

Bearbeiter: Rocco Beck

Zitiervorschlag: BGH 5 StR 190/91, Beschluss v. 27.02.1992, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 5 StR 190/91 - Beschluss vom 27. Februar 1992 (OLG Celle)

BGHSt 38, 214; Beweisverwertungsverbot nach unterbliebener Belehrung des Beschuldigten über sein Aussageverweigerungsrecht bei der polizeilichen Vernehmung (Ausnahmen vom Beweisverwertungsverbot; Widerspruchslösung).

§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO; § 163a Abs. 4 S. 2 StPO

Leitsätze

1. Ist der Vernehmung des Beschuldigten durch einen Beamten des Polizeidienstes nicht der Hinweis vorausgegangen, dass es dem Beschuldigten freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (§ 136 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO), so dürfen Äußerungen, die der Beschuldigte in dieser Vernehmung gemacht hat, nicht verwertet werden (Aufgabe BGH, 7. Juni 1983, 5 StR 409/81, BGHSt 31, 395). (BGHSt)

2. Dies gilt nicht, wenn feststeht, daß der Beschuldigte sein Recht zu schweigen ohne Belehrung gekannt hat, oder wenn der verteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung ausdrücklich der Verwertung zugestimmt oder ihr nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen hat. Dem verteidigten Angeklagten steht ein Angeklagter gleich, der vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs unterrichtet worden ist. (BGHSt)

Entscheidungstenor

1. Ist der Vernehmung des Beschuldigten durch einen Beamten des Polizeidienstes nicht der Hinweis vorausgegangen, dass es dem Beschuldigten freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (§ 136 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO), so dürfen Äußerungen, die der Beschuldigte in dieser Vernehmung gemacht hat, nicht verwertet werden (Aufgabe BGH, 7. Juni 1983, 5 StR 409/81, BGHSt 31, 395).

2. Dies gilt nicht, wenn feststeht, dass der Beschuldigte sein Recht zu schweigen ohne Belehrung gekannt hat, oder wenn der verteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung ausdrücklich der Verwertung zugestimmt oder ihr nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen hat. Dem verteidigten Angeklagten steht ein Angeklagter gleich, der vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs unterrichtet worden ist.

Gründe

I.

Der unbestrafte, auch nicht mit Verkehrsordnungswidrigkeiten aufgefallene Angeklagte führte nachts ein Kraftfahrzeug unter dem Einfluß einer Blutalkoholkonzentration von 1,67 Promille. Er verlor die Gewalt über das Fahrzeug, das stark beschädigt liegenblieb, und entfernte sich. Der Zeuge R., ein Polizeibeamter, fand in dem Unfallfahrzeug den Führerschein des Angeklagten. Etwa eine halbe Stunde nach dem Unfall traf der Zeuge R. auf den Angeklagten, der auf der vom Unfallort wegführenden Straße ging. Der Angeklagte gab auf Befragen zunächst einen falschen Namen ("La." statt "L.") und einen unrichtigen Wohnort an. Der Zeuge R. hatte den Verdacht, der Angeklagte sei die in dem gefundenen Führerschein bezeichnete Person, und hielt ihm das vor. Der Angeklagte räumte es ein. "Auf den Verkehrsunfall angesprochen", bestritt der Angeklagte, das Unfallfahrzeug geführt zu haben; er sei Beifahrer gewesen, wolle aber den Namen des Fahrers nicht nennen und auch zum Unfallhergang nichts sagen. Der Angeklagte behauptete, er habe nach dem Unfall zwei Glas Bier getrunken. 1

Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen Trunkenheit im Straßenverkehr (§ 316 StGB) zu einer Strafe verurteilt. 2
Der Angeklagte hatte sich in der Hauptverhandlung nicht zur Sache eingelassen. Das Amtsgericht würdigt die Beweise

wie folgt: "Gegenüber dem Zeugen R. hat der Angeklagte eingeräumt, sich zur Unfallzeit in seinem Pkw befunden zu haben. Bei seiner Angabe, er sei nur Beifahrer gewesen, handelt es sich um eine unwahre Schutzbehauptung. Das folgt zum einen aus der Weigerung des Angeklagten, den Namen des angeblichen Unfallfahrers zu nennen. Darüber hinaus hätte der Angeklagte, wäre er tatsächlich nur Beifahrer gewesen, keinen Anlaß gehabt, zunächst einen falschen Namen und einen nicht zutreffenden Wohnort anzugeben. Aus seinen Falschangaben muß auf seine Absicht geschlossen werden, nicht als der Unfallfahrer erkannt zu werden. Für ein schlechtes Gewissen und damit für seine Fahrereigenschaft spricht ferner sein Versuch, seine Alkoholisierung zur Unfallzeit zu verschleiern. Bei seiner Angabe, er habe nach dem Unfall zu Hause zwei Gläser Bier getrunken, handelt es sich um eine unwahre Schutzbehauptung ...".

