

Zus.fassung zum Kolloquium „strafprozessuale Zusatzfrage“ – 14.4. 03

Sachverhalt 1:

1. Die Frage, ob im Zweifel eine Verwertung der polizeilichen Vernehmung ausscheidet, lässt sich erst dann beantworten, wenn das hier fragliche Prozessverhalten des Vernehmungsbeamten – das Unterlassen einer Belehrung gem. § 136 I 2, 163a IV 2 StPO - ein Verwertungsverbot zur Folge hätte.

Ein solches Verwertungsverbot wurde in der Rechtsprechung lange abgelehnt. Zunächst generell für die polizeiliche und richterliche Vernehmung, wobei der § 136 I 2 als bloße Ordnungsvorschrift eingeordnet wurde (BGHSt 22, 170), dies, obwohl die Neufassung der Belehrungsvorschrift § 136 I 2 durch das StPÄG 1964 zu einer erheblichen Klarstellung geführt hatte: Der Beschuldigte war nicht mehr nur zu befragen, „ob er aussagen wolle“. Er war jetzt ausdrücklich auf seine Aussagefreiheit hinzuweisen.

Später differenzierte der BGH – unter Aufgabe der Einschätzung des § 136 I 2 als bloße Ordnungsvorschrift - zwischen der polizeilichen und der richterlichen Vernehmung. Nur bei letzterer führe die Missachtung der Belehrungspflicht zu einem Verwertungsverbot (BGHSt 31, 395). Diese mehr verkündete als begründete Unterscheidung hat der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1992 (BGHSt 38, 214) aufgegeben. Nunmehr betont er die zentrale Bedeutung der Aussagefreiheit des Beschuldigten für das geltende Strafprozessrecht, ebenso die Notwendigkeit eines Hinweises zur Wahrung der Rechtsposition. Das gelte gerade auch für die polizeiliche Vernehmung, bei der der Beschuldigte in größerem Maße als in der Hauptverhandlung, der Gefahr ausgesetzt sei, sich unbedacht zu belasten.

Folgt man dieser Rechtsprechung, mit der sich der BGH an die bis dahin nahezu einhellige Literaturlauffassung angeschlossen hat, so stellt sich die Frage nach der Behandlung des „Zweifels“:

2. Angesichts dieses Rechtsprechungswandels, vor allem angesichts der zunehmenden (von verfassungsrechtlichen Bekenntnissen begleiteten) Zugeständnisse an die Aussagefreiheit des Beschuldigten, läge es nahe, bei Zweifeln über die Einhaltung der §§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO eine Anwendung des „in dubio pro reo“ zu erwarten. Der BGH hat dies in „BGHSt 38, 214 (224)“ lapidar abgelehnt. Die entsprechende Entscheidungspassage erinnert in ihrem „Begründungs“stil an BGHSt 31, 395.

Freilich fügt sich die Einschätzung des BGH in die bisherige Rechtsprechung ein, die in der Frage „in-dubio-pro-reo und Prozessrecht“ einen differenzierenden Kurs vertrat, der lautet: Geltung des in-dubio-pro-reo für Prozessvoraussetzungen wie die das „Fehlen der Verjährung“ und die „Verhandlungsunfähigkeit“/keine Anwendung für den Nachweis von Verfahrensfehlern. So hat der BGH – in BGHSt 16, 164 – bei Zweifeln über den Einsatz verbotener Vernehmungsmethoden (§ 136a) contra reum entschieden. So gesehen ist die Entscheidung in Sachen § 136 I 2 „konsequent“.

In der Literatur wird die Differenzierung des BGH zumeist abgelehnt, wobei die eine Lehre (unter Betonung des rechtsstaatlichen Ansehens, das sich keine Zweifel über die Einhaltung zentraler prozessualer Prinzipien erlauben könne) eine Ausdehnung des in-dubio-pro-reo auf Fälle der Missachtung der §§ 136a, 136 I 2 befürwortet, während die andere Lehrmeinung (unter Betonung der Herkunft des in-dubio-Satzes: Kehrseite des Schuldprinzips!) eine Anwendung auf prozessuale Fragen generell verneint.

Sachverhalt 2:

1. Eine Befugnis des Vorsitzenden, den Verteidiger bei seiner Zeugenbefragung (jederzeit) zu unterbrechen, könnte sich aus § 238 I StPO ergeben. Die Vorschrift weist dem Vorsitzenden die Verhandlungsleitung zu. Daraus folgert der BGH (NStZ 1995, 142) die Befugnis, über den Beginn, die Fortsetzung und den Abschluss der Ausübung des Fragerechts anderer Verfahrensbeteiligter zu entscheiden. Ergänzend weist der BGH für den vorliegenden Fall darauf hin, dass der Verteidiger im späteren Verlauf der Hauptverhandlung Gelegenheit gehabt habe, weitere Fragen an den Zeugen zu richten.

2. Die Literatur lehnt das BGH-Urteil einmütig ab. M.E. zu Recht.

a) Der Gesetzeswortlaut und die Systematik der §§ 238 I, 240 II, 241 II StPO lassen erkennen: Der Vorsitzende darf sich in die Ausübung des Fragerechts Dritter nur einschalten, um ungeeignete oder nicht zur Sache gehörende Fragen zu unterbinden.

b) Dieser abschließenden Regelung des § 241 II liegt ein entsprechender „gesetzgeberischer Wille“ zugrunde. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien der RStPO v. 1877 zeigt, dass die beteiligten Verfassungsorgane die Frage diskutiert haben, ob die in den früheren Länderstrafprozessordnungen anerkannte Befugnis des Vorsitzenden, *jederzeit* zu intervenieren, in der RStPO fortgeschrieben werden solle. Die Frage wurde am Ende ausdrücklich verneint.

c) Die Gründe für das großzügig Verteidigerfragerecht liegen in der Hauptverhandlungsstruktur der StPO. Anders als im anglo-amerikanischen Prozessmodell ist der Vorsitzende die zentrale Prozessfigur der Hauptverhandlung. Er leitet die Beweisaufnahme, vernimmt Zeugen u. Sachverständige. Überdies verfügt er über Aktenkenntnis und ist derjenige, der das Hauptverfahren eröffnet hat: wegen dringenden Tatverdachts! Schon allein aufgrund dieses „Zwischenurteils“ besteht die Gefahr der Voreingenommenheit. Dem versucht die StPO durch Einräumung des Verteidigerfragerechts, entgegenzusteuern. Die Verteidigerbefragung stellt allerdings keine originäre komplette Befragung dar, sondern nur eine Art kritische Nachlese. Schon allein dies gebietet es, sie grundsätzlich unangetastet zu lassen und Unterbrechungen nur in den gesetzlich bezeichneten Ausnahmefällen zuzulassen.

Sachverhalt 3:

1. Der Grundsatz der materiellen Unmittelbarkeit - § 250 StPO - besagt, dass das erkennende Gericht die Tatsachen aus der Quelle selbst schöpfen muss. Beweissurrogate sind unzulässig. So darf die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls ersetzt werden

2. Eine Verlesung des Protokolls über die Vernehmung der E könnte hier aber ausnahmsweise gem. § 251 I Ziff 1. zulässig sein. **(Bitte beachten: Verlesung richterlicher Vernehmungsprotokolle ist seit dem Justizmodernisierungsgesetz v. 2004 in § 251 II StPO geregelt).** § 251 I erlaubt bei früherer *richterlicher (!)* Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen etc. in bestimmten Ausnahmefällen (Ziff. 1-4) die Einführung der Aussage in die Hauptverhandlung im Wege der Verlesung (Urkundenbeweis). Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des § 251 I Ziff. 1 erfüllt sind. Ist der Aufenthalt der Zeugin nicht zu ermitteln?

Nach der Rechtsprechung genügt hierfür nicht schon ein vergeblicher Ladungsversuch. Auch die Tatsache einer ausdrücklichen Weigerung der Zeugin, zu erscheinen und auszusagen, dürfte den Anforderungen des § 251 I Ziff. 1 nicht genügen, sofern das Gericht keine weiteren Nachforschungen zur Ermittlung des Aufenthalts der E angestellt hat. Solche Nachforschungen wären (Grundsatz des § 250!) erforderlich, wenn sie nicht von vornherein aussichtslos erschienen. Von einer solchen Aussichtslosigkeit ist hier nicht auszugehen. Schon allein die Bedeutung der Aussage der E verbietet es, sich mit der „Abmeldung“ zufrieden zu geben.

3. Unabhängig von dem beschriebenen Hindernis könnte es auch der § 252 StPO verbieten, die frühere Aussage der E in die Hauptverhandlung einzuführen. Nach § 252 darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen

Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Frage:

Macht E in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 I Ziff. 2) Gebrauch?

a) Rechtsprechung und Teile der Literatur begreifen den § 252 eng und lehnen das Verlesungsverbot ab, wenn der Zeuge nicht durch Erklärung in der Hauptverhandlung, sondern – wie hier - in anderer Weise zu erkennen gibt, dass er in der Hauptverhandlung nicht aussagen will (BGHSt 25, 176). Folgt man dieser Ansicht, so stünde § 252 dem Vorhaben des Vorsitzenden nicht entgegen. Aber. Es bliebe bei dem unter 2. erörterten Verlesungshindernis.

b). Die Gegenauffassung (Roxin, Lb, § 44, Rn. 23) fordert eine entsprechende Anwendung des § 252 auf Fälle, in denen der Zeuge anders als in der in § 252 beschriebenen Weise deutlich macht, dass er nunmehr von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machen will.

4. Folgt man der zuletzt dargestellten Literaturansicht, so stellt sich die Frage, ob der § 252 StPO in seiner Rechtsfolge nur das Vernehmungsprotokoll des Vorverfahrens oder auch den vernehmenden U als Zeugen tabuisiert. M.a.W.: Verbietet § 252 nur die Verlesung des Protokolls des U oder auch die sonstige Verwertung der früheren Aussage der E, hier über eine Vernehmung des U als Zeugen in der Hauptverhandlung?

a) Die Reichsgerichtsrechtsprechung hat den § 252 als reines Verlesungsverbot begriffen und die Verwertung der früheren Aussage qua Vernehmung der Verhörsperson gestattet. Die Vernehmung eines Polizeibeamten sei stets, die eines Richters jedenfalls dann zulässig, wenn er den Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt habe (RGSt 70, 6; RGJW 1932, 419)

b) Die Rechtsprechung des BGH führt in der Frage der Verwertbarkeit eine tiefergehende Differenzierung zwischen der polizeilichen und der richterlichen Vorverfahrensvernehmung ein. Nur bei richterlichem Verhör sei die Zeugenaussage über eine Vernehmung der Verhörsperson verwertbar. Die Aussage vor der Polizei unterliege einem Verwertungsverbot. Diese Unterscheidung wurde früher (BGHSt 2, 99) damit gerechtfertigt, dass nur der Richter verpflichtet sei, den Zeugen über sein Aussageverweigerungsrecht zu belehren. Nachdem sich diese nicht zu verteidigende Rechtslage mit dem StPÄG 1964 (§ 163a i.V.m. § 52 III) geändert hat, stützt der BGH seine Abstufung in § 252 auf die „besondere Qualität richterlicher Vernehmungen (BGH NJW 1984, 621).

c) Die überwiegende Literatur entnimmt dem § 252 (direkt oder über Ergänzung durch § 52) ein umfassendes Verlesungs- und Verwertungsverbot. Die Differenzierung des BGH wird abgelehnt. M.E. zu Recht. Sinn des § 252 ist es,

dem Zeugen, der im Vorverfahren möglicherweise unüberlegt auf sein Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet hat und nunmehr in der Hauptverhandlung bei Anwesenheit des angehörig Angeklagten den besonderen Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und verwandtschaftlicher Sympathie erlebt, den Weg zur konfliktlösenden Aussageverweigerung offen zu halten. In der Konsequenz einer solchen Rücksichtnahme liegt es, die frühere Aussage vollends, d.h. über ein Verlesungs- und Verwertungsverbot zu tabuisieren. Denn eine Aussageverweigerung, bei der der Zeuge das Gefühl haben müsste, aufgrund seiner früheren Aussage ohnehin „alles verspielt zu haben“, wäre wertlos. Diese psychologischen Erwägungen gelten bei polizeilicher und richterlicher Vorverfahrensvernehmung gleichermaßen. Die Überlegungen des BGH zur „höheren rechtsstaatlichen Qualität der richterlichen Vernehmung“ zielen am Sinn des § 252 vorbei.