

Teil 2:**§ 6 Mündlichkeit und Unmittelbarkeit***Gliederung dieses Abschnitts:*

- 1. Das Mündlichkeitsprinzip**
- 2. Das Selbstleseverfahren**
- 3. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz**
- 4. Exkurs: Zeugen und Sachverständige**
 - a) Der Zeuge
 - b) Der Sachverständige
- 5. Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit**
 - a) Verlesung von Urkunden
 - b) Formfreier Vorhalt?
 - c) Der Zeuge vom Hörensagen
 - d) Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung
 - e) Audiovisuelle Zeugenvernehmung („Videokonferenz“)
- 6. Exkurs: Geheime Ermittlungsgehilfen**
 - a) Erscheinungsformen
 - b) Die V-Person
 - c) Der Informant
 - d) Verdeckter Ermittler (VE)
 - e) Nicht offen ermittelnder Polizeibeamter (NoeP)

f) Verwertung des Wissens von geheimen Ermittlungsgehilfen

g) Gesperrter Zeuge mit bekannter Identität

7. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

8. Die Regelung des § 252 StPO

§ 6 Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

1. Mündlichkeitsprinzip

Das Mündlichkeitsprinzip berührt sich eng mit dem Unmittelbarkeitsprinzip und besagt, dass nur dasjenige Entscheidungsgrundlage sein kann, was in der Hauptverhandlung mündlich vorgetragen und erörtert wurde. Der gesamte schriftliche Akteninhalt, insbesondere etwa die Protokolle von den Aussagen, die der Angeklagte und die Zeugen im Vorverfahren vor der Polizei oder Staatsanwaltschaft gemacht haben, ist für den Entscheidungsprozess bedeutungslos. Nach § 261 StPO entscheidet das Gericht nämlich in seiner freien, „aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung“, und gem. § 264 StPO ist der Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage bezeichnete Tat, „wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt“. Es soll also in der Hauptverhandlung die „Wiedervorführung eines lebendigen Gesamtbildes der That“ stattfinden (Jagemann, GS 1849 I, 126; Glaser, ArchCrimNF 1851, 194). Das Mündlichkeitsprinzip besitzt eine elementare Bedeutung für den Öffentlichkeitsgrundsatz, denn die Zuhörer, die den Akteninhalt ja nicht kennen, können dem Verfahren nur folgen, soweit der Prozessgegenstand mündlich erörtert worden ist.

Man kann sich das am besten mithilfe einer Metapher verdeutlichen, indem man den „Inbegriff der Verhandlung“, aus dem das Gericht seine Überzeugung zu schöpfen hat, mit einer imaginären Tafel vergleicht. Zu Beginn der Hauptverhandlung wird zunächst einmal „tabula rasa gemacht“, d.h. es wird im Gerichtssaal eine leere Tafel aufgehängt. Auf dieser leeren Tafel muss im Laufe der Hauptverhandlung die gesamte Tat gleichsam „aufgezeichnet“ werden. Es wird aber nur dasjenige angeschrieben, was auf den Gegenstand der mündlichen Erörterung bildet. Auf der Tafel wird also quasi für alle sichtbar über die mündliche Verhandlung „Protokoll „geführt. Am Ende darf das Gericht bei der Urteilsfindung nur dasjenige berücksichtigen, was an der Tafel steht. Mitunter wird etwas mündlich vorgetragen, aber von vornherein nicht in das „Protokoll“ an der imaginären Tafel aufgenommen. So verhält es sich namentlich beim sog. *formfreien Vorhalt* (dazu i.e. später): Hier wird nur dasjenige an die Tafel geschrieben, was der Beschuldigte oder der Zeuge aufgrund des formfreien Vorhalts äußert. Manchmal wird auch zunächst etwas an die Tafel geschrieben, dann aber gewissermaßen wieder „ausgewischt“, weil man nachträglich feststellt, dass es gar nicht an die Tafel geschrieben werden durfte. Dies ist beim Eingreifen eines *Beweisverwertungsverbots* der Fall. Beispielsweise werden in der Hauptverhandlung Tonbandaufzeichnungen von einer Telefonüberwachung vorgespielt. Danach stellt sich heraus, dass die Telefonüberwachung rechtswidrig gewesen ist, weil die Voraussetzungen des § 100a nicht vorgelegen haben. Dann muss das an der imaginären Tafel angeschriebene Protokoll über die abgespielten Tonbandaufzeichnungen eben wieder „ausgewischt“ werden.

2. Das Selbstleseverfahren

Allerdings wird der Mündlichkeitsgrundsatz zunehmend durch das **Selbstleseverfahren** nach § 249 Abs. 2 StPO beschränkt. Danach kann zur Verfahrensvereinfachung vom Verlesen einer Urkunde oder eines Schriftstücks abgesehen werden, wenn die Richter und Schöffen davon Kenntnis genommen haben und die übrigen Beteiligten hierzu Gelegenheit hatten. Im Hinblick auf diese Regelung ist mit Recht vor der Gefahr wahrer „Geisterverhandlungen“ gewarnt worden, „in denen wesentliche Vorgänge kein Zuschauer, kein Pressevertreter und wahrscheinlich auch kein Laienrichter mehr mitbekommt“ (Hamm, StV 1994, 457). Das ist insbesondere in umfangreichen Wirtschaftsstrafverfahren problematisch, bei denen mitunter Dutzende von prall gefüllten Ordnern mit Dokumenten im Weg des Selbstleseverfahrens in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Ein derartiges Vorgehen ist einerseits dringend geboten, um das Verfahren nicht uferlos in die Länge zu ziehen, etwa wenn anderenfalls tagelang Satzungen, Vorstandsprotokolle oder Verfahrensanweisungen vorgelesen werden müssten. Dadurch wird andererseits die Gefahr begründet, dass die Zuhörer der Beweisaufnahme in weiten Teilen nicht mehr folgen können.

