

## Zus.fassung zum Kolloquium „strafprozessuale Zusatzfrage“ – 12. 5. 03

### **Sachverhalt 1 (BGHSt 1, 34)**

Das Interesse des A zielt auf einen Ausschluss des Vorsitzenden. Regelung im 3. Abschnitt des 1. Buchs der StPO. §§ 22 ff., Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen. Richter, gegen deren Unvoreingenommenheit in bestimmten Verfahren Bedenken bestehen, sollen im Interesse des allgemeinen Vertrauens in die Sachlichkeit der Rechtspflege sowie im Interesse der konkreten Verfahrensbeteiligten keine Entscheidungen treffen. Auf die Verwurzelung der so motivierten §§ 22 ff. im Prinzip des gesetzlichen Richters (Art. 101 I 2 GG) wurde hingewiesen.

I. Die in §§ 22, 23 geregelte Ausschließung erfasst bestimmte Sachverhaltskonstellationen, in denen der Richter der Sache so nahe steht, dass der Gesetzgeber unwiderleglich die Befangenheit vermutet (Verwandtschaft mit Beschuldigtem oder Opfer, frühere Befassungen mit der Sache). Hier ist die „Befangenheit“ von Amts wegen zu berücksichtigen. Dies schließt entsprechende Anträge der Verfahrensbeteiligten nicht aus.

II. Die Befangenheit kann sich nicht nur aus den in §§ 22, 23 typisierten Situationen ergeben, sondern auch aus Verhaltensweisen des Richters vor oder im Laufe des Prozesses. Dem trägt der § 24 Rechnung („Besorgnis der Befangenheit“). Zahlreiche Beispiele in der Judikatur (Äußerungen wie: „Ihre erste Niederlage, Herr Verteidiger!“ gegenüber einem Verteidiger, dessen Beweisantrag gerade abgelehnt wurde. Oder: Der Richter spielt mit dem Angeklagten Tennis. Anschließend gehen beide zusammen ins Restaurant.) Hier entsteht für einen unbeteiligten Dritten der Verdacht eines Mangels an Distanz. Dies genügt (§ 24 II redet nicht von „Befangenheit“, die als internes Datum letztlich schwer zu beweisen wäre, sondern von „Besorgnis der Befangenheit“).

Der praktisch wichtige verfahrenstechnische Unterschied zur Ausschließung gem. §§ 22, 23 besteht darin, dass die Ablehnung nach § 24 II nicht von Amts wegen, sondern nur auf einen Antrag hin erfolgt.

### **1. Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs**

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen wurden skizziert. Beachte §§ 26 I, 26 II und vor allem § 25 I Ablehnung grds. nur bis zum Beginn der Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse (§ 243 II). Ausnahme: § 25 II (Lesen!). Folgen verspäteter Ablehnung: § 26a I Ziff. 1.

A hätte also sein Ablehnungsgesuch in den in § 26 I zugelassenen Formen (in der Hauptverhandlung schriftlich oder mündlich, außerhalb der Hauptverhandlung schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle) anzubringen.

## **2. Begründetheit des Ablehnungsgesuchs**

Begründetheit gem. § 24 II, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. Sicherlich dann, wenn der Richter noch vor Ablauf der Beweisaufnahme zu erkennen gibt, dass das Verfahren für ihn „so gut wie entschieden“ sei.

Frage: Erweckt der Richter mit seiner Äußerung gegenüber E („Sie gehen den falschen Weg“) einen solchen Eindruck?

V zeigt mit seiner Äußerung, dass er auf die ihm aus dem Zwischenverfahren bekannte belastende Zeugenaussage der E Wert legt (Verlesung des polizeilichen Vernehmungsprotokolls oder Verwertung über Vernehmung des Polizeibeamten sind gem. § 252 unzulässig, vgl. Kolloquium v. 14. 4., Sachverhalt 3). Diesen „Wert“ empfindet V offensichtlich deshalb, weil er davon ausgeht, dass eine Überführung des A mit Hilfe des übrigen Beweismaterials ausscheidet. Es entsteht der Verdacht, dass V aufgrund einer vorgefassten Meinung von der Schuld des A seine Aufgabe darin sieht, möglichst viel belastendes Material gegen ihn zusammenzutragen.

Erg.: Das Verhalten des A erweckt den Eindruck, dass für ihn das Verfahren bereits entschieden sei. Damit sind die Voraussetzungen des § 24 II erfüllt. Dem Antrag des A wäre stattzugeben.