Gegen das Urteil des Amtsgerichts hat der Angeklagte in zulässiger Weise Revision eingelegt. Mit einer Verfahrensrüge macht er geltend, daß seine Angaben gegenüber dem Zeugen R. nicht hätten verwertet werden dürfen, weil der Beamte ihn nicht vor der Vernehmung nach § 163 a Abs. 4 Satz 2, § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt habe. In der Revisionsbegründung heißt es, der Angeklagte hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung über seine Rechte nicht vor dem Zeugen R. ausgesagt. 3

Das Oberlandesgericht Celle teilt den Rechtsstandpunkt der Revision. Es möchte deshalb das Urteil des Amtsgerichts aufheben und die Sache zurückverweisen. Hieran sieht es sich durch den in BGHSt 31, 395 abgedruckten Beschluß des Senats vom 7. Juni 1983 - 5 StR 409/81 gehindert. Das Oberlandesgericht hat die Sache deshalb nach § 121 Abs. 2 GVG dem Bundesgerichtshof vorgelegt. 4

Das Oberlandesgericht Celle hat in seinem in NSZ 1991, 403 veröffentlichten Vorlagebeschluß ausgeführt: Der Beschuldigte hätte nach § 163 a Abs. 4 Satz 2, § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt werden müssen. Der Hinweis im Sinne des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO hätte spätestens gegeben werden müssen, bevor der Beschuldigte auf den Unfall angesprochen wurde. Die Aussage des Zeugen R. über die ohne eine solche Belehrung abgegebenen Äußerungen des Angeklagten hätten nicht verwertet werden dürfen. Die vom Bundesgerichtshof in BGHSt 25, 325 angestrebte Sicherung der Aussagefreiheit in der Hauptverhandlung werde beeinträchtigt, wenn ein Belehrungsverstoß im Vorverfahren folgenlos bleibe; bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten sei es in besonderem Maße notwendig, die "informierte Aussagefreiheit" durch den Hinweis nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zu sichern. Daraus, daß das Gesetz die Aussage des nicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrten Beschuldigten nicht ausdrücklich von der Verwertung ausschließe, lasse sich kein Argument gegen ein Verwertungsverbot herleiten; ein Gegenschluß ergebe sich auch nicht aus § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO. Die Ablehnung eines Verwertungsverbots könne nicht mit Erfordernissen der Strafrechtspflege begründet werden. Das Verwertungsverbot greife ein, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Beschuldigte seine Aussagefreiheit zur Zeit der Vernehmung nicht gekannt hat. So verhalte es sich im vorliegenden Fall. Das Oberlandesgericht Celle hat schließlich auf Verwertungsverbote in ausländischen Rechtsordnungen hingewiesen, insbesondere auf die Entscheidung des Obersten Gerichtes der USA in der Sache *Miranda v. Arizona* (1966) und auf das dänische Recht. 5

Die Vorlegungsfrage hat das Oberlandesgericht Celle wie folgt gefaßt: 6

Führt der Verstoß eines Polizeibeamten gegen die Belehrungspflicht nach §§ 136 Abs. 1, 163 a Abs. 4 StPO zu einem Verbot, die unter Verletzung dieser Belehrungspflicht zustande gekommene Aussage des Beschuldigten gegen seinen Willen zu verwerten? 7

II.

Die Vorlegungsvoraussetzungen sind gegeben. 8

1. Dem steht nicht entgegen, daß sich die in BGHSt 31, 395 abgedruckte Senatsentscheidung auf eine andere Verfahrenslage bezogen hatte: Dort hatte die Staatsanwaltschaft zuungunsten des Angeklagten mit der Revision beanstandet, daß der Tatrichter eine ohne Belehrung (§ 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO) zustande gekommene Aussage des Beschuldigten mit Rücksicht auf ein Verwertungsverbot nicht berücksichtigt und deswegen den Angeklagten freigesprochen hatte. Im vorliegenden Fall hat der Tatrichter im Anschluß an BGHSt 31, 395 ein Verwertungsverbot abgelehnt und deswegen den Angeklagten verurteilt. Entscheidungserheblich ist in beiden Fällen, ob die Angaben, die der Beschuldigte, ohne nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO belehrt worden zu sein, vor einem Polizeibeamten gemacht hatte, einem Verwertungsverbot unterliegen oder nicht. Dies ist die Vorlegungsfrage. 9

2. Das Oberlandesgericht hat nicht ausdrücklich mitgeteilt, auf welche Straftat sich der Verdacht des Polizeibeamten R. gerichtet hat. Dem Vorlegungsbeschluß und dem amtsgerichtlichen Urteil ist aber noch mit hinreichender 10

Deutlichkeit zu entnehmen, daß der Beamte den Verdacht hatte, der von ihm zur Nachtzeit auf der Straße angetroffene Passant, dem der im Unfallfahrzeug gefundene Führerschein gehörte, habe sich der Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) schuldig gemacht.

3. Das Oberlandesgericht nimmt an, der Hinweis nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 16a Abs. 4 Satz 2 StPO hätte "jedenfalls", d.h. spätestens, gegeben werden müssen, bevor der Passant "auf den Verkehrsunfall angesprochen" wurde. Damit meint das Oberlandesgericht die Frage des Beamten, ob der Angeklagte das Unfallfahrzeug geführt habe. Das ergibt sich daraus, daß der Angeklagte, "auf den Verkehrsunfall angesprochen", sogleich bestritten hat, der Fahrer gewesen zu sein. Die Situation, in der ihn der Beamte auf den Verkehrsunfall "anspruch", bewertet das Oberlandesgericht dahin, daß er als Beschuldigter im Sinne des § 136 Abs. 1 StPO befragt wurde und daß diese Befragung eine Vernehmung im Sinne des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gewesen ist. Angesichts der vorausgegangenen Ereignisse, auch des einleitenden Gesprächs mit dem Beamten, ist diese rechtliche Einschätzung des Oberlandesgerichts vertretbar. Sie ist deshalb vom Senat zugrunde zulegen. Hiernach geht der Senat davon aus, daß ein Hinweis nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO gegeben werden mußte, jedoch nicht gegeben worden ist.

