernehmung eines Beschuldigten hat also auch den Zweck, allenfalls belastendes Beweismaterial gegenüber allfällig vorhandenen Mitbeschuldigten zu erlangen, womit jeder Mitangeklagte ein Interesse daran hat, dass alle Vernehmungen rechtmäßig durchgeführt werden²⁴.

Zum zweiten ist diese unterschiedliche Behandlung von Zeugen- und Mitbeschuldigtenvernehmungen angesichts der Rechtsprechung des *EGMR* ohnehin kaum zu rechtfertigen, solange dadurch (auch) Belastungsbeweise gewonnen werden. Nach der Straßburger Rechtsprechung gilt nämlich ein autonomer Zeugenbegriff²⁵: Jede Person ist Zeuge, deren Aussage durch das Gericht tatsächlich in die Urteilsfindung einbezogen wird²⁶. Das schließt die Aussagen von Mitbeschuldigten ein²⁷.

2. Im vorliegenden Fall rügt der Bf. – wie bereits erläutert – nicht eine Verletzung eines eigenen Benachrichtigungs- oder Anwesenheitsrechts, sondern die Nichtbenachrichtigung des Pflichtverteidigers eines (Mit-)Angekl. Dessen Benachrichtigung und Anwesenheit dienen – wie eben ausgeführt – einerseits den Interessen des vernommenen Angekl.; sie kommen aber andererseits als Teil der vom Gesetzgeber für eine rechtmäßige Vernehmung aufgestellten Voraussetzungen im Ergebnis auch den Mitangeklagten zugute. Das ist u. a. ein Grund dafür, dass in der Literatur in solchen Fällen eine Wirkungserstreckung von Beweisverwertungsverboten auf alle Mitangeklagten gefordert wird²⁸. Selbst wenn man sich also auf dem Boden der Rechtskreistheorie bewegt, spricht somit vieles dafür, dass bei einer Verletzung der Modalitäten einer Mitbeschuldigtenvernehmung immer auch wesentliche Interessen der anderen Beschuldigten berührt werden: Dient eine solche Vernehmung regelmäßig der Beweiserhebung und hat damit Einfluss auf die Entwicklung der Sachverhaltshypothese in dem gemeinsam gegen mehrere geführten Strafverfahren – und dies berührt nicht nur den Rechtskreis des Vernommenen, sondern eben auch denjenigen der allfällig vorhandenen Mitangeklagten²⁹. Dies wird offensichtlich, wenn man sich in dem vorliegenden Fall etwa vorstellt, der über den Vernehmungstermin informierte und sodann anwesende Pflichtverteidiger hätte dem vernommenen Mitbeschuldigten zu gänzlichem Schweigen geraten. Dann hätte jener weder sich noch die anderen Mitbeschuldigten belastet. Ist der Pflichtverteidiger nicht informiert und nicht anwesend, kann er diesen Rat nicht erteilen. Der Verfahrensfehler beschwert somit (hypothetisch) alle Mitangeklagten und hat zur Folge, dass sie aufgrund rechtswidrig erlangter Beweise verurteilt werden³⁰. Aus diesen Erwägungen folgt, dass ein Angekl. berechtigt sein muss, die Verwertung eines Beweises aus einer rechtswidrigen Vernehmung eines Mitangekl. zu rügen.

15) BGHR StPO § 136 Belehrung Nr. 5 (3 StR 53/94).

16) Vgl. Gless in FS Grünwald, 1999, S. 212.

17) Die anderen in der Entscheidung zitierten Fälle bezogen sich auf die Verletzung einer Belehrungspflicht und nicht einer Benachrichtigungspflicht.

18) Vgl. *BGH NStZ* 2009, 345 Rn 20; krit. auch *Kudlich JR* 2009, 303 f.

19) *BGHSt.* 42, 391. Zust.: *LR-Erb* 26. Aufl., § 168 c Rn 14 mwN; *Meyer-Goßner* § 168 c Rn 1; *Gründler MDR* 1986, 903; *Theisen JR* 1996, 436.

