

Zus.fassung zum Kolloquium „strafprozessuale Zusatzfrage“ – 28. 4. 03

Sachverhalt 1:

In Betracht kommt ein (sog. unselbständiges) Beweisverwertungsverbot, das sich auf Missachtungen des § 136 I 2 F. 2 und des § 136a I S. 1 StPO stützt.

I. Erster Verstoß

1. Missachtung des § 136 I S. 2 F. 2 bei der Beweiserhebung?

a) D hat den T2 laut Sachverhalt „gem. § 136 I“ belehrt. Dies spricht dafür, dass D den T2 nicht nur auf die Aussagefreiheit sondern ebenso auf das Recht hingewiesen hat, jederzeit einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. So gesehen wäre die Vernehmung des D nicht zu beanstanden. Allerdings betont der BGH in ständiger Rechtsprechung, dass sich die „Belehrung“ i.S.d. § 136 I S. 2 F.2 nicht im Hinweis auf das Recht zur Verteidigerkonsultation erschöpfe, sondern weitere Anforderungen an das Verhalten der Vernehmungsperson stelle:

b) Dazu gehört das geradezu selbstverständliche Verbot, die Kontaktaufnahme zum Verteidiger aktiv zu blockieren (vgl. BGHSt 38, 372).

c) Dazu gehört ebenso das Gebot, den Beschuldigten bei der Suche nach einem Verteidiger ausreichend zu unterstützen (BGHSt 42, 15). Dabei ist der Hinweis auf einen konkreten Verteidiger weder erforderlich noch wünschenswert. Es genügt der Hinweis auf die Existenz des (jederzeit erreichbaren) anwaltlichen Notdienstes. Das bloße Zur-Verfügung-Stellen von Handy und Branchenverzeichnis ist allerdings unzureichend, um dem regelmäßig „branchenunkundigen“ Beschuldigten die Kontaktaufnahme zu erleichtern.

d) Zu dieser Missachtung des § 136 I S. 2 F. 2 gesellt sich ein zweiter Verstoß des D: Er hätte den T2, als dieser vor der Unübersichtlichkeit des Branchenverzeichnisses kapitulierte und zur Aussage ansetzte, nochmals auf sein Recht gem. § 136 I S. 2 F. 2 hinweisen müssen und die Vernehmung erst nach einer ausdrücklichen „Verzichtserklärung“ des T2 fortsetzen dürfen.

Erg.: Es liegt ein Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot (Missachtung des § 136 I S. 2 F. 2 StPO vor.

Der Vollständigkeit halber:

In BGHSt 42, 170 hat der BGH Grenzen der „Pflicht zur Ermöglichung einer Verteidigerkonsultation außerhalb des Wortlauts des § 136 I S. 2 F. 2“ gezogen. Im konkreten Fall hatte der Vernehmungsbeamte den Beschuldigten gem. § 136

I S. 2 F. 2 belehrt und ihm anschließend gestattet, Kontakt aufzunehmen. Als der Beschuldigte den gewünschten Verteidiger nicht erreichte, weil die Vernehmung zur Nachtzeit stattfand, resignierte er und ließ sich ohne anwaltlichen Beistand zur Sache ein. Der BGH sieht in der Fortsetzung der Vernehmung keinen Verstoß gegen § 136 I S. 2 F. 2. Der Beschuldigte hätte – so der BGH – von seinem Einlassungsverweigerungsrecht Gebrauch machen können.

Kritisch dazu die Literatur, die das Gebot zur Ermöglichung einer Verteidigerkonsultation aus § 136 I S. 2 F. 2 weiter auslegt und in der vorliegenden Konstellation das Prinzip der Verfahrensfairness verletzt sieht.

2. Verwertungsverbot als Folge der Missachtung?

Der BGH betont, dass aus einem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot folge. Allgemeine Ansicht!

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine verbotene Beweiserhebung zum Verwertungstabu führt, ist sehr umstritten. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die drei bekanntesten Ansätze (im Ergebnis dürfte in der hier interessierenden Fallkonstellation ohnehin Einigkeit bestehen).