III.

Der Senat teilt die Auffassung des vorlegenden Oberlandesgerichtes, daß der Verstoß eines Polizeibeamten gegen die Hinweispflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO ein Beweisverwertungsverbot begründet, auf das sich die zugunsten des Angeklagten eingelegte Revision grundsätzlich berufen kann. Der Senat folgt damit im wesentlichen der heute im Schrifttum vorherrschenden Auffassung (vgl. u.a. Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 136 StPO Rdn. 54; Rieß ebenda § 163 a Rdn. 122; Kleinknecht/Meyer, StPO 40. Aufl. § 136 Rdn. 20 f; Boujong in KK 2. Aufl. § 136 Rdn. 27 ff; Rogall in SK- StPO, vor § 133 Rdn. 180 ff; Alsberg/Nüse/Meyer, Beweisanzug, 5. Aufl. S. 493 ff; K. Meyer NSTZ 1983, 566; Grünwald JZ 1983, 717; Fezer JR 1984, 341; Dencker MDR 1975, 359; Geppert in Festschrift für Oehler (1985) S. 323, 337; Roxin, Strafverfahrensrecht 22. Aufl. S. 154; Reiß, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren (1987) S. 288 ff; abwägend unter Hervorhebung der praktischen Gesichtspunkte: Heldenberg LM § 163 a StPO 1975, Anm. zu Nr. 1). Der Senat weicht damit von seiner bisherigen Rechtsprechung (BGHSt 31, 395; BGH GA 1962, 148; BGH bei Pfeiffer NSTZ 1981, 94) ab, desgleichen von der in BGHSt 22, 170, 172 vertretenen, dort aber nicht ausschlaggebenden Rechtsauffassung des 4. Strafsenats sowie von dem Urteil des 4. Strafsenats vom 20. März 1975 - 4 StR 582/74 - (VRS 50, 350).

1. Die Strafprozeßordnung trifft keine abschließende Regelung über Beweisverwertungsverbote (BGHSt 19, 325, 329; 31, 304, 307). Die Frage, ob ein Beweiserhebungsverbot ein Verwertungsverbot nach sich zieht, muß für jede Vorschrift und für jede Fallgestaltung besonders entschieden werden (Alsberg/Nüse/Meyer, Beweisanzug 5. Aufl. S. 480). Dementsprechend hat die Rechtsprechung bei bestimmten Verfahrensfehlern ein Verwertungsverbot bejaht, beispielsweise bei mangelnder Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO (BGHSt 14, 159, 160; BGH NSTZ 1981, 4) oder wenn die Benachrichtigung des Verteidigers von einer bevorstehenden Vernehmung in den Fällen des § 168 c Abs. 5 StPO (BGHSt 26, 232 ; BGH StV 1987, 139; BGH NSTZ 1989, 282; Kleinknecht/Meyer, StPO 40. Aufl. § 168 c Rdn. 6 m.w.N.) und des § 224 StPO (BGHSt 9, 24; 25, 357) zu Unrecht unterblieben ist. Dem Gesetz ist in diesen Fällen kein Hinweis dazu zu entnehmen, ob ein Verwertungsverbot besteht oder nicht. Die Rechtsprechung hat überdies Verwertungsverbote unmittelbar aus verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen für den Schutz des Persönlichkeitsrechts hergeleitet (vgl. BGHSt 19, 325; 27, 355; 31, 304; 34, 397, 399; 35, 32; 36, 396). In anderen Fällen hat die Rechtsprechung ein Verwertungsverbot verneint, beispielsweise bei einem Verstoß gegen die Vorschrift des § 81 a StPO, nach der die Blutentnahme dem Arzt vorbehalten ist (BGHSt 24, 125) . Die Entscheidung für oder gegen ein Verwertungsverbot ist aufgrund einer umfassenden Abwägung zu treffen (BGHSt 19, 325, 329; 27, 355, 357; 31, 304, 307; 35, 32, 34; 37, 30, 32; Rogall ZStrW 91 (1979) S. 31). Bei ihr fällt das Gewicht des Verfahrensverstößes sowie seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen ebenso ins Gewicht wie die Erwägung, daß die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden muß (BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309; vgl. auch BVerfGE 34, 238, 247 und BVerfG StV 1990, 1, 2). Andererseits ist zu bedenken, daß Verwertungsverbote die Möglichkeiten der Wahrheitserforschung beeinträchtigen (BGHSt 28, 122, 118; 37, 30, 32) und daß der Staat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Verfassungen wegen eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten hat, ohne die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden kann (BVerfGE 44, 353, 374; 46, 214, 222; 51, 324, 344; 74, 257, 262; vgl. auch BVerfGE 33, 367, 383; 34, 238, 248; 77, 65, 76). Dient die Verfahrensvorschrift, die verletzt worden ist, nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten, so liegt ein Verwertungsverbot fern; ein Beispiel ist der Verstoß gegen § 55 Abs. 2 StPO (BGHSt 1, 39; 11, 213). Andererseits liegt ein Verwertungsverbot nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern.