Das Procedere des Selbstleseverfahrens läuft wie folgt:

- Anordnung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, dass und welche genau bezeichnete(n) Urkunde(n) im Selbstleseverfahren in die HV eingeführt werden soll(en). Diese Anordnung ist in das Verhandlungsprotokoll aufzunehmen.
- In der Praxis häufig: Aushändigung von Ablichtungen der betreffenden Urkunde(n) an den/die Angeklagten und ggf. an den Verteidiger und die Staatsanwaltschaft.
- Anschließend erfolgt Selbstlesung durch alle Mitglieder Gerichts, insbesondere auch der Schöffen (zwingend!).
- Die Selbstlesung der Prozessbeteiligten ist nicht zwingend; insoweit muss nur die Gelegenheit dazu gegeben werden.
- Schließlich trifft der Vorsitzende die Feststellung, dass das Gericht die betreffenden Urkunden zur Kenntnis genommen hat und die übrigen Prozessbeteiligten Gelegenheit dazu hatten, und zwar unter genauer Bezeichnung der betreffenden Urkunden (Protokollierung! Insoweit gilt die negative Beweiskraft des Protokolls, siehe BGH, NStZ 2000, 47).

Beispiel für die Protokollierung der einzelnen Schritte eines Selbstleseverfahrens im Hauptverhandlungsprotokoll:

Beispiel für die Protokollierung der einzelnen Schritte eines Selbstleseverfahrens im Hauptverhandlungsprotokoll:

[...]

Das Selbstlesepaket Nr. 7 wurde an alle Verfahrensbeteiligten ausgehändigt.

Die Verteidigerin des Angeklagten, Rechtsanwältin Frau Dr. , nahm das Selbstlesepaket Nr. 7 für die Verfallsbeteiligte und deren Rechtsanwältin, Frau Dr. in Absprache mit Letzterer entgegen.

Eine Anordnung der Vorsitzenden wurde vollständig verlesen, den Verfahrensbeteiligten in Kopie ausgeteilt und sodann als Anlage Nr. 2 zum heutigen Protokoll genommen.

Das Selbstlesepaket Nr. 7 selbst wurden in einen Anlageband genommen.

[...]

Anlage 23 Prof. 09.04.2014
1792

116 KLS 2/12

Selbstlesepaket (SLP) 07

Anordnung:

Die in der tabellarischen Übersicht unter II. näher aufgeführten Urkunden sollen im Selbstleseverfahren in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Die verwendeten Abkürzungen sind entsprechend den unter I. dargestellten Erläuterungen zu verstehen.

I.

HA=	Hauptakte 116 KLS 2/12
SH...=	Sonderheft... zum Az. 116 KLS 7/13
FA 3 BMO 1 =	Fallakte 3 Beweismittelordner 1 zum Az. 116 KLS 7/12
FA 3 BMO 2 =	Fallakte 3 Beweismittelordner 2 zum Az. 116 KLS 7/12
FA 6 BMO 4 =	Fallakte 6 Beweismittelordner 4 zum Az. 116 KLS 2/12
FA 8 =	Fallakte 8 zum Az. 116 KLS 7/13
FA 8 BMO 1 =	Fallakte 8 Beweismittelordner 1 zum Az. 116 KLS 7/13
FA 8 BMO 2 =	Fallakte 8 Beweismittelordner 2 zum Az. 116 KLS 7/13
FA 8 BMO 3 =	Fallakte 8 Beweismittelordner 3 zum Az. 116 KLS 7/13
FA 9 BMO 1 =	Fallakte 9 Beweismittelordner 1 zum Az. 116 KLS 7/13
FA 10 BMO 2 =	Fallakte 10 Beweismittelordner 2 zum Az. 116 KLS 2/12
FA 10 BMO 3 =	Fallakte 10 Beweismittelordner 3 zum Az. 116 KLS 2/12
FA 10 BMO 5 =	Fallakte 10 Beweismittelordner 5 zum Az. 116 KLS 2/12
FA 10 BMO 6 =	Fallakte 10 Beweismittelordner 6 zum Az. 116 KLS 2/12
SH Prüfungsberichte	= Sonderheft

1

1793

II.

