

1. Sachverhalt¹

B kauft bei A Betäubungsmittel und veräußert diese an Kleinabnehmer weiter. Im Zuge einer Durchsuchung der Wohnung des B stellt die Polizei unter anderem knapp 2,5 kg Marihuana sicher und nimmt B fest. Bei der anschließenden polizeilichen Beschuldigtenvernehmung wird ihm zugesagt, dass er nicht wegen bandenmäßigen Betäubungsmittelhandels belangt und kein Haftantrag gestellt wird, wenn er Aufklärungshilfe leistet. Infolgedessen sagt B umfassend zu seinem eigenen Tatbeitrag und zu dem des A aus. B wird dennoch rechtskräftig verurteilt. Aufgrund seiner umfangreichen Aufklärungshilfe in Bezug auf A macht das Gericht bei der Strafzumessung allerdings von der Strafmilderungsmöglichkeit des § 31 BtMG i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB Gebrauch.

In der Hauptverhandlung im Verfahren gegen A wird der anwaltlich vertretene B als Zeuge nach § 55 StPO belehrt und vernommen. Er wiederholt seine Angaben. A wird daraufhin vom LG wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verurteilt. Das Gericht stützt seine Feststellungen auch auf die Erkenntnisse aus der Vernehmung des B. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

März 2022

Fortwirkender Drogenhandel-Fall

Beweisverwertungsverbot / Fortwirkung

§ 136a StPO

famos-Leitsätze:

1. Das Beweisverwertungsverbot des § 136a Abs. 3 StPO gilt grundsätzlich nur für die Angaben, die unter Missachtung des § 136a Abs. 1 StPO herbeigeführt wurden.
2. Das Beweisverwertungsverbot kann ausnahmsweise auch eine spätere Beweiserhebung erfassen, sofern der Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO in der Gestalt fortwirkt, dass auch bei der zeitlich nachgelagerten Vernehmung die Aussagefreiheit des Betroffenen in rechtserheblicher Weise beeinträchtigt ist.

BGH, Beschluss vom 13. Januar 2021 – 3 StR 410/20; veröffentlicht in NStZ 2021, 431.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die zentrale Frage des Falles ist, ob die Aussage des B in der Hauptverhandlung gegen A verwertet werden durfte.

Bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung könnte gegen § 136a Abs. 1 S. 3 Alt. 2 StPO verstoßen worden sein, sofern B ein gesetzlich nicht vorgesehener Vorteil versprochen wurde.² Über den Verweis in § 163a Abs. 4 S. 2 StPO gilt § 136a StPO auch für die polizeiliche Vernehmung eines Beschuldigten. Folge eines Verstoßes wäre nach § 136a Abs. 3 S. 2 StPO die Unverwertbarkeit der in der ersten Vernehmung gemachten Angaben.

² Näheres hierzu unter 4.

Auch für die Zeugenvernehmung des B in der Hauptverhandlung gegen A findet § 136a StPO über den Verweis in § 69 Abs. 3 StPO Anwendung. Es ergeben sich allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass im Rahmen dieser Vernehmung gegen § 136a StPO verstoßen wurde. Eine Unverwertbarkeit in Bezug auf die von B als Zeuge gemachten Angaben könnte sich allerdings daraus ergeben, dass sich eine etwaige Unverwertbarkeit in Bezug auf die Angaben aus der ersten Vernehmung auf die Verwertbarkeit der Angaben aus der zweiten Vernehmung auswirkt. Bei der Auswirkung von Beweisverwertungsverböten auf nachfolgende Gewinne von Beweismitteln wird zwischen der Fernwirkung und Fortwirkung unterschieden.

Bei der **Fernwirkung**³ geht es um das Problem, ob ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich eines bestimmten Beweismittels auch zur Unverwertbarkeit solcher Beweismittel führt, die nur mittelbar aufgrund des verbotenen Beweismittels ermittelt werden konnten.⁴ Beruht die Aussage eines Beschuldigten auf einer Folterandrohung seitens der Ermittlungspersonen, sind die gemachten Angaben nach § 136a Abs. 3 S. 2 StPO unverwertbar. Führt die Aussage die Ermittlungspersonen zu DNA-Spuren, stellt sich die Frage, ob diese mittelbar aufgrund der Aussage erlangten Erkenntnisse verwertbar sind.⁵