20) *AK-StPO-Achenbach* 1992, § 168 c Rn 4; *SK-Wohlers* 56. Lfg., § 168 c Rn 14; *v. Dellingshausen* in *FS Stree/Wessels*, S. 687 f.; *KK-Wache* 3. Aufl., § 168 c Rn 11; *Rieß StV* 1996, 304; *Krause StV* 1984, 169; *Roxin StrafverfahrensR*, 24. Aufl., § 37 Rn 24; *Sieg MDR* 1986, 285; *Wohlers StV* 2002, 585; vgl. ebenso *OLG Karlsruhe JR* 1996, 434.

21) *Fezer JZ* 1997, 1016; vgl. a. *Rieß NStZ* 1997, 354.

22) *BGHSt.* 42, 391, 396 f. = *NStZ* 1997, 351, 353.

23) Vgl. *BGHSt.* 42, 391 = *NStZ* 1997, 351 einerseits und andererseits *OLG Karlsruhe StV* 1996, 302; *Rieß NStZ* 1997, 354.

24) Ohnehin ist der Mitbeschuldigte ein für die Wahrheitsfindung nicht ungefährliches Beweismittel; vgl. *Prittitz NStZ* 81, 463 mwN.

25) Vgl. *Bönisch v. Österreich* (Urt. v. 6. 5. 1985, no. 8658/79), §§ 26 f.; *Kostovski v. Niederlande* (Urt. v. 20. 11. 1989, no. 11454/85), § 40; *Windisch v. Österreich* (Urt. v. 27. 9. 1990, no. 12489/86), § 23; *Isgro v. Italien* (Urt. v. 19. 2. 1991, no. 11339/85), § 33.

26) So explizit *Kostovski v. Niederlande* (Urt. v. 20. 11. 1989, no. 11454/85), § 40; *Windisch v. Österreich* (Urt. v. 27. 9. 1990, no. 12489/86), § 23; *Delta v. Frankreich* (Urt. v. 19. 12. 1990, no. 11444/85), § 34.

27) S. *Isgro v. Italien* (Urt. v. 19. 2. 1991, no. 11339/85), Nr. 194-A, § 33; *Craxi v. Italien* (Urt. v. 5. 12. 2002, no. 34896/97), §§ 86 ff.; *Lucà v. Italien*, Rep. 2011-II (Urt. v. 27. 2. 2001, no. 33354/96), §§ 41 ff.; vgl. a. *SK-Paeffgen* Art. 6 Rn 162; *Renzikowski* in *Renzikowski* (Hrsg.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht*, 2004, S. 97, 102 f.; krit. zur deutschen Rechtsprechung *Simon* Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 III EMRK, 1998, S. 134, 139.

28) Vgl. dazu *Meyer-Goßner* (o. Fn 7), Einl. 57 b mwN.

29) Entgegen *BGHSt* 42, 391, vgl. *Rieß NStZ* 1997, 351; *Fezer JZ* 1997, 1016.

30) Vgl. a. *E. Schmidt JZ* 1958, 596.

3. Dem kann auch nicht – wie es die Entscheidung suggeriert³¹ – entgegen gehalten werden, dass es dadurch zu einer „gespaltenen Tatsachenfeststellung“ kommen könne, wenn etwa nur ein Mitangekl. die Verwertung einer rechtswidrig erlangten Einlassung rügte und das Verwertungsverbot dann nur in Bezug auf ihn eingreifen würde³². Eine solche Situation ist aus Sicht eines auf die Amtsermittlung der Wahrheit verpflichteten Strafverfahrens zugegebenermaßen problematisch³³. Doch handelt es sich hierbei nicht um ein Problem der Durchsetzung von Verwertungsverbots nach rechtswidrigen Vernehmungen, sondern eher um eine Konsequenz der durch die Rechtsprechung entwickelten Widerspruchslösung³⁴. Dieser Ansatz macht den unmittelbar in Verfahrensrechten Verletzten faktisch dispositionsberechtigt³⁵. Das Phänomen einer „gespaltenen Tatsachenfeststellung“ spricht somit nicht gegen ein Verwertungsverbot zugunsten von Mitangeklagten, die aufgrund rechtswidrig erlangter Beweise verurteilt werden³⁶, sondern zeigt die Schwächen der Widerspruchslösung, die auch in anderen Fallkonstellationen zu Tage treten³⁷.

