

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 147

**Zur Widerspruchsabhängigkeit von
strafprozessualen Verwertungsverboten**

Von

Karin Maiberg



Duncker & Humblot · Berlin

KARIN MAIBERG

Zur Widerspruchsabhängigkeit von
strafprozessualen Verwertungsverboten

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Heinrich Dörner Dr. Dirk Ehlers Dr. Ursula Nelles

Band 147

Zur Widerspruchsabhängigkeit von strafprozessualen Verwertungsverböten

Von

Karin Maiberg



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit
im Jahre 2001 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 6

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin
Druck: WB-Druck GmbH & Co., Rieden im Allgäu
Printed in Germany

ISSN 0935-5383
ISBN 3-428-11076-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinem Großvater

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2001 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität als Dissertation angenommen. Literatur und Rspr. konnten bis Oktober 2001 berücksichtigt werden.

Großer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Stein, der mich während der gesamten Zeit vielfältig und geduldig betreut, die Arbeit durch konstruktive Vorschläge gefördert und das Erstgutachten erstattet hat.

Weiterhin gilt mein Dank Prof. Dr. Dencker für die Erstattung des Zweitgutachtens.

Für die wertvollen Anregungen und die Unterstützung bei der Korrektur des Manuskripts möchte ich Linda Ekkel, Inés Grande, Petra Hoberg, Dr. Sung-Ryong Kim, Bettina Peters und Matthias Rahmlow danken.

Nicht zuletzt danken möchte ich Astrid Döcker für ihre Unterstützung bei der Erstellung des druckreifen Manuskriptes.

Münster, Oktober 2002

Karin Maiberg

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung | 15 |
| I. Beispiel aus der Rspr. | 15 |
| II. BGHSt 38, 214 ff. | 16 |
| III. Problematik der Widerspruchslösung | 16 |
| 1. Verteidigter Angeklagter | 17 |
| 2. Unverteidigter Angeklagter | 17 |
| 3. Rechtsgrund der Widerspruchsobliegenheit | 18 |
| 4. Folgeprobleme | 19 |
| a) Frühest möglicher Zeitpunkt für die Widerspruchserhebung | 19 |
| b) Befristung des Widerspruchsrechts | 20 |
| c) Rücknahme der einmal getroffenen Entscheidung | 20 |
| d) Reaktion des Gerichts auf den Widerspruch | 21 |
| e) Wirkungskdauer des (unterbliebenen) Widerspruchs | 21 |
| IV. Gliederung der Abhandlung | 21 |

Teil 1

Entwicklung der Widerspruchslösung in der Rspr. und Literatur

| | |
|---|----|
| A. Einleitung | 23 |
| B. Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Verletzung der Benachrichtigungspflicht | 24 |
| C. Rechtsprechung des BGH zur Verletzung der Benachrichtigungspflicht | 25 |
| D. Rechtsprechung zu Verstößen gegen die Belehrungspflichten | 27 |
| I. BGHSt 38, 214 ff. | 27 |
| 1. Die Entscheidung | 27 |
| 2. Reaktion in der Literatur | 30 |
| a) Zulässige richterliche Rechtsfortbildung oder Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes? | 31 |
| b) Von der StPO vorgegebene Regel-Ausnahme-Verhältnisse und Struktur des deutschen Strafprozesses | 32 |
| c) Stellung des Verteidigers und Prozessstrategie | 33 |
| d) Waffengleichheit | 35 |
| e) Ungleichbehandlung | 36 |
| f) Übertragbarkeit der bisherigen Rspr. zu den Benachrichtigungsfehlern auf Belehrungsmängel | 36 |
| g) Verfahrensrechtliche Praktikabilität | 37 |

| | |
|--|-----------|
| II. Rspr. der Oberlandesgerichte zu den Altfällen | 37 |
| III. Ausweitung der Widerspruchslösung durch den BGH | 39 |
| E. Ausdehnungstendenzen | 44 |
| I. Verfahrensfehler beim Einsatz verdeckter Ermittler und bei Fernmeldeüberwachungen | 44 |
| II. Fortwirkung eines Verstoßes gegen § 136 a | 45 |
| III. Selbständiges Verwertungsverbot | 46 |
| F. Entscheidungen der (Ober-)Landesgerichte zu den Folgeproblemen | 47 |
| G. Fazit | 49 |