Die **Fortwirkung** betrifft dagegen Fälle wie unseren, in denen jemand eine Aussage

tätigt, die unverwertbar ist, und diese Aussage später wiederholt.⁶ Hier stellt sich die Frage, ob das Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der ersten Aussage bei der späteren fortwirkt, sodass auch diese unverwertbar ist.⁷

In Rspr. und Lit. herrscht Einigkeit darüber, dass hierfür entscheidend ist, ob sich der Betroffene, in einer dem Verfahrensverstöß nachfolgenden Vernehmung bewusst ist, an die unverwertbaren Angaben nicht gebunden zu sein und nunmehr frei aussagen zu können.⁸ Maßgeblich ist damit die Kenntnis über die **Entschließungsfreiheit**. Jedenfalls sofern der Vernommene ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die bereits gemachten Angaben wegen des Gesetzesverstößes vollumfänglich unverwertbar sind, sind die im Anschluss an diese sog. **qualifizierte Belehrung** gemachten Angaben seitens des Vernommenen sowohl nach der Rspr.⁹ als auch der überwiegenden Ansicht in der Lit.¹⁰ verwertbar.

Ob eine qualifizierte Belehrung allerdings zwingend erforderlich ist, damit keine Fortwirkung gegeben ist, darüber herrscht Uneinigkeit. Der **BGH** fordert bei einem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO stets eine qualifizierte Belehrung.¹¹ Der Vernommene müsse darüber belehrt werden, dass seine ursprüngliche Aussage nicht verwertbar ist.¹² Allerdings wiege ein Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung nicht genauso schwer wie ein Verstoß gegen § 136 StPO.¹³ Daher sei die Verwertbarkeit der zweiten Aussage bei

³ Siehe hierzu [Schreiber/Stehmeier, famos 04/2017, S. 4](#).

⁴ *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2021, Probl. 32 Rn. 1.

⁵ Vgl. dazu *Rössner/Safferling*, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 133.

⁶ *Heinrich/Reinbacher* (Fn. 4), Probl. 32 Rn. 7.

⁷ Vgl. dazu LG Frankfurt am Main, Urteil v. 28.07.2003 – 5/22 Ks 2/03 3490, Rn. 111 f.

⁸ BGHSt 35, 328, 332; 37, 48, 54; 52, 11, 24; BGH StV 1988, 369; LG Frankfurt am Main StV 2003, 325, 326; *Kulhanek*, in KMR, StPO, 105. Lfg. 2021, § 136a Rn. 59; *Neuhaus*, NStZ 1997, 312,

314; *Walther*, in AnwK, StPO, 2. Aufl. 2010, § 136a Rn. 51.

⁹ BGH NStZ 1996, 290, 291.

¹⁰ *Fezer*, StV 1997, 57; *Güntge*, in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. 2022, Kapitel 5 Rn. 225. Nach *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 711a ist auch bei Vorliegen einer qualifizierten Belehrung auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen.

¹¹ BGHSt 53, 112, 115 f.; BGH NJW 2009, 3589, 3589 f.; NStZ 2019, 227, 228.

¹² BGH NStZ 2019, 227, 228.

¹³ BGHSt 53, 112, 116; BGH StV 2007, 450, 452; NJW 2009, 3589, 3589 f.; NStZ 2019, 227, 228 f.

fehlender qualifizierter Belehrung von einer Abwägung im Einzelfall abhängig.¹⁴ Abwägungskriterien seien das Gewicht des Verfahrensverstößes, sowie das Interesse an der Sachverhaltsaufklärung.¹⁵ Bei Verstößen gegen § 136a StPO hat sich der BGH bisher nicht für ein Erfordernis einer qualifizierten Belehrung ausgesprochen. Im Falle einer Täuschung hat er die nach Wegfall der unzulässigen Vernehmungsmethode gemachten Aussagen als verwertbar angesehen, obwohl eine qualifizierte Belehrung nicht erfolgt war.¹⁶ In einer anderen Entscheidung hat er offengelassen, ob eine qualifizierte Belehrung notwendig ist, um die nachfolgend gemachten Angaben verwerten zu können.¹⁷ Er hat in dieser Entscheidung allerdings angedeutet, dass sich ein gewisser Widerspruch ergebe, wenn bei einem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO eine qualifizierte Belehrung verlangt wird, bei den schwerwiegenderen Verstößen gegen § 136a StPO aber nicht.¹⁸