Blatt des SLP	Fundstelle Akten	Datum	Bezeichnung
		Band I:	
1	Bl. 773 FA 8 BMO 2	26.9.2008	Schreiben vom 26.9.2008 mit handschriftlichem Zusatz
2	Bl. 774 FA 8 BMO 2	26.9.2008	Schreiben vom 26.9.2008
3	Bl. 775 FA 8 BMO 2	26.9.2008	Schreiben vom 26.9.2008 mit handschriftlichem Zusatz
4	Bl. 776 FA 8 BMO 2	26.9.2008	
5	Bl. 777 FA 8 BMO 2	26.9.2008	
6	Bl. 778 FA 8 BMO 2	26.9.2008	
7-8	Bl. 1825-1826 SH 11	28.9.2008	
9-10	Bl. 1829-1830 SH 11	28.9.2008	
11	Bl. 1831 SH 11	28.9.2008	
12	Bl. 210 FA 9 BMO 1	2.10.2008	
13- 14	Bl. 211-212 FA 9 BMO 1	29.9.2008 / 2.10.2008	
15	Bl. 1841 SH 11	30.9.2008	
16	Bl. 1840 SH 11	30.9.2008	

2

3681

Die Vorsitzende stellt fest, dass die Berufsrichter und Schöffen / Ergänzungsrichter und Ergänzungsschöffen vom Wortlaut der in der Anordnung der Vorsitzenden vom 16.10.2013 (Anlage 1 zum Protokoll vom 16.10.2013, betreffend SLP 4), 19.12.2013 (Anlage 2 zum Protokoll vom 19.12.2013, betreffend SLP 5), 22.01.2014 (Anlage 4 zum Protokoll vom 22.01.2014, betreffend SLP 6), 09.04.2014 (Anlage 2 zum Protokoll vom 09.04.2014, betreffend SLP 7), 07.07.2014 (Anlage 1 zum Protokoll vom 07.07.2014, betreffend SLP 8), 25.09.2014 (Anlage 1 zum Protokoll vom 25.09.2014, betreffend SLP 9) und 06.11.2014 (Anlage 5 zum Protokoll vom 06.11.2014, betreffend SLP 10) genannten Urkunden und Schriftstücken Kenntnis genommen haben und die übrigen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Kenntnisnahme hatten.

Es würde weiter festgestellt, dass von der Verlesung der vorgenannten Urkunden und Schriftstücke abgesehen wird.

3. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz umfasst zwei verschiedene Aspekte. Zum einen muss das erkennende Gericht die entscheidungsrelevanten Beweise selbst wahrnehmen, darf also die Beweisaufnahme grundsätzlich keiner anderen Person (etwa einem Beauftragten oder ersuchten Richter) überlassen (= **formelle Unmittelbarkeit**). Zum anderen muss das Gericht alle Tatsachen prinzipiell aus der Quelle selbst schöpfen, sich also der unmittelbaren, originären Beweismittel bedienen, und kann diese nicht durch Beweissurrogate ersetzen (= **materielle Unmittelbarkeit**), was am deutlichsten in der Regelung des § 250 S. 2 StPO für den Zeugen zum Ausdruck kommt. Danach darf die Vernehmung des Zeugen „nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden“ (= **Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis**).

Der Gesetzgeber hat freilich den Grundsatz der Unmittelbarkeit im *beschleunigten Verfahren* und im *Verfahren nach Einspruch gegen Strafbefehl* praktisch außer Kraft gesetzt (§§ 420, 411 Abs. 2 S. 2 StPO). Denn hier darf die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten durch Verlesung von Vernehmungsniederschriften oder schriftlichen Äußerungen ersetzt werden. Die volle Tragweite dieser Regelung ergibt sich freilich erst durch die Kombination mit dem Selbstleseverfahren, wonach es zu einer Art „Hauptverhandlung nach Aktenlage“ (Schlothauer, StV 1995, 46 f) kommen kann, bei der neben dem Unmittelbarkeitsgrundsatz vor allem auch der Mündlichkeit- und Öffentlichkeitsgrundsatz praktisch aus den Angeln gehoben sind. Allerdings ist insoweit jedenfalls die Zustimmung des (anwesenden) Angeklagten, seines Verteidigers und des Staatsanwalts erforderlich.

4. Exkurs: Zeugen und Sachverständige

a) Der Zeuge

Der Zeuge iSd §§ 48 ff StPO ist eine Person, die in einer nicht gegen sie selbst gerichteten Strafsache *Wahrnehmungen über Tatsachen in der Vergangenheit* bekundet. Kein Gegenstand des Zeugenbeweises sind Rechtsfragen, Erfahrungssätze, allgemeine Eindrücke, Schlussfolgerungen, Mutmaßungen und Werturteile. Auch Kleinkinder und Geisteskranke sind prinzipiell zeugnisfähig, insoweit ist aber ggf. die Einholung eines psychologischen oder psychiatrischen Glaubwürdigkeitsgutachtens geboten. Der Zeuge ist das unzuverlässigste Beweismittel. Sein Beweiswert wird geschmälert insbesondere infolge

- der generellen Determinierung der Erkenntnis durch die biologische Struktur des Menschen,
- unzulängliche Beobachtung,
- die laufende Veränderung des Erinnerungsbildes und/oder
- das Ausfüllen von Lücken durch Konfabulationen.

Der Zeuge hat folgende Pflichten:

- Erscheinungspflicht (beim Richter und Staatsanwalt, seit 2017 auch bei der Polizei, wenn der Ladung ein Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt, § 163 Abs. 3 S. 1 StPO).
- Pflicht zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage (nicht: zur Vorbereitung auf die Vernehmung, vgl. dazu Schlothauer, FS Dahs, S. 457 ff).
- Ggf. Eidespflicht (nur beim Richter, nicht bei der Staatsanwaltschaft, vgl. §§ 59 ff., 161a Abs. 1 S. 3, 163 Abs. 3 S. 3 StPO).