Teil 2

Dogmatische Begründungsansätze für die Konstellation des unverteidigten Angeklagten 50

| | |
|---|-----------|
| A. Entstehungsvoraussetzung für ein Verwertungsverbot in der Hauptverhandlung | 50 |
| I. Einleitung | 50 |
| 1. Bedingtes Beweisverwertungsverbot | 50 |
| 2. Rspr. und Literatur | 51 |
| 3. Terminologie | 52 |
| 4. Lehre von den Beweisverboten | 54 |
| II. Zweckrichtung der Beweisverwertungsverbote | 56 |
| 1. Schutz der Wahrheitsfindung | 58 |
| a) Überblick | 58 |
| b) Bedeutung für die Disponibilität von Verwertungsverboten und Berechtigung einer Widerspruchsobliegenheit | 60 |
| 2. Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane | 62 |
| a) Überblick | 62 |
| b) Bedeutung für die Disponibilität und Berechtigung einer Widerspruchsobliegenheit | 63 |
| 3. Wahrung der Legitimation zum Strafen (spezial- und generalpräventiver Ansatz) | 65 |
| a) Überblick | 65 |
| b) Bedeutung für die Disponibilität und Berechtigung einer Widerspruchsobliegenheit | 67 |
| 4. Schutz des Rechtsfriedens | 67 |
| a) Überblick | 67 |
| b) Bedeutung für die Disponibilität und Berechtigung einer Widerspruchsobliegenheit | 69 |
| 5. Individualschutz | 70 |
| a) Überblick | 70 |
| b) Bedeutung für die Disponibilität und Berechtigung einer Widerspruchsobliegenheit | 71 |
| 6. Zusammenfassung | 72 |

| | |
|--|-----|
| III. Methoden zur Bestimmung von Verwertungsverboten im Einzelfall | 73 |
| 1. Schutzzwecklehre(n) | 73 |
| a) Einführung | 73 |
| b) Einzelne Vertreter | 74 |
| c) Schutzzweck der Belehrungspflicht und der Benachrichtigungspflichten | 76 |
| d) Widerspruchsobliegenheit nach der Schutzzwecklehre? | 78 |
| 2. Lehre von den informationellen Abwehrrechten | 82 |
| a) Informationsrechtliche Ausrichtung | 82 |
| b) Verwertungsverbot als Rechtsfolge eines öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs | 83 |
| aa) Voraussetzungen des informationellen Folgenbeseitigungsanspruchs nach Amelung | 84 |
| bb) Abweichende Thesen Störmers | 86 |
| c) Einordnung der Aussagefreiheit und des Anwesenheitsrechts bei Vernehmungen | 87 |
| d) Widerspruchsobliegenheit nach der Lehre von den informationellen Abwehransprüchen | 89 |
| 3. Abwägungslehre | 91 |
| a) Einleitung | 91 |
| b) Abwägungskriterien | 93 |
| c) Einordnung der Widerspruchslösung in dieses Abwägungssystem | 97 |
| aa) Geringeres Erfolgsunrecht | 98 |
| bb) Verfahrensökonomie und Rechtsklarheit | 99 |
| cc) Abwägung unter Einbeziehung der übrigen Abwägungskriterien | 99 |
| d) Zulässigkeit der eingestellten Kriterien und Legitimität des Abwägungsergebnisses | 101 |
| aa) Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung: Strukturprinzipien des Strafverfahrens | 101 |
| bb) Allgemeine Mitwirkungsobliegenheit des Angeklagten im Strafprozess? | 104 |
| (1) Inquisitionsmaxime | 104 |
| (2) Subjektstellung des Angeklagten | 105 |
| (3) Allgemeines Prinzip der Präklusion? | 106 |
| (4) Vergleich mit anderen Verfahrensarten | 110 |
| (a) Anglo-amerikanisches Strafverfahren | 110 |
| (b) Deutsches Zivilverfahren | 111 |
| (c) Partikuläre Verfahrensordnungen | 112 |
| e) Ergebnis: Strukturwidrige Umkehr der Handlungslast | 113 |
| IV. Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Kapitels | 114 |
| B. Verzicht | 115 |
| I. Definition und Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten | 116 |
| II. Zulässigkeit des strafprozessualen Verzichts | 118 |
| III. Reichweite der Verzichtsmöglichkeiten | 120 |
| 1. Allgemein | 120 |
| 2. Einzelne Verfahrensnormen | 122 |
| a) Unverzichtbare Verfahrensnormen | 122 |
| aa) Prozessvoraussetzungen | 122 |

| | |
|---|------------|
| bb) Absolute Revisionsgründe | 123 |
| cc) Weitere unverzichtbare Verfahrensnormen | 124 |
| b) Verzichtbare Verfahrensnormen | 124 |
| 3. Disponibilität des § 136 und der §§ 168 c, 224 | 125 |
| IV. Unterbleiben eines Widerspruchs als Verzichtserklärung | 126 |
| 1. Grundsätze für die Auslegung von Prozessverhalten | 127 |
| 2. Erklärungswert des Nichterhebens eines Widerspruchs seitens des unverteidigten Angeklagten | 129 |
| a) Erklärungswert des Schweigens bei prozessualer Passivität | 129 |
| b) Erklärungswert bei prozessualer Aktivität | 130 |
| aa) Kenntnisstand | 130 |
| bb) Rechtsaufgabewille | 132 |
| V. Zusammenfassung | 135 |
| C. Verwirkung | 135 |
| I. Objekt der Verwirkung | 136 |
| 1. Materielles Recht oder prozessuale Rügebefugnis | 136 |
| 2. Allgemeine Interventionsmöglichkeit oder Revisionsrügebefugnis | 138 |
| II. Rechtsgrundlage der Verwirkung | 139 |
| 1. Teleologische Reduktion von Verfahrensbefugnissen | 140 |
| a) Voraussetzungen und Grenzen dieser gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung | 141 |
| aa) Planwidrige (verdeckte) Regelungslücke | 141 |
| (1) Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebietes | 141 |
| (2) Eingeplanter Missbrauch | 142 |
| bb) Zweckentfremdung der Verfahrensbefugnis | 144 |
| b) Folge einer teleologischen Reduktion | 145 |
| c) Widerspruchslösung als Folge einer teleologischen Reduktion | 146 |
| aa) Teleologische Reduktion der verletzen Verfahrensvorschrift | 146 |
| bb) Teleologische Reduktion der einzelnen Revisionsrüge | 146 |
| 2. Gesamtanalogie | 148 |
| 3. Allgemeiner Rechtsgrundsatz der Rechtsordnung | 150 |
| 4. Rechtsstaatsprinzip | 153 |
| III. Kreis der verwirkbaren Normen | 154 |
| IV. Anforderungen an das zu einer Verwirkung führende Verhalten | 156 |
| 1. Verwirkung infolge illoyaler Verspätung | 156 |
| a) Zeitmoment | 157 |
| b) Umstandsmoment | 159 |
| 2. Verwirkung infolge missbilligenswerten Verhaltens | 160 |
| V. Zusammenfassung | 164 |
| D. Unterbrechung des Beruhenszusammenhangs im Sinne von § 337 StPO | 165 |
| I. Faktische Betrachtungsweise | 166 |
| 1. Möglichkeit eines Kausalzusammenhangs | 166 |
| 2. Faktische Unterbrechung durch Unterbleiben eines Widerspruchs | 166 |
| II. Normative Betrachtungsweise | 169 |
| 1. Normativer Beruhenszusammenhang | 169 |

| | |
|--|------------|
| 2. „Zerschlagung“ des Beruhenszusammenhanges durch Unterbleiben eines Widerspruchs | 171 |
| 3. Eigene Stellungnahme | 172 |
| III. Zusammenfassung | 173 |
| E. Fehlen einer Beschwerde | 174 |
| I. Urteilsbeschwerde | 175 |
| II. Gesetzesverletzungsbeschwerde | 175 |
| III. Zusammenfassung | 177 |

Teil 3

Dogmatische Begründungsansätze unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Widerspruchsobliegenheit des *verteidigten* Angeklagten

| | |
|--|------------|
| A. Widerspruch als Entstehungsvoraussetzung für ein Verwertungsverbot in der Hauptverhandlung | 180 |
| I. Schutzzwecklehre | 180 |
| II. Lehre von den informationellen Abwehrrechten | 181 |
| III. Abwägungslehre | 181 |
| 1. Fähigkeit des Verteidigers | 182 |
| 2. Verantwortung des Verteidigers | 183 |
| a) Parteiinteressentheorie | 186 |
| aa) Allgemein | 186 |
| bb) Sonderströmungen | 186 |
| b) Organtheorie | 188 |
| c) Vermittelnde Ansichten | 189 |
| aa) Eingeschränkte Organtheorie | 189 |
| bb) Roxins Ansatz | 192 |
| cc) Einzelfallorientierte Organtheorie | 193 |
| d) Stellungnahme | 194 |
| aa) Keine Herleitung aus Ständerecht | 194 |
| bb) Herleitung aus dem Regelungsgefüge der StPO | 194 |
| (1) Abgrenzung zum zivilrechtlichen Parteiherrschsprinzip | 195 |
| (2) Einzelanalogie zu § 265 StPO? | 196 |
| (3) Kontrollfunktion des Verteidigers | 196 |
| (4) Zurechnung von Verteidigungsfehlern? | 197 |
| B. Verzicht | 199 |
| I. Kenntnisstand | 199 |
| 1. Kenntnis des Verteidigers | 199 |
| 2. Kenntnis des verteidigten Angeklagten | 200 |
| II. Rechtsaufgabewille | 201 |
| III. Zurechnung von Verteidigerverhalten | 202 |
| 1. Dispositionsbefugnis | 202 |
| 2. Zurechnung einer Verzichtserklärung des Verteidigers | 203 |

| | |
|--|-----|
| C. Verwirkung | 205 |
| I. Verwirkungsrelevante Verhaltensweisen | 205 |
| II. Zurechnung des Verteidigerverhaltens | 207 |
| D. Gesamtergebnis | 207 |

Teil 4

| | |
|--|-----|
| Ausgestaltung der Widerspruchslösung im Einzelnen | 209 |
| A. Einleitung | 209 |
| I. Gesamtanalogie | 210 |
| II. Einzelanalogie | 212 |
| B. Rechtsnatur der Widerspruchserklärung | 213 |
| I. Bewirkungshandlung | 213 |
| II. Protokollierung des Widerspruchs | 214 |
| III. Rücknahmemöglichkeit | 214 |
| C. Substantiierung des Widerspruchs und Reichweite der Sperrwirkung | 218 |
| I. Präzisierung des Widerspruchsgrundes | 218 |
| II. Reichweite der Sperrwirkung einer Widerspruchserklärung | 222 |
| D. Sachliche Begrenzungen der Widerspruchsbefugnis | 223 |
| I. Bedingter Widerspruch | 223 |
| II. Aufspaltung des Widerspruchs | 226 |
| 1. Freigabe nur eines bestimmten Teils des Beweismittels | 227 |
| 2. Freigabe nur hinsichtlich bestimmter Entscheidungsteile | 231 |
| E. Zeitliche Aspekte des Widerspruchsrechts | 234 |
| I. Entstehungszeitpunkt des Widerspruchsrechts | 234 |
| 1. Entstehungszeitpunkt des Verwertungsverbots | 234 |
| 2. Frühestmögliche Widerspruchserhebung | 236 |
| 3. Adressat des Widerspruchs | 237 |
| 4. Fortwirkung eines Widerspruches | 238 |
| II. Befristung auf den in § 257 genannten Zeitpunkt? | 238 |
| III. Widerspruchsmöglichkeit in mehreren Tatsacheninstanzen | 241 |
| F. Reaktion des Gerichts | 244 |
| I. Erfordernis eines sofortigen Gerichtsbeschlusses | 244 |
| II. Änderung der Entscheidung des Gerichts über den Widerspruch | 247 |
| G. Ausdehnung des Widerspruchserfordernisses | 249 |
| Gesamtergebnis | 252 |
| Schlussbetrachtung | 258 |
| Literaturverzeichnis | 263 |
| Sachregister | 278 |

Einleitung

I. Beispiel aus der Rspr.¹

Früh an einem Sonntagmorgen fällt der Besatzung eines Polizeistreifenwagens ein Pkw auf, der am Rand einer Bundesstraße auf dem Grünstreifen abgestellt ist. Die Beamten P und O vermuten zunächst eine Autopanne. Als sie jedoch auf der Rückfahrt erneut an der Stelle vorbeikommen und dabei bemerken, dass das Fahrzeug unverändert dort steht, halten sie zur Überprüfung an. Sie stellen fest, dass der Pkw verschlossen und die Motorhaube noch warm ist. Das Radio ist eingeschaltet, und A schläft auf dem in Liegestellung gebrachten Fahrersitz. Einer der Beamten weckt A durch Klopfen an die Scheibe und verlangt nach Führerschein und Fahrzeugschein. Als A der Aufforderung nachkommt und seine Papiere aushändigt, nimmt P Alkoholgeruch wahr. Daraufhin fragt er den A gezielt, ob er Alkohol getrunken habe und woher er komme. A erklärt, dass er eine Diskothek besucht, dort mehrere Biere konsumiert und sich dann wieder auf den Rückweg begeben habe.

Er könne sich aber nicht mehr daran erinnern, angehalten zu haben. Eine dem A entnommene Blutprobe ergibt später, dass zum Zeitpunkt der Fahrt eine Blutalkoholkonzentration von 1,5 Promille vorlag. Es kommt schließlich zur Hauptverhandlung; dort verweigert der Angeklagte A nach Belehrung gem. § 243 IV 2 StPO die Aussage zur Sache. Können seine früheren Angaben nunmehr durch Vernehmung der Polizeibeamten in die Hauptverhandlung eingeführt werden?

Zu dem Zeitpunkt, als P den A nach seinem Alkoholkonsum fragte, bestand der Verdacht, dass A eine Straftat gem. § 316 StGB begangen haben könnte. P ermittelte gezielt gegen ihn zur Klärung dieses Verdachts.

In einem solchen Fall bejahen alle in Literatur und Rspr. vertretenen Ansichten die Beschuldigteneigenschaft im Sinne der StPO.² Er hätte somit gemäß §§ 136, 163 a IV StPO belehrt werden müssen. Fraglich ist nun, welche Folgen das Unterbleiben der vom Gesetz geforderten Beschuldigtenbelehrung hat. Zieht dieser Verfahrensfehler ein Verwertungsverbot (für das weitere Verfahren) nach sich?

¹ Sachverhalt angelehnt an OLG Stuttgart, Urteil vom 04.03.97 – 4 Ss 1/97 (Quelle: CD-ROM Dt. Rspr. 16. Edition; Stand: Dezember 1998).

² Zum Beginn der Beschuldigteneigenschaft: SK-StPO-Rogall vor § 133 Rn. 22 ff.; *Kl/M-G*, StPO Einl. Rn. 76 ff.; *Fincke* ZStW 95, 918 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht Rn. 505 ff.

II. BGHSt 38, 214 ff.

Der BGH hat 1992 das von der Literatur lange geforderte Beweisverwertungsverbot als Folge von Belehrungsmängeln im Ermittlungsverfahren grundsätzlich anerkannt. Der 5. Senat hat das Beweisverwertungsverbot aber unter die einschränkenden Kautelen der sog. Widerspruchslösung³ gestellt. Das Verwertungsverbot ist danach unter bestimmten Voraussetzungen davon abhängig, dass der Angeklagte in der Hauptverhandlung Widerspruch gegen die Verwertung einlegt. Diese „Widerspruchslösung“ bezeichnet folglich eine Obliegenheit des Angeklagten zur Widerspruchserhebung in der Hauptverhandlung. Unter „Obliegenheit“ versteht man im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch eine nicht einklagbare Mitwirkungslast, deren Nichterfüllung Rechtsnachteile mit sich bringt.⁴ Der BGH unterscheidet im Einzelnen zwischen dem verteidigten und dem unverteidigten Angeklagten. So heißt es in BGHSt 38, 214 ff.:

„... Hat ein Verteidiger des Angeklagten in der Hauptverhandlung mitgewirkt und hat der verteidigte Angeklagte ausdrücklich der Verwertung des Inhalts einer ohne Belehrung (§ 136 I 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 ... 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...“⁵

Die Frage, ob diese Widerspruchsobliegenheit sich noch im Rahmen zulässiger Interpretation der gesetzlichen Vorschriften bewegt, soll in dieser Abhandlung untersucht werden.

III. Problematik der Widerspruchslösung

Diese richterrechtlich begründete Obliegenheit hat in der Literatur viel Kritik erfahren. Um die heftigen Reaktionen der Rechtswissenschaft verstehen zu können, soll die Problematik, die die Widerspruchslösung in sich birgt, anhand der Darstellung des genannten Beispielsfalls verdeutlicht werden. Zunächst ist danach zu differenzieren, ob dem Angeklagten in der Hauptverhandlung ein Verteidiger zur Seite steht oder nicht:

³ Diese Bezeichnung wurde von *Rogall* (SK-StPO vor § 133 Rn. 178) geprägt.

⁴ *Creifelds*, Rechtswörterbuch; Palandt-*Heinrichs*, BGB Einl. vor § 241 Rn. 60.

⁵ BGHSt 38, 214, 225 f.

1. Verteidigter Angeklagter

Nach der Rspr. des BGH trifft den verteidigten Angeklagten eine – unabhängig vom Verhalten des Gerichts und vom Kenntnisstand des Verteidigers bestehende – Widerspruchsbliegenheit. Erheben er oder sein Verteidiger keinen Widerspruch, so ist die Verwertung nicht nur zulässig, sondern sogar zwingend vorgeschrieben.

Erhebt das Gericht in diesem Fall keinen Beweis, so hat eine Verfahrensrüge der Staatsanwaltschaft, mit der ein Verstoß gegen § 244 II StPO geltend gemacht wird, Erfolg.⁶ Ist der Beweis schon erhoben worden, verwertet das Gericht das Beweisergebnis jedoch nicht im Urteil, so kann die Staatsanwaltschaft mit der Sachrüge eine Verletzung des § 261 StPO mit Erfolg geltend machen.⁷ Der Angeklagte dagegen kann den Verfahrensfehler mit der Revision nicht mehr rügen, unabhängig davon, ob er oder der Verteidiger Kenntnis von dem Belehrungsmangel und der Rügeobliegenheit hatten.

Erhebt der Verteidiger dagegen den vom BGH geforderten Widerspruch, so greift das Beweisverwertungsverbot wegen des Belehrungsmangels im Vorverfahren; die Verwertung ist dann unzulässig. Dies bedeutet für den obigen Beispielfall, dass die Vernehmung der Polizeibeamten zu diesem Punkt zu unterbleiben hat. Falls der Beweis zum Zeitpunkt der Widerspruchseinlegung schon erhoben worden ist, darf er zumindest nicht in den Beweiswürdigungsvorgang einfließen. Verwertet das Gericht die Angaben trotz des Widerspruchs, so kann der Angeklagte mit seiner Revision den Verstoß gegen das Beweisverwertungsverbot rügen.

2. Unverteidigter Angeklagter

Etwas besser stellt sich die Lage für den unverteidigten Angeklagten dar. Bei ihm ist entscheidend, ob er vom Richter über sein Widerspruchsrecht informiert wurde oder nicht.

Erhebt der Angeklagte trotz der richterlichen Belehrung keinen Widerspruch, so tritt Verwertbarkeit ein; ein Nichterheben dieses Beweises oder eine Nichteinbeziehung in den Beweiswürdigungsvorgang könnte von der Staatsanwaltschaft mit der Revision gerügt werden.

Fehlt es allerdings an einer solchen richterlichen Belehrung, so ist die Verwertung auch ohne Widerspruch des Angeklagten unzulässig. Eine dennoch erfolgende Verwertung kann vom Angeklagten mit der Revision angegriffen werden. Durch die richterliche Belehrung wird sichergestellt, dass der unverteidigte Angeklagte Kenntnis von dem Verfahrensfehler und seiner Widerspruchsmöglichkeit erlangt.

⁶ BGH NJW 95, 2047.

⁷ OLG Celle StV 97, 68 ff.