

**HRRS-Nummer:** HRRS 2005 Nr. 894

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2005 Nr. 894, Rn. X

---

### BGH 1 StR 117/05 - Beschluss vom 19. Oktober 2005 (LG München)

**Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung:** fehlende Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und unzureichende, täuschende Belehrung des Beschuldigten über sein Recht zur Verteidigerkonsultation (kein Verwertungsverbot bei lediglich defizitärer Belehrung); effektiver Rechtsschutz und Zulässigkeit der Verfahrensrüge (hilfsweise erhobene Verfahrensrügen; Widersprüchlichkeit; Rechtsweggarantie; effektiver Rechtsschutz); Verwertung von früheren Aussagen eines Zeugnisverweigerungsberechtigten bei dessen Zustimmung (Verzicht auf das Verwertungsverbot außerhalb der Hauptverhandlung; Recht auf ein faires Verfahren: Konfrontationsrecht, Fragerecht des Angeklagten, effektiver Zugang zu eröffneten Rechtsmitteln, Verbot des überspitzten Formalismus); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. c, Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 136a StPO; § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unzulässig erhobene Verfahrensrügen wegen widersprüchlichen Vortrags (Gebot der "Einheit des Revisionsvortrages").
2. Hilfsweise erhobene Verfahrensrügen sind nicht zulässig. Dies gilt auch dann, wenn sie für den Fall erhoben sind, dass der Beleg von Verfahrenstatsachen misslingt, die für die in erster Linie erhobene Verfahrensrüge konstitutiv sind.
3. Muss bei der ersten Vernehmung der dringende Tatverdacht eines Kapitalverbrechens erst noch abgeklärt werden, besteht - auch wenn ein Staatsanwalt anwesend ist - keine Veranlassung, mit der Vernehmung des nach Belehrung aussagebereiten Angeklagten bis zur Bestellung eines Pflichtverteidigers zuzuwarten (vgl. BGHSt 47, 172, 176; Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2005 - 1 StR 114/05 m. N.).
4. Irrt der Angeklagte ersichtlich über die Unverfügbarkeit des von ihm erwünschten aber infolge Mittellosigkeit nicht wahrgenommenen anwaltlichen Beistandes ist es angezeigt, den Angeklagten (Beschuldigten) darauf hinzuweisen, dass ihm trotz seiner fehlenden Mittel Gelegenheit gegeben werden könne, bei einem Rechtsanwalt seines Vertrauens bzw. dem anwaltlichen Notdienst anzurufen. Gleichwohl handelt es sich bei der kommentarlosen Hinnahme des aufgezeigten Irrtums des nach Maßgabe von § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrten Beschuldigten nicht um eine Täuschung i. S. d. § 136a StPO.
5. Es gibt keinen Rechtssatz, wonach ein Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht - auch in der Form des Einverständnisses mit der Beweiserhebung über den Inhalt einer polizeilichen Vernehmung - nicht auch außerhalb einer Hauptverhandlung erklärt werden könnte.
6. Das wirksame Einverständnis eines aussageverweigerungsberechtigten Zeugen mit der Verwertung einer früheren nichtrichterlichen Vernehmung führt dazu, dass die frühere Aussage durch die Vernehmung der Verhörsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf.

#### Entscheidungstenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 6. Dezember 2004 wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

#### Gründe

Der Angeklagte lebte seit längerer Zeit aus nichtigem Anlass mit seiner Ehefrau im Streit. Aus Verärgerung stach er plötzlich und für sie unerwartet mindestens fünf Mal mit einem Messer auf ihren Oberkörper ein. Sie konnte die Stiche allerdings weit gehend abwehren, zumal ihr Familienmitglieder zur Hilfe eilten und sich auch noch das Messer verformte. Sie war am Ende nur geringfügig an der Hand verletzt. Der Angeklagte hat geltend gemacht, er habe sie nur "so richtig erschrecken wollen" und Stiche nur vorgetäuscht. Die Strafkammer hat dies nicht geglaubt. Der Angeklagte hat nämlich bei seiner polizeilichen Vernehmung "... eingeräumt, im Moment des Zusteichens gedacht zu haben, dass er seine Frau jetzt umbringe... . In dem Moment, als er auf sie eingestochen habe, habe er gewollt, dass sie sterbe." Auf der Grundlage dieser Feststellungen wurde er wegen heimtückisch begangenen Mordversuchs in Tateinheit mit der er wegen heimtückisch begangenen Mordversuchs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer zeitigen Freiheitsstrafe verurteilt.

