

## Zus.fassung zum Kolloquium „strafprozessuale Zusatzfrage“ – 19. 5. 03

### **Sachverhalt 1 (Anlehnung an BGHSt 5, 75; 40, 191):**

I. Die Revision könnte begründet sein aufgrund eines Verstoßes gegen den **Öffentlichkeitsgrundsatz**. Herkunft und ratio des Öffentlichkeitsgrundsatz sowie die kriminalpolitische Diskussion um die Begrenzung bzw. Erweiterung seines aktuellen gesetzlichen Ausmaßes (§ 169 GVG, Art. 6 I MRK) wurden bereits im Kolloquium vom 5.5. erörtert (vgl. Zus.fassung zu Fall 2).

II. Die Einschränkung der Öffentlichkeit im vorliegenden Fall könnte sich rechtfertigen aus den ungeschriebenen anzuerkennenden **faktischen Grenzen** des Prinzips (vgl. Zus.fassung 5.5., Fall 2). Das Gericht könnte sich hier darauf berufen, dass die räumlichen Kapazitäten am Ort der Augenscheinseinnahme begrenzt sind. Sicherlich ist ein Krankenhauszimmer zu klein, um neben den Verfahrensbeteiligten allen Zuhörern und Pressevertretern Zugang zu bieten. Freilich könnte man an eine unparteiliche Auswahl unter den Zuhörern und Pressevertretern denken.. Ob dies konkret möglich war, ist eine Sachverhaltsfrage. Die Frage bedarf indessen keiner näheren Erörterung, wenn hier nicht nur ein faktisches, sondern auch ein **rechtliches Öffentlichkeitshindernis** vorliegt (vgl. zur grundsätzlichen Einordnung der §§ 171a ff. GVG einerseits, der §§ 175 ff. GVG andererseits die Zusammenfassung v. 5.5.):

III. Einschränkung aus **Art. 13 GG – Hausrecht**, ausgeübt durch den Verwaltungsdirektor des Krankenhauses?

1. Geht es um eine **Wohnung** iSd Art. 13 I GG?

Hinweis auf den weiten Wohnungsbegriff in der Rechtsprechung des BVerfG (E 32, 54, 68 ff.), der auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume umfasst. Dass sich der BGH diesem weiten Wohnungsbegriff angeschlossen hat, wurde im Kolloquium vom 5.5. (Fall 1) betont.

2. Kommt eine **Einschränkung** des Grundrechts gem. **Art 13 II GG** in Betracht?

Art. 13 II GG erlaubt **nur** die **Durchsuchung** (etwa die der §§ 102 f StPO), d.h. das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen sowie nach Sachen oder Spuren einer Straftat. Daraus folgt nicht die Befugnis des Publikums, dem Gericht bei allen Verfahrenshandlungen in geschützte Räume zu folgen. Diese These, das Wohnungsrecht des Einzelnen dem Öffentlichkeitsinteresse (§ 169 GVG) überzuordnen, führt die in der GVG-Vorschrift des § 171b angelegte Tendenz (**Schutz der Privatsphäre**, vgl. Fall 2 v. 5. 5.) fort. Das Informationsinteresse der Allgemeinheit erfordert nicht die Teilnahme an jeder einzelnen Beweiserhebung.

Insofern bestehen gegen die Einschränkung der Öffentlichkeit im vorliegenden Fall keine Bedenken. Das gilt mit Blick auf die **Augenscheinseinnahme** im Krankenzimmer. Insofern war es faktisch und rechtlich notwendig, die Öffentlichkeit zu begrenzen. Es war aber ein Fehler, die Beweisaufnahme durch **Vernehmung** der beiden Krankenschwestern im Krankenzimmer fortzusetzen. Denn diese Vernehmung erforderte nicht den Aufenthalt in der (dem Prinzip des § 169 GVG entzogenen) grundgesetzlich geschützten Privatsphäre.