2. Bei einem Verstoß gegen die Hinweispflicht des Polizeibeamten nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO sind diese

Grundlagen betroffen. Daraus ergibt sich nach Auffassung des Senats ein Verwertungsverbot.

a) Der Grundsatz, daß niemand im Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen braucht, also ein Schweigerecht hat, gehört zu den anerkannten Prinzipien des Strafprozesses (BVerfGE 56, 37, 43; BGHSt 14, 358, 364). Er hat in Artikel 14 Abs. 3 g des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (BGBl 1973 II S. 1533) positiven Ausdruck gefunden. Die Anerkennung dieses Schweigerechtes entspricht der Achtung vor der Menschenwürde (vgl. BVerfGE 38, 105, 113). Sie schützt das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten und ist notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens (BGHSt 25, 325, 330). Wer durch eine Vorschrift, die außerhalb des Straf- und Strafprozeßrechts liegt, zu einer Erklärung verpflichtet ist, mit der er sich eines strafbaren Verhaltens bezichtigt, wird im Strafprozeß mit Rücksicht auf den genannten Grundsatz dadurch geschützt, daß seine Angaben nicht gegen seinen Willen verwertet werden dürfen (BVerfGE 56, 37 ff; BGHSt 37, 340, 343). 15

b) Das Gesetz, das in § 136 Abs. 1 Satz 2 und in § 243 Abs. 4 StPO den Vernehmenden verpflichtet, auf das Recht, nicht auszusagen, hinzuweisen, geht davon aus, daß ein solcher Hinweis zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten (Angeklagten) notwendig ist, weil das Schweigerecht nicht allgemein bekannt ist (E. Schmidt NJW 1968, 1209, 1215; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen 5. Aufl. Rdn. 232; Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 136 Rdn. 619). Deshalb sichert der Hinweis auf das Schweigerecht ein faires Verfahren (Rogall in SK StPO, vor § 133 Rdn. 165). "Durch das Unterbleiben des Hinweises wird der Zweck der Vorschrift vereitelt, die Rechtsausübung auf eine Alternative beschränkt, das Recht selbst verkürzt. Aus seiner Bedeutung folgt, daß ein Verfahrensverstoß von Gewicht vorliegt. Das Interesse des Angeklagten, daß ihm gegenüber rechtsstaatlich verfahren werde, er nicht Zeuge gegen sich selbst zu sein brauche, ist berührt" (BGHSt 25, 325, 331). Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat mit dieser Begründung ein Verwertungsverbot angenommen, soweit der Richter in der Hauptverhandlung den in § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO vorgeschriebenen, inhaltlich dem § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entsprechenden Hinweis unterlassen hat. Für die Hinweispflicht, die im Ermittlungsverfahren dem Richter, dem Staatsanwalt und dem Polizeibeamten obliegt (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO i.V. mit § 163 a StPO), kann - entgegen dem Hinweis in BGHSt 25, 325, 331 nichts anderes gelten. Der Beschuldigte ist bei der ersten Vernehmung durch die Polizei, verglichen mit den Verhältnissen in der Hauptverhandlung, nicht in geringerem, sondern eher in größerem Maße der Gefahr ausgesetzt, sich unbedacht selbst zu belasten (Boujong in KK 2. Aufl., § 136 StPO Rdn. 27; Roxin in: 40 Jahre Bundesgerichtshof (1991) S. 66, 90). Während der Angeklagte sich auf sein Aussageverhalten in der Hauptverhandlung in Ruhe vorbereiten und dabei Rechtsrat einholen kann, überdies in der Hauptverhandlung oft einen Verteidiger zur Seite hat, trifft die erste Vernehmung durch die Polizei den Beschuldigten meist unvorbereitet, ohne Ratgeber und auch sonst von der vertrauten Umgebung abgeschnitten, nicht selten auch durch die Ereignisse verwirrt und durch die ungewohnte Umgebung bedrückt oder verängstigt. In der Hauptverhandlung gemachte Angaben kann der Angeklagte, auch mit Hilfe seines Verteidigers, zurechtrücken, während die ersten Angaben bei der Polizei oft solcher Einwirkungsmöglichkeit entzogen sind und selbst bei einer Änderung des Aussageverhaltens eine faktische Wirkung entfalten, die für den weiteren Verlauf des Verfahrens von erheblicher Bedeutung ist. 16