Unabhängig von einem etwaigen Erfordernis einer qualifizierten Belehrung, scheint der BGH bei Nichtvorliegen einer solchen eine Abwägung im Einzelfall vornehmen zu wollen, wenn er in diesen Fällen Indizien nennt, die für oder gegen eine Fortwirkung sprechen.¹⁹ Von einer Fortwirkung könne umso weniger ausgegangen werden, je mehr Zeit nach dem Verstoß gegen § 136a StPO bis zur nachfolgenden Aussage verstrichen und je weniger schwer die Willensbeeinträchtigung gewesen sei.²⁰ Erfolgt die zweite Vernehmung in engem

zeitlichen Zusammenhang zur ersten unverwertbaren Vernehmung, spreche dies für eine Fortwirkung.²¹ Für eine Fortwirkung könne weiter sprechen, wenn der Vernommene in der nachfolgenden Vernehmung lediglich die frühere Aussage bestätigt oder sich auf diese bezieht und gerade nicht losgelöst davon berichtet.²² Dabei hat der BGH das Unterbleiben einer qualifizierten Belehrung auch schon als Indiz für eine Fortwirkung in die Gesamtbewertung aufgenommen.²³ Daraus lässt sich zwar noch nicht schließen, dass er diese fordert; sofern eine qualifizierte Belehrung unterbleibt, hat er dies aber bereits in die Gesamtbetrachtung als Indiz für eine Fortwirkung eingestellt.

Das **LG Frankfurt am Main** hat sich in Bezug auf die Frage des Erfordernisses einer qualifizierten Belehrung bereits positioniert und bei einem Verstoß gegen § 136a StPO in Form der Androhung von Folter eine solche gefordert und aufgrund des Fehlens dieser eine Fortwirkung des Beweisverwertungsverbots angenommen.²⁴ Es hat in seiner Entscheidung auch die vom BGH angeführten Indizien für und gegen eine Fortwirkung genannt,²⁵ ist darauf aber nicht näher eingegangen, sodass davon auszugehen ist, dass für das LG allein das Fehlen der qualifizierten Belehrung ausschlaggebend war.²⁶

Auch **weite Teile der Lit.** vertreten die Ansicht, dass nach einem Verstoß gegen § 136a StPO vor einer erneuten Aussage stets eine qualifizierte Belehrung erfolgen muss.²⁷ Nur

¹⁴ BGHSt 53, 112, 116; BGH NJW 2009, 3589, 3589 f.; NStZ 2019, 227, 228 f.

¹⁵ BGHSt 53, 112, 116; BGH StV 2007, 450, 452; NJW 2009, 3589, 3589 f.; NStZ 2019, 227, 228 f.

¹⁶ BGHSt 37, 48.

¹⁷ BGHSt 53, 112, 116.

¹⁸ BGHSt 53, 112, 116.

¹⁹ Vgl. BGHSt 17, 364, 368; BGH NJW 1995, 2047.

²⁰ BGH NJW 1995, 2047.

²¹ BGHSt 17, 364, 368.

²² BGH NJW 1995, 2047 mit Verweis auf BGHSt 35, 328, 332.

²³ Vgl. BGHSt 35, 328, 332 f.

²⁴ LG Frankfurt am Main StV 2003, 325, 326 f.

²⁵ Vgl. LG Frankfurt am Main StV 2003, 325, 326.

²⁶ Vgl. zur Beurteilung dieser Vorgehensweise auch *Weigend*, StV 2003, 436, 438.

²⁷ *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104, 1127, *Rogall*, in SK, StPO, 5. Aufl. 2016, § 136a Rn. 104, Fn. 661; *Roxin*, HRRS 2009, 186; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017; Kapitel 5 Rn. 61; *Schmitt*, in Meyer-Goßner/Schmitt, 64. Auflage 2021, § 136a Rn. 30; *Schuhr*, in MüKo, StPO, Bd. 1, 2014, § 136a Rn. 97; *Walter*, Strafprozessrecht, 2020, Rn. 191; *Weigend*, StV 2003, 436, 438 f.

dann könne davon ausgegangen werden, dass der Betroffene seine Entschließungsfreiheit kennt.²⁸ Es müsse verhindert werden, dass der Vernommene sich aufgrund seiner ersten Aussage zu einer erneuten Aussage verpflichtet fühlt.²⁹ I.d.R. werde ein juristischer Laie nicht davon ausgehen, dass eine förmliche Aussage vor einem Beamten in jeder Hinsicht unverwertbar ist.³⁰ Sofern eine qualifizierte Belehrung unterbleibt, sei demzufolge von einer Fortwirkung auszugehen.³¹ *Neuhaus* spricht etwas vorsichtiger von der Vermutung einer Fortwirkung in diesem Fall.³² Er nimmt auch Stellung zu dem Kriterium des verstrichenen Zeitraums zwischen der ersten und zweiten Vernehmung und stuft es als untauglich ein.³³ Je mehr Zeit vergehe, desto stärker könne sich eine Fehlvorstellung des Betroffenen, er könne von seiner bisherigen Aussage nicht mehr abweichen, verfestigen.³⁴