## **Sachverhalt 2 (BGHSt 33, 148)**

Zur 1. Frage:

Es gibt sog. **persönliche Zeugnisverweigerungsrechte** (§ 52), mit denen der Gesetzgeber dem Konflikt zwischen verwandtschaftlicher Sympathie und strafprozessualer Wahrheitspflicht Rechnung trägt. Daneben existieren **berufsbezogene Zeugnisverweigerungsrechte** (§ 53), über die das Gesetz die manchmal existenziell wichtige Vertrauensbeziehung zu bestimmten Berufsheimnisträgern schützt. § 54 erkennt zur Sicherung der Amtsverschwiegenheit ein **Aussageverweigerungsrecht für Richter und Beamte** an (Aussage nur bei Genehmigung des Dienstherrn, deren Erteilung sich nach beamtenrechtlichen Regelungen - §§ 39 III BRRG/ 62 BBG - richtet). Schließlich existiert das Zeugnisverweigerungsrecht des **tatverdächtigen Zeugen** (§ 55), das in engster Beziehung zu dem in § 136 vorausgesetzten (in § 52 erweiterten) nemo-tenetur-Prinzip steht.

Hier kommt ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 I Ziff. 3 in Betracht, das gem. § 53a auch den Berufshelfern der in § 53 genannten Berufsheimnisträger zugute käme. Das Zeugnisverweigerungsrecht (i.f: ZVR) erstreckt sich auf „das, was dem Zeugen ins seiner Eigenschaft als Berufshelfer anvertraut oder sonst bekannt geworden ist“..

**Konkrete Frage: Hat die Vernehmung der Z solche Umstände zum Gegenstand?**

Die Frage ist sicherlich zu bejahen, soweit es um die Behandlung des A geht. Aber nicht nur die Behandlung als solche gehört zu den Vertrauensfaktoren der §§ 53, 53a, sondern bereits die Anbahnung des Beratungs- und Behandlungsverhältnisses (d.h. hier die Inempfangnahme des A in der Aufnahme). Anders: Nicht nur die medizinischen Befunde sind tabu, sondern bereits die Tatsache einer Behandlung und die Identität des Patienten. Eine entsprechende Schutzintention lässt sich bereits den Gesetzesmaterialien zur StPO entnehmen. Die Befürworter der heutigen Regelung, die sich in der Diskussion letztlich durchsetzten, betonten: Wer bei einer Straftat als Täter verwundet würde, müsse einen Arzt aufsuchen können, ohne zu befürchten, dass er sich damit Belastungszeugen schaffe.

Dies unterstreicht die bisherigen Ausführungen zur Tragweite der ZVR, ist zugleich Schlüssel für die Beantwortung der Frage, ob auch die übrigen Beobachtungen der Z (B, Pkw) gem. §§ 53,53a zu tabuisieren sind: Wenn Begleitumstände der Anbahnung des Behandlungsverhältnisses offenbart werden könnten, so müsste der Beschuldigte doch wieder darum fürchten, nicht nur seinem Begleiter, sondern auch sich selbst Belastungszeugen zu schaffen.

Erg.. Das ZVR der Z ist ein vollumfängliches. Relativierungen nach Personen und Gegenständen verbieten sich.

Zur 2. Frage:

Die Frage ist umstritten. Z.T wird die Rügebefugnis der Person vorbehalten, die zum Zeugen in einer der in den §§ 52,53 aufgeführten verwandtschaftlichen oder beruflichen Beziehungen steht. So gesehen wäre B nicht rügeberechtigt.

Der BGH lässt die Rüge eines Verstoßes gegen §§ 53,53a ohne Rücksicht darauf zu, ob der Beschwerdeführer selbst zu den Personen gehört, die unmittelbar durch das ZVR geschützt sind. Eine Beschränkung auf den Partner des Vertrauensverhältnisses gehe aus dem Gesetz nicht hervor. Auch fehle es an sachlichen Gründen für die Aufspaltung. Jeder Angeklagte habe einen Anspruch auf prozessgemäßes Verhalten, könne also die Beachtung von Verfahrensvorschriften verlangen und ihre Missachtung rügen. Auch für § 52

hat der BGH anerkannt, dass der Angeklagte eine Missachtung der Belehrungsvorschrift des § 52 III rügen könne, wenn nicht er, sondern ein Mitangeklagter Angehöriger des (nicht belehrten) Zeugen sei (BGH NStZ 1984, 176).

### **Sachverhalt 3 (angelehnt an BGHSt 39, 335; 42, 139)**

Die Aussage wäre unverwertbar, wenn die Vorgehensweise der Polizei (das Einschalten eines Privaten, um den Verdächtigen zu einer Äußerung über die verfahrensgegenständliche Tat zu bewegen) rechtswidrig wäre.