Der Zeuge hat folgende Rechte:

- Hinzuziehung eines Zeugenbeistands (§ 68b StPO).
- Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten (§ 52 StPO).
- Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsheimlichkeitsbesitzer und mitwirkenden Personen (§§ 53, 53a StPO).
- Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr der Selbstbelastung (§ 55 StPO).

Ob der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 oder § 53a StPO Gebrauch macht, obliegt seiner freien Entscheidung. Der Beschuldigte hat also keinen Anspruch darauf, dass der Berufsheimlichkeitsbesitzer sich darauf beruft. Der Berufsheimlichkeitsbesitzer kann sich aber unter Umständen gem. § 203 StGB strafbar machen, wenn er sich zur Aussage entschließt. Kommt die Aussage dann unter Verstoß gegen § 203 StGB zustande, unterliegt sie allerdings keinem Beweisverwertungsverbot, weil insoweit allein die Risikosphäre des Zeugen und nicht diejenige des Beschuldigten betroffen ist. Im Übrigen endet das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 Abs. 2 S. 1 StPO mit der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht.

Einzelheiten zur Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht:

- Berechtig ist jeder, zu dessen Gunsten die Schweigepflicht gesetzlich begründet ist.
- Sind mehrere geschützt, müssen alle die Erklärung abgeben.
- Bei juristischen Personen sind die vertretungsberechtigten aktuellen (nicht: früheren) Organe zuständig, ggf. auch der Insolvenzverwalter (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 53 Rn. 46b).
- Eine Vertretung in der Erklärung ist unzulässig (weil es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt).
- Nach dem Tod des Betroffenen können weder die Erben noch die nächsten Angehörigen von der Verschwiegenheitspflicht entbinden (Meyer-Goßner/Schmitt, § 53 Rn. 48).

Das Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO ist grundsätzlich auf einzelne Fragen beschränkt. Es greift nicht nur dann, wenn der Zeuge unmittelbar eine Straftat offenbaren müsste, sondern auch bei einer bloß mittelbaren Begründung eines Verdachts, und sei es nur als Teilstück in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude (sog. **Mosaiktheorie**).

→ *BVerfG, NJW 2002, 1411 (1412)*

→ *BGH, NJW 1999, 1413.*

Ausnahmsweise kann das Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO zu einem Recht auf Totalverweigerung des Zeugnisses in vollem Umfang erstarken, wenn die gesamte Aussage mit einem möglicherweise strafbaren Verhalten in so engem Zusammenhang steht, dass nichts mehr übrig bleibt, was der Zeuge ohne Gefahr der eigenen Verfolgung bekunden könnte.

→ *BGHSt 10, 104 (105)*

→ *BGH, NStZ-RR 2011, 316.*

Beruft sich ein Zeuge auf ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht, handelt es sich um ein ungeeignetes Beweismittel.

→ *BGH, NStZ, 1999, 46*

→ *BGH, NStZ-RR 2003, 205.*

Die Gefahr, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden und das daraus resultierende umfassende Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen, wird in der Praxis regelmäßig insbesondere dann angenommen, wenn der Zeuge selbst im Zusammenhang mit dem betreffenden Sachverhalt als Beschuldigter in einem anderen Strafverfahren geführt wird. Eine das Recht zur Auskunftsverweigerung begründende Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO besteht grundsätzlich dann nicht mehr, wenn gegen den Zeugen hinsichtlich der Tat, deren Begehung er sich durch wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage verdächtig machen könnte, bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, so dass die Strafklage verbraucht ist, oder wenn die Straftat verjährt oder aus anderen Gründen zweifelsfrei ausgeschlossen wäre, dass er für diese noch verfolgt werden könnte. Eine Verfolgungsgefahr ist selbst bei Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung aber dann nicht auszuschließen, wenn zwischen der abgeurteilten Tat und anderen Straftaten, derentwegen der Zeuge noch verfolgt werden könnte, ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Beantwortung von Fragen zu der abgeurteilten Tat die Gefahr der Verfolgung wegen dieser anderen Taten mit sich bringt.

→ *BGH, NStZ-RR 2017, 220.*

Angehörige des Beschuldigten müssen gem. § 52 Abs. 3 S. 1 StPO vor jeder polizeilichen, staatsanwaltschaftlichen oder richterlichen Vernehmung zur Sache über ihr Zeugnisverweigerungsrecht **belehrt** werden, und zwar auch dann, wenn die Belehrung auch schon bei einer früheren Vernehmung vorgenommen worden ist. Wird die Belehrungspflicht verletzt, ist die Aussage nicht verwertbar (BGHSt 14, 159 [160]), wenn nicht der Zeuge sein Zeugnisverweigerungsrecht gekannt hat und auch bei ordnungsgemäßer Belehrung ausgesagt hätte (BGHSt 38, 214 [225]). Eine dem § 52 Abs. 3 StPO entsprechende Belehrungspflicht für Berufsheimnisträger und mitwirkenden Personen ist in den §§ 53, 53a StPO nicht vorgesehen, weil das Gericht davon ausgehen darf, dass der Zeuge seine Berufsrechte und -pflichten kennt. Nur bei offensichtlicher Unkenntnis ist eine Belehrung aufgrund der gerichtlichen Fürsorgepflicht geboten. Gem. § 55 Abs. 2 StPO ist der Zeuge bei Gefahr der Selbstbelastung über sein Auskunftsverweigerungsrecht zu belehren. Wird die Belehrungspflicht nach § 55 Abs. 2 StPO verletzt, resultiert daraus kein Verwertungsverbot zugunsten des Beschuldigten, wohl aber ein Verwertungsverbot in einem möglichen späteren Strafverfahren gegen den Zeugen selbst.