Nach einer **anderen Ansicht** ist die qualifizierte Belehrung keine zwingende Voraussetzung dafür, dass keine Fortwirkung vorliegt.³⁵ Es könne sich auch unabhängig von einer qualifizierten Belehrung aus den Umständen des Einzelfalles ergeben, dass der Betroffene seine weiteren Aussagen macht, ohne von der unzulässigen Vernehmungsmethode noch beeinflusst zu sein.³⁶

Teilweise wird auch davon ausgegangen, dass für die Frage, ob eine Fortwirkung vorliegt, grundsätzlich die Umstände des Einzelfalles entscheidend sind.³⁷ Die vom BGH angeführten Indizien der bloßen Bestätigung der vorherigen Aussage bzw. des Verweises auf sie und die Schwere der Willensbeeinträchtigung seien dabei „nur im Allgemeinen geeignete Kriterien“.³⁸ So verhalte es sich auch mit

dem (Nicht-)Vorliegen einer qualifizierten Belehrung.³⁹ Das heißt nach dieser Ansicht ist die qualifizierte Belehrung nicht nur keine Voraussetzung dafür, dass keine Fortwirkung gegeben ist, sondern auch bei ihrem Vorliegen kann die Fortwirkung nicht ohne Weiteres verneint werden.

B wurde vor seiner Aussage in der Hauptverhandlung nur nach § 55 StPO belehrt; eine qualifizierte Belehrung erfolgte nicht. Sofern bei seiner ersten Vernehmung gegen § 136a Abs. 1 StPO verstoßen wurde und eine qualifizierte Belehrung für die Ablehnung der Fortwirkung gefordert wird, wären die Angaben des B in der Hauptverhandlung gegen A unverwertbar. Sieht man eine qualifizierte Belehrung nicht als zwingende Voraussetzung an, müsste nach den Umständen des Einzelfalles ermittelt werden, ob B bei seiner Aussage in der Hauptverhandlung noch von der unzulässigen Vernehmungsmethode beeinflusst war.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des A als unbegründet. Die Aussage des B in der Hauptverhandlung gegen A habe vom LG verwertet werden dürfen. Dahinstehen könne, ob bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung des B gegen § 136a Abs. 1 StPO verstoßen wurde, denn ein etwaiger Verstoß hätte nicht die Unverwertbarkeit der Zeugenaussage des B in der Hauptverhandlung zur Folge.

Das Beweisverwertungsverbot des § 136a Abs. 3 StPO gelte grundsätzlich nur für die Angaben, die unter Missachtung des § 136a Abs. 1 StPO herbeigeführt werden. Eine spätere Aussage, bei der die Willensfreiheit nicht mehr beeinträchtigt ist, sei i.d.R. verwertbar.

²⁸ Vgl. *Rogall*, in SK (Fn. 27), § 136a Rn. 104.

²⁹ *Heinrich/Reinbacher* (Fn. 4), Probl. 32 Rn. 7.

³⁰ *Weigend*, StV 2003, 436, 438 f.

³¹ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. 2020, Rn. 182, 217, 745; *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104, 1127, *Weigend*, StV 2003, 436, 438 f.

³² *Neuhaus*, NStZ 1997, 312, 315.

³³ *Neuhaus*, NStZ 1997, 312, 314.

³⁴ *Neuhaus*, NStZ 1997, 312, 314.

³⁵ *Fezer*, StV 1997, 57; *Krey*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2015, Rn. 1123, Fn. 65.

³⁶ *Fezer*, StV 1997, 57.

³⁷ *Eisenberg* (Fn. 10), Rn. 711a.

³⁸ *Eisenberg* (Fn. 10), Rn. 711.

³⁹ *Eisenberg* (Fn. 10), Rn. 711a.

