

Entscheidung | Straf- und Strafprozessrecht

Pflichtverteidigerbestellung für den im Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts aufgrund eines Haftbefehls ergriffenen Beschuldigten erst vor seiner verantwortlichen Vernehmung geboten

BGH, Beschluss v. 20. 10. 2014 – 5 StR 176/14 –. Für BGHSt bestimmt.

DOI 10.1515/juru-2015-0016

StPO § 115, StPO § 136 Abs. 2, StPO § 140 Abs. 1 Nr. 4, StPO § 141 Abs. 3 Satz 2, StPO § 163 a Abs. 3 Satz 2

Regelmäßig keine notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren schon vor einer verantwortlichen Vernehmung des Beschuldigten nach dessen Ergreifung aufgrund eines Haftbefehls wegen Mordverdachts.

BGH, Beschluss v. 20. 10. 2014 – 5 StR 176/14 –. Für BGHSt bestimmt.

Gründe

1 Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Mordes in Tateinheit mit Raub mit Todesfolge zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Hiergegen richtet sich die auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision der Angeklagten. Das Rechtsmittel vermag aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts aufgeführten Gründen nicht durchzudringen. Der ergänzenden Erörterung bedarf Folgendes:

2 1. Die Revision beanstandet, dass die Angeklagte unter »Verletzung der § 163 a Abs. 3 Satz 2, § 136 Abs. 2, § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO, Art. 6 Abs. 3 Buchst. c MRK« ohne Beiordnung eines Verteidigers zweimal polizeilich und einmal durch den Haftrichter vernommen worden sei. Trotz eines daraus resultierenden Beweisverwertungsverbots seien die Vernehmungsbeamten und der Ermittlungsrichter gegen den Widerspruch der Verteidigung in der Hauptverhandlung über den Inhalt der Vernehmungen vernommen und ein Teil der Feststellungen auf deren Aussagen gestützt worden.

3 a) Folgendes Verfahrensgeschehen liegt zugrunde:

4 Am 12. September 2001 wurde die 63 Jahre alte D. gewaltsam getötet in ihrer Wohnung aufgefunden. Die Ermittlungen verliefen zunächst ergebnislos. Nach deren Wiederaufnahme im Dezember 2012 ergab ein DNS-Abgleich einer Speichelprobe der Angeklagten Übereinstimmung unter anderem mit in der Hand der Getöteten gefundenen Haaren. Gegen die Angeklagte wurde am 27. Februar 2013 Haftbefehl erlassen. Am 5. März 2013 wurde sie festgenommen und zur Berliner Mordkommission verbracht. Noch am selben Tag und am Vormittag des folgenden Tages wurde sie jeweils nach ordnungsgemäßer Belehrung auch über ihr Recht auf Verteidigerkonsultation vernommen. Anschließend wurde sie dem Haftrichter vorgeführt. Nach weiterer korrekter Belehrung war sie aussagebereit, erklärte, keinen Anwalt zu benötigen und noch nie einen benötigt zu haben. Zur Sache bekundet sie, sie habe schon bei der Polizei ausgesagt. Was sie dort gesagt habe, sei zutreffend. Auf Vorhalt einer Passage aus einem Vernehmungsprotokoll bekundete sie, dass sie es ja gewesen sein müsse. Sie sei da gewesen und habe die Frau angegriffen. Weiter wolle sie jetzt nichts sagen. Der Ermittlungsrichter ordnete den Vollzug des Haftbefehls an und bestellte der Angeklagten einen Pflichtverteidiger.

5 Am zweiten Hauptverhandlungstag (18. September 2013) widersprach der Verteidiger vorab der Verwertung der polizeilichen und richterlichen Vernehmungen. Nach Herbeiführung von Gerichtsbeschlüssen (§ 238 Abs. 2 StPO) wurden die Polizeibeamten und der Ermittlungsrichter vernommen. Ein weiterer Verwertungswiderspruch erfolgte nicht.

6 b) Die Rüge ist zulässig erhoben (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts bedurfte es keines gesonderten (zweiten) Verwertungswiderspruchs im Anschluss an die Vernehmung der genannten Beweispersonen. Nach der Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs kann der Widerspruch nämlich grundsätzlich auch umfassend vorab erklärt werden; in diesem Fall muss ihn der Verteidiger nach Abschluss der Zeugenvernehmung nicht noch einmal ausdrücklich wiederholen (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2003 – 5 StR 307/03, NStZ 2004, 389; Urteil vom 27. Juni 2013 – 3 StR 435/12, NJW 2013, 2769, 2771f., insoweit in BGHSt 58, 301 nicht abgedruckt; KK/Diemer, StPO, 7. Aufl., § 136 Rn. 28). Der durch die Verteidigung erhobene Widerspruch wird auch ansonsten den Anforderungen gerecht.