c) Das in BGHSt 31, 395, 399 f hervorgehobene Erfordernis einer widerspruchsfreien Abstimmung der zu § 136 und zu § 136 a StPO entwickelten Auslegungsgrundsätze spricht nicht dagegen, bei einem Verstoß der Polizei gegen ihre Hinweispflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO ein Verwertungsverbot anzunehmen. Zwar hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit § 136 a StPO ein Verwertungsverbot ausdrücklich vorgesehen (§ 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO). Das begründet aber nicht den Gegenschluß, daß in den Fällen des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO kein Verwertungsverbot anzunehmen sei. Daß verbotene Vernehmungsmethoden nach § 136 a StPO zu einem Verwertungsverbot führen, versteht sich angesichts der besonderen Schwere des Verstoßes und seiner Bedeutung für elementare Rechte des Betroffenen von selbst. Die Vorschrift des § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO knüpft, wie das Wort "auch" zeigt, an ein solches, vom Gesetzgeber vorausgesetztes Verwertungsverbot an. Dessen Anwendungsbereich erweitert sie insofern, als sie bestimmt, daß das Verwertungsverbot auch dann gilt, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt. Hierauf ist in der Literatur zutreffend hingewiesen worden (vgl. u.a. K. Meyer NStZ 1983, 566 f; Grünwald JZ 1983, 717, 719). Der Senat sieht auch keinen Wertungswiderspruch darin, daß das Verwertungsverbot in den Fällen des § 136 a StPO davon abhängt, daß das verbotene Verhalten auf die Freiheit der Willensentschließung oder der Willensbetätigung eingewirkt hat, während in den Fällen des § 136 Abs. 1 Satz 2 der "Nachweis", daß der Verstoß gegen das Belehrungsgebot einen Irrtum über die Aussagepflicht zur Folge gehabt hat, "praktisch nicht zu führen" ist (BGHSt 31, 395, 400). Hier handelt es sich, wie das vorlegende Oberlandesgericht Celle richtig bemerkt hat, um unvergleichbare Sachverhalte. Die Beeinträchtigung der Willensfreiheit wird in § 136 a StPO besonders genannt, weil es auch geringfügige und darum unbeachtliche Grade der Ermüdung und der Täuschung gibt; in den Fällen der Mißhandlung oder der Quälerei sowie bei körperlichen Eingriffen sind selbstverständlich keine zusätzlichen Feststellungen nötig, um die Anwendbarkeit des § 136 a StPO zu begründen. Bei einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO handelt es sich um eine reine Unterlassung. Hier kann nicht zwischen verschiedenen Graden der Einwirkung unterschieden werden. Vielmehr ist jeder Fall der Unterlassung ein Verstoß gegen die Hinweispflicht. Allein der Umstand, daß in den Fällen des § 136 a StPO der Verfahrensfehler viel 17

schwerer wiegt als bei einem Verstoß gegen die Hinweispflicht, spricht nicht dagegen, auch in den Fällen des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ein Verwertungsverbot anzunehmen.

d) Gegen die Annahme eines Verwertungsverbotes spricht schließlich nicht der Umstand, daß der Gesetzgeber trotz der jahrelangen Erörterungen um die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Hinweispflicht des Polizeibeamten keine ausdrückliche Entscheidung für oder gegen ein Verwertungsverbot getroffen hat. Eine abschließende gesetzliche Regelung der Verwertungsverbote ist, wie dargelegt, dem deutschen Strafprozeßrecht fremd. Dementsprechend hat der Gesetzgeber auch nicht darüber entschieden, ob die Verletzung der durch das Gesetz vom 9. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3393) eingeführten allgemeinen Benachrichtigungspflicht nach § 168 c Abs. 5 StPO ein Verwertungsverbot begründet (vgl. dazu BGHSt 26, 332); ebenso hat es sich bezüglich der Frage verhalten, ob und in welchem Umfang Erkenntnisse verwertet werden dürfen, die unter Verstoß gegen die §§ 100 a, 100 b StPO (eingefügt durch Gesetz vom 13. August 1968, BGBl. I. S. 949) gewonnen worden sind. 18

3. Für die Anwendung und Begrenzung des Verwertungsverbots gilt folgendes: 19

a) Ob der Polizeibeamte den in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO bezeichneten Hinweis gegeben hat, muß der Tatrichter im Freibeweisverfahren klären, sofern tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, daß der Hinweis versäumt worden ist. Er wird im Freibeweisverfahren besonders darauf achten, ob der Polizeibeamte, den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (Nr. 45 Abs. 1) entsprechend, die erfolgte Belehrung aktenkundig gemacht hat. Läßt sich nicht klären, ob der Hinweis gegeben worden ist oder nicht, so darf der Tatrichter den Inhalt der Vernehmung verwerten. Mit dieser Eingrenzung des Verwertungsverbots nimmt der Senat nicht zu der Frage Stellung, wie bei anderen Verwertungsverböten zu verfahren ist, wenn der Tatrichter keine Klarheit über das Vorliegen ihrer tatsächlichen Voraussetzungen gewinnen kann. 20

