

1. Sachverhalt¹

Nach verheimlichter Schwangerschaft erstickt A ihr Neugeborenes kurz nach der Geburt in den frühen Morgenstunden, nachdem sie die gesamte Nacht nicht geschlafen hatte. Bedingt durch einen beträchtlichen Blutverlust sowie geistiger und körperlicher Entkräftung kommt es in der Folge zu zwei Zusammenbrüchen. Gegen Mittag findet die Mutter der A diese verstört und weinend vor. Am Nachmittag wird A ins Krankenhaus und dort nach einer medizinischen Behandlung um 16 Uhr auf eine Station gebracht. Als sie eine Stunde später von der Polizei vernommen wird, behauptet sie, das Kind sei bereits tot auf die Welt gekommen. Ihr wird im Anschluss hieran erklärt, sie sei vorläufig festgenommen.

A erhält gegen 20 Uhr zur Beruhigung zwei Baldriandragees. Bei einer darauffolgenden Vernehmung leugnet sie die Tat weiterhin. Nachdem um 21 Uhr aus medizinischer Sicht feststeht, dass von einer Lebendgeburt ausgegangen werden kann, konfrontieren die Beamten die A hiermit in einer erneuten Vernehmung. A streitet die Vorwürfe jedoch weiter ab. Um 21.25 Uhr erfolgt die erste schriftlich niedergelegte Befragung. Zu diesem Zeitpunkt ist A

Februar 2015 Übermüdungs-Fall

Beweisverwertungsverbote / Verbotene Vernehmungsmethoden

§§ 136, 136a StPO

Leitsätze der Bearbeiter:

1. Ein Geständnis, das im Wege einer durch Ermüdung beschränkten freien Willensbetätigung abgelegt wird, steht dem Rechtsgedanken des § 136a StPO entgegen und unterliegt einem Verwertungsverbot.
2. Weder subjektive Einschätzungen der Vernehmungsbeamten noch fachmedizinische Auskünfte, die eine entsprechende Ermüdung ausschließen oder die unterlassene ausdrückliche Berufung auf die Müdigkeit durch den Beschuldigten selbst sind hierfür hinderlich.

BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 – 5 StR 296/14; veröffentlicht in: NSTZ 2015, 46.

bereits 38 Stunden wach. Nachdem sie zunächst erklärt, dass sie mit der Situation überfordert sei, gesteht sie nach erneutem anfänglichem Bestreiten die Tat. Die Befragung endet am Tattag um 23.25 Uhr.

Das LG verurteilt A wegen Totschlags, wobei es das von A abgelegte Geständnis verwertet. Hiergegen legt A Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall geht es um die Verwertung eines **Geständnisses**, das während der polizeilichen Vernehmung im Vorverfahren abgelegt wurde. Vor Gericht können nur bestimmte Beweismittel verwertet werden. Zu den gesetzlich vorgesehenen Beweismitteln zählen der Zeugen-, der Sachverständigen-, der Urkunden- und der Augen-

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

scheinsbeweis. Die Aussage des Angeklagten in der Hauptverhandlung (z.B. in Form eines Geständnisses), auch Einlassung genannt, ist kein Beweismittel im eigentlichen Sinne (vgl. § 244 Abs. 1 StPO², wonach die Beweisaufnahme der Vernehmung des Angeklagten nachfolgt). Sie findet jedoch Berücksichtigung im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung gem. § 261 und wird daher als Beweismittel im weiteren Sinne bezeichnet.³ Die Aussage des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren kann auf zweierlei Weise verwertet werden: Entweder im Wege des Zeugenbeweises, indem der den Beschuldigten vernehmende Polizeibeamte angehört wird, oder in Form des Urkundenbeweises, durch das Verlesen des Vernehmungsprotokolls.⁴ Aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz gem. §§ 226, 250, 261 folgt, dass der Zeugenbeweis dem Urkundenbeweis dabei grundsätzlich vorgeht, es sei denn, dies ist, z.B. wegen des Todes des Zeugen, nicht möglich. Hinsichtlich der Art und Weise, wie der Sachverhalt aufzuklären ist, wird zwischen dem Streng- und dem Freibeweisverfahren differenziert. Das **Strengbeweisverfahren** gilt für alle Beweiserhebungen innerhalb der Hauptverhandlung, die sich auf die Schuld- und Rechtsfolgenfrage beziehen. Dabei ist das Gericht an die oben genannten Beweismittel gebunden (numerus clausus der Beweismittel). Ein Geständnis ist das Zugestehen der Tat oder einzelner Tatsachen, die für die Entscheidung zur Schuld- oder Rechtsfolgenfrage erheblich sein können.⁵ Wie bereits gezeigt, erfolgt die Verwertung eines Geständnisses, das während des Ermittlungsverfahrens abgelegt wurde, im Wege des Zeugen- bzw. Urkunden-