7 Der Senat kann dahingestellt lassen, ob anderes zu gelten hätte, wenn sich bei freibeweislicher Klärung von der Verteidigung erhobener Beanstandungen etwa gewichtige Anhaltspunkte für deren Haltlosigkeit ergeben haben würden. Dies könnte im vorliegenden Fall für den nach rechtsfehlerfreier Würdigung der Schwurgerichtskammer durch die Beweisaufnahme widerlegten und von der Verteidigung mit der Revision nicht weiterverfolgten Vortrag gelten, die Vernehmungsbeamten hätten die irri- ge Annahme der Angeklagten ausgenutzt, nicht den Rat eines Verteidigers in Anspruch nehmen zu können, weil sie sich einen solchen nicht zu leisten vermöge. Indessen stützt sich die Revision auf die Erwägung, die Staatsanwaltschaft hätte vor einer Vernehmung zwingend auf die Beiordnung eines Verteidigers hinwirken müssen (§ 141 Abs. 3 Satz 2 StPO). Dieser Gesichtspunkt wurde durch die Vernehmungen aber nicht berührt.

8 c) Die Rüge ist unbegründet.

9 aa) Der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach entschieden, dass nach geltendem Recht (§ 141 Abs. 3 Satz 2 StPO) auch mit Bedacht auf Art. 6 Abs. 3 Buchst. c MRK keine Pflicht besteht, dem Beschuldigten stets bereits frühzeitig im Ermittlungsverfahren, etwa beginnend mit dem dringenden Verdacht eines (auch schweren) Verbrechens, einen Verteidiger zu bestellen (BGH, Beschlüsse vom 5. Februar 2002 – 5 StR 588/01, BGHSt 47, 233, 236f.; vom 17. Dezember 2003 – 5 StR 501/03, BGHR StPO § 141 Bestellung 8; vom 19. Oktober 2005 – 1 StR 117/05, NStZ-RR 2006, 181, 182; vom 10. Januar 2006 – 5 StR 341/05, NJW 2006, 1008, 1010). Das gilt auch dann, wenn ein Haftbefehl besteht (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2003 – 5 StR 501/03, aaO).

10 Von dieser Rechtsprechung abzurücken, besteht kein Anlass. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2274) den Zeitpunkt der rechtlich zwingenden Bestellung eines Pflichtverteidigers in § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO in Kenntnis der bestehenden Rechtsprechung bewusst auf den Beginn der Vollstreckung der Untersuchungshaft festgelegt hat. Nach § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO hat die Verteidigerbestellung »unverzüglich« zu er-

folgen, sofern der Haftbefehl nach seiner Verkündung nicht außer Vollzug gesetzt wird (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13097, S. 19). Erst mit der Aufrechterhaltung der Haft nach § 115 Abs. 4 Satz 1 StPO liegt eine Vollstreckung der Untersuchungshaft im Sinne des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO vor. Forderungen, frühere Ereignisse, wofür beispielsweise der Erlass eines Haftbefehls oder die Ergreifung des Beschuldigten in Betracht gekommen wären, haben sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchgesetzt (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht, aaO, S. 16f.; siehe auch BGH, Beschluss vom 5. Februar 2002 – 5 StR 588/01, aaO, S. 237; Jahn in Festschrift Rissing-van Saan, 2011, S. 275, 277f. mwN).

11 bb) Diesen gesetzlichen Vorgaben wurde hier mit der sofortigen Verteidigerbestellung nach Anordnung des Vollzugs der Untersuchungshaft entsprochen. Besonderheiten, etwa die Durchführung einer beweisichernden ermittelungsrichterlichen Vernehmung eines wesentlichen Belastungszeugen in Abwesenheit des Beschuldigten (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juli 2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93, 99f.), waren nicht gegeben. Der Umstand allein, dass die bislang unbestrafte Angeklagte über keine Erfahrungen mit der Strafjustiz verfügte und mit einem Mordvorwurf konfrontiert wurde, genügt für die Annahme einer von der Verteidigung geltend gemachten Ermessensreduktion auf Null auf Seiten der Staatsanwaltschaft in Richtung auf sofortige Verteidigerbestellung nicht.

12 cc) Allerdings haben die Polizeibeamten gegen § 115 Abs. 1 StPO verstoßen, indem sie die Angeklagte nach ihrer Ergreifung nicht unverzüglich dem zuständigen Gericht vorgeführt, die Vorführung vielmehr zum Zweck der Durchführung polizeilicher Beschuldigtenvernehmungen aufgeschoben haben (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 1995 – 5 StR 547/94, BGHR StPO § 128 Abs. 1 Vorführungsfrist 2; Urteil vom 17. November 1989 – 2 StR 418/89, NJW 1990, 1188). Dieser Verfahrensfehler verengt jedoch nicht den der Staatsanwaltschaft in § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO übertragenen Beurteilungsspielraum betreffend das Hinwirken auf sofortige Verteidigerbestellung. Vielmehr wäre es – sofern eingebunden – deren Pflicht gewesen, nachhaltig für die Wahrung des Unverzöglichkeitsgebots nach § 115 Abs. 1 StPO Sorge zu tragen. Infolge der in erster Linie auf Gewährleistung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG zielenden Schutzrichtung des § 115 Abs. 1 StPO (vgl. BVerfG [Kammer], NStZ 1994, 551, 552; LR/Hilger, StPO, 26. Aufl., § 115 Rn. 1), die das Interesse an frühzeitiger Verteidigerbestellung (vgl. auch KK/Graf, StPO, 7. Aufl., § 115 Rn. 1a) gleichsam als Reflex mit umfasst, vermag die Verletzung dieser Vorschrift den Zeitpunkt rechtlich zwingender Verteidigerbestellung aber nicht vorzuverlagern.