## I.

Die auf mehrere Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten bleibt erfolglos (§ 349 Abs. 2 StPO). Der näheren Ausführung bedarf nur folgendes: 1. Die Revision wendet sich gegen die Verwertbarkeit der genannten Angaben des Angeklagten bei der Polizei.

a) Bereits in der Hauptverhandlung war geltend gemacht worden, bei dieser Vernehmung sei gegen §§ 136, 136a StPO verstoßen worden. Nach der Belehrung, jederzeit einen Verteidiger zuziehen zu dürfen, sei ihm auf seine Frage nach einem Anwalt erklärt worden, einen Anspruch auf einen Anwalt hätte er nur, wenn er diesen auch bezahlen könne. Auf seine anschließende Frage nach einem Pflichtverteidiger sei ihm erklärt worden, auch hierauf habe er keinen Anspruch, wenn er nicht zahlen könne. "Kein Geld, kein Anwalt". Die Strafkammer hat nach Einvernahme des kriminalpolizeilichen Vernehmungsbeamten H. festgestellt, dass diese Behauptungen nicht zutreffen. Vielmehr hat der Angeklagte nach ordnungsgemäßer Belehrung erklärt, er könne gegenwärtig keinen Rechtsanwalt bezahlen, wolle aber trotzdem Angaben zum Tatvorwurf machen. Eine vorherige anwaltliche Beratung hat er nicht verlangt.

b) In der Revisionsbegründung wird - nach wie vor - geltend gemacht, der Wunsch des Angeklagten nach einem Anwalt sei im Hinblick auf die Äußerungen der Polizei "abgeblockt" worden.

c) Da bei der genannten Vernehmung auch der Staatsanwalt L. anwesend war, hat der Senat vorsorglich eine dienstliche Äußerung von ihm eingeholt.

Der Staatsanwalt bestätigt die Angaben H. s, die auch der Niederschrift über die polizeiliche Vernehmung entsprechen und von denen die Strafkammer ausgegangen ist.

d) Zu der dienstlichen Erklärung angehört, hat die Revision erwidert, die Behauptungen des Kriminalbeamten und des Staatsanwalts seien ein "lebensfremdes Konstrukt", außerdem sei, so der Angeklagte, der Staatsanwalt bei dem in Rede stehenden Teil der Vernehmung überhaupt nicht anwesend gewesen.

Selbst wenn aber, so die Revision weiter, von der Richtigkeit dieses Vorbringens auszugehen sei, hätte die Polizei ihre Pflichten verletzt, was zur Unverwertbarkeit der Aussage führe.

e) Mit alledem kann die Revision hier schon im Ansatz nicht gehört werden.

Die Revision macht zwar insgesamt geltend, wegen Rechtsfehlern im Zusammenhang mit der Beschuldigtenbelehrung sei die anschließende Vernehmung unverwertbar; in tatsächlicher Hinsicht schließen sich jedoch das Vorbringen,

- die Polizei habe die Realisierung des vom Angeklagten geäußerten Wunsch nach einem Verteidiger mit dem Hinweis auf seine fehlenden Geldmittel verhindert und das Vorbringen,

- die Polizei habe nicht reagiert, als der Angeklagte erklärt habe, er könne keinen Rechtsanwalt bezahlen, wolle aber trotzdem Angaben machen einander aus.

Deshalb sind insoweit insgesamt die Anforderungen an einen zulässigen Revisionsvortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) nicht erfüllt (vgl. BGHSt 17, 337; BGH NSTZ 1998, 52; Kuckein in KK 5. Aufl. § 344 Rdn. 26; Meyer-Goßner StPO 48. Aufl. § 344 Rdn. 24).

f) An alledem ändert sich auch dann nichts, wenn vorgebracht wird, der ursprüngliche Vortrag bleibe zwar aufrecht

erhalten, hilfsweise werde ein Rechtsfehler auch für den Fall geltend gemacht, dass nicht von den selbst vorgetragenen Tatsachen auszugehen sei, sondern von denen, die die Strafkammer zu Grunde gelegt habe.