Das Beweisverwertungsverbot umfasse die spätere Aussage nur, wenn es dergestalt fortwirkt, dass auch bei dieser die Aussagefreiheit in rechtserheblicher Weise beeinträchtigt ist. Als Indizien für eine Fortwirkung nennt der BGH einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Anwendung der verbotenen Vernehmungsmethode und der erneuten Vernehmung und die Schwere der Beeinträchtigung der Willensfreiheit. Für eine Fortwirkung könne auch sprechen, wenn der Vernommene bei der späteren Vernehmung nicht von sich aus im Zusammenhang berichtet, sondern auf Vorhalt nur pauschal seine früheren Aussagen bestätigt oder auf sie Bezug nimmt. Ist sich der Vernommene bei der späteren Vernehmung seiner Freiheit bewusst, sich von seinen früheren Angaben distanzieren zu können, spreche dies gegen eine Fortwirkung.

Den Streit, ob nur dann von einer Entschließungsfreiheit des Vernommenen im Rahmen der späteren Vernehmung ausgegangen werden kann, wenn dieser durch eine qualifizierte Belehrung darauf hingewiesen wird, dass seine frühere Aussage unverwertbar ist, lässt der BGH offen. Das Unterbleiben einer qualifizierten Belehrung könne nicht ohne Weiteres zur Unverwertbarkeit der späteren Aussage führen. Vielmehr habe, wie in anderen Fällen einer fehlerhaften Erkenntnisgewinnung, eine Abwägung im Einzelfall zu erfolgen. Bei dieser seien das Gewicht der Willensbeeinträchtigung und der zeitliche und situative Zusammenhang zwischen den Vernehmungen zu berücksichtigen. Ergebe sich aus den Umständen des Falles, dass der Betroffene auch ohne eine qualifizierte Belehrung davon ausgeht, von seinen bereits gemachten Angaben abrücken zu können, spreche dies gegen ein Verwertungsverbot. Weiter seien das staatliche Aufklärungsinteresse und die Tatsache zu berücksichtigen, dass das

Unterlassen der Belehrung weniger schwer wiege als der Verstoß gegen § 136a StPO.

B sei anwaltlich vertreten und sein Strafverfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen gewesen. Er habe daher nicht befürchten müssen, einen bereits erlangten Vorteil zu verlieren. B sei zudem nach § 55 StPO belehrt worden, weshalb nicht davon ausgegangen werden könne, dass er seine Aussage nur wiederholt habe, um sich nicht dem Tatverdacht des § 164 StGB auszusetzen. Zudem bestehe ein erhebliches staatliches Interesse an der Sachverhaltsaufklärung.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der BGH äußerte sich erstmals zu den Folgen einer unterbliebenen qualifizierten Belehrung bei einem Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO.

Sofern man in einer Klausur oder in der Praxis eine Fortwirkung des Beweisverwertungsverbot aus § 136a Abs. 3 S. 2 StPO annimmt, stellt sich in Bezug auf deren Geltendmachung die Frage, ob ein rechtzeitiger Widerspruch gegen die Verwertung erforderlich ist, damit der Verfahrensverstoß in der 2. Instanz nicht präkludiert ist.⁴⁰ Darüber hinaus ist zu klären, welche Tatsachen im Zusammenhang mit der Erhebung einer Verfahrensrüge in der Revision nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO anzugeben sind.⁴¹ Weil der BGH keine Fortwirkung angenommen hat, waren diese Fragen nicht Gegenstand der Entscheidung.

Die Frage, ob bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung des B gegen § 136a Abs. 1 S. 3 Alt. 2 StPO verstoßen wurde, ließ der BGH offen. In einer Klausur, in der auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen ist, sollte hierzu allerdings Stellung genommen werden, sofern der Sachverhalt hinreichende Informationen liefert. Voraussetzung ist das Versprechen eines gesetzlich nicht

⁴⁰ Der BGH scheint dies für besondere Fälle in Betracht gezogen zu haben, vgl. BGH NStZ 1996, 290, 291. Dagegen zu Recht mit Verweis auf § 136a Abs. 3 S. 2 StPO *Burhoff*, StraFo 2003, 267, 269; *Fezer*, StV 1997, 57. Mit Bezug auf Letzteren

zustimmend *Rogall*, in FS Geppert, 2011, S. 519, 545; *ders.*, in SK (Fn. 27), § 136a Rn. 128.