beweises, also im Strengbeweisverfahren. Im **Freibeweisverfahren** ist dagegen keine Bindung an bestimmte Beweismittel vorgesehen, d.h. die Beweiserhebung kann auf jede beliebige Art und Weise erfolgen (z.B. durch Einholung einer dienstlichen Stellungnahme des vorsitzenden Richters). Dieses Verfahren gilt für die Schuld- und Rechtsfolgenfrage außerhalb der Hauptverhandlung und bei prozessualen Fragen.⁶

Bestimmte Arten der Beweiserhebung sind jedoch verboten, um den Beschuldigten vor schwerwiegenden Eingriffen in seine Grundrechte zu schützen. Der Grundsatz des „fair trial“, abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, und das Gebot der Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verbieten es, die Wahrheit um jeden Preis zu ermitteln.⁷

Diese sog. **Beweiserhebungsverbote** lassen sich unterteilen in Beweisthemaverbote, Beweismittelverbote (insb. §§ 52 ff.) und Beweismethodenverbote, zu denen insbesondere die unzulässigen Vernehmungsmethoden zählen, die in § 136a gesetzlich normiert sind.⁸ Geschah die Beweiserhebung in unzulässiger Weise und folgt daraus ein Verwertungsverbot, handelt es sich um ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot. Aus der Unzulässigkeit der Beweiserhebung folgt jedoch nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot.⁹ Unabhängig davon kann sich trotz zulässiger Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot ergeben, so z.B. im Falle des Verbots der Verwertung bestimmter Kenntnisse aus einer zulässigen Telefonüberwachung (§§ 100a, 477 Abs. 2).¹⁰ Man spricht dann von einem

² Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.

³ *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 179.

⁴ *Beulke* (Fn. 3), Rn. 203; *Diemer*, in *KK*, 7. Aufl. 2013, § 136a Rn. 13.

⁵ *Ganter*, in *Graf*, StPO, 2. Aufl. 2012, § 254 Rn. 6.

⁶ *Beulke* (Fn. 3), Rn. 180.

⁷ BGHSt 5, 332, 333; *Rogall*, in *SK*, 4. Aufl. 2010, vor § 133 Rn. 101 ff.

⁸ *Beulke* (Fn. 3), Rn. 456.

⁹ BVerfG NJW 2011, 2783; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 23 Rn. 3 ff.

¹⁰ *Beulke* (Fn. 3), Rn. 457.

selbstständigen Beweisverwertungsgebot.¹¹

Unterschieden wird zwischen geschriebenen (= gesetzlichen) und ungeschriebenen **Beweisverwertungsverböten**. Zu einem der wenigen explizit in der StPO genannten Verböte gehört das aus einer unzulässigen Vernehmungsmethöde (§ 136a Abs. 1, Abs. 2) folgende Verwertungsverbot (vgl. § 136 Abs. 3 Satz 2). Danach dürfen Aussagen, die unter Verletzung dieses Verböts zustande gekommen sind, auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.¹² Andere explizite Verwertungsverböte finden sich z.B. in §§ 81a Abs. 3, 81c Abs. 3 Satz 5. Ergibt sich ein Verbot nicht direkt aus dem Gesetz, kann sich im Wege einer auf bestimmten Kriterien beruhenden Einzelfallbetrachtung ebenfalls ein solches Verbot ergeben. Die Rechtsprechung folgt in diesem Fall der sog. Abwägungslehre, nach der das staatliche Interesse an der Strafverfolgung im Einzelfall mit den Grundrechten des Betroffenen abzuwägen ist.¹³ Dagegen ist nach anderer Ansicht auf den Schutzzweck der verletzten Beweiserhebungsnorm abzustellen.¹⁴ Eine kombinierende Lehre stellt zunächst auf den Schutzzweck der Beweisnorm ab, knüpft aber bei aus dem Grundgesetz abgeleiteten selbstständigen Beweisverwertungsverböten an die Abwägungslehre an.¹⁵