(1) Der dem "Hauptantrag" zu Grunde liegende Vortrag ist nicht bewiesen, wie dies für eine erfolgreiche Verfahrensrüge erforderlich wäre (vgl. Meyer-Goßner aaO § 337 Rdn. 10, 12 m. w. N.). Der Senat hält das Vorbringen der Revision im Hinblick auf die jetzt zusätzlich durch die Angaben von Staatsanwalt L. bestätigte Vernehmungsniederschrift und die dementsprechenden Angaben des Kriminalbeamten ebenso wie die Strafkammer für widerlegt. 15

(2) Hilfsweise erhobene Verfahrensrügen sind nicht zulässig (vgl. Meyer-Goßner aaO § 344 Rdn. 12; Sarstedt/Hamm, Revision in Strafsachen 6. Aufl. Rdn. 220). 16

g) Der Senat bemerkt jedoch zu alledem folgendes: 17

Bei der ersten Vernehmung musste der Sachverhalt hinsichtlich des dringenden Tatverdachts eines Kapitalverbrechens erst noch abgeklärt werden (z.B. hinsichtlich der Abgrenzung zwischen bloßem Körperverletzungsvorsatz und Tötungsvorsatz sowie - bei Tötungsvorsatz - zwischen freiwilligem Rücktritt und gescheitertem Versuch). Schon allein deshalb bestand, auch wenn ein Staatsanwalt anwesend war, keine Veranlassung, mit der Vernehmung des nach Belehrung aussagebereiten Angeklagten bis zur Bestellung eines Pflichtverteidigers zuzuwarten (vgl. BGHSt 47, 172, 176; Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2005 - 1 StR 114/05 m. N.). 18

Allerdings ist davon auszugehen, dass sich der Angeklagte (damals Beschuldigter) erkennbar der Hilfe eines Verteidigers bedienen wollte, hierzu aber aus wirtschaftlichen Gründen keine Möglichkeit sah. Hierbei irrte er. Jedenfalls wenn die Möglichkeit eines Kapitaldelikts (und damit die häufig alsbald beantragte Bestellung zum Pflichtverteidiger) im Raum steht, gibt es erfahrungsgemäß Rechtsanwälte, die bereit sind, auch mittellosen Beschuldigten sofort beizustehen, sie zumindest telefonisch zu beraten. Die Kenntnis dieser dem Angeklagten damals unbekanntes Praxis kann bei Kriminalbeamten, erst Recht einem Staatsanwalt, ohne weiteres vorausgesetzt werden. Es wäre unter den gegebenen Umständen nach Auffassung des Senats hier angezeigt gewesen, den Angeklagten (Beschuldigten) darauf hinzuweisen, dass ihm trotz seiner fehlenden Mittel Gelegenheit gegeben werden könne, bei einem Rechtsanwalt seines Vertrauens bzw. dem (ausweislich der dienstlichen Äußerung des Staatsanwalts hier vorhandenen) anwaltlichen Notdienst anzurufen. 19

Gleichwohl handelt es sich bei der kommentarlosen Hinnahme des aufgezeigten Irrtums des nach Maßgabe von § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrten Beschuldigten nicht um eine Täuschung i. S. d. § 136a StPO (vgl. Meyer-Goßner aaO § 136a Rdn. 16 m. w. N.). Unabhängig davon, ob letztlich von einem Verfahrensverstoß auszugehen wäre, läge aber jedenfalls die Annahme eines daraus resultierenden Verwertungsverbots nicht nahe. Bei der Frage, ob ein Verfahrensverstoß im Zusammenhang mit einer Vernehmung zu einem Verwertungsverbot führt, ist sein Gewicht mit dem Interesse an der Aufklärung von, zumal wie hier schwerwiegenden, Straftaten abzuwägen (vgl. BGHSt 47, 172, 179 m. w. N.). Hier liegt seitens der Strafverfolgungsbehörden kein aktives, zielgerichtet betriebenes Verhalten vor. Dies erscheint jedenfalls von geringerem Gewicht, als eine den Anforderungen von § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht entsprechende Belehrung, die im Grundsatz zu einem Verwertungsverbot führt (vgl. zu alledem näher Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2005 - 1 StR 114/05 m. w. N.). Einer Entscheidung hierzu bedarf es aber letztlich nicht, weil es aus den dargelegten Gründen (vgl. I 1 e und f) hier schon an einer zulässig erhobenen Verfahrensrüge fehlt. 20