VI. Ob der Beschluss des 1. Senats die Renaissance einer reinen Rechtskreistheorie und gar eine restriktivere Handhabung von Beweisverwertungsverbots in Zusammenhang mit rechtswidrig durchgeföhrten Beschuldigtenvernehmungen oder doch den Beginn einer neuen Diskussion über die Beweisverbotslehren einläutet, muss die Zukunft zeigen. Nach den jüngsten höchstrichterlichen Entscheidungen bedarf es jedenfalls klarer Antworten auf mehrere Fragen: (1) Greift ein Verwertungsverbot ein, wenn ein (Pflicht-)Verteidiger unter Verletzung von § 168 c V StPO nicht von einem Vernehmungstermin benachrichtigt wird, unabhängig davon ob der Beschuldigte wusste, dass er ein Recht auf Anwesenheit des Verteidigers hat oder nicht? (2) Unterscheidet sich bzw. inwiefern unterscheidet sich die Vernehmung eines Mitbeschuldigten von einer Zeugenvernehmung und welche Konsequenzen folgen daraus? (3) Wann folgt in einem gegen mehrere Personen gemeinsam geführten Strafverfahren aus der Verletzung von Verfahrensvorschriften betreffend die Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen ein Beweisverbot zugunsten aller Mitangeklagten? Die Antwort auf die erste Frage ergibt sich aus der Bedeutung der Benachrichtigungspflicht gemäß § 168 c V StPO: Sie soll eine adäquate Verteidigung sicherstellen. Ein Verwertungsverbot muss deshalb unabhängig von der Kenntnis des Beschuldigten über sein Recht auf Information und Anwesenheit des Verteidigers eingreifen. Die Antwort auf die 2. Frage ergibt sich aus dem Umstand, dass die Vernehmung eines Mitbeschuldigten zwar einerseits der Orientierung und insofern auch der Vorbereitung der Verteidigung des vernommenen Angekl. dient, andererseits aber ebenfalls der Beweiserlangung³⁸. Die Antwort auf die 3. Frage folgt aus der Bedeutung eines insgesamt rechtmäßigen Strafverfahrens für das Rechtssystem: In einem gegen mehrere Personen gemeinsam geführten Strafverfahren erstreckt sich ein Beweisverbot, das aus der Verletzung von Vorschriften über die Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen resultiert, auf alle Mitangeklagten³⁹.

Prof. Dr. jur. Sabine Gless, Universität Basel

31) BGH NStZ 2009, 345 Rn 21.

32) BGH NStZ 2009, 345 Rn 16; Nack StraFo 1998, 373.

33) Vgl. BGHSt 22, 372.

34) Vgl. dazu etwa Nack StraFo 1998, 367; Trüg/Habetha NStZ 2008, 481, 486 f. mwN.

35) BGHSt 42, 15; 42, 391; 43, 63; BGH NStZ 2009, 345 Rn 20 a. E.; Nack (o. Fn 32).

36) Vgl. a. Jahn (o. Fn 1), C 115.

37) Offen scheint etwa auch wie ein Gericht bei mehreren Mitangeklagten entscheiden sollte, die alle durch eine rechtswidrige Beweiserhebung (etwa § 100 d V StPO) in ihren Rechten verletzt sind, aber nur diejenigen der Verwertung widersprechen, welche durch das gewonnene Beweismaterial belastet werden, während andere eine Verwertung fordern; vgl. KK-Nack 6. Aufl., § 100 d Rn 43.

38) Vgl. a. SK-Wohlers (o. Fn 20).

39) Vgl. LR-Gless 26. Aufl., § 136 Rn 90.