**Erg.: Der Ausschluss der Öffentlichkeit während der Vernehmung der beiden Krankenschwestern verstieß gegen § 169 GVG.**

**Folge: § 338 Nr. 6 StPO**

**Sachverhalt 2 (BGHSt 34, 39; vgl. auch BGHSt 40, 66):**

Heimliche Tonbandaufnahme ist Eingriff in das gem. Art 2 I GG geschützte **allgemeine Persönlichkeitsrecht**. Sie bedarf einer Ermächtigungsgrundlage.

**I. § 81b StPO?**

Er erlaubt es, Lichtbilder und Fingerabdrücke auch gegen den Willen des Beschuldigten aufzunehmen. Ferner dürfen Messungen und ähnliche Maßnahmen am Beschuldigten vorgenommen werden. Hier: Aufzeichnung der Stimme als **ähnliche Maßnahme?**

„Ähnlichkeit“ nicht nur über die Vergleichbarkeit mit dem Erscheinungsbild (Lichtbilder/Fingerabdrücke) zu bestimmen. Vergleich mit benachbarten Vorschriften (etwa § 81c), insbesondere mit ihrem Anwendungsbereich und ihren rechtlichen Anforderungen. So sind gem. § 81b nur Maßnahmen zulässig, die es ohne weiteres (also ohne körperliche Untersuchung iSd. § 81a) erlauben, die körperliche Beschaffenheit festzustellen. Nicht unter § 81b fallen daher Blutprobenentnahmen, Messung von Atmung und Puls etc. Sinn dieser Abgrenzung? **Richtervorbehalt** gilt für körperliche Untersuchung (§ 81a II), nicht aber für erkennungsdienstliche Maßnahmen des § 81b.

§ 81b erlaubt es also, Körper, Körperteile und dauerhafte Persönlichkeitsgegebenheiten zu registrieren bzw zu fotografieren und zu vermessen. **Gehört die Stimme zu den dauerhaften Persönlichkeitsgegebenheiten?**

§ 81b erfasst nur solche Persönlichkeitsgegebenheiten, bei deren Ermittlung der Beschuldigte Passivbeteiligter bleibt, also keine Daten, für deren Ermittlung der Beschuldigte aktiv tätig werden müsste. Denn das nemo-tenetur-Prinzip besagt,

dass der Beschuldigte nicht verpflichtet ist, an der von den Strafverfolgungsbehörden betriebenen Verdachtsklärung aktiv mitzuwirken. (Beispiel: Atemalkoholtest und **Stimmprobe**).

**Erg. zu I.: § 81b scheidet als Ermächtigungsgrundlage für die gegen W eingeleitete Maßnahme aus.**

## **II. § 100a StPO?**

Analoge Anwendung, da auch hier heimliche, zur Selbstbelastung des W führende Maßnahme beabsichtigt?

Abzulehnen wegen der **Unterschiedlichkeit der betroffenen Rechtsgüter** (Fernmeldegeheimnis bei Maßnahmen des § 100a/allgemeines Persönlichkeitsrecht am nicht-öffentlich gesprochenen Wort beim heimlichen Abhören. Die Frage, ob letztere Eingriffe zulässig sein sollen, ist der Entscheidung des Gesetzgebers vorzubehalten. Erweiternde Auslegung oder Analogieschluss daher abzulehnen.

## **III. §§ 81, 81a, 81b, 94 StPO analog?**

Verbietet sich aus den unter I. und II. betonten Gründen.

## **IV. 100c Ziff. 3 StPO?**

Stand zum Zeitpunkt der BGH-Entscheidung noch nicht als gesetzliche Regelung zur Verfügung.