#### I. Legitimation der Vorgehensweise aus § 100a StPO?

Es besteht der auf bestimmten Tatsachen (Aussage der Z) gründende Verdacht einer Katalogtat (§ 100a S. 1 Ziff. 2 a.E.: §§ 306 ff. StGB). Ebenso erschien die Erforschung des Sachverhalts (im Sachverhalt der BGH-Entscheidung BGHSt 39, 335 ff.) wegen erheblicher Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen ohne die konkrete Maßnahme wesentlich erschwert.

Aber: Die Telekommunikationsüberwachung setzt stets eine Überwachung unter Mitwirkung des Betreibers der Telekommunikationsanlagen voraus (§ 100g). Diese Regelung dient der Verhinderung von Missbräuchen, die bei einem eigenmächtigen Anzapfen von Leitungen zu besorgen wären. **Kurz: Der § 100a erfasst nicht das Mithören, das auf der Seite des Endgerätes erfolgt, sondern nur das Abhören, das einen Eingriff in das Netz voraussetzt.**

#### II. Legitimation des Mithörens aus § 100a StPO, weil es als „Minus“ von der Abhörvollmacht umfasst ist?

Abzulehnen, weil die Eingriffsmodalitäten beim Abhören und Mithören unvergleichbar sind.. Der Netzbetreiber könnte mit Zwangsmitteln zur Erfüllung seiner Pflicht, ein Abhören zu ermöglichen, angehalten werden. Es besteht aber keine Pflicht des Privaten, in der hier geschehenen Form an einer Ermittlungshandlung mitzuwirken.

#### III. Verstoß der Maßnahme gegen Art. 10 GG?

Die Frage wurde vom BGH (St 39, 335, 339) mit der Überlegung verneint, dass der Kommunikationspartner des Verdächtigen in das Mithören eingewilligt habe. Diese Begründung ist aus zwei Gründen falsch.

1. Um es auf den vorliegenden Fall zu beziehen: Hier steht der Grundrechtsschutzanspruch des B gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zur Diskussion. Über dieses Gut kann C, der Kommunikationspartner des B, nicht eigenmächtig verfügen. Grundzüge der Einwilligungstheorie!

2. Abgesehen davon fehlt es bereits an einer vorrangigen Voraussetzung – an einem Eingriff in das Fernmeldegeheimnis. Sinn des Post- und Fernmeldegeheimnisses: Schutz vor den Gefahren für das Geheimhaltungsinteresse, die sich aus der Distanz zwischen den Kommunikationspartnern ergeben. Dem Nutzer soll die Sicherheit gewährleistet werden, die bestehen würde, wenn die Nachricht aus der Hand des Absenders unmittelbar in die des Empfängers gelangte. Geschützt wird also die Übermittlungsphase, sprich: der Herrschaftsbereich der Post oder der Herrschaftsbereich des Netzbetreibers. Körperliche Nachrichtenträger (Briefsendungen) stehen während der Beförderungsphase (d.h. zwischen der Einlieferung der Sendung bei der Post und ihrer Ablieferung beim Empfänger) unter dem besonderen Schutz des Art. 10 GG. Für unkörperliche Nachrichten ist der Herrschaftsbereich des Netzbetreibers entsprechend zu bestimmen. Sie ist identisch mit dem Netzbereich und endet am Endgerät des Teilnehmers.

Erg.: So, wie die Beschlagnahme einer beim Empfänger eingetroffenen Briefsendung keine Postbeschlagnahme darstellt, kann das Mithören einer angekommenen Telefonmitteilung nicht als Eingriff in das Fernmeldegeheimnis gewertet werden. Kein Verstoß gegen Art. 10 GG.

IV. § 100c I Ziff. 3 StPO als Legitimationsgrundlage?

Setzt einen gerätegestützten Eingriff voraus („mit technischen Mitteln“). Die bloße Ausnutzung bereits vorhandener technischer Anlagen der Telekommunikation genügt nicht.

V. Verstoß gegen das Täuschungsverbot des § 136a I StPO?

1. § 136a setzt (vgl. § 133 ff.) eine Vernehmung voraus. Hier (-), Fehlen der in § 136 I vorausgesetzten Förmlichkeiten. So gesehen fehlt der Rahmen für die Geltung des an die Strafverfolgungsbehörden adressierten Täuschungsverbots.