Widersetzt sich der Zeuge seinen gesetzlichen Verpflichtungen, sieht das Gesetz folgende Ungehorsamsfolgen vor:

- Bei **unberechtigtem Ausbleiben**: § 51 StPO
 - Auferlegung der Kosten

- Ordnungsgeld (5-1000 €), falls nicht beizutreiben Ordnungshaft (Rahmen 1-42 Tage); der Rahmen ergibt sich aus Art. 6 EGStGB)
- zwangsweise Vorführung
- zuständig für die Anordnung ist das Gericht, vor dem der Zeuge aussagen soll, im Vorverfahren der Ermittlungsrichter und der beauftragte oder ersuchte Richter, in der Hauptverhandlung das erkennende Gericht
- soll der Zeuge bei der Staatsanwaltschaft aussagen, ist – außer bzgl. Ordnungshaft (vgl. Art. 104 Abs.2 GG) – die Staatsanwaltschaft zuständig (§ 161a Abs. 2 StPO).

Art 6 EGStGB – Mindest- und Höchstmaß von Ordnungs- und Zwangsmitteln

(1) Droht das Bundesgesetz Ordnungsgeld oder Zwangsgeld an, ohne dessen Mindest- oder Höchstmaß zu bestimmen, so beträgt das Mindestmaß fünf, das Höchstmaß tausend Euro. [...]

(2) Droht das Gesetz Ordnungshaft an, ohne das Mindest- oder Höchstmaß zu bestimmen, so beträgt das Mindestmaß einen Tag, das Höchstmaß sechs Wochen. Die Ordnungshaft wird in diesem Fall nach Tagen bemessen.

- **Bei unberechtigter Zeugnisverweigerung: § 70 StPO**
 - Auferlegung der Kosten
 - Ordnungsgeld (5-1000 €), falls nicht beizutreiben Ordnungshaft (1-42 Tage); der Rahmen ergibt sich aus Art. 6 EGStGB
 - Beugehaft (Dauer auf maximal 6 Monate begrenzt)
 - zuständig für die Anordnung ist das Gericht, der ersuchte Richter nur vorläufig (endgültige Entscheidung durch das erkennende Gericht)
 - soll der Zeuge vor dem Staatsanwalt aussagen, steht gem. § 161a Abs. 2 StPO dem Staatsanwalt die Anordnungscompetenz zu; für die Anordnung von Haft gilt allerdings der Richtervorbehalt (§ 162 Abs. 1 S. 1 StPO [Ermittlungsrichter]; vgl. auch Art. 104 Abs. 2 GG).

b) Der Sachverständige

Der Sachverständige berichtet aufgrund besonderer Sachkunde über Wahrnehmungen, die ernaufgrund eines verfahrensbezogenen behördlichen Auftrags getroffen hat. Seine Zuziehung ist notwendig, wenn die eigene Sachkunde des Richters (oder des Staatsanwalts etc.) nicht ausreicht. Der Richter muss allerdings die Feststellungen am Ende in eigener Verantwortung selbst treffen und kann dabei auch von dem Gutachten des Sachverständigen abweichen. Die Ablehnung eines Sachverständigen ist gem. § 74 Abs. 1 i.V.m. §§ 22-24 StPO möglich.

Die dem Sachverständigengutachten zugrunde gelegten Tatsachen bezeichnet man als **Anknüpfungstatsachen**, die entweder vom Gericht vorgegeben oder vom Sachverständigen selbst ermittelt werden. Werden sie vom Sachverständigen selbst ermittelt, unterscheidet man weiter wie folgt:

- **Befundtatsachen:** Tatsachen, deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde voraussetzt.

→ *Beispiel: Bericht des Gerichtsmediziners von dem Ergebnis einer Obduktion.*

- **Zusatztatsachen:** Tatsachen, die der Sachverständige feststellt, ohne dass dazu eine besondere Sachkunde erforderlich ist (die das Gericht also auch selbst feststellen könnte).

→ *Beispiel: Bei der psychologischen Exploration zum Zweck der Glaubwürdigkeitsbegutachtung berichtet ein Kind über sexuelle Handlungen, die sein Vater an ihm vorgenommen hat.*

Schaubild: Unterscheidung von Zeugen und Sachverständigen:

Unterscheidung von Zeugen und Sachverständigen:

	Art der Wahrnehmungen	verfahrensbezogener behördlicher Auftrag?	Rechtsstellung
»einfacher« Zeuge	<i>ohne</i> besondere Sachkunde	<i>nein</i>	Zeuge
sachverständiger Zeuge	<i>mit</i> besonderer Sachkunde	<i>nein</i> <i>Bsp.:</i> Zufällig am Unfallort anwesender Arzt berichtet über das Ausmaß der Verletzungen des Opfers	Zeuge (§ 85), auch wenn er sich gutachterlich äußert. <i>Sachverständiger</i> , wenn der Schwerpunkt der Vernehmung nicht auf Tatsachenbekundungen, sondern auf gutachtlichen Äußerungen liegt.
Augenscheinsgehilfe	<i>ohne</i> besondere Sachkunde	<i>ja</i> <i>Bsp.:</i> Besichtigung eines Gegenstandes unter Wasser oder körperliche Untersuchung nach § 81 a für das Gericht	Vernehmung als Zeuge; ansonsten gelten Sachverständigenvorschriften (§§ 73 I, 74, 75)
Sachverständiger	<i>aufgrund</i> besonderer Sachkunde	<i>ja</i>	Sachverständiger

5. Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit:

a) Verlesung von Urkunden:

- Grundsatz: § 250 StPO (Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis)

„Beruht 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 Erklärung ersetzt werden.“

- Erklärungen von Zeugen, die nicht von vornherein zu Beweis Zwecken verfasst worden sind, können ohne weiteres nach § 249 Abs. 1 StPO verlesen werden.
- Nichtrichterliche Vernehmungsprotokolle und Erklärungen (zu Beweis Zwecken) sind nach § 251 Abs. 1 StPO verlesbar.
- Richterliche Vernehmungsprotokolle sind nach § 251 Abs. 2 StPO verlesbar.
- Beachte: Die bloß ergänzende (nicht ersetzende) Verlesung von Vernehmungsprotokollen und Erklärungen beim Zeugenbeweis ist ohne weiteres zulässig.

BGH, NStZ 2014, 607: „Der Unmittelbarkeitsgrundsatz steht nur der Ersetzung, nicht der Ergänzung des Zeugenbeweises durch Verlesung eines Vernehmungsprotokolls, namentlich zur Überprüfung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen, entgegen [...]. Auch Aufklärungsgesichtspunkte können im Einzelfall die zusätzliche Verlesung eines Vernehmungsprotokolls gebieten [...].“

- Eine Protokollverlesung zur Gedächtnisunterstützung oder zur Klärung eines Widerspruchs ist gem. § 253 StPO zulässig (= Urkundenbeweis, kein Vorhalt, h.M., vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 253 Rn. 1).
- Die Verlesung richterlicher Vernehmungsprotokolle bzw. Vorführung von Videos über Erklärungen des Angeklagten ist gem. § 254 Abs. 1 StPO zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis zulässig. Dasselbe kann gem. § 254 Abs. 2 StPO zur Aufklärung eines Widerspruchs geschehen. Neben der zeugenschaftlichen Vernehmung eines polizeilichen Vernehmungsbeamten (als Zeuge vom Hörensagen) kommt eine ergänzende Verlesung der von ihm gefertigten Niederschrift über die Vernehmung eines Beschuldigten nicht in Betracht. Dem steht die Vorschrift des § 254 StPO entgegen (BGH, NStZ 2019, 106).

- Die Verlesung behördlicher Zeugnisse und Gutachten etc. (z.B. Blutalkoholgutachten) ist gem. § 256 StPO zulässig.

b) Formfreier Vorhalt?

- Ein formfreier Vorhalt (z.B. eines Vernehmungsprotokolls) kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Auskunftsperson sich zunächst nicht erinnern kann oder zwecks Aufklärung eines Widerspruchs.
- Er dient ausschließlich der Herbeiführung einer Äußerung der Auskunftsperson.
- Der formfreie Vorhalt bedeutet keine Feststellung des Urkundeninhalts (= Unterschied zum Fall des § 253).
- Entscheidungsgrundlage wird nur das, was die Auskunftsperson auf den Vorhalt hin bekundet, nicht der Inhalt der Urkunde.
- Der formfreie Vorhalt bedeutet sonach keine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.

Verhältnis des formfreien Vorhalts zu § 253 StPO:

- Der Zeuge muss zunächst vollständig vernommen werden, bevor § 253 StPO zur Anwendung kommt.
- I.d.R. wird das Protokoll dem Zeugen im Rahmen seiner Vernehmung zunächst formfrei vorgehalten, um seine Erinnerung aufzufrischen.
- Nur wenn der formfreie Vorhalt nicht zum Erfolg führt, darf nach § 253 StPO verfahren werden (Meyer-Goßner/Schmitt, § 253 Rn. 3 m. Nachw. aus der Rspr. des BGH).

c) Der Zeuge vom Hörensagen

Der Zeuge vom Hörensagen ist ein Beweismittel für Indizien, nämlich für die Mitteilungen, die ihm eine andere Person von deren eigener Wahrnehmung über eine Beweistatsache gemacht hat. In der Praxis ist insbesondere die Vernehmung von Vernehmungsbeamten über den Inhalt der in einem früheren Verfahrensstadium von Ihnen geführten Vernehmung von Bedeutung. Nach hM soll es sich dabei nicht um eine unzulässige Durchbrechung des Unmit-

telbarkeitsgrundsatzes handeln, da der Vernehmungsbeamte unmittelbar als Zeuge vernommen wird.

→ *BVerfG, StV 1995, 562*

→ *BGHSt 17, 382 (383 f).*

Wegen der Mittelbarkeit des Zeugnisses (das eben nicht den aufzuklärenden Gegenstand selbst, sondern bloß ein Indiz dafür betreffe), müsse der **Beweiswert** des Zeugnisses vom Hörensagen allerdings **besonders kritisch geprüft** werden.