13 Ein Verwertungsverbot wäre freilich anzunehmen, wenn die Polizeibeamten die gebotene Vorführung bewusst unterlassen hätten, um die Verteidigerbestellung durch den Haftrichter zu umgehen. Dafür sind jedoch keine Anhaltspunkte vorhanden. Hiergegen spricht vielmehr, dass der Haftrichter nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers die aussagebereite Beschuldigte – wie geschehen – in dem in § 115 Abs. 2 StPO bezeichneten Zeitrahmen vor Vollstreckung der Untersuchungshaft ohne vorherige Verteidigerbestellung hat vernehmen dürfen. Es liegt die Annahme nahe, dass die Beamten hier in bloßer Verkennung des § 115 Abs. 1 StPO bestrebt waren, dem zuständigen Gericht eine tragfähige Grundlage für seine Entscheidung über den Vollzug der Untersuchungshaft zu vermitteln.

14 2. Die Verletzung des in § 115 Abs. 1 StPO normierten Unverzüglichkeitsgebots hat die Revision, was sie in ihrer Erwidern auf die diesen Gesichtspunkt hervorhebende Zuschrift des Generalbundesanwalts auch nicht in Abrede gestellt hat, nicht in einer Verfahrensrüge beanstandet, sich vielmehr ausdrücklich auf die Rüge unterlassener Verteidigerbestellung beschränkt. Damit ist dem Senat die Prüfung verwehrt, ob dieser Verfahrensfehler etwa zur Unverwertbarkeit der von der Angeklagten vor der Polizei, unter Umständen auch vor dem Haftrichter gemachten Angaben hätte führen müssen; hiergegen sprächen die Einhaltung immerhin der in Art. 104 Abs. 3 GG bestimmten Frist (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 1995 – 5 StR 547/94, aaO), die nach Vorführung vor den Haftrichter und korrekter Belehrung gleichwohl erfolgte Aussage der Angeklagten, die den Beistand eines Verteidigers ausdrücklich nicht begehrte, sowie die Schwere des Tatvorwurfs. Die Angriffsrichtung bestimmt den Prüfungsumfang des Revisionsgerichts; einem Revisionsführer steht es wegen seiner Dispositionsbefugnis zu, ein Prozessgeschehen nur unter einem bestimmten Gesichtspunkt zu rügen, einen etwa zusätzlich begangenen Verfahrensverstoß aber hinzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 3. September 2013 – 5 StR 318/13, NStZ 2013, 671; Beschluss vom 29. November 2013 – 1 StR 200/13, NStZ 2014, 221, jeweils mwN).

15 Darüber hinaus wäre die Revision mit einer etwa erhobenen diesbezüglichen Verfahrensrüge auch ausgeschlossen. Denn die Verteidigung hat schon den in der Hauptverhandlung erhobenen Verwertungswiderspruch nicht (auch) auf die Verletzung des Unverzüglichkeitsgebots gestützt, was insoweit eine Rügepräklusion nach sich ziehen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 11. September 2007 – 1 StR 273/07, BGHSt 52, 38, 42ff.; Mosbacher in Festschrift Rissing-van Saan, 2011, S. 357, 375f.).

16 3. Die Überprüfung des Urteils aufgrund der durch die Angeklagte erhobenen Sachrüge hat keinen durchgreifen-

den Rechtsfehler zu ihrem Nachteil ergeben. Der Senat kann angesichts mangelnden Beruhens dahingestellt lassen, ob angesichts der konkreten Gegebenheiten (glaubhaftes Geständnis der Angeklagten, weitere belastende Indizien) die Mitteilung nur des Ergebnisses des DNA-Gutachtens (Übereinstimmung mit der DNA der Angeklagten) hier ausnahmsweise genügen würde (vgl. zu den Anforderungen BGH, Urteile vom 5. Juni 2014 – 4 StR 439/13, NJW 2014, 2454; vom 21. März 2013 – 3 StR 247/12, BGHSt 58, 212).

Anmerkung

I. Vorbemerkung

Mit der vorstehend abgedruckten Entscheidung setzt der 5. Strafsenat seine Auseinandersetzung mit dem 1. Strafsenat um die Frage fort, zu welchem Zeitpunkt im Vorverfahren ein Verteidiger bestellt werden muss, wenn es um den Vorwurf eines Verbrechens geht.¹ Diese Auseinandersetzung läuft in einer schon von der Form her sehr bemerkenswerten Art und Weise ab: Beide Senate halten nun schon seit mehr als einem Jahrzehnt an ihrem jeweiligen Standpunkt fest, wobei sie ihre Entscheidungen auch immer wieder für die Amtliche Sammlung vorsehen – und damit dokumentieren, dass sie diesen eine grundsätzliche Bedeutung beimessen. Gleichzeitig werden die konträren Entscheidungen des jeweils anderen Senats – die ebenfalls in der Amtlichen Sammlung zu findenden sind und denen damit also auch eine besondere Bedeutung zukommen soll – soweit wie möglich ignoriert. Auch wenn sich möglicherweise irgendwie begründen lässt, dass die Voraussetzungen, die eine Vorlage an den Grossen Senat zwingend machen,² vorliegend nicht gegeben sind, muss man als aussenstehender Beobachter dieses eigentümlichen Schattensboxens doch konstatieren, dass es der Aufgabe des BGH, für eine einheitliche Rechtsanwendung im Bundesgebiet zu sorgen,³ nicht wirklich entspricht, wenn die Antwort auf die für den jeweiligen Beschuldigten doch ganz zentrale Frage nach dem Zeitpunkt, in dem die Beiordnung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren zu erfolgen hat, davon abhängig sein soll, in welchem Teil der Bundesrepublik das Verfahren geführt wird.

¹ Vgl. hierzu auch bereits *Sowada*, NStZ 2005, 1ff.; *Wohlers*, FS Rudolphi, 2004, S. 711ff.

² Zu diesen vgl. nur SK-StPO/*Frister*, § 132 GVG Rn. 17f.

³ LR/*Franke*, Vor § 333 Rn. 7f.; SK-StPO/*Frisch*, Vor § 333 Rn. 14, jeweils m. w. N.

Die Frage, wann bei einem im Raum stehenden Verbrechensvorwurf die Bestellung eines Verteidigers als zwingend anzusehen ist (vgl. hierzu nachfolgend unter II.), ist in der vorstehend abgedruckten Entscheidung in revisionsrechtliche Detailfragen eingebettet, die ebenfalls Anlass zu Bemerkungen geben: die Widerspruchslösung und deren Umgestaltung in eine vorweggenommene Verfahrensrüge (vgl. unten III.). Schliesslich wirft der 5. Strafsenat auch noch die bisher soweit ersichtlich nicht behandelte Frage auf, ob sich aus der Missachtung des Unverzögerlichkeitsgebots des § 115 Abs. 1 StPO ein Verwertungsverbot ergeben könnte, was ebenfalls zu einigen kurzen Bemerkungen Anlass gibt (vgl. unten IV.).

II. Der Zeitpunkt der Bestellung eines Verteidigers im Vorverfahren

Vorliegend ist die Beschuldigte am 5. März 2013 aufgrund eines wegen des Vorwurfs des Mordes erlassenen Haftbefehls festgenommen und noch am selben Tag sowie ein weiteres Mal am nächsten Tag von der Polizei vernommen worden, wobei sie nach jeweils ordnungsgemässer Belehrung auch über ihr Recht auf vorgängige Verteidigerkonsultation Angaben zur Sache gemacht hat. Nach der zweiten polizeilichen Vernehmung erfolgte die Vorführung vor den Haftrichter, vor dem die Beschuldigte – wiederum nach korrekter Belehrung – ebenfalls zur Sache ausgesagt hat. Zu klären bleibt, ob trotz des Verzichts der Beschuldigten auf den Beistand eines Verteidigers ein solcher hätte bestellt werden müssen, weil es um einen Mordvorwurf und damit um ein Verbrechen ging.

Gemäss § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO ist die Verteidigung eine notwendige, wenn »dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird«. Die für die Praxis zentrale Frage, wann die Beordnung zu erfolgen hat, wird von den Strafsenaten des BGH nicht einheitlich gesehen. Während der 1. Strafsenat unter Zustimmung eines Teils der Lehre in die Richtung tendiert, dass eine Beordnung bereits dann zu erfolgen hat, wenn wegen einer als Verbrechen einzustufenden Tat ermittelt wird,⁴ hält der 5. Strafsenat mit der vorstehend abgedruckten Entscheidung an der von ihm schon seit längerem vertretenen Auffassung fest, dass dem Beschuldigten auch dann, wenn es um ein schweres

Verbrechen geht, nicht stets sofort ein Verteidiger zu bestellen sei;⁵ dies gelte auch dann, wenn ein Haftbefehl bestehe (Rz. 9).⁶ Der Gesetzgeber habe den Zeitpunkt, in dem ein Verteidiger zwingend bestellt werden muss, bewusst auf den Beginn der faktischen Vollstreckung des Haftbefehls gesetzt; entscheidend sei damit, ob der Haftbefehl nach seiner Verkündung ausser Vollzug gesetzt oder aber aufrechterhalten werde. Forderungen nach einer Vorverlegung hätten sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchgesetzt (Rz. 10). Besondere Umstände, wie z. B. eine beweisichernde Vernehmung eines wesentlichen Belastungszeugen, die für eine Vorverlagerung des Zeitpunktes sprechen können,⁷ sind nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall nicht gegeben. Der Umstand, dass die Polizei dem Gebot der unverzüglichen Vorführung (§ 115 Abs. 1 StPO) nicht entsprochen habe, begründe keine Pflicht zur unverzüglichen Bestellung eines Verteidigers (Rz. 12).

Dem Senat ist darin Recht zu geben, dass der Gesetzgeber den Zeitpunkt der zwingenden Beordnung in § 141 Abs. 1 und § 141 Abs. 3 Satz 4 i. V. m. § 140 Abs. 1 Nr. 4 differenziert geregelt hat.⁸ Anzumerken bleibt allerdings, dass diese Regelung auf der Fehlannahme beruht, dass das Vorverfahren nur vorbereitende Bedeutung hat.⁹ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass eine Beordnung nach § 141 Abs. 3 StPO auch bereits während des Vorverfahrens möglich ist und die Staatsanwaltschaft gemäss § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO die Beordnung zu beantragen hat, »wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird«. Ob sich aus dem Verweis auf § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO ergibt, dass dies stets dann der Fall ist, wenn es um ein Verbrechen geht, ist umstritten: Während der 1. Strafsenat die auch im Schrifttum weit verbreitete Auffassung zu teilen scheint, dass eine Beordnung spätestens dann zwingend ist, wenn eine Vernehmung erfolgen soll,¹⁰ lehnt der 5. Strafsenat diesen Standpunkt

⁵ Vgl. BGHSt 47, 233, 236f.; BGH NJW 2006, 1008, 1010.

⁶ Unter Verweis auf BGH vom 17. 12. 2003 – 5 StR 501/03 = BGHR StPO § 141 Bestellung 8.

⁷ Vgl. BGHSt 46, 93, 99f.

⁸ So auch *Knauer*, NSTZ 2014, 724.

⁹ SK-StPO/Wohlers, § 141 Rn. 4.

¹⁰ Vgl. BGHSt 46, 93, 98f.; 47, 172, 176; vgl. auch OLG Oldenburg NJW 2009, 3044; LR/Lüderssen/Jahn, § 141 Rn. 24 a; AnwK-StPO/Krekeler/Werner, § 141 Rn. 4; HK/Julius, § 141 Rn. 10; *Reinhart*, in: Radtke/Hohmann, StPO, § 141 Rn. 6.

Der Verfasser dieser Anmerkung hat in verschiedenen Publikationen den Ansatz vertreten, dass eine Beordnung dann zu erfolgen hat, wenn Beschuldigter wegen der Schwere der drohenden Sanktion, wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage oder weil er selbst

⁴ Vgl. BGH StV 2006, 566, 567 = NSTZ 2006, 236, 237; LR/Lüderssen/Jahn, § 140 Rn. 23f.; HK-StPO/Julius, § 140 Rn. 6; *Beulke*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, § 140 Rn. 15; SK-StPO/Wohlers, § 140 Rn. 7.

vehement ab.¹¹ Er erkennt zwar Ausnahmefallgestaltungen an, in denen die frühzeitige Beiordnung zu erfolgen hat, sieht den Anwendungsbereich dieser Ausnahmefallgestaltungen aber offenbar deutlich enger als der 1. Strafsenat, wobei anzumerken bleibt, dass der 5. Strafsenat in der vorstehend abgedruckten Entscheidung den sich aus der bisherigen Judikatur ergebender Streitstand verzerrt darstellt, weil er nur eine einzige – vorliegend ersichtlich nicht relevante – Fallgestaltung erwähnt, während die vorliegend tatsächlich einschlägige Fallgestaltung unerwähnt bleibt.

Die Frage, auf die es vorliegend ankommt, ist die, ob eine Beiordnung dann zwingend zu erfolgen hat, wenn wegen des Tatvorwurfs nicht nur ermittelt wird, sondern bereits ein Haftbefehl erlassen worden ist. Der 1. Strafsenat hat einen Zwang zur Beiordnung für die Fälle angenommen, in denen die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Erlass eines Haftbefehls gestellt hat.¹² Etwas anderes soll allerdings für die Fälle gelten, in denen noch abgeklärt werden muss, ob der für den Erlass eines Haftbefehls notwendige dringende Tatverdacht gegeben ist oder nicht.¹³ Dies ist allerdings dann nicht (mehr) der Fall, wenn ein Haftbefehl nicht nur beantragt, sondern – wie im vorliegenden Fall geschehen – bereits erlassen worden ist: Mit dem Erlass des Haftbefehls hatte der den Haftbefehl erlassende Richter ja bereits zum Ausdruck gebracht, dass er die Beschuldigte für dringend verdächtig hielt, einen Mord begangen zu haben. Wenn der 5. Strafsenat meint, dass die Beiordnung trotzdem erst zu dem Zeitpunkt zwingend zu erfolgen habe, in dem der Haftbefehl vollstreckt wird, begründet dies einem klaren Widerspruch zur Auffassung des 1. Strafsenats. Dass es der 5. Strafsenat nicht für notwendig erachtet, auf den abweichenden Standpunkt des 1. Strafsenats einzugehen oder diesen auch nur zu vermerken, ist schon erstaunlich. Es wäre im Interesse der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung zu wünschen,

sich nicht effektiv verteidigen kann oder wegen einer Kombination der genannten Kriterien des Beistands eines Verteidigers bedarf und eine Nichtgewährleistung des Rechts auf effektive Verteidigung später nicht mehr mit hinreichender Sicherheit kompensiert werden kann (vgl. SK-StPO/Wohlers, § 141 Rn. 8; ders., FS Rudolphi, S. 730 ff.), wobei dieser Standpunkt in den Fällen, in denen es um Kapitaldelikte geht regelmässig zu einer zwingenden Beiordnung führen wird.

¹¹ Vgl. BGHSt 47, 233, 237 mit abl. Anm. Roxin, JZ 2002, 898; BGH NStZ 2004, 390; BGH NJW 2006, 1008, 1010; vgl. auch Meyer-Gossner, § 141 Rn. 5; kritisch zum Standpunkt des 5. Strafsenats: Wohlers, FS Rudolphi, S. 723 f.