Frage: Ist der § 136a auf sog. vernehmungähnliche Situationen zu übertragen? Sinn dieser Figur („vernehmungähnliche Situation“) ist einleuchtend. Zu verhindern ist, dass Strafverfolgungsbehörden durch Ausweichen von der förmlichen, vor Selbstbelastung warnenden Vernehmung auf informelle, heimliche Vergehensweisen das Täuschungsverbot des § 136a umgehen. Aber: Problem, die Grenzen der Vernehmungähnlichkeit zu ziehen. Der Lösungsvorschlag einiger Literaten, nur Situationen zu erfassen, denen sich der Beschuldigte nicht ohne weiteres entziehen kann, wurde kritisch kommentiert. Denn die Beispiele für eine solche „Unausweichlichkeit“ (Lockspitzel in U-Haftzelle/Belauschen eines privaten Telefonats nach offizieller Vernehmung) sind wenig einleuchtend. Hinzukommt, dass der Zweck der Figur („vernehmungähnliche Situation“) auch dort greift, wo die Strafverfolgungsbehörden ins „Privatrecht“ fliehen, um

Eingriffsbeschränkungen zu umgehen. Das Handeln des C ist wohl nur scheinbar ein „privates Handeln“. C wird von P aufgefordert, zu telefonieren, und B über Äußerungen zur verfahrensgegenständliche Tat zu veranlassen. Bei einem verwaltungsrechtlichen Sachverhalt wäre C als Verwaltungshelfer einzuordnen. Hier ist er Hilfsperson bei der Vornahme strafprozessualer Ermittlungen.

Lehnt man diese Überlegungen ab, so wäre ein Verstoß gegen § 136a I StPO zu verneinen. Ansonsten wäre weiterzuprüfen:

2. Liegt eine Täuschung vor?

a) Diese Vernehmungsmethode, welche die Rechtsprechung am meisten beschäftigt, wurde bereits im 2. Kolloquium besprochen (28. 4.). Auch hier geht es um die problematische Abgrenzung zwischen „verbotener Täuschung“ und „erlaubter List“.

b) Man könnte diese Unterscheidung mit Hinweis auf die Unmöglichkeit einer präzisen Abgrenzung sowie auf die besondere Gefährlichkeit der List für die Aussagefreiheit des Beschuldigten ablehnen. Angemerkt sei noch: Die Unterscheidung des BGH zwischen der Täuschung durch aktives Tun und der – bei Einsatz der Hörfalle angeblich vorliegenden – Täuschung durch Unterlassen (es fehle an einer Garantenpflicht der Strafverfolgungsbehörden, den Irrtum des Betroffenen aufzuklären) überzeugt nicht. Wenn man sich schon auf Differenzierungen einlässt, die dem materiellen Strafrecht entstammen (§ 263 StGB), dann sollte man sie auch konsequent übertragen. Dazu gehört die Anerkennung einer „konkludenten Täuschung“ (vgl. das Zechprellerbeispiel, bei dem niemand eine Täuschung durch Unterlassen in Erwägung ziehen würde.

c) Hinzuweisen wäre noch auf eine differenzierende Sicht, die der Große Senat des BGH (BGHSt 42, 139 ff.) eingeführt hat: kein Verbot heimlicher Ermittlungsmaßnahmen/aber heimlicher Einsatz privater Ermittler nicht schrankenlos zulässig/ Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Entscheidend: Ist die verfolgte Tat von erheblicher Bedeutung? Maßstab: Straftatenkataloge der §§ 98a, 110a (Rasterfahndung, Einsatz verdeckter Ermittler).

### Zusammenfassung zu Fall 3:

**1. § 100a (-), erfasst nicht das Mithören, nur das vom Netzbetreiber ermöglichte Abhören. Erst-recht-Schluß verbietet sich mit Blick auf Unterschiede in den Eingriffsmodalitäten.**

**2. Art. 10 GG nicht missachtet. Er schützt nur den Netzbereich, nicht die angekommene Nachricht.**

**3. § 100c (-). Eingriff muss gerätegestützt sein. Ausnutzung vorhandener Telekommunikationsanlagen genügt nicht.**

**4. § 136a**

**a) Vernehmung?**

**aa) nach überwiegender Ansicht nicht (formelle Situation fehlt)**

**bb) Anwendbarkeit bei vernehmungsfähnlicher Situation?**

**(1) nur bei Zwängen, die der Einlassungssituation vergleichbar sind. Erg. dann: hier (-)**

**(2) auch bei behördlicher Einschaltung Privater (Erg. dann: hier (+))**

**(b) Täuschung?**

**aa) hier erlaubte List (hM)**

**bb) Gleichstellung von verbotener Täuschung und List (MM)**

**cc) Abwägung: Hörfalle zulässig bei Taten von erheblicher Bedeutung (BGHGS).**