In der Literatur liest man bisweilen, § 100c erlaube das **bloße Abhören, nicht aber** die im Verhalten der Strafverfolgungsorgane liegende **Täuschung**. Diese Einschätzung ist etwas vorschnell und undifferenziert. Sie wirft zwei, in der Rechtsprechung und Literatur stark umstrittene, Fragen auf:

1. Haben wir es bei der Stimmprobe überhaupt mit einer verbotenen Täuschung iSd. § 136a StPO zu tun? In dieser Frage berührt sich der vorliegende Fall mit dem Sachverhalt Nr. 3 des Kolloquiums vom 12. 5. (**Hörfalle**). Also:

### **a) Vernehmung des W?**

nur bei formeller Vernehmung oder Anerkennung der „vernehmung-ähnlichen Situation“, um Aushöhlung der Beschuldigtenrechte zu verhindern? (vgl. Zus.fassung v. 12. 5., Fall 3; was dort zum privat Mitwirkenden als „Verwaltungshelfer“ ausgeführt wurde, dürfte sich hier - bei Einschaltung eines Bediensteten der Strafvollstreckungsbehörden erst recht halten lassen.

### **b) Täuschung?**

aa) Unterscheidung verbotene Täuschung/erlaubte List? bb) generelle Ablehnung einer solchen Differenzierung? cc) Anwendung der in BGHSt 42, 139 angedeuteten Abwägungsgrundsätze? (vgl. auch hier Zus.fassung v. 12. 5. Fall 3).

Und: Wenn man über eine weite Interpretation des § 136a zum Ergebnis gelangt, dass die „Stimmenfalle“ als Fall der Täuschung einzuordnen ist, stellt sich die Frage:

2. Liegt dann nicht auch im Lauschangriff eine als Täuschung zu verstehende List? Auf die Reibungen zwischen dem in §§ 136, 136a respektierten Recht des Beschuldigten, sich nicht selbst belasten zu müssen, und der Zulässigkeit heimlicher Grundrechtseingriffe (§§ 100a ff) wurde hingewiesen. Der Beschuldigte wird in der Vernehmung seines Rechts protokollfest vergewissert. (§ 136 I 2). Aber dieselbe StPO hindert die Strafverfolgungsorgane nicht daran, zum Zeitpunkt der Vernehmung des Beschuldigten Wanzen in seiner Wohnung anzubringen, damit er das, was er offen befragt nicht einräumen will, im intimer Atmosphäre unbewusst preisgibt.

**Erg.: Insgesamt wird man die oben angeführte Begründung, um eine Rechtfertigung der Maßnahme gem. § 100c zu verneinen, als wenig glücklich bezeichnen müssen. M.E ergibt sich die Unzulässigkeit der Maßnahme aus folgenden Überlegungen: Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier allenfalls der § 100c I Ziff. 2 („kleiner Lauschangriff“) in Betracht, da die Wohnungsüberwachung beim unbeteiligten Leiter der JVA (§ 100c I Ziff. 3 iVm. § 100c II 2) infolge der Einwilligung des Leiters nicht rechtswidrig wäre. Doch abgesehen davon erfasst § 100c I - in Ziff 2 u. 3 gleichermaßen - nur den gerätegestützten Eingriff zur Ermittlung von inhaltlichen Äußerungen des Beschuldigten bzw eines Dritten (vgl. das Gesetz: „das nichtöffentlich gesprochene Wort“), nicht aber den mit der Stimmprobe gesuchten „akustischen Fingerabdruck“.**

#### **V. § 34 StGB als Ermächtigungsgrundlage?**

Umstrittene Frage: Kommt § 34 StGB überhaupt als **Ermächtigungsgrundlage für hoheitliches Handeln** in Betracht?

1. Von einer in der Literatur stark vertretenen Ansicht abgelehnt (kann hier nicht in allen Argumentationssträngen dargestellt werden). Wichtiges Argument: Das grundrechtsbelastende Handeln von Hoheitsträgern ist in speziellen gesetzlichen Vorschriften (dem Anspruch nach) ausdifferenziert geregelt. Es bedeutet eine **Missachtung des Gesetzesvorbehaltsprinzips**, wenn das austarierte gesetzliche System (hier: das der §§ 81b, 100a, 100c StPO) durch eine allgemeine (zur „Superermächtigungsgrundlage“ ausgebauten) Abwägungsvorschrift relativiert würde.

Die Gegenauffassung weist – jedenfalls für die Konstellationen, in denen der Staat Maßnahmen in Erwägung zieht, die einem Privaten nicht zustünden – darauf hin, dass eine Rechtfertigung gem § 34 StGB nicht in Standardsituationen

in Betracht komme, sondern allenfalls in „**seltenen und extremen Fällen**“ (Beispiel für eine solche „seltene und extreme Konstellation? - Die im Fall Schleyer angeordnete Kontaktsperre zwischen den RAF-Gefangenen und ihren Verteidigern – Maßnahme heute in § 31 ff. EGGVG ! auf eine gesetzliche Grundlage gestellt).

Im vorliegenden Fall müssten beide Auffassungen zum übereinstimmenden Ergebnis gelangen: Keine Rechtfertigung gem. § 34 StGB.

**Erg.: Lehnt man § 100c als Eingriffsnorm ab, so wäre die Maßnahme gegen W als unzulässig zu bewerten.**

**Sachverhalt 3 (BGH NStZ 19 ):**

Revision wäre begründet, wenn Verfahrensfehler vorliegt und das Urteil gem § 337 auf diesem Verfahrensfehler beruht.

I. **§ 243 III 1** schreibt vor, dass die StA den Anklagesatz zu verlesen hat – nach der Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse und vor der Vernehmung zur Sache.

Frage: Wie verfährt man, wenn es – wie hier - um den **Nachweis solcher Förmlichkeiten** geht? Normalerweise müsste jetzt im Rechtsmittelverfahren Beweis erhoben werden – etwa durch Vernehmung der Verfahrensbeteiligten. Dies wollte der Gesetzgeber dem Revisionsgericht ersparen:

Ausschließliche Beweiskraft des Protokolls (**§ 274 StPO**). Es kann durch andere Beweise weder ergänzt, noch ersetzt oder widerlegt werden, vor allem nicht durch dienstliche Äußerungen der Gerichtsmitglieder etc. Das gilt selbst dann, wenn sich alle Prozessbeteiligten über die „Unrichtigkeit des Protokolls“ einig sind.

Unterscheidung zwischen **positiver Beweiskraft** (beurkundete Förmlichkeiten gelten als geschehen) und **negativer Beweiskraft** (was nicht beurkundet ist, gilt als nicht geschehen). Widerlegung nur möglich durch den Nachweis der Fälschung („Protokoll von einem Unbefugten oder von den Urkundspersonen bewusst mit einem falschen Inhalt hergestellt worden“).

**Erg.: Verlesung der Anklageschrift gilt als nicht geschehen. § 243 III 1 ist missachtet worden.**

**II. Folge: § 337 StPO.**

Beruht Urteil auf Nichtverlesung? Dann, wenn Kausalität nicht auszuschließen.

Zweck der Verlesung: Teilnehmer sollen vor der Vernehmung des Angeklagten und vor der Beweisaufnahme in komprimierter Form mit dem Gegenstand der Verhandlung bekannt gemacht werden, um ihr Augenmerk von vornherein auf die tatsächlichen und rechtlich wesentlichen Umstände richten zu können. Angesichts dessen ist es nur in einfachen und übersichtlichen Fällen denkbar, dass das Urteil nicht auf der Missachtung des § 243 III 1 beruht. (Die Überlegung, dass den Verfahrensbeteiligten die Anklageschrift doch aus Vor- und Zwischenverfahren bekannt sei, verbietet sich für ein Strafverfahren, das die Entscheidungsrolle der Hauptverhandlung, d.h. das Unmittelbarkeitsprinzip und das Mündlichkeitsprinzip betont (vgl. nur §§ 261, 264 I, 250 StPO))

Im vorliegenden Fall umfasste der Anklagesatz 2 Seiten (zur Ergänzung: Sachverhaltsschilderung im späteren Urteil: 5 Seiten, Beweiswürdigung: 15 Seiten). Dies spricht dafür, von einem nicht einfachen Fall auszugehen. Daher handelt es sich nicht um einen Sachverhalt, bei dem die Kausalität des Versäumnisses für das spätere Urteil mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.