- a) Rechtskreis“theorie“: Verwertungsverbot, wenn Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berührt. Kein Verwertungsverbot bei untergeordneter Bedeutung der Verletzung.
- b) Abwägungs“theorie“: Verwertungsverbot, wenn eine umfassende Abwägung zwischen dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse (Indikator: Schwere des Deliktswurfs) und dem Individualinteresse an der Nichtverwertung einer Beweistatsache (Indikator: Gewicht des Verfahrensverstößes) ein Überwiegen des letzteren Interesses ergibt.
- c) Schutzzweck“theorien“:
 - aa) Verwertung unzulässig, wenn Zweck der missachteten Norm mit r.w. Beweiserhebung nicht vollständig vereitelt ist und mit der Verwertung Vertiefung der Verletzung droht.
 - bb) Verwertungsverbot, wenn konkret missachtete Beweis-erhebungsvorschrift den Zweck verfolgt, die r.w. erlangten Erkenntnisse von der Berücksichtigung im Urteil auszuschließen.

Das Verteidigungsrecht gehört nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den fundamentalen Verfahrensrechten der StPO. Es leitet sich – folgt man dem BVerfG – in fortschreitender Spezialisierung ab aus Art. 2 I GG (Grundrechte als Abwehrrechte), aus

dem Rechtsstaatsprinzip (Verpflichtung zu einer Verfahrensgestaltung, die die originäre Freiheit des Einzelnen respektiert, ihn nicht zum wehrlosen Empfänger staatlichen Handelns reduziert) sowie aus dem Prinzip der Verfahrensfairness, das dem Beschuldigten einen Einfluss auf die letztendliche hoheitliche Entscheidung einräumt und ihm als der betroffenen und mit den faktischen Verdachtsmomenten oft am besten vertrauten Person die Verteidigung erlaubt. Die Verteidigung erschöpft sich nicht in einem passiven Schweigen. Sie äußert sich in aktiven Verfahrensbefugnissen (Beweisantragsrecht, Fragerecht, Erklärungsrecht etc.). Zur effektiven Wahrnehmung dieser materiellen Verteidigungsrechte gehört die Befugnis des Beschuldigten, sich des fachkundigen und eloquenten Verteidigers zu bedienen (formelles Verteidigungsrecht). Und: All diese Rechtspositionen stünden ohne einen Hinweis gem. § 136 I S. 2 F. weitgehend nur „auf dem Papier“.

Die vorstehende Ableitung zeichnet die Antwort auf die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot unter dem Blickwinkel erwähneter Theorien vor:

Verletzungen des § 136 I S. 2 F. 2 berühren den Rechtskreis des Betroffenen in wesentlichem Maße. Selbst die Vertreter der Abwägungslehre, die bei schweren Deliktswürfen eigentlich zur Ablehnung eines Verwertungsverbotes gelangen müssten, neigen bei Verstößen gegen die Belehrungspflicht zur Prinzipienfestigkeit. Schließlich: Der Zweck der Verteidigerkonsultation, die durch Beachtung des § 136 I S. 2 F. 2 eröffnet werden soll, liegt darin, eine optimale Aussagestrategie zu gewährleisten. Eine Aussage, die vor Absprache einer solchen Aussagestrategie getroffen wird, kann die Entstehung eines brauchbaren Verteidigungskonzeptes von vornherein blockieren. Die Verwertung einer unter solchen Umständen zustande gekommenen Einlassung vertieft die im Beweiserhebungsverstoß liegende Rechtsverletzung.

Erg.: Nach allen Ansichten unterläge die Aussage des T 2 wegen der Missachtung des § 136 I S. 2 F. 2 einem Beweisverwertungsverbot.

II. Zweiter Verstoß

1. Missachtung des § 136a I S. 1 bei der Beweiserhebung?

In Betracht käme ein Verstoß gegen das Täuschungsverbot. Eindeutige Fälle der unerlaubten Täuschung sind ausdrückliche wahrheitswidrige Behauptungen zur Sach- oder Rechtslage („Mitbeschuldigter hat bereits gestanden“; „Schweigen wird hier als Schuldeingeständnis gewertet“ etc).