⁴¹ Vgl. dazu einerseits *Neuhaus*, NStZ 1997, 312, 315 und andererseits BGH bei *Pfeiffer*, NStZ 1981, 295, 298; *Rogall*, in SK (Fn. 27), § 136a Rn. 127.

vorgesehenen Vorteils. Darunter fällt auch die Zusage eines Verfahrensverlaufes, für den der Zusagende nicht die Kompetenz besitzt.⁴² B wurden zwei Vorteile versprochen, wenn er Aufklärungshilfe leistet. Zunächst sollte kein Haftantrag gestellt werden. Rechtlich ist es allerdings unzulässig, im Gegenzug für eine Aussage das Unterlassen eines Haftbefehlsantrags zu versprechen, wenn dieser nach Lage der Dinge geboten ist.⁴³ Sofern die Voraussetzungen für eine Anordnung von Untersuchungshaft nach den §§ 112 ff. StPO vorgelegen haben und diese geboten erschien, war das Versprechen somit unzulässig. Darüber hinaus ist nach § 125 Abs. 1 StPO die Staatsanwaltschaft für den Antrag auf Erlass eines Haftbefehls zuständig; die Polizeibeamten hatten daher diesbezüglich keine Entscheidungskompetenz. Das zweite Versprechen „nicht (...) belangt zu werden“, ist dahingehend zu verstehen, dass die Polizeibeamten die Straffreiheit in Aussicht stellten. Nach § 31 BtMG kann darüber allerdings nur das Gericht entscheiden, sodass ihnen auch bezüglich dieses Versprechens die Kompetenz fehlte. Die Aussage des B ist damit unter Verstoß gegen § 136a Abs. 1 S. 3 Alt. 2 zustande gekommen.

5. Kritik

Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen. Seine Begründung überzeugt allerdings nicht vollumfänglich. Der BGH widmet sich zunächst der Frage, ob eine Fortwirkung des Beweisverwertungsverbotes gegeben ist und geht sodann auf die Folgen eines Unterbleibens einer etwaig zu fordernden qualifizierten Belehrung ein. Er scheint diesbezüglich jeweils eine Abwägung im Einzelfall vornehmen zu wollen. Für beide Abwägungen nennt er Indizien bzw. Kriterien, die einzubeziehen sind. Diese decken sich nicht, ähneln sich aber auffällig. Durch das gesonderte Nennen von in die jeweilige Abwägung einzustellenden Punkten, erweckt der BGH den Eindruck, es handele sich um zwei verschiedene Abwägungen. Aus

seinen sodann auf den Fall bezogenen Ausführungen lässt sich allerdings nicht erkennen, welche der beiden Abwägungen er vornimmt. Das kann man als Ungenauigkeit einstufen oder so verstehen, dass er davon ausgeht, dass es sich nicht um zwei unterschiedliche Abwägungen, sondern um eine Abwägung handelt. Letzteres wäre überzeugender, da es in beiden Fällen um die Frage geht, ob die zweite Aussage verwertbar ist.

Zuzustimmen ist dem BGH dahingehend, dass für die Beantwortung dieser Frage auf den Einzelfall abzustellen ist. Bei einem Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO sollte stets eine qualifizierte Belehrung erfolgen. Deren Vorliegen oder Nichtvorliegen sollte allerdings nicht nur ein Indiz im Rahmen einer Abwägung darstellen. Vielmehr ist im Grundsatz bei Vorliegen einer qualifizierten Belehrung die Fortwirkung abzulehnen und bei Fehlen dieser Belehrung eine Fortwirkung anzunehmen. Unabhängig von der qualifizierten Belehrung sollten allerdings auch die sonstigen Umstände des Falles Berücksichtigung finden. So kann sich trotz Vorliegens einer qualifizierten Belehrung noch eine derartige Drucksituation für die vernommene Person ergeben, dass eine Fortwirkung ausnahmsweise anzunehmen ist. Genauso kann bei Nichtvorliegen einer qualifizierten Belehrung die Fortwirkung ausnahmsweise verneint werden, wenn die vernommene Person aufgrund anderer Umstände ihre Entschließungsfreiheit kennt.

Wünschenswert wäre es gewesen, der BGH hätte Stellung dazu bezogen, ob auch er nicht nur bei einem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO eine qualifizierte Belehrung fordert, sondern auch bei einem Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO. Nachdem er in einer anderen Entscheidung bereits angedeutet hatte, dass ein anderes Ergebnis widersprüchlich erschiene, hätte er nun Gelegenheit gehabt, diesen Widerspruch auszuräumen.

(Viola Pickert/Hannah Seligmann)

⁴² *Beulke/Swoboda* (Fn. 31), Rn. 215.

⁴³ OLG Köln NStZ 2014, 172, 173 f.