¹² BGHSt 47, 172, 176 f. mit Anm. Wohlers, JR 2002, 294; Sowada, NStZ 2005, 1, 4 f.; SK/Wohlers, § 141 Rn. 7; Wohlers, FS Rudolphi, S. 722; vgl. auch KK-StPO/Laufhütte/Willnow, § 141 Rn. 7

¹³ BGH NStZ-RR 2006, 181, 182.

dass der BGH in der Frage der zwingenden Beiordnung eines Verteidigers im Vorverfahren zu einer einheitlichen und sachlich überzeugenden Linie findet. Wenn diese Frage, die natürlich unter anderem auch noch die Frage nach den Konsequenzen im Falle der nicht (rechtzeitig) erfolgten Beiordnung beinhaltet,¹⁴ nur durch den Grossen Senat zu beantworten ist, dann sollte dieser mit der Sache befasst werden: Der Horror pleni kann kein Grund dafür sein, dass die Auslegung und Anwendung einer für die Stellung des Beschuldigten als Prozesssubjekt zentralen Norm davon abhängt, welcher Strafsenat des BGH über eine etwaige Revision zu befinden hätte.

In der Sachfrage selbst hat sich der Verfasser dieser Zeilen bereits in früheren Publikationen¹⁵ als Befürworter der vom 1. Strafsenat verfolgten Linie geoutet. Den dortigen Ausführungen ist nur hinzuzufügen, dass der Rechtsprechung des 5. Strafsenats ein aus hiesiger Sicht nur noch als bizarr zu bezeichnendes Bild von der prozessualen Handlungsfähigkeit des unverteidigten Beschuldigten zugrunde liegt: Sowohl der vorliegend entschiedene als auch der BGHSt 47, 233 zugrunde liegende Fall sind schlagende Beispiele dafür, dass ein Beschuldigter, der angesichts eines Mordvorwurfs auf den Beistand eines Verteidigers verzichtet, entweder unzutreffend belehrt worden ist oder aber dringend vor sich selbst geschützt werden muss¹⁶ – jedenfalls so lange, bis er aufgeklärt durch einen Verteidiger eine halbwegs autonome Entscheidung darüber treffen kann, ob und wie er sich verteidigen will. Eine Rechtsprechung, die eine Beiordnung erst dann für zwingend erachtet, nachdem sich der Beschuldigte um Kopf und Kragen geredet hat, opfert den Status des Beschuldigten als Prozesssubjekt auf dem Altar des kurzen Prozesses.

¹⁴ Während das AG Hamburg StV 2004, 11, 12 mit Anm. Meyer-Lohkamp und eine in der Literatur stark vertretene Auffassung für ein Verwertungsverbot plädieren (vgl. Sowada, NStZ 2005, 1, 6 f.; Mehle, Zeitpunkt und umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006, S. 336 ff.; SSW/Beulke, § 141 Rn. 21; einschränkend Radtke/Hohmann/Reinhart, § 141 Rn. 8 f.), favorisiert der 1. Strafsenat eine Beweiswürdigungslösung (vgl. BGHSt 46, 93, 103; zustimmend hierzu Radtke/Hohmann/Reinhart, § 141 Rn. 8; ablehnend dagegen SSW/Beulke, § 141 Rn. 21; Mehle, a. a. O., S. 322 ff.).

¹⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 10.

¹⁶ Vgl. auch Sowada, NStZ 2005, 1, 5: »Vielmehr schreibt § 140 hier strikt paternalistisch die Verteidigerbestellung vor ... Deshalb ist bei dringendem Verbrechenverdacht eine Beiordnungspflicht grundsätzlich zu bejahen«.

III. Der Widerspruch in der Hauptverhandlung: eine vorweggenommene Verfahrensrüge?

Im vorliegenden Verfahren hatte die Verteidigung der Verwertung der polizeilichen und richterlichen Vernehmungen in der Hauptverhandlung widersprochen. Der 5. Strafsenat geht davon aus, dass der Widerspruch grundsätzlich nicht nochmals nach Abschluss der Zeugenvernehmungen wiederholt werden muss (Rz. 6 m. w. N.).¹⁷ Der Senat weist dann aber darauf hin, dass etwas anderes gelten könnte, »wenn sich bei freibeweislicher Klärung von der Verteidigung erhobener Beanstandungen etwa gewichtige Anhaltspunkte für deren Haltlosigkeit ergeben haben würden« (Rz. 7). Was der Senat mit diesen Hinweisen konkret sagen will, bleibt dunkel. Sollen die Fälle erfasst sein, in denen der Strafverteidiger an seinem Widerspruch festhält, obwohl Abklärungen durch das Tatgericht die Haltlosigkeit der zur Begründung des Widerspruchs angegebenen Gründe (hierzu sogleich) ergeben haben? Wenn ja: Aufgrund welcher Umstände soll der Verteidiger erkennen können, dass das Tatgericht die Gründe als haltlos einstuft? Oder soll/kann/darf der Hinweis auch so verstanden werden, dass ein bewusst falscher Vortrag der Revisionsverteidigung die prozessuale Folge hätte, dass rückwirkend die Anforderungen an die Verfahrensführung der Instanzverteidigung geändert werden? Wenn dies tatsächlich ernsthaft so gewollt sein sollte, dann wären wir jetzt so weit, dass die Strafsenate des BGH in ihrem Kampf gegen missbräuchliches Verhalten der Revisionsverteidigung offenbar den Satz nicht mehr zu beachten haben, dass Unmögliches nicht verlangt werden kann, und es zulässig sein soll, ein Fehlverhalten der Revisionsverteidigung mit Konsequenzen zu ahnden, die nicht den Revisionsverteidiger treffen, sondern dessen Mandanten. Aber: Verlassen wir das Feld der Textexegese und wenden wir uns den entscheidungstragenden Gesichtspunkten zu.

Für die Praxis bedeutsam ist, dass der Senat an der zwischenzeitlich wohl schon gefestigten Rechtsprechungslinie festhält, nach der die Verteidigung den Widerspruch zu motivieren hat. Verlangt wird, dass in der Begründung »zumindest in groben Zügen anzugeben ist, unter welchem Gesichtspunkt der Angeklagte den zu erhebenden oder bereits erhobenen Beweis für unverwertbar

hält.«¹⁸ Der 5. Strafsenat leitet aus dieser Forderung nun ab, dass alle Gründe, die in dieser Begründung nicht genannt werden, als präkludiert anzusehen sind¹⁹ – wie z. B. vorliegend die Rüge der Verletzung des Art. 115 Abs. 1 StPO (Rz. 15). Wenn man aber davon ausgeht, dass die Begründung des Widerspruchs »die Angriffsrichtung erkennen lassen [muss], die den Prüfungsumfang durch das Tatgericht begrenzt«²⁰, dann mutiert der Widerspruch der Sache nach zur vorweggenommenen Verfahrensrüge.²¹ Dies geht weit über das ursprüngliche (und auch für sich gesehen schon problematische)²² Modell der Widerspruchslösung hinaus. Dass und warum die Tatgerichte darauf angewiesen sind zu erfahren, aus welchen Gründen die Verteidigung der Verwertung eines Beweismittels widerspricht, ist nicht ohne weiteres ersichtlich.²³ Immerhin sind ja die Gerichte dafür verantwortlich, dass die Vorgaben der Strafprozessordnung eingehalten werden. Der Strafprozess mutiert damit partiell zu einem Parteiverfahren,²⁴ wobei die Begründung hierfür wohl nur darin liegen kann, dass die Tatgerichte aus der Sicht des BGH mit der Aufgabe überfordert sind, von sich aus sicherzustellen, dass nur prozessordnungsgemäß erhobene Beweismittel in die Beweiswürdigung Eingang finden.

¹⁸ BGH NJW 2007, 3587, 3588 f.; BGHSt 52, 38, 42; vgl. auch KK-StPO/Diemer, § 136 Rn. 28; Meyer-Gossner, § 136 Rn. 25 sowie – referierend – HK-StPO/Ahlbrecht, § 136 Rn. 40; a. A. Bauer, StV 2011, 635 ff.; Gaede, HRRS 2007, 402, 405 f.; Norouzi, NSTZ 2013, 203, 205 f.; Velten, ZJS 2008, 76, 83; von der Lippe, Die »Widerspruchslösung« der Rechtsprechung für strafprozessuale Beweisverwertungsverbote, 2001, S. 201 f.; Ufer, Der Verwertungswiderspruch in Theorie und Praxis, 2002, S. 131 ff.

¹⁹ Unter Verweis auf BGHSt 52, 38, 42 ff.; Mosbacher, FS Rissing-van Saan, S. 375 f.

²⁰ Mosbacher, FS Rissing van Saan, S. 375.

²¹ SSW/Eschelbach, § 136 Rn. 106; Maiberg, Zur Widerspruchabhängigkeit von strafprozessualen Verwertungsverbote, 2003, S. 218 ff.; Graf von Schlieffen, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, 2009, S. 811 f.

²² Zur Kritik an der Widerspruchslösung vgl. Velten, ZJS 2008, 76, 79 ff.; SSW/Eschelbach, § 136 Rn. 112 ff.; SK-StPO/Rogall, Vor § 133 Rn. 182, § 136 Rn. 78; SK-StPO/Wohlers, § 163 a Rn. 81, jeweils m. w. N.

²³ Vgl. auch Mosbacher, JuS 2015, 129, 131: Dies alles sei nur dann nachvollziehbar, wenn mit der Begründungspflicht eine Ausweitung der Widerspruchsmöglichkeit – insbesondere auch in jeder neuen Hauptverhandlung – einhergehe.

²⁴ Vgl. auch bereits Gaede, HRRS 2007, 402, 405 sowie Velten, ZJS 2008, 76, 81 f.

¹⁷ Insoweit zustimmend auch Knauer, NSTZ 2014, 724, 725 sowie Mosbacher, JuS 2015, 129, 131.

IV. Konsequenzen einer Missachtung des Unverzüglichkeitsgebots (Art. 115 Abs. 1 StPO)

Die Frage, welche Auswirkungen die Verletzung des in § 115 Abs. 1 StPO kodifizierten Unverzüglichkeitsgebots auf die Verwertbarkeit der Angaben der Beschuldigten vor dem Haftrichter hat, konnte der Senat seiner Auffassung nach nicht prüfen, weil die Revision sich allein auf die Rüge der unterlassenen Verteidigerbestellung beschränkt hatte (Rz. 14). Die Verletzung des Unverzüglichkeitsprinzips werde von der Angriffsrichtung der Revision nicht umfasst und sei damit nicht Gegenstand der Revision (Rz. 14). Der Senat lässt es sich aber dennoch nicht nehmen, jedenfalls kurz auf die Frage der Konsequenzen einer Missachtung des Unverzüglichkeitsgebots einzugehen.

§ 115 Abs. 1 StPO bestimmt, dass der auf Grund eines Haftbefehls ergriffene Beschuldigte »unverzüglich dem zuständigen Gericht vorzuführen« ist. Unverzüglich bedeutet ohne jede nach Lage des Falles vermeidbare Verzögerung.²⁵ Selbstverständlich muss ein Identitätsprüfung erfolgen und es darf/muss ein Festnahmebericht erstellt werden; unzulässig ist es aber, die Vorführung zu unterlassen, um weitere Ermittlungen abzuwarten oder vorzunehmen.²⁶ Dies gilt insbesondere auch für die Durchführung einer polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten.²⁷ Da genau dies im vorliegenden Fall geschehen war, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen die darin liegende Missachtung des § 115 Abs. 1 StPO hat.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Missachtung des § 115 Abs. 1 StPO die Freilassung des

Beschuldigten zur Folge hat.²⁸ Die Frage, ob Angaben, die der Beschuldigte in einer nicht unverzüglich herbeigeführten Vernehmung macht, einem Verwertungsverbot unterliegen, ist – soweit ersichtlich – bisher nicht gestellt worden. Der 5. Strafsenat vertritt diesbezüglich nun den Standpunkt, dass der Verstoß gegen § 115 Abs. 1 grundsätzlich kein Verwertungsverbot zur Folge habe. Anders wäre es nur dann, wenn die Polizeibeamten gehandelt hätten, »um die Verteidigerbestellung durch den Haftrichter zu umgehen«. Dafür, dass dies so gewesen sei, seien indes keine Anhaltspunkte vorhanden, vielmehr liege »die Annahme nahe, dass die Beamten hier in blosser Verkenntnis des § 115 Abs. 1 StPO bestrebt waren, dem zuständigen Gericht eine tragfähige Grundlage für seine Entscheidung über den Vollzug der Untersuchungshaft zu vermitteln« (Rz. 13). Abgesehen davon, dass unklar bleibt, ob es sich bei dieser Einschätzung um eine blosser Spekulation handelt²⁹ oder der Senat sich hier auf konkrete Umstände stützen kann,³⁰ stellt sich hier die auch bereits im Zusammenhang mit der Missachtung des Richtervorbehalts³¹ auftauchende Frage, ob es nicht halbherzig ist, die Konsequenz des Verwertungsverbots auf die Fälle der bewussten (und deshalb missbräuchlichen) Umgehung zu beschränken.³² Festzuhalten ist aber auch, dass sich die Tendenz der Rechtsprechung fortsetzt, das Instrument des Verwertungsverbots als Mittel zur präventiven Einwirkung auf die Strafverfolgungsorgane einzusetzen.³³

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers: Basel

²⁵ SK-StPO/Paeffgen, § 115 Rn. 5; Meyer-Gossner, § 115 Rn. 4; HK-StPO/Posthoff, § 115 Rn. 8; KK-StPO/Graf, § 115 Rn. 4, Radtke/Hohmann/Tsambikakis, § 115 Rn. 6.

²⁶ SK-StPO/Paeffgen, § 115 Rn. 5; KK-StPO/Graf, § 115 Rn. 4; AnwK-StPO/Lammer, § 115 Rn. 4.

²⁷ BGH StV 1995, 283; BGH NSTZ 1990, 195 mit Anm. Fezer, JR 1991, 85, 86f.; Deckers, NJW 1991, 1151; Nelles, StV 1992, 385, 388; SK-StPO/Paeffgen, § 115 Rn. 5; Meyer-Gossner, § 115 Rn. 4; HK-StPO/Posthoff, § 115 Rn. 9; SSW/Herrmann, § 115 Rn. 14; KK-StPO/Graf, § 115 Rn. 4.

²⁸ Vgl. – bejahend – HK-StPO/Posthoff, § 115 Rn. 9; SK-StPO/Paeffgen, § 115 Rn. 7 m. w. N. zum Streitstand.

²⁹ Zweifelnd insoweit auch Knauer, NSTZ 2014, 724, 725.

³⁰ Wobei dann auch interessant wäre zu erfahren, auf welchem – revisionsrechtlich zulässigen – Weg der Senat von diesen Umständen Kenntnis erlangt hat.

³¹ Insoweit grundlegend BGHSt 51, 285, 295f.; kritisch hierzu SK-StPO/Wohlers, § 98 Rn. 63 sowie § 105 Rn. 79 m. w. N. zum Streitstand.

³² Vgl. Hüls, ZIS 2009, 160, 164; Wohlers, StV 2008, 434, 438f. m. w. N.

³³ Vgl. hierzu auch bereits Wohlers, FS Wolter, S. 1199f. m. w. N.