Der vorliegende Fall hat das aus einer verbotenen Vernehmungsmethöde folgende Beweisverwertungsverbot gem. § 136a zum Inhalt. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass eine Vernehmung vorliegt. Die Rechtsprechung folgt dem **formellen Vernehmungsbegriff**, wonach eine Vernehmung nur gegeben ist, wenn ein

Staatsorgan eine Befragung mit dem Ziel der Gewinnung einer Aussage durchführt und dabei dem Beschuldigten in offizieller Funktion gegenübertritt.¹⁶ Dagegen ist es nach der Lehre des funktionalen Vernehmungsbegriffs ausreichend, dass ein Strafverfolgungsorgan Äußerungen des Beschuldigten direkt oder indirekt herbeigeführt hat.¹⁷ Unerlässliche Voraussetzung der Vernehmung ist aber stets die Beschuldigteneigenschaft. Diese erlangt eine Person mit der tatsächlichen Ingangsetzung des Vorverfahrens aufgrund eines Anfangsverdachts. Wann die Ermittlungen als „tatsächlich aufgenommen“ gelten, ist nicht abschließend geklärt. Spätestens ab der vorläufigen Festnahme wegen des Verdachts des Totschlags ist dieses Merkmal aber hier erfüllt. Die Vernehmung selbst muss damit den Vorgaben in §§ 133 ff. genügen. Diese gelten gem. § 163a Abs. 3, Abs. 4 auch für Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei. § 136 regelt den Ablauf der Vernehmung und die Belehrungspflichten. Zunächst ist der Beschuldigte in dreifacher Hinsicht zu belehren: Es muss ihm eröffnet werden, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen (§ 136 Abs. 1 Satz 1), dann ist er auf sein Recht, die Aussage zu verweigern, hinzuweisen (§ 136 Abs. 1 Satz 2) und anschließend ist er darüber zu belehren, dass er einen Verteidiger hinzuziehen darf (§ 136 Abs. 1 Satz 3).

§ 136a ist Ausdruck des **nemo-tenetur-Grundsatzes** (nemo tenetur se ipsum accusare), dem Selbstbelastungsverbot. Hiernach ist der Beschuldigte nicht verpflichtet, aktiv an seiner Überführung mitzuwirken. Er hat nicht nur das Recht zu schweigen, sondern er darf sogar lügen, um einer Selbstbelastung zu entgehen.¹⁸ Gem. § 136a

¹¹ BGHSt 28, 122, 124; *Finger*, JA 2006, 529, 530.

¹² *Rogall*, in SK (Fn. 7), § 136a Rn. 98.

¹³ BGHSt 47, 172, 179 f.

¹⁴ *Kindhäuser* (Fn. 9), § 23 Rn. 14.

¹⁵ BGHSt 46, 189, 195; *Beulke* (Fn. 3), Rn. 458.

¹⁶ BGHSt 42, 139, 145.

¹⁷ *Monka*, in Graf (Fn. 5), § 136a Rn. 4.

¹⁸ So auch *Satzger*, in *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StPO, 2014, Art. 6 EMRK Rn. 40.