2. Die Ehefrau des Angeklagten hat zwar (im Hauptverhandlungstermin vom 24. November 2004) von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO) Gebrauch gemacht, sie hat aber "der Verwertung des Inhalts ihrer polizeilichen Vernehmung ... ausdrücklich zugestimmt." Darauf hat die Strafkammer (im Termin vom 6. Dezember 2004) die Polizeibeamtin als Zeugin gehört, die damals die Ehefrau als Zeugin vernommen hatte. 21

Die Revision bezweifelt nicht, dass ein solches Vorgehen grundsätzlich möglich ist (vgl. BGHSt 45, 203; w. N, auch für die gegenteilige Ansicht b. Meyer-Goßner aaO § 252 Rdn. 16a). Sie macht aber geltend, die Polizeibeamtin hätte hier wegen Unwirksamkeit der Einverständniserklärung der Ehefrau nicht vernommen werden dürfen, da die Ehefrau diese Erklärung nicht in der Hauptverhandlung abgegeben habe. Die Strafkammer hätte sich nicht, so wie geschehen, auf eine von der Zeugin am 26. November 2004 abgegebene und im Hauptverhandlungstermin vom 6. Dezember 2004 verlesene schriftliche Einverständniserklärung mit der Verwertung ihrer polizeilichen Angaben stützen dürfen. 22

Mit einer weiteren Verfahrensrüge macht die Revision geltend, die Strafkammer hätte sich nicht damit begnügen dürfen, die Polizeibeamtin zum Inhalt der Aussage der Ehefrau zu vernehmen, sie hätte auch den "Versuch unternehmen" müssen, die Niederschrift der polizeilichen Aussage zu verlesen. Eine Verlesung hätte zu 23

entscheidungserheblichen neuen Erkenntnissen geführt.

a) Im Kern macht die Revision mit alledem geltend, die Strafkammer hätte über den Inhalt der polizeilichen Aussage der Ehefrau keinen Beweis erheben dürfen und sie hätte über den Inhalt dieser Aussage zusätzlich weitere Beweise erheben müssen. Beides ist miteinander unvereinbar; darauf, dass es sich innerhalb der Revisionsbegründung um unterschiedliche Verfahrensrügen handelt, kommt es nicht an, Vorbringen zur Begründung einer Revision ist insgesamt als Einheit zu werten. 24

Letztlich wird mit solchem Vorbringen nur ein Sachverhalt geschildert und das Revisionsgericht aufgefordert, zu prüfen, ob in irgendeiner Richtung - sei es, dass kein Beweis hätte erhoben werden dürfen, sei es, dass mehr Beweis hätte erhoben werden müssen - ein Rechtsfehler vorliege. Erforderlich ist jedoch die Behauptung eines bestimmten Verfahrensmangels (vgl. nur BGHSt 12, 33; Sarstedt/ Hamm aaO m. w. N.). 25

b) Unabhängig davon gibt es aber auch keinen Rechtssatz, wonach ein Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht - auch in der Form des Einverständnisses mit der Beweiserhebung über den Inhalt einer polizeilichen Vernehmung - nicht auch außerhalb einer Hauptverhandlung erklärt werden könnte (vgl. BGH Urteil vom 7. März 1995 - 1 StR 523/94; BGH NSTZ 1986, 181 für den vergleichbaren Fall einer außerhalb der Hauptverhandlung abgegebenen Erklärung eines Zeugen, im Hinblick auf ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht keine Angaben machen zu wollen). 26

c) Der Generalbundesanwalt hat im Übrigen in seinem Antrag aus der in der Hauptverhandlung verlesenen, zu den Akten genommenen Erklärung der Zeugin zitiert. Zu der insgesamt unbehefflichen Erwiderung der Revision (§ 349 Abs. 3 Satz 2 StPO) hierauf ist lediglich zu bemerken, dass es gegebenenfalls ihre Sache gewesen wäre, diese Erklärung rechtzeitig (§ 345 StPO) und umfassend (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) vorzutragen. Die offenbar von ihr vertretene Auffassung, hieran ändere sich etwas, weil der Wortlaut dieser Erklärung nicht in das Protokoll aufgenommen worden sei, geht fehl. Gleiches gilt für die Auffassung, das Gericht hätte der Verteidigung - die offenbar keinerlei Wünsche in dieser Richtung geäußert hat, jedenfalls trägt die Revision dies nicht vor - die in ihrer Anwesenheit in der Hauptverhandlung verlesene Erklärung von sich aus übergeben müssen. Unabhängig von alledem vermag aber auch das Vorbringen, es bliebe "offen", ob die Erklärung der Ehefrau "zuzuordnen" sei, es sei auch nicht ersichtlich, wie die Erklärung zu Gericht gelangt sei und der Generalbundesanwalt habe von einer "eventuellen Grußformel" nichts mitgeteilt, Ansatzpunkte für mögliche Zweifel an Echtheit oder Wirksamkeit dieser Erklärung nicht zu verdeutlichen. 27

d) Was die unterbliebene Verlesung bzw. den Versuch hierzu betrifft, fehlt schon entgegen § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO die Mitteilung über den Inhalt der Niederschrift, soweit er über die von der Strafkammer durch die Aussage der Polizeibeamtin festgestellten Inhalt der Aussage der Ehefrau hinausgehen soll. 28

e) Im Übrigen führt das wirksame Einverständnis eines aussageverweigerungsberechtigten Zeugen mit der Verwertung einer früheren nichtrichterlichen Vernehmung dazu, dass - wie hier geschehen - die frühere Aussage durch die Vernehmung der Verhörsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf (Schlüchter in SK-StPO § 252 Rdn. 22 m.w.N.). Ob auch in anderer Weise Beweis über den Inhalt der früheren Aussage zu erheben ist, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Mit dem Vorbringen, die Strafkammer hätte den "Versuch" einer Verlesung der polizeilichen Vernehmung machen müssen, ist ersichtlich gemeint, die Strafkammer hätte eine Verlesung dieser Vernehmung im allseitigen Einvernehmen (§ 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO nF) anstreben sollen. Es erscheint im Ansatz fraglich, in wieweit das Gericht durch die Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zu dem Versuch einer Beweiserhebung gehalten sein kann, die von den Verfahrensbeteiligten ohne weiteres, nämlich durch Versagung der erforderlichen Zustimmung verhindert werden kann. Dies wird vorliegend besonders deutlich, weil in einer identischen Verfahrenssituation - auch die Schwiegermutter des Angeklagten hatte von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, war aber mit der Verwertung ihrer polizeilichen Aussage einverstanden - die vom Gericht angeregte Verlesung von deren polizeilichen Aussage daran scheiterte, dass die Verteidigung ihre Zustimmung versagte. Unter diesen Umständen ist umso weniger erkennbar, warum die Strafkammer hinsichtlich der Aussage der Ehefrau einen erneuten Versuch hätte unternehmen sollen, auf ein Einverständnis i.S.d. § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO nF hinzuwirken. 29

Auch die Revision trägt hierzu nichts vor. Näher nachzugehen braucht der Senat aber alledem nicht, weil das Vorbringen der Revision im Zusammenhang mit der polizeilichen Aussage der Ehefrau schon aus den oben dargelegten Gründen (vgl. oben I 2 a bis d) scheitert. 30

## II.

Auch im Übrigen hat die auf Grund des Revisionsvorbringens gebotene Überprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. 31

Der Senat nimmt insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts Bezug, die auch durch die 32  
Erwiderung der Revision nicht entkräftet werden.

**[Redaktioneller Hinweis:** Vgl. zur effektivitätsverpflichteten Auslegung der Konventionsrechte einschließlich der Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK sowie zur Auslegung des Art. 6 III lit. d EMRK demnächst Gaede, Fairness als Teilhabe - Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, {Dissertation Univ. Zürich WS 2005/2006, Publikation in Vorbereitung}.]