

Zusammenfassung Kolloquium „strafprozessuale Zusatzfrage“ – 30. 6. 03

Sachverhalt 1: (angelehnt an BGHGS 32, 115)

Problem der „Unmittelbarkeit der Beweiserhebung“. Der Verfahrensgrundsatz stammt aus der Reformgesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Mit der Einführung der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit sollten die schweren Mängel beseitigt werden, die sich aus dem Ablauf des bisherigen Inquisitionsprozesses ergaben. Dieser trennte zwischen dem untersuchenden und dem urteilenden Richter. Der Untersuchungsrichter vernahm den Beschuldigten und die Zeugen. Die Protokolle der Vernehmungen verschickte er mit den Akten an den urteilenden Richter, der seine Entscheidung allein aus dem Aktenstudium schöpfte. Die Mängel eines solchen Verfahrens liegen heute auf der Hand. Ein solides Strafurteil setzt ein „eigenes Bild“ des Richters vom Angeklagten und von den Beweismitteln voraus. Wenn dem Richter schon nicht über das unmittelbare Erlebnis des „potentiell deliktischen Geschehens“ verfügt, dann soll er in den Stand versetzt werden, aus dem lebendigen Eindruck heraus zu urteilen, den ihm die mit am verfahrensgegenständlichen Geschehen unmittelbar Beteiligten vermitteln. Diesem Ziel dient auch die ununterbrochene Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit besagt:

1. Die Beweisaufnahme muss vor dem erkennenden Gericht selbst erfolgen (formelle Unmittelbarkeit).
2. Die Beweismittel dürfen nicht durch Beweissurrogate ersetzt werden (materielle Unmittelbarkeit).

Das Unmittelbarkeitsprinzip ist mit all seinen Grundsätzen und Ausnahmen in §§ 250 ff. StPO geregelt.

I. Ausgangspunkt- § 250 StPO

Beruhet der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden (**Vorrang des Zeugenbeweises vor dem Urkundenbeweis**).

II. Ausnahmen: § 251 I u. II StPO

§ 251 spricht in Abs. 1 und Abs. 2 ausdrücklich von der Ersetzung der Zeugenvernehmung durch die Verlesung einer früheren Niederschrift.

1. Abs. 1 nennt vier Konstellationen (Ziff. 1-4):

- a) Zeuge, Sachverständiger, Mitbeschuldigter verstorben.
- b) Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse stehen dem Erscheinen des Zeugen, Sachverständigen, Mitbeschuldigten entgegen.
- c) Große Entfernung macht das Erscheinen – unter Berücksichtigung der Bedeutung der Aussage – unzumutbar.
- d) Einverständnis der Staatsanwaltschaft, des Verteidigers und des Angeklagten mit der Verlesung.

Wichtig: § 251 I gilt nur, wenn die frühere Vernehmung, deren Protokoll verlesen werden soll, eine richterliche ist.

2. Der Absatz 2 des § 251 bezieht sich ausschließlich auf **staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Vernehmungen**. Und er lässt erkennen, dass der Gesetzgeber in diesen Fällen mit der „Durchbrechung der Unmittelbarkeit durch Protokollverlesung“ vorsichtiger umgeht.

Sie ist zulässig:

a) wenn der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte einverstanden sind (§ 251 II 1).

b) wenn der Zeuge, Sachverständige oder Mitbeschuldigte verstorben ist oder aus einem anderen Grund in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann (§ 251 II 2).

Grund für die Differenzierung in § 251 I u. II?

Das größere Vertrauen in die richterliche Vernehmung. Sie ist rechtsstaatlicher ausgestaltet als die staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Vernehmung. Gem. § 168c II ist bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet. Dieses Anwesenheitsrecht der wichtigsten Verfahrensbeteiligten gestaltet die richterliche Vernehmung (des Vorverfahrens) zu einer „kleinen Hauptverhandlung“. Die Ergebnisse einer so ausgestalteten Vernehmung erscheinen in hohem Maße vertrauens- und verlesungswürdig.

Kontrollfrage: Besteht denn bei der staatsanwaltschaftlichen Zeugenvernehmung oder Sachverständigenvernehmung kein Anwesenheitsrecht der übrigen Verfahrensbeteiligten? Die Antwort ergibt sich aus einem Vergleich des § 161a (Zeugen und Sachverständige vor der Staatsanwaltschaft) mit § 163a III (Beschuldigter vor der Staatsanwaltschaft). Während der § 163a III auf § 168c I Bezug nimmt und bei der Beschuldigtenvernehmung dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet, fehlt es in § 161a an einem entsprechenden Verweis auf § 168c II. Die Zeugenvernehmung gestaltet sich also bei der StA und der Polizei inquisitorisch.

So viel zur Erklärung für die unterschiedliche Bewertung von richterlichen und staatsanwaltschaftlichen/polizeilichen Protokollen bei der Frage der Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips.

3. Einschlägig ist hier also der § 251 II.

S. 1: Verlesung bei allseitiger Zustimmung (S. 1)? Daran fehlt es hier.

S. 2: Kann der Zeuge Z nicht vernommen werden (S. 2)? Ist er für das Gericht unerreichbar?

Für die Interpretation der „Unerreichbarkeit“ ist zu beachten, dass es sich bei § 251 II um eine Ausnahmenvorschrift handelt. Die Anforderungen an die Unerreichbarkeit sind daher sehr hoch zu veranschlagen. Dahinter steckt folgende Überlegung: Das Gericht ist gem. § 244 II verpflichtet, im Interesse der Wahrheitserforschung alle Beweismittel auszuschöpfen. Und: Es hat sich, wenn mehrere Beweismittel in Betracht kommen, immer um das bessere zu bemühen. Die lebendige Zeugenaussage ist im Vergleich zur „toten“ Protokollverlesung (Reproduktion der Zeugenaussage) immer das bessere Beweismittel.

Im vorliegenden Fall hat sich das Gericht um den Zeugen X bemüht. Es ist jedoch beim Innenministerium auf Ablehnung gestoßen. Ist damit die Unerreichbarkeit zu bejahen? Nein:

Der § 244 II, der die Interpretation des § 251 II S. 2 diktiert, verpflichtet das Gericht, sich nicht ohne weiteres mit der Ablehnung zufriedenzugeben. Es muss den Sicherheitsbedenken der Polizeibehörde nachgehen und es muss versuchen, ihnen Rechnung zu tragen, d.h. eine Form der Vernehmung des Zeugen zu finden, welche die Gefährdung ausschließt. Auf welchen Wegen? Bitte die nachfolgend genannten Vorschriften lesen!

aa) § 68 II StPO

bb) § 68 III StPO

cc) § 247 S. 2 StPO

dd) § 172 Ziff. 1 a GVG

ee) § 247a StPO

ff) § 223 I StPO

(Exkurs zu § 223 I. Gelegentliche Examensfrage: Worin unterscheiden sich der *beauftragte* und der *ersuchte* Richter iSd § 223 I? Der beauftragte Richter ist ein Mitglied des erkennenden Gerichts, der ersuchte Richter ist der Amtsrichter eines anderen Amtsgerichtsbezirks.)

Erg.: Solange das Gericht die genannten alternativen Vernehmungsformen dem Innenministerium nicht vorgeschlagen hat, um auf diese Weise den Zeugen X zu gewinnen, liefe eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls auf einen Verstoß gegen §§ 244 II, 250 StPO hinaus.

Sachverhalt 2

Ausgangssachverhalt

Inwiefern unterscheidet sich dieser Sachverhalt vom Sachverhalt 1? Im ersten Sachverhalt fehlt der Zeuge. Im Sachverhalt 2 steht er zur Verfügung. Was ist von der Überlegung zu halten, hier komme eine analoge Anwendung des § 251 in Betracht, etwa deshalb, weil der Zeuge im vorliegenden Fall – anders als im Fall 1 – nicht ganz, sondern wegen seiner Erinnerungslücken nur zum Teil „ausfalle“?

Die Überlegung ist wegen des Fehlens einer Regelungslücke abzulehnen. Das Gesetz stellt für Fälle des „teilweisen Ausfalls“ eines personalen Beweismittels eine eigene Regelung zur Verfügung: **§ 253 I StPO**. Dem entspricht die in **§ 253 II** erfasste Situation: Verlesung, um einen Widerspruch zwischen Hauptverhandlungsvernehmung und früherer Aussage ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung zu beheben.

§ 253 StPO bedeutet (anders als § 251) nur eine teilweise Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips. Er erlaubt eine **Kombination aus Zeugen- und Urkundenbeweis**. Die bruchstückhafte Zeugenaussage wird durch die Urkundenverlesung komplettiert.

1. Abwandlung

Unterschied zum Ausgangsfall? In beiden Fällen wird die Niederschrift vollständig verlesen.

Unterschied insofern, als es im Ausgangsfall bei der Verlesung verbleibt, während der Z in der Abwandlung den Inhalt der Verlesung bestätigt. In dieser Bestätigung liegt aber eine Zeugenaussage. Und genau dahin zielt die Vorgehensweise des Vorsitzenden. Der Z sollte als Beweismittel aktiviert werden. Im Unterschied zum Ausgangsfall soll nicht das „Verlesene“ Beweismittel werden, sondern die Reaktion des Zeugen auf die Verlesung. Man spricht in diesen Fällen vom „**formfreien Vorhalt**“. Er ist ein umstrittenes (!) Mittel, um den Zeugen zu aktivieren, also das Unmittelbarkeitsideal des § 250 zu wahren.

Die genannte Differenzierung ist entgegen dem ersten Anschein praktisch sehr bedeutsam.

1. In § 253 findet ein Stück Urkundenbeweis statt, worauf das Institut des „formfreien Vorhalts“ jedenfalls dem Anspruch nach verzichtet.
2. Die Anwendungsbereiche des „formfreien Vorhalts“ und der Urkundenverlesung des § 253 verlaufen nicht konform (dazu folgende Abwandlung).

2. Abwandlung

Zulässigkeit einer Urkundenverlesung gem. § 253 I StPO? Lesen!

1. P ist Zeuge.
2. Er kann sich einer Tatsache nicht erinnern.
3. Es existiert ein früheres Protokoll über eine Vernehmung.
4. Vernehmung des P?

„Seine Vernehmung“ iSd § 253 ist passivisch, nicht aktivisch gemeint. **P ist aber im Ermittlungsverfahren nicht als Zeuge vernommen worden. Er hat einen Zeugen vernommen.**

Die Voraussetzungen des § 253 I wären also im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Allerdings hat der Vorsitzende den Urkunden(teil)beweis auch nicht angestrebt. Seine Vorgehensweise stellt einen formfreien Vorhalt dar, der eine Zeugenaussage ermöglichen soll. Und diesen formfreien Vorhalt lässt die herrschende Meinung zu. Der vorliegende Fall zeigt, dass sich die Anwendungsbereiche des § 253 und des formfreien Vorhalts nicht decken.

Wie bereits angedeutet, ist das Ganze in der Praxis von erheblicher Bedeutung. Polizeibeamte stehen oft als Zeugen vor Gericht. Denn Zeugenvernehmungen im Vorverfahren gehören zu ihrem Alltagsgeschäft. Aber es sind Dutzende von Fällen, die im Moment der Hauptverhandlung manchmal monatelang zurückliegen, so dass die Erinnerung verblasst. Naheliegenderes Mittel zur Aufhellung ist der formfreie Vorhalt.

Gegen den formfreien Vorhalt äußert man mit Blick auf §§ 250, 261 StPO Bedenken. Insbesondere die Schöffen gerieten in Schwierigkeiten, zwischen der Zeugenreaktion auf die Verlesung und dem aus dem Vorverfahren stammenden Verlesungsinhalt zu unterscheiden. Dagegen könnte man einwenden, dass die Struktur unsres Strafprozesses einen „formfreien Vorhalt“ unverzichtbar macht. Denn die Wahrheitserforschungspflicht des § 244 II drängt gerade dazu, frühere und damit tatnähere Aussagen von Zeugen in die Hauptverhandlung einzubeziehen, um das aktuelle Aussageverhalten des Zeugen an ihnen zu messen. Dies aber ist ohne Rückgriff auf die Ermittlungsakten und ihre Vernehmungsprotokolle nicht möglich.

Sachverhalt 3

I. Protokollverlesung gem. § 253 II zulässig?

Die Frage ist aus zwei Gründen zu verneinen. Es geht nicht darum, einen Widerspruch in einer **Zeugenaussage** zu beheben (A ist **Angeklagter**). Und selbst wenn eine Zeugenaussage zur Diskussion stünde, wäre P als Vernehmungsbeamter nicht Zeuge iSd § 253.

II. Protokollverlesung gem. § 254?

1. Auch hier geht es um die Verlesung eines früheren Protokolls, allerdings nicht früherer Protokollierungen von **Zeugenaussagen**, sondern von Einlassungen des **Angeklagten**.
2. Nur **richterliche** Protokolle dürfen verlesen werden. Dies geschieht – anders als in § 253 I – nicht nur zur Komplettierung einer Zeugenaussage. Das richterliche Protokoll tritt gänzlich an die Stelle der Hauptverhandlungseinlassung des Angeklagten. Es wäre also nicht notwendig, den Vernehmungsrichter zu laden, ihn seinerseits zu vernehmen und erst bei Schwierigkeiten auf das Protokoll zurückzugreifen. Bei richterlicher Vernehmung stellt der Gesetzgeber den **Urkundenbeweis** also **über den Zeugenbeweis**.

Erg.: Da hier im Vorverfahren *keine richterliche*, sondern nur eine *polizeiliche* Vernehmung des Beschuldigten stattgefunden hat, scheidet eine Verlesung gem. § 254 aus.

III. Zulässigkeit eines formfreien Vorhalts gegenüber A?

Ein solcher Vorhalt wird von der hM grundsätzlich befürwortet. Er zielt aber – wie beim Vorhalt gegenüber dem Zeugen – nicht darauf, die Urkunde mit ihrem Inhalt in die Hauptverhandlung einzuführen, sondern darauf, eine Reaktion des Angeklagten auf die Urkundenverlesung zu gewinnen. Hier hat sich A geweigert, etwas zu sagen.

IV. Zulässigkeit eines formfreien Vorhalts gegenüber P?

Er zielt auf eine brauchbare Reaktion des P, die dann im Wege des Zeugenbeweises in das Beweisergebnis einfließen würde. Allerdings ist die Reaktion des P viel zu allgemein; sie passt zu jeder Vernehmung. Brauchbar wäre nur eine substantiierte und individuelle Bestätigung gewesen. Erg.: Der Vorhalt wäre nach hM zulässig, im konkreten Fall aber unergiebig.

Abschließende Übersicht zum Thema „Unmittelbarkeitsgrundsatz und Ausnahmen“ (§§ 250 ff StPO)

§ 250 S. 2

Unmittelbarkeitsgrundsatz;
keine Ersetzung der unmittelbaren Vernehmung einer Person durch Verlesung eines Protokolls über eine frühere Vernehmung dieser Person o. durch Verlesung einer schriftlichen Erklärung.

§ 256

Ausnahme von § 250 S. 2
(Verlesung, Urkundenbeweis zulässig)

Behörden- und ärzteerklärungen

§ 251

Ausnahme von § 250 S. 2
(Verlesung, Urkundenbeweis zulässig)

1. Verlesung der Niederschrift über frühere *richterliche* Zeugen-, Sachverständigen- oder Mitbeschuldigtenvernehmung unter Voraussetzungen des § 251 I.
2. Verlesung von Niederschriften über *nichtrichterliche* Vernehmungen und von Schriftstücken unter den Voraussetzungen des § 251 II.

§ 252

Ausnahme von § 251
(Verbot der Verlesung/ des Urkundenbeweises)
Situation: Zeuge macht erst in der Hauptverhandlung vom ZVR Gebrauch.

Tragweite des § 252 streitig –
Nur Verlesungsverbot? D.h.: Vernehmung u. Verwertung der Aussage der früheren Verhörsperson zulässig?

- RG: +, denn § 252: nur Verlesungsverbot
- Lit: -, mit Blick auf den Zweck des § 252 : Verlesungs-, Vernehmungs- und Verwertungsverbot
- BGH: Nur bei nichtrichterlicher Verhörsperson Verlesungs-, Vernehmungs- und Verwertungsverbot

§ 253

Ausnahme von § 250 S. 2
(Kombination v. Zeugen- und Urkundenbeweis)

Protokollverlesung zur *Gedächtnisunterstützung* (§ 253 I) und zur Behebung von Widersprüchen zu früherer Aussage (§ 253 II) bei Zeugen- und Sachverständigenvernehmung.

§ 254

Ausnahme von § 250 S. 2
(Verlesung/ Urkundenbeweis zulässig)

Verlesung von Erklärungen des Angeklagten zum Zweck der Beweisaufnahme über Geständnis (§ 254 I); Verlesung zur Behebung eines Widerspruchs mit früherer Beschuldigtenaussage (§ 254 II). Voraussetzung: *richterliches* Protokoll.

„Formfreier Vorhalt“

Keine Ausnahme von § 250 S. 2 (so Rspr und hL)
(zielt *nicht* auf *Urkundenbeweis*, sondern auf
Zeugenbeweis bzw. auf *Einlassung des Angekl.*;
Reaktion auf Urkundenverlesung).

Zulässig im Anwendungsbereich und außerhalb
des Anwendungsbereichs der §§ 253, 254.

§ 255a

Ausnahme von § 250 S. 2
(Augenscheinsbeweis zulässig)

Gleichstellung von Ton-Bild-Aufzeichnung einer
Zeugenvernehmung und entspr. Niederschrift –
mit Blick auf §§ 251, 253.

Für Situation des § 252: Verbot des
Augenscheinsbeweises