Abs. 1 darf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten nicht durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung oder durch Hypnose beeinträchtigt werden. Dieser Katalog ist nicht abschließend, sondern stellt nur beispielhaft einige verbotene Methoden dar.¹⁹ Die Freiheit der Willensentschließung ist nicht beeinträchtigt, soweit der Beschuldigte unbeeinflusst und frei über das „Ob“ und „Wie“ seiner Aussage entscheiden kann. Dies ist gewährleistet, wenn er bei der Ausführung seiner Entschlüsse frei disponieren kann.²⁰ Von den Ermittlungsbehörden wird jedoch nicht verlangt, auf jeden Zustand einer körperlichen oder seelischen Beeinträchtigung, der sich nachteilig auf Entschlüsse des Beschuldigten auswirken kann, Rücksicht zu nehmen. Vielmehr muss eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten werden.²¹ Daran fehlt es, wenn das gewählte Mittel i.S.d. § 136a neben der zu treffenden Willensentschließung „von vornherein bedeutungslos erscheinen muss“.²²

Vorliegend ist die Fallgruppe der **Ermüdung** einschlägig. Der Zustand der Ermüdung hindert die Vernehmung nur in Extremfällen, weswegen die Berufung auf dieses Merkmal vor Gericht nur selten Erfolg verspricht. Denn Ermüdungserscheinungen stellen sich bei Vernehmungen sehr häufig ein und lassen sich oft kaum vermeiden.²³ Die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung muss vielmehr dadurch beeinträchtigt sein, dass die Vernehmung bis zur Erschöpfung der Willenskraft weitergeführt wird.²⁴ Der Beschuldigte darf also nicht durch Dauervernehmungen systematisch zermürbt werden. Nach Ansicht der Rechtsprechung kommt es dabei auf den **ob-**

jektiven Zustand der Ermüdung an, nicht entscheidend sei daher, ob der Vernehmungsbeamte den Zustand bewusst herbeigeführt oder ob er ihn überhaupt erkannt habe.²⁵ Vielmehr genüge es, dass tatsächlich eine Ermüdung bestanden habe und die Vernehmung begonnen oder fortgesetzt wurde, obwohl eine ermüdungsbedingte Beeinträchtigung der Willensfreiheit zu befürchten war.²⁶ Dies mag zwar dem Wortlaut (sowohl „-methode“ als auch die Wendung „durch“ sprechen für eine aktive Herbeiführung des Ermüdungszustands) entgegenstehen, steht aber in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung.²⁷ Auch nächtliche Vernehmungen schließt § 136a nicht zwingend aus.²⁸ So kann z.B. in Verkehrsstrafsachen eine nächtliche Besichtigung der Unfallstelle geboten sein.²⁹

Strittig ist, ob sich der Beschuldigte bereits während der Vernehmung auf seine Ermüdung berufen muss oder ob es ausreicht, wenn er diese nachträglich geltend macht. Nach bisher h.M. ist eine solche Berufung während der Vernehmung erforderlich. Mache der Beschuldigte nachträglich geltend, dass er keinen Schlaf gefunden habe, so sei dies für sich gesehen unerheblich, da die geistige Leistungsfähigkeit auch durch Ruhe und Entspannung ohne Schlaf wiederhergestellt werden könne.³⁰

Problematisch ist im vorliegenden Fall auch, ob die Vernehmung der A nicht schon deshalb unverwertbar war, weil dabei kein Verteidiger anwesend war. A ist wegen Totschlags angeklagt. Totschlag ist ein Verbrechen (vgl. § 212

¹⁹ BGHSt 5, 332, 334.

²⁰ Rogall, in SK (Fn. 7), § 136a Rn. 36.

²¹ Monka, in Graf (Fn. 5), § 136a Rn. 6.

²² BGH NJW 1953, 1114, 1115.

²³ Monka, in Graf (Fn. 5), § 136a Rn. 11.

²⁴ BGHSt 38, 291, 293.

²⁵ BGHSt 1, 376, 379.

²⁶ BGHSt 1, 376, 379; 12, 332, 333; *Diemer*, in KK (Fn. 4), § 136a Rn. 13.

²⁷ BGHSt 1, 376, 379; 12, 332, 333; 38, 291; *Beulke* (Fn. 3), Rn. 132.

²⁸ BGHSt 1, 376, 376 f.

²⁹ BGHSt 12, 332, 333.

³⁰ BGHSt 38, 291, 292; BGH NStZ 1999, 630; in diesem Fall war der Beschuldigte 30 Stunden wach, hatte zwar zwischenzeitlich die Möglichkeit zu schlafen, er konnte jedoch nicht einschlafen.

Abs. 1 StGB i.V.m. § 12 StGB). Es liegt daher ein Fall der **notwendigen Verteidigung** i.S.d. § 140 Abs. 1 Nr. 2 vor. Ein Verbrechen in diesem Sinne wird auch schon dann „zur Last gelegt“, wenn wegen eines solchen nur ermittelt wird.³¹ Fraglich ist aber, ab welchem Zeitpunkt der notwendige Verteidiger mitwirken muss und ob dies, falls dies bereits für den Zeitpunkt des Vorverfahrens bejaht wird, bedeutet, dass ein Verteidiger zwingend bei der (ersten) Vernehmung anwesend muss. Diese Frage ist strittig, wobei die Rechtsprechung eine restriktive Linie vertritt. Gem. § 141 Abs. 3 Satz 1 kann ein Pflichtverteidiger bereits im Vorverfahren bestellt werden. Allerdings verfügt die Staatsanwaltschaft über einen Beurteilungsspielraum: Sie beantragt dies gem. § 141 Abs. 3 Satz 2, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird. Nach einer Ansicht soll dieser Beurteilungsspielraum und das Ermessen des Gerichts (§ 141 Abs. 3 Satz 1) dann auf Null reduziert sein, wenn mit einer Anklageerhebung i.S.d. § 140 Abs. 1 oder 2 zu rechnen ist und eine effektive Wahrnehmung der Verteidigungsinteressen des Beschuldigten die Mitwirkung eines Verteidigers erforderlich machen. Dies sei im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK geboten.³² Nach h.M. besteht hingegen keine Pflicht, dem Beschuldigten stets bereits frühzeitig im Ermittlungsverfahren, etwa beginnend mit dem dringenden Verdacht eines Verbrechens, einen Verteidiger zu bestellen.³³ Dies gelte insbesondere deswegen, weil der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts im Jahr 2009 den Zeitpunkt der rechtlich zwingenden Bestellung eines Pflichtver-

teidigers in § 140 Abs. 1 Nr. 4 in Kenntnis der bestehenden Rechtsprechung bewusst auf den Beginn der Vollstreckung der Untersuchungshaft festgelegt hat.³⁴

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH stellt, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung, ausdrücklich fest, dass es nicht darauf ankommt, dass sich die Beschuldigte schon während der Vernehmung auf Müdigkeit beruft. Ebenso wenig sei entscheidend, dass die Beschuldigte in der Lage war, Fragen sinnvoll zu beantworten. Zudem lägen hier eine Fülle von gewichtigen Gründen vor, aufgrund derer sich die Annahme tiefgreifender Erschöpfung und daraus resultierender Besorgnis der Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung geradezu aufdränge. Um eine Ermüdung im Rechtssinne auszuschließen, hätte es demgemäß gewichtiger Anhaltspunkte bedurft. Weder die subjektive Einschätzung der Polizeibeamten noch die Wahrnehmung der Ärzte und Krankenschwestern, die sich zudem auf einen früheren Zeitpunkt als dem des Geständnisses bezieht, reichten dafür aus. Daher läge hier ein Verwertungsverbot i.S.d. § 136a vor. Dieses könne auch nicht durch die Vernehmung des die A vernehmenden Polizeibeamten umgangen werden.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Hinsichtlich des Merkmals der Ermüdung müssen Ausbildung und Praxis der Besonderheit dieser Variante des § 136a Rechnung tragen: Während die anderen Tatbestandsalternativen dem Wortlaut bzw. der Logik nach ausschließlich durch eine aktive Handlung des Vernehmenden (also z.B. durch Folter) verwirklicht werden können, kann eine Ermüdung auch ohne eine bewusste Herbeiführung durch die Vernehmungsbeamten vorliegen. Da der

³¹ Lüderssen/Jahn, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007 ff., § 140 Rn. 24; Wohlers, in SK (Fn. 7), § 140 Rn. 7.

³² BGHSt 47, 233, 236; BGH NJW 2002, 1280.

³³ BGHSt 47, 233, 236 f.

³⁴ BGH NSTZ 2014, 722, 723.

Wortlaut des § 136a jedoch keine solche Differenzierung enthält, liegt eine Regelungslücke vor, die es mittels extensiver Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals zu schließen gilt. Insoweit kann es im Hinblick auf den Schutzzgedanken des § 136a keinen Unterschied machen, ob der Vernehmende die Ermüdung aktiv herbeiführt oder aber diese von ihm lediglich ausgenutzt wird.

Allerdings mangelt es an einem einheitlichen, gesetzlich definierten Maßstab für das Vorliegen des Merkmals der Ermüdung. Sowohl die Kriterien für das Bestehen einer vorsätzlich herbeigeführten Ermüdung als auch die für die Feststellung, das bereits unabhängig von den Vernehmungsmethoden eine Ermüdung bestanden hat, können allenfalls aus der einzelfallorientierten Rechtsprechung abgeleitet werden. Denkbar wäre es, im Lichte des „fair trials“ verschiedene Anforderungen an die Intensität der Ermüdung zu stellen: Während eine vom Vernehmungsbeamten vorsätzlich herbeigeführte Ermüdung geringeren Anforderungen standhalten müsste, da der Vernehmende dann bewusst auf einen den Willen beschränkenden Zustand hinarbeitet, bedürfte es bei einer aus anderen Gründen vorliegenden Ermüdung des Angeklagten eines erheblichen Ausmaßes, um eine solche aus objektiven Gesichtspunkten zugunsten des Betroffenen annehmen zu können.

Für die Praxis ist zu erwarten, dass sich die spätere Berufung auf eine Ermüdung i.S.d. § 136a von nun an häufen wird, da sich der Beschuldigte nicht mehr unmittelbar während der Vernehmung darauf berufen muss.

5. Kritik

Der BGH hat zutreffend die einzelnen Umstände herausgearbeitet, die auf eine Ermüdung der A schließen lassen. Dennoch mangelt es an einer dogmatisch fundierten Begründung. Zwar macht er durch die extensive Auslegung deutlich, dass eine Ermüdung auch ohne Fremdeinwirken oder ein entspre-

chendes Bewusstsein seitens des Vernehmenden von § 136a erfasst wird, allerdings unterbleiben Ausführungen hinsichtlich des Schutzzwecks: Ob § 136a den Betroffenen nur vor Willkürmaßnahmen der Vernehmungsbehörde oder aber vor jedweden Umständen schützen soll, die ihn zu selbstbelastenden Aussagen aufgrund einer Beeinträchtigung der Freiheit der Willensfähigkeit verleiten, bleibt weiterhin offen. Obwohl die extensive Auslegung im vorliegenden Fall zu einem sinnvollen Ergebnis führt, wäre es wünschenswert gewesen, wenn der BGH zudem, insbesondere aufgrund seiner Stellung als höchste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Kriterien für das Vorliegen einer Ermüdung im Rechtssinne aufgestellt hätte. Die intendierte Differenzierung zwischen aktiver und passiver Ermüdung lässt jedoch zwei Probleme unberücksichtigt. Zum einen bleibt offen, **wann** genau eine Ermüdung, die vom Vernehmenden nicht erkannt wird, vorliegen muss und zum anderen, **wer** diese im konkreten Fall zu beweisen hat. Dies ist unter dem Gesichtspunkt der extensiven Auslegung von Bedeutung. Während bei einer vorsätzlich herbeigeführten oder bewusst ausgenutzten Ermüdung durch den Vernehmenden der Staat in der Pflicht steht, im Wege des Freibeweisverfahrens nachzuweisen, dass die durchgeführte Vernehmung den Anforderungen des § 136a standhält,³⁵ könnte man vertreten, dass der Angeklagte im Falle einer nicht intendierten Ermüdung selbst in der Pflicht stünde, diese nachzuweisen. Da der BGH jedoch keinen objektiven Maßstab festlegt, besteht die Gefahr in zukünftigen Verfahren darin, dass sich viele Angeklagte unter dem Deckmantel des § 136a mittels einer Schutzbehauptung der Verwertung einer sie belastenden Aussage zu entziehen versuchen könnten.

(Cathrin Cordes/ Arne Zabel)

³⁵ *Beulke* (Fn. 3), Rn. 205.