→ *BVerfG, NJW 1992, 168*

→ *BVerfG, NStZ 1997, 94.*

Die hM ist mit dem in Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK verankerten Konfrontationsrecht des Beschuldigten indes nicht zu vereinbaren.

→ Zur Vertiefung: *LR-Esser, EMRK Art. 6 Rn 773 ff.*

→ *Sehr lesenswert auch BGH, NJW 2003, 74 (75 f):*

„Wird eine Verurteilung allein oder maßgeblich auf die Erkenntnisse einer Vertrauensperson oder eines Verdeckten Ermittlers gestützt, so spielt nach der Rechtsprechung des EGMR eine entscheidende Rolle, ob und wie die Gewährsperson von der Verteidigung befragt werden konnte. Deren Bekundungen müssen hiernach zwar nicht zwingend in der Hauptverhandlung gemacht werden, um als Beweise verwertet werden zu können. Die Verteidigungsrechte sind dann jedoch nur gewahrt, wenn die Verteidigung eine angemessene und geeignete Gelegenheit erhält, die Glaubwürdigkeit der Gewährsperson überhaupt in Frage zu stellen und sie zu befragen, sei es in dem Stadium der Ermittlungen oder zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens [...]. War dies nicht möglich, so kann die Beschränkung des Fragerechts der Verteidigung auch nicht adäquat durch eine ‚zurückhaltende Beweiswürdigung‘ [...] ausgeglichen werden [...]. Auch die Vernehmung der polizeilichen Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen in der Hauptverhandlung und die Möglichkeit ihrer Befragung durch die Verteidigung kann danach unzureichend sein [...]; denn die Vertrauensperson und Verdeckte Ermittler, die keine persönlichen Aussagen in der Hauptverhandlung machen, sind und bleiben ebenfalls Belastungszeugen i.S. des Artikel 6 Absatz III lit. d EMRK [...], so dass auch ihnen gegenüber das Fragerecht des Angekl. garantiert bleibt. Die Behinderung der Verteidigung durch die fehlende Möglichkeit einer Befragung der Vertrauensperson oder Verdeckten Ermittler könnte dann kompen-

siert sein, wenn die aus dieser Quelle herrührenden Informationen nicht als alleinige oder maßgebliche Urteilsgrundlagen, sondern nur zur Abrundung des sonstigen Beweisergebnisses herangezogen werden [...].“

d) Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung

- Zunächst Anfertigung einer Bild-Ton-Aufzeichnung von der (richterlichen, staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen) Vernehmung gem. § 58a StPO.
- Spätere Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung in der Hauptverhandlung gem. § 255a StPO.

e) Audiovisuelle Zeugenvernehmung („Videokonferenz“)

- Es handelt sich um eine Vernehmung in der Hauptverhandlung gem. § 247a StPO.
- Sie bildet einen Ersatz für die unmittelbare persönliche Vernehmung im Gerichtssaal (§ 247a StPO gehört systematisch eigentlich hinter § 250 StPO).

6. Exkurs: Geheime Ermittlungsgehilfen

a) Erscheinungsformen

- V-Person (siehe RiStBV Anlage D Nr. I.2.2)
- Informant (siehe RiStBV Anlage D Nr. I.2.1)
- Verdeckter Ermittler (VE – § 110a Abs. 2 StPO)
- NoeP (nicht offen ermittelnder Polizeibeamter)
- Lockspitzel (agent provocateur).

b) Die V-Person (RiStBV Anlage D Nr. I.2.2)

- gehört keiner Strafverfolgungsbehörde an;

- zeichnet sich durch Bereitschaft aus, die Strafverfolgungsbehörde längere Zeit vertraulich zu unterstützen;
- ihre Identität wird grundsätzlich geheimgehalten;
- in der Praxis handelt es sich überwiegend um Vigilanten (aus dem kriminellen Milieu stammend);
- es kommen aber auch unbescholtene Bürger mit berufsbezogenen Erkenntnissen in Betracht, die für die Polizei von Interesse sein können (z.B. Taxifahrer, Gastwirte, Kellner etc.);
- Rechtsgrundlage für den Einsatz sind die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO (vgl. auch RiStBV Anlage D, Nr. I.3);
- die Vorschriften der §§ 110 a ff. StPO über Verdeckte Ermittler sind auf V-Personen nicht entsprechend anwendbar (BGHSt 41, 42).

Exkurs zu den Ermittlungsgeneralklauseln:

- Die §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO bilden eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Ermittlungen jeder Art.
- Sie erlauben nur Zwangsmaßnahmen, die von einer speziellen Ermächtigungsgrundlage der StPO nicht erfasst werden „und lediglich geringfügig in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen“ (BGHSt 51, 211 [218]).
- Die Ermittlungsgeneralklauseln rechtfertigen z.B. den Einsatz von V-Leuten, die kurzfristige Observation, oder Erkundigungen in der Nachbarschaft.
- Für schwerwiegende Grundrechtseingriffe bedarf es stets einer speziellen Ermächtigungsnorm.

c) Der Informant (RiStBV Anlage D Nr. I.2.1)

- gehört keiner Strafverfolgungsbehörde an;
- zeichnet sich durch die Bereitschaft aus, den Strafverfolgungsbehörden im Einzelfall Informationen zu geben;
- die Lieferung von Informationen erfolgt gegen die Zusicherung der Vertraulichkeit;