Im Übrigen vertritt die weit überwiegende Ansicht eine restriktive Interpretation der „ Täuschung“. Diese stehe in einer Reihe mit schwersten (strafbaren) Missachtungen der Aussagefreiheit (Misshandlung, Hypnose, Zwang etc.) Also müsse die Täuschung ebenfalls grob sein. Feinere Täuschungen seien erlaubt. So entsteht die Differenzierung „verbotene Täuschung/erlaubte List“. Die vorliegende Vernehmungsstrategie würde wohl als erlaubte List einzuordnen sein (nicht ganz unzweifelhaft, weil vor dem Abspielen der Aufzeichnung ausdrückliches unwahres Reden vom „ehrlichen Lied“).

Zur Kritik der genannten Differenzierung:

Es soll hier darauf verzichtet werden, sie unter Hinweis auf den eigentlichen Vernehmungszweck (§ 136 II) auszuhebeln. Betont seien nur:

- a) die Hilflosigkeit aller bisherigen Versuche, verbotene Täuschung und erlaubte List in brauchbarer Weise voneinander abzugrenzen; vgl. nur BGHSt 37,48, 52: „... *nicht jede* kriminalistische List untersagt.“ (Hervorhebung von mir).
- b) die größere Gefährlichkeit der sublimen List für die Aussagefreiheit des Beschuldigten (sie soll über § 136a geschützt werden!) im Vergleich zu den Gefahren der oft plumpen und durchsichtigen Täuschung.

Erg.: Nach überwiegender Auffassung wäre das Verhalten des D nicht als verbotene Täuschung zu bewerten.

2. *Verwertungsverbot:*

Nur wenn man der literarischen Mindermeinung folgt, stellte sich die Frage des Verwertungsverbotes. Sie wäre mit dem Hinweis auf § 136a III S. 2 ohne weiteres zu bejahen.

Sachverhalt 2:

1. Frage: Darf der Staatsanwalt anklagen, wenn er entgegen der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Verhalten für strafbar oder (wie hier) für qualifiziert strafbar hält?

a) Die Frage wird, soweit ersichtlich, einhellig bejaht. Gängige Begründung: Man müsse der StA die Gelegenheit geben, eine von ihr für unrichtig gehaltene Rechtsprechung anzugreifen und zur Überprüfung zu stellen. Diese Toleranz bleibe für die Rechtsprechung unschädlich. Sie könne letztlich (im Zwischenverfahren über § 207 II Ziff. 3, in der Hauptverhandlung über § 265 StPO) an der von hier bisher für richtig befundenen Einschätzung festhalten.

b) Der Vollständigkeit halber: Umstritten ist der umgekehrte Fall, in dem die StA ein von der Rechtsprechung für strafbar (bzw. qualifiziert strafbar) befundenes Verhalten als straflos (bzw. nur grundstrafatbestandlich strafbar) einordnet und dementsprechend nicht (bzw. nur beschränkt) anklagt.

aa) Der BGH (BGHSt 15, 155) bejaht in diesen Fällen eine Bindung der StA an die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung. Zur Begründung stützt er sich auf die §§ 152 II, 170 I StPO sowie auf die Art. 20 II S. 2, 92 GG. Der Staatsanwalt maße sich Rechtsprechungsbefugnisse an, wenn er die herrschende Judikatur ignoriere. Entscheidend für den Widerstand des BGH dürfte sein, dass die Rechtsprechung in vorliegender Konstellation (jedenfalls dort, wo es um Straflosigkeit/Strafbarkeit und nicht nur um Mehr- oder Minderbestrafung geht) anders als in der umgekehrten Version des staatsanwaltschaftlichen Eigenwillens zu Ungunsten des Beschuldigten keine Gelegenheit zur Mitsprache erhält (ohne Anklage keine richterliche Entscheidung!).

bb) Die Argumente des BGH werden im Schrifttum überwiegend zurückgewiesen. Es sei gerade die Frage, wer über die „Verfolgbarkeit“ iSd. § 152 II oder den „genügenden Anlass“ iSd § 170 I entscheide. Diese Frage beantworte sich nicht aus den genannten Vorschriften. Überdies sei es unrichtig, die abweichende Entscheidung des Staatsanwalts als Ausübung rechtsprechender Gewalt einzuordnen.

Im Kolloquium wurde auf die geringe praktische Bedeutung der Frage hingewiesen. Unabhängig davon gilt m.E.: Wer Bindungen behauptet, muss sie beweisen. Was der BGH und die ihn unterstützenden Literaten vortragen, ist m.E. nicht überzeugend. Vielmehr spricht die vom reformierten Strafprozess eingeführte Abschichtung von anklagender und urteilender Tätigkeit dafür, eine Hauptverhandlung (und eine Verurteilung) nur zuzulassen, wenn beide Strafverfolgungsorgane in der generellen Frage der Strafbarkeit übereinstimmen. Dem vorliegenden Fall (StA klagt unter Abweichung von höchstrichterlicher Rechtsprechung nur wegen grundtatbestandlicher Begehung an) fehlt ohnehin die Brisanz, weil das Gericht eine Gelegenheit zur Entscheidung und damit zur Korrektur erhält.

2. Frage: Möglichkeiten des LOStA, die Anklage gem. § 263 III Ziff. 1 StGB zu verhindern?

§ 145 I GVG: Amtsverrichtung selbst übernehmen (Devolutionsrecht).
Beauftragung eines anderen Beamten (Substitutionsrecht).

§ 146 GVG: Weisung an zuständigen Beamten, unter Beachtung der BGH-Rechtsprechung anzuklagen. Eine Weisung zur Rechtsfrage wird allgemein als zulässig eingestuft. Doch sollte man von ihr nur Gebrauch machen, wenn die in § 145 GVG beschriebenen Wege einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuteten.

Sachverhalt 3:

Die Revision könnte gem. § 338 Ziff. 8 StPO begründet sein. Im Unterschied zu § 337 StPO verlangt § 338 keinen Beruhenszusammenhang. Allerdings setzt § 338 Ziff. 8 die unzulässige Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt voraus. Die herrschende Ansicht interpretiert diese Wesentlichkeit nicht abstrakt, sondern konkret-individuell (die Verletzung muss sich ausgewirkt haben) und gelangt so zu einer Identifizierung des „Wesentlichkeit für die Entscheidung“ i.S.d. § 338 Ziff. 8 mit dem „Beruhenszusammenhang“ des § 337.

Die Gegenauffassung lehnt diese „Relativierung“ des absoluten Revisionsgrundes ab, stützt sich auf gesetzsystematische (Sinn des § 338 Ziff. 8?), geschichtliche und teleologische Überlegungen (Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane durch Androhung von „bedingungsloser“ Aufhebbarkeit des Urteils bei Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze).

Der Streit ist nur von geringer praktischer Bedeutung, weil der Beruhenszusammenhang des § 337, der nach herrschender Meinung die Interpretation des § 338 Ziff. 8 bestimmen soll, (nach einhelliger Meinung) ebenfalls aufgelockert zu verstehen ist: im Sinne von „möglicher Kausalität des Verstoßes für das Urteil. M.a.W: Nur bei sicherem Ausschluss der Kausalität entfällt der Beruhenszusammenhang. Ein solcher sicherer Ausschluss der Kausalität wird bei „Beschränkungen in wesentlichen Punkten“ (§ 338 Ziff. 8) kaum anzunehmen sein. Freilich ist er denkbar, und in diesem Fall erlangt die Auseinandersetzung um § 338 Ziff. 8 praktische Relevanz.

Erg. im konkreten Fall: Dass die Verhandlung ohne den Verstoß gegen §§ 240 II, 241 II StPO (Unterbrechung der Verteidigerbefragung, um einen nunmehr redewilligen Mitbeschuldigten zu vernehmen) einen anderen Verlauf genommen und zu einem abweichenden, dem Beschuldigten günstigeren Ergebnis geführt hätte, lässt sich nicht ausschließen. Daher wäre die Revision auch bei Zugrundelegung des herrschenden

Verständnisses des § 338 Ziff. 8 begründet. Für eine abstrakte, von § 337 lösgelöste Interpretation der „Wesentlichkeit“ wäre dies ohnehin zu bejahen.