b) Der Polizeibeamte hat die Pflicht, einen Hinweis nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zu geben, unabhängig davon, ob der Beschuldigte seine Rechte kennt oder nicht (LR-Hanack 24. Aufl. § 136 Rdn. 23). Im Gesetz sind keine Ausnahmen von der Hinweispflicht vorgesehen. Das ist auch sinnvoll: Auch wer mit der Rechtslage vertraut ist, bedarf unter Umständen wegen der besonderen Situation der Vernehmung im Ermittlungsverfahren des Hinweises nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, um klare Gedanken zu fassen. Wer bei Beginn der Vernehmung auch ohne Belehrung gewußt hat, daß er nicht auszusagen braucht, ist allerdings nicht im gleichen Maße schutzbedürftig wie derjenige, der sein Schweigerecht nicht kannte. Er muß zwar nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO belehrt werden. Jedoch gilt hier das Verwertungsverbot ausnahmsweise nicht. Die wertende Abwägung ergibt, daß dem Interesse an der Durchführung des Verfahrens in einem solchen Fall Vorrang gegeben werden kann. Gelangt der Tatrichter, erforderlichenfalls im Wege des Freibeweises, zu der Auffassung, daß der Beschuldigte sein Recht zu schweigen bei Beginn der Vernehmung gekannt hat, dann darf er den Inhalt der Angaben, die der Beschuldigte ohne Belehrung vor der Polizei gemacht hat, bei der Urteilsfindung verwerten. Anderenfalls hat er das Verwertungsverbot zu beachten. Der Tatrichter darf nicht ohne nähere Prüfung des Einzelfalles davon ausgehen, daß der Angeklagte bei der ersten polizeilichen Vernehmung sein Recht zu schweigen gekannt hat. Der Gesetzgeber hat die Kenntnis dieses Rechtes nicht vorausgesetzt; sonst hätte er nicht die Beamten des Polizeidienstes zu einem Hinweis auf diese Rechte verpflichtet. Es gibt auch keinen allgemeinen Erfahrungssatz, daß das Schweigerecht bestimmten Personengruppen, etwa Vorbestraften, ohnehin bekannt ist. Allerdings kann die Kenntnis des Rechtes zu schweigen regelmäßig vorausgesetzt werden, wenn der Beschuldigte in Gegenwart seines Verteidigers vor der Polizei aussagt. Hat der Tatrichter aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte ernsthafte Zweifel daran, daß der Angeklagte bei seiner polizeilichen Vernehmung das Schweigerecht gekannt hat, und hat das Freibeweisverfahren diese Zweifel nicht beheben können, so ist entsprechend der vom Gesetzgeber mit der Einführung der Hinweispflicht getroffenen Grundentscheidung davon auszugehen, daß es dem Beschuldigten an dieser Kenntnis gefehlt hat. Dann besteht ein Beweisverwertungsverbot. In ähnlicher Weise wird in Fällen, in denen der Zeuge entgegen § 52 Abs. 3 StPO nicht über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden ist, angenommen, das Verwertungsverbot entfalle nur dann, wenn feststeht, daß der Zeuge sein Zeugnisverweigerungsrecht gekannt hat (Kleinknecht/Meyer, StPO 40. Aufl. § 52 Rdn. 32; Dahn in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 52 Rdn. 53; Alsberg/Nüse/Meyer, Beweisanzug, 5. Aufl. S. 488; vgl. auch RG JW 1934, 2914). 21

c) Hat ein Verteidiger des Angeklagten in der Hauptverhandlung mitgewirkt und hat der verteidigte Angeklagte ausdrücklich der Verwertung des Inhalts einer ohne Belehrung (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO) zustande gekommenen Aussage zugestimmt, so besteht kein Verwertungsverbot. Dasselbe gilt, wenn der verteidigte Angeklagte einer solchen Verwertung nicht widersprochen hat. Der Widerspruch kann nur bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt erklärt werden. Er muß also spätestens in der Erklärung enthalten sein, die der Angeklagte oder sein Verteidiger im Anschluß an diejenige Beweiserhebung abgibt, die sich auf den Inhalt der ohne Belehrung (§ 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO) gemachten Aussage bezieht. Die Rechtsprechung hat schon bisher in vergleichbaren Fällen die Möglichkeit ins Auge gefaßt, daß das Recht, sich auf ein Verwertungsverbot zu berufen, verlorengeht, wenn der 22

verteidigte Angeklagte in der tatrichterlichen Verhandlung der Verwertung und der ihr vorangehenden Beweiserhebung nicht widersprochen hat (RGSt 50, 364, 365; 58, 100, 101; BGHSt 1, 284, 286; 9, 24, 8; 31, 140, 145 zur Verwertung von Zeugenaussagen, die unter Verletzung der Benachrichtigungspflicht nach den §§ 224, 168 c Abs. 5 StPO zustande gekommen sind). Diese Einschränkung des Verwertungsverbotes beschneidet die Rechte des Angeklagten nicht in unangemessener Weise. Sie entspricht der besonderen Verantwortung des Verteidigers und seiner Fähigkeit, Belehrungsmängel aufzudecken und zu erkennen, ob die Berufung auf das Verwertungsverbot einer sinnvollen Verteidigung dient. Hat der Angeklagte in der Hauptverhandlung vor dem Tatrichter keinen Verteidiger gehabt, so gilt die genannte Einschränkung nur dann, wenn der Angeklagte vom Vorsitzenden belehrt worden ist, daß er der Verwertung seiner bei der Polizei gemachten Aussage widersprechen kann. Andernfalls gilt das Verwertungsverbot. Denn es muß dann mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß der Angeklagte trotz erfolgter Belehrung nach § 243 Abs. 4 StPO annimmt, er sei bei der Polizei zur Aussage verpflichtet gewesen, und deswegen oder aus allgemeiner Unbeholfenheit den Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht zur Sprache bringt.

d) Im Revisionsverfahren braucht der Angeklagte nicht zu behaupten und zu beweisen, daß er bei ordnungsgemäßer 23
Belehrung nicht ausgesagt hätte; er braucht sich also nicht mit dem - in der vorliegenden Sache nicht fernliegenden - Einwand auseinanderzusetzen, daß nach der Verfahrenslage das Schweigen ein ungeeignetes Verteidigungsmittel gewesen wäre. Es handelt sich hier um einen Teilaspekt der Frage, ob die Verurteilung auf dem Verfahrensfehler beruht. Der Erfolg der Revisionsrüge hängt insoweit allein davon ab, daß das Revisionsgericht ein Beruhen des tatrichterlichen Urteils auf dem Verfahrensverstoß nicht ausschließen kann (vgl. Herdegen NSTz 1990, 513, 517 f). Der 1. Strafsenat hat in BGHSt 25, 325, 332 f möglicherweise eine abweichende Auffassung zugrunde gelegt. Zu ihr braucht der Senat angesichts der unterschiedlichen Verhältnisse bei der ersten Vernehmung durch die Polizei einerseits und der Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung andererseits nicht Stellung zu nehmen.