- Rechtsgrundlage für den Einsatz sind wiederum die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO (vgl. auch RiStBV Anlage D, Nr. I.3).

d) Verdeckter Ermittler (VE)

- Beamter des Polizeidienstes;
- ermittelt unter einer Legende (= auf Dauer angelegte veränderte Identität);
- wird in die betreffende Szene eingeschleust; ihr Ermittlungsauftrag geht über einzelne wenige, konkret bestimmte Ermittlungshandlungen hinaus (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 110a Rn. 2);
- Rechtsgrundlage: §§ 110a ff. StPO;
- für den Einsatz ist die Zustimmung der Staatsanwaltschaft und ggf. des Gerichts erforderlich;
- er darf keine „milieutypischen“ Straftaten begehen (Lesch, StV 1993, 94 ff.).

e) Nicht offen ermittelnder Polizeibeamter (NoeP)

- gelegentlich verdeckt operierender Polizeibeamter;
- ohne Legende (ggf. aber mit Decknamen);
- z.B. als Scheinaufkäufer von Betäubungsmitteln;
- Rechtsgrundlage für den Einsatz sind wiederum die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO;
- zur Abgrenzung zwischen NoeP und VE siehe im einzelnen Schneider, NStZ 2004, 359 ff.

f) Verwertung des Wissens von geheimen Ermittlungsgehilfen

Bezüglich der Verwertung des Wissens von geheimen Ermittlungsgehilfen besteht ein Konflikt zwischen

- einerseits dem **Geheimhaltungsinteresse der Strafverfolgungsbehörde** (Schutz des geheimen Ermittlungsgehilfen vor Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit und Interesse an dem weiteren Einsatz, der Ermittlungsgehilfe soll also nicht enttarnt und damit „verbrannt“ werden) und
- andererseits dem **Unmittelbarkeitsgrundsatz** (weil das Wissen des geheimen Ermittlungsgehilfen an sich unmittelbar in die Hauptverhandlung eingeführt werden soll).

Zur Lösung dieses Konflikts ist die sog. „**Dreistufentheorie**“ entwickelt worden. Für die Einführung des Wissens eines geheimen Ermittlungsgehilfen kommen danach drei verschiedene Möglichkeiten in Betracht, die jeweils unterschiedlich stark in den Unmittelbarkeitsgrundsatz eingreifen:

1. Stufe:

- Der Ermittlungsgehilfe wird in der Hauptverhandlung als Zeuge vernommen.
- Dies geschieht unter besonderen Schutzvorkehrungen. Im Einzelnen gibt es dafür folgende Möglichkeiten:
 - Zeugenschutz gem. § 68 Abs. 2, 3 StPO;
 - Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungssaal gem. § 247 S. 1 StPO (BGHSt 32, 115 [125]);
 - Ausschluss der Öffentlichkeit gem. § 172 Nr. 1a GVG (BGHSt 32, 115 [125]);
 - Verpflichtung anwesender Personen (insbesondere des Verteidigers) zur Verschwiegenheit gem. § 174 Abs. 3 S. 1 GVG);
 - Verlegung der Hauptverhandlung in einen besonders gesicherten Raum (BGHSt 32, 115 [125]);
 - Die Zulässigkeit identitätsverdeckender Abschirmungsmaßnahmen im Sitzungssaal wie Trennscheibe, Maskierung und akustische Verfremdung ist unstritten (dagegen BGHSt 32, 115 [124 f]; dafür Lesch, StV 1995, 542 ff; Diemer, NJW 1999, 1670; siehe auch – unbedingt lesenswert! – BGH, NJW 2003, 74);
 - Audiovisuelle Vernehmung gem. § 247a StPO, ggf. mit identitätsverdeckender technischer Veränderung der Bild- und Tonübertragung (BGH, NJW 2003, 74).

- *Sehr lesenswert dazu BGH, NJW 2003, 74 ff:*

„Auf Grund der mit optischer und akustischer Abschirmung vorgenommenen audiovisuellen Vernehmung der Vertrauensperson und der beiden Verdeckten Ermittler hat das LG, dem sonst für die Beweiswürdigung lediglich die Bekundungen der polizeilichen Führungs- und Vernehmungsbeamten zur Verfügung gestanden hätten, die unmittelbaren Tatzeugen als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingebracht. Diese stellen das verfassungsrechtlich geforderte bestmögliche und sachnähere Beweismittel dar. Die Vernehmung der polizeilichen Führungs- und Vernehmungsbeamten ist wie auch die Verlesung polizeilicher Vernehmungsprotokolle ein Rückgriff auf Beweisurrogate, die die gerichtliche Wahrheitsermittlung und die Verteidigungsrechte einschränken, wenn - was in der gerichtlichen Praxis notgedrungen zunehmend geschieht - auf sie zurückgegriffen wird. Die Wahrung der Anonymität der unmittelbaren Tatzeugen und die Verwendung sachferner Beweismittel schränkt die Aufklärungsmöglichkeiten des Gerichts ein. Auch das Korrektiv der „vorsichtigen Beweiswürdigung“ ändert an dieser so eingeschränkten Tatsachengrundlage nichts. Demgegenüber verschafft das hier praktizierte Verfahren sowohl dem Gericht als auch den übrigen Verfahrensbeteiligten bessere Erkenntnismöglichkeiten: [...] Die Vernehmung des unmittelