



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 447/05

vom  
9. November 2005  
in der Strafsache  
gegen

Nachschlagewerk: ja  
BGHSt: ja  
Veröffentlichung: ja

---

StPO §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2; Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG

Der in der ersten Hauptverhandlung unterlassene oder verspätete Widerspruch wegen Verletzung der §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO oder sonstiger Belehrungspflichten aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens kann nach Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht in der neuen Hauptverhandlung nicht mehr geltend gemacht werden.

BGH, Beschluss vom 9. November 2005 - 1 StR 447/05 - LG Baden-Baden

wegen Mordes



Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. November 2005 beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Baden-Baden vom 10. Juni 2005 wird als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO).

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels und die den Nebenklägern im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Gründe:

Zu der Verfahrensrüge, die die Verwertbarkeit der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung vom 16. September 2003 in Abwesenheit des bestellten Verteidigers und ohne Dolmetscher betrifft, bemerkt der Senat:

I. Dieser Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

Am 15. September 2003 wurde der Angeklagte, italienischer Staatsangehöriger, der mehr als 30 Jahre in Deutschland gelebt hatte, aus spanischer Auslieferungshaft an die Bundesrepublik Deutschland ausgeliefert. Zuvor war ihm bereits ein Pflichtverteidiger bestellt worden. Termin zur Verkündung des Haftbefehls wurde bestimmt auf den 16. September 2003, 13.30 Uhr. Die

Staatsanwaltschaft setzte den Verteidiger und die für die Vorführung des Beschuldigten zuständige Kriminalpolizei vom Termin in Kenntnis. Ein Dolmetscher wurde vom Ermittlungsrichter geladen.

Vor dem Haftrichtertermin erklärte sich der Angeklagte um 12.55 Uhr gegenüber KHK K. nach ordnungsgemäßer Belehrung zur Aussage ohne Hinzuziehung eines Verteidigers bereit. Dem Vernehmungsbeamten war die Bestellung eines Pflichtverteidigers nicht bekannt. Auch der Beschuldigte wusste davon nichts. Er gab eine geständige Einlassung ab und erklärte, er sei der deutschen Sprache mächtig.

Um 13.30 Uhr benachrichtigte der Haftrichter den zuständigen Staatsanwalt, dass die Haftbefehlseröffnung sich verzögere, weil der Beschuldigte vor der Kriminalpolizei ein Geständnis ablege. Der Staatsanwalt unterrichtete den Verteidiger entsprechend. Die polizeiliche Beschuldigtenvernehmung endete um 13.50 Uhr. Beim Haftrichter sagte der Beschuldigte in Anwesenheit des Verteidigers und eines Dolmetschers nicht zur Sache aus. Mit Schriftsatz vom 18. September 2003 beanstandete der damalige Pflichtverteidiger gegenüber der Staatsanwaltschaft die polizeiliche Beschuldigtenvernehmung vom 16. September 2003 wegen der fehlenden Anwesenheit von Verteidiger sowie Dolmetscher, rügte einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens und machte ein Verwertungsverbot geltend.

Der Angeklagte ließ in der ersten Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht die Angaben aus der betreffenden Beschuldigtenvernehmung über seinen Verteidiger im Kern bestätigen und als seine Einlassung in Anwesenheit eines Dolmetschers vortragen. Ein Widerspruch gegen die Verwertung der Beschuldigtenvernehmung wurde in der Hauptverhandlung nicht mehr erhoben.

Das Schwurgericht verurteilte den Angeklagten wegen Totschlags. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft, die die Verurteilung wegen Mordes in der Begehungsform der Heimtücke erstrebte, wurde das erstinstanzliche Urteil mit den Feststellungen aufgehoben.

In der zweiten Hauptverhandlung hat der Angeklagte sich abweichend von seinen früheren Angaben in zwei unterschiedlichen Versionen eingelassen. Seinen früheren Verteidiger hat er von der Schweigepflicht nicht entbunden. Der Verwertung der Beschuldigtenvernehmung wurde in der zweiten Hauptverhandlung widersprochen. Die Einlassung des Angeklagten aus der ersten Hauptverhandlung wurde durch die Vernehmung des damaligen Vorsitzenden eingeführt. Der Angeklagte wurde wegen eines heimtückisch begangenen Mordes verurteilt. Im neuen erstinstanzlichen Urteil hat sich das Schwurgericht dem Wortlaut nach "ergänzend" auf die Beschuldigtenvernehmung gestützt.

II. Die von der Revision auf § 163a Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gestützte Verfahrensrüge hat keinen Erfolg.

1. Grundsätzlich ist dem Beschuldigten vor seiner polizeilichen Vernehmung mitzuteilen, dass ihm bereits ein Verteidiger bestellt worden ist (BGH NStZ 1997, 502). Ob hier in dem Unterlassen der Mitteilung ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens zu sehen ist, der ein Verwertungsverbot nach sich ziehen könnte, kann der Senat offen lassen. Entgegen der oben zitierten Entscheidung ist dem Beschuldigten die Verteidigerbestellung hier nicht bewusst vorenthalten worden. Der Vernehmungsbeamte hatte keine Kenntnis davon. Der Staatsanwalt erfuhr von der polizeilichen Vernehmung erst, nachdem diese schon fortgeschritten war. Ob zu dem Zeitpunkt für ihn noch Unterrichtungsmöglichkeiten bestanden, ist nicht geklärt.

2. Der Angeklagte kann sich hier auf einen Verstoß gegen Grundsätze des fairen Verfahrens schon deshalb nicht berufen, weil er in der ersten Hauptverhandlung über seinen Instanzverteidiger, der noch im Ermittlungsverfahren Widerspruch erhoben hatte, die Angaben aus der Beschuldigtenvernehmung im Kern bestätigen ließ und das Tatgeschehen erneut in Anwesenheit eines Dolmetschers einräumte (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Januar 2003 - 5 StR 475/02). Das Unterlassen des Hinweises im Ermittlungsverfahren ist dadurch jedenfalls geheilt (BGHSt 22, 129; 27, 355, 359).

Die Revision trägt zudem sowohl die Bestätigung der Angaben aus der Beschuldigtenvernehmung über den damaligen Verteidiger in der ersten Hauptverhandlung als auch dessen Widerspruch im Ermittlungsverfahren nicht vor. Soweit eine Wiederholung des Widerspruchs in der ersten Hauptverhandlung nicht mehr erfolgte, ist ein Verteidigerverschulden nach einer bestätigenden Einlassung in der Hauptverhandlung nicht ersichtlich.

3. Generell ist der Verwertung einer Aussage, die unter Verstoß gegen die Verfahrensgrundsätze der §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO (Schweigerecht sowie Recht zur Verteidigerkonsultation) oder sonstige Beleh-rungspflichten aus dem Grundsatz des fairen Verfahren nach Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG im Ermittlungsverfahren erlangt worden ist, bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt zu widersprechen (vgl. zur Widerspruchslö-sung BGHSt 38, 214; 42, 15, 22; BGH NSTZ 1997, 502). Die Frage, ob der un-terlassene oder verspätete Widerspruch in der ersten Hauptverhandlung nach Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht in der neuen Haupt-verhandlung nicht mehr geltend gemacht werden kann (so BayObLG NSTZ 1997, 99; OLG Celle StV 1997, 68; OLG Oldenburg StV 1996, 416; Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 136 Rdn. 25; Boujong in KK StPO 5. Aufl. § 136 Rdn. 28; ebenso für das Berufungsverfahren OLG Stuttgart NSTZ 1997, 405),

ist, soweit ersichtlich, durch den Bundesgerichtshof noch nicht entschieden. Der Senat teilt die auch vom Generalbundesanwalt vertretene Auffassung, dass in einem solchen Fall die Rüge präkludiert ist. Die Nichtausübung des Widerspruchsrechts innerhalb der Frist führt in den genannten Fällen zum endgültigen Rechtsverlust. Dies ergibt sich daraus, dass es sich um ein prozessuales Gestaltungsrecht handelt, das nicht auf einen bestimmten Verfahrensabschnitt beschränkt ist. Das Ermittlungsverfahren bildet die Grundlage für das gesamte folgende gerichtliche Verfahren, auch nach Aufhebung des ersten Urteils und Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht. Der Angeklagte muss sich an einer nicht widersprochenen Einlassung aus dem Ermittlungsverfahren festhalten lassen. Deren Bestand kann nicht seiner Dispositionsfreiheit unterliegen, was schon im Fall einer Teilaufhebung des ersten Urteils deutlich wird.

Der Angeklagte hat sich hier in der neuen Hauptverhandlung mit einem neuen Verteidiger einer anderen Verteidigungsstrategie bedient und sich nicht nur abweichend zur früheren Hauptverhandlung, sondern auch in der neuen Hauptverhandlung wechselnd eingelassen. Dies zeigt bereits die Notwendigkeit der Bindungswirkung an eine einmal getroffene Entscheidung bzw. an den eingetretenen Rechtszustand. Der frühere Verteidiger unterliegt der Schweigepflicht. Es entspricht der besonderen Verantwortung eines Verteidigers und seiner Fähigkeit, Mängel beim Zustandekommen einer Einlassung im Ermittlungsverfahren aufzudecken und zu erkennen, ob die Berufung auf ein etwa daraus resultierendes Verwertungsverbot einer sinnvollen Verteidigung dient (vgl. BGHSt 38, 214, 226). Deshalb wird der Angeklagte durch die Bindung an die Verwertbarkeit seiner unwidersprochen eingeführten und berücksichtigten Angaben aus dem Ermittlungsverfahren in seinen Verteidigungsrechten nicht beschränkt.

4. Der Senat kann offen lassen, ob das Urteil auf den Angaben aus der beanstandeten Beschuldigtenvernehmung, die dem Wortlaut nach zwar "ergänzend" herangezogen wurde und "mit den übrigen Erkenntnissen der Beweisaufnahme in Einklang" steht, überhaupt beruht.

Nack

Wahl

Boetticher

Schluckebier

Elf