4. Der Senat hat nicht die praktischen Probleme übersehen, die mit der Änderung seiner Rechtsprechung verbunden 24
sein werden. Wenn der Verstoß gegen die Hinweispflicht des Polizeibeamten (§ 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 S. 2 StPO) ein Verwertungsverbot begründet, dann gewinnt die Frage an Gewicht, zu welchem Zeitpunkt eine im Hinblick auf § 136 StPO indifferente Informationssammlung durch den Polizeibeamten in eine Beschuldigtenvernehmung übergeht, welche die Hinweispflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO auslöst. Diese Frage, die auch mit der mißverständlichen Gegenüberstellung von informatorischer Befragung und Vernehmung erörtert wird, ist in Rechtsprechung (BGHSt 10, 8, 10; 37, 48; BGH NSTz 1983, 86; BGH NJW 1990, 461; OLG Stuttgart MDR 1977, 70) und Schrifttum (Rieß in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 163 a Rdn. 7 ff; Rogall in SK-StPO, vor § 133 Rdn. 26 ff; Fincke ZStrW 95 Ä1983Ü S. 918 ff; Geppert in Festschrift für Oehler (1985) S. 323 ff) noch nicht vollständig geklärt. Der Senat braucht auf die Problematik nicht im einzelnen einzugehen. Denn er hat, wie dargelegt (oben zu II 3), die vertretbare Auffassung des Oberlandesgerichts Celle zugrunde zulegen, daß eine Beschuldigtenvernehmung spätestens zu dem Zeitpunkt vorlag, als der Zeuge R. den Angeklagten danach fragte, ob er das Unfallfahrzeug geführt hatte.

Deshalb kann sich der Senat in diesem Zusammenhang auf die folgenden Hinweise beschränken: 25

Der Polizeibeamte, der am Tatort oder in seiner Umgebung Personen fragt, ob sie ein bestimmtes Geschehen 26
beobachtet haben, vernimmt keine Beschuldigten, mag er auch hoffen, bei seiner Tätigkeit neben geeigneten Zeugen den Täter zu finden. Er braucht nicht den Hinweis nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zu geben (vgl. BGHSt 37, 48; BGH NSTz 1983, 86). Bedeutsam ist die Stärke des Tatverdachts, den der Polizeibeamte gegenüber dem Befragten hegt. Hierbei hat der Beamte einen Beurteilungsspielraum (Fincke aaO S. 935), den er freilich nicht mit dem Ziel mißbrauchen darf, den Zeitpunkt der Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO möglichst weit hinauszuschieben (vgl. BGH NSTz 1983, 86). Neben der Stärke des Verdachtes ist auch von Bedeutung, wie sich das Verhalten des Beamten nach außen, auch in der Wahrnehmung des Befragten darstellt (vgl. - in anderem Zusammenhang - BGHSt 34, 138, 140). Diese Kombination objektiver und subjektiver Merkmale liegt der Vorschrift des § 397 Abs. 1 AO zugrunde (vgl. auch Fincke aaO S. 952; Geppert aaO S. 328; Rogall aaO Rdn. 31 ff). Es gibt polizeiliche Verhaltensweisen, die schon nach ihrem äußeren Befund belegen, daß der Polizeibeamte dem Befragten als Beschuldigten begegnet, mag er dies auch nicht zum Ausdruck bringen. Das wird etwa für Gespräche gelten, die der Beamte mit einem Verdächtigen führt, den er im Kraftfahrzeug der Polizei mit zur Polizeiwache nimmt; hier wird selbst bei einem vergleichsweise geringen Grad des Verdachtes vor jeder Befragung ein Hinweis nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO anzubringen sein. Dasselbe gilt selbstverständlich, sobald der Betroffene vorläufig festgenommen worden ist, oder bei einer beim Verdächtigen vorgenommenen Durchsuchung.

5. Der Senat läßt die Fragen offen, ob das von ihm angenommene Verwertungsverbot auch gegenüber Dritten oder in 27
Verfahren wegen Ordnungswidrigkeiten gilt.

IV.

Die rechtsvergleichenden Ausführungen des vorlegenden Oberlandesgerichts geben dem Senat Anlaß zu folgenden Bemerkungen: Bei aller Vorsicht, die bei Rechtsvergleichen wegen der unterschiedlichen strafprozessualen Prinzipien geboten ist, kann gesagt werden, daß in Rechtsordnungen des westlichen Auslands sowohl die in BGHSt 31, 395 zugrunde gelegte Wertung als auch ein Verwertungsverbot, wie es nunmehr vom Senat angenommen wird, anzutreffen sind. 28

1. Gewisse Parallelen zu der bisherigen Rechtsprechung des Senats finden sich u.a. in Frankreich und Italien. In Frankreich ziehen Belehrungsmängel, die dem Untersuchungsrichter unterlaufen, kraft Gesetzes die Nichtigkeit der Beweiserhebung nach sich (Art. 114, 170 CPP), während eine vergleichbare Sanktion im Hinblick auf polizeiliche Vernehmungen im Gesetz nicht vorgesehen ist und von der Praxis unter Widerspruch der Lehre auch nicht aus allgemeinen Prinzipien hergeleitet wird (Stefani/Levasseur/Bouloc, *Procédure Pénale* 13. Aufl. (1987) S. 407 f, 652 ff; vgl. auch Eser ZStRW 79 (1967) S. 564, 582). Ähnliches hat jedenfalls bis zum Inkrafttreten der neuen Strafprozeßordnung (1989) in Italien gegolten (vgl. Conso/Grevi, *Codice di Procedura Penale* (1987) Art. 78 Anm. VII, S. 343). In Österreich ist die Belehrung des polizeilich vernommenen Beschuldigten über sein Schweigerecht bisher nicht durch das Gesetz vorgeschrieben; die Einführung einer solchen Vorschrift ist geplant (vgl. Miklau/Szymanski in: *Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie - Festschrift für Franz Pallin* (1989) S. 249, 271). 29

2. Das englische Recht, auf das das Oberlandesgericht Celle hingewiesen hat, nimmt eine Mittelstellung ein: Der Polizei obliegt eine dem § 136 Abs. 1 StPO entsprechende Belehrungspflicht (Nr. 10 des Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers). Ob ein Verstoß gegen diese Pflicht ein Verwertungsverbot begründet, ist vom Richter nach den Umständen des Falles im Blick auf die Grundsätze eines fairen Verfahrens zu entscheiden (Section 78 des Police and Criminal Evidence Act 1984). 30

3. In anderen Ländern zieht der Verstoß gegen Belehrungspflichten der Polizei grundsätzlich ein Verwertungsverbot nach sich. 31

a) Das Oberlandesgericht Celle hat zutreffend auf ein in Dänemark höchstrichterlich angenommenes Beweisverwertungsverbot (Ugeskrift for Retsvaesen 1970 A S. 901) hingewiesen (zur Praxis in anderen skandinavischen Ländern vgl. Andenaes in: *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966*, Bd. I Teil 3 A, S. 27 ff. und Jescheck ebenda Teil 3 B S. 11f.). 32

b) Mit Recht weist das vorlegende Oberlandesgericht auf die besondere Bedeutung hin, die der Entscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten in der Sache *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 (1966); vgl. dazu Salditt GA 1992, 51) für die Herausarbeitung eines Beweisverwertungsverbotes zukommt. Allerdings wäre in dem Vorlagefall nach der Rechtsprechung des Supreme Court kein Verwertungsverbot angenommen worden. Das Verwertungsverbot betrifft nach der genannten Entscheidung nur die "custodial interrogation". Damit ist in erster Linie die den Beschuldigten isolierende und irritierende Umgebung in der Polizeiwache gemeint. Als "custodial" gelten auch sonst Situationen nach der Festnahme durch die Polizei (arrest) und vergleichbare Verhältnisse, etwa das Eindringen der Polizei in die Wohnung und die Mitnahme des Beschuldigten im Polizeiwagen (*Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324; *Rhode Island v. Innis*, 466 U.S. 291). Der Supreme Court hat aber keinen Zweifel daran gelassen, daß der "ordinary traffic stop" und die Befragung auf der Straße keine "custodial interrogation" begründen (*Berkemer v. McCarty* 468 U.S. 420 (1984)). 33

c) Von speziellem rechtsvergleichendem Interesse ist die Rechtsprechung des niederländischen obersten Gerichtes (Hoher Rat). Es legt bei gleicher Gesetzeslage wie in Deutschland ein Verwertungsverbot zugrunde, nimmt davon jedoch Fälle aus, in denen der Tatrichter Grund zu der Annahme hatte, daß das Ausbleiben der polizeilichen Belehrung den Angeklagten nicht in seiner Verteidigung benachteiligt hat. In Fällen, in denen sich der Verteidiger des Angeklagten in der Hauptverhandlung nicht auf den Verfahrensmangel berufen hatte, ist in diesem Sinne angenommen worden, daß der Angeklagte nicht benachteiligt worden ist (Nederl. Jurispr. 1979 Nr. 268, 567; 1980 Nr. 243; 1985 Nr. 37; 1985 Nr. 885). Besondere Sorgfalt hat der niederländische Hohe Rat auf die Bestimmung des Zeitpunkts gewandt, zu dem die Vernehmung und damit Belehrungspflicht beginnt (z.B. Nederl. Jurispr. 1980 Nr. 243; 1985 Nr. 885; 1990 Nr. 258; vgl. auch das Obergericht (Hof) Amsterdam aaO 1991 Nr. 162). Die beträchtliche Zahl der hierzu ergangenen Entscheidungen zeigt, daß die praktisch wichtige Frage, wann die Pflicht zur Belehrung beginnt, noch nicht voll geklärt ist, ohne daß dies als Argument gegen die Annahme eines Verwertungsverbotes verstanden würde. 34

V.

Der 1. und 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs haben mitgeteilt, daß sie keine Entscheidungen getroffen haben, die 35

auf der in BGHSt 31, 395 bezeichneten Rechtsauffassung beruhen. Auch der 3. Strafsenat hat auf die Anfrage des 5. Strafsenats keine Entscheidung mitgeteilt, auf die diese Voraussetzung zutrifft. Der 4. Strafsenat hat erklärt, er halte nicht mehr an seiner mit Urteil vom 20. März 1975 - 4 StR 582/74 - geäußerten Rechtsauffassung fest, die mit BGHSt 31, 395 übereinstimme.

VI.

Der Generalbundesanwalt hat beantragt, im Sinne der Grundsätze der Entscheidung BGHSt 31, 395 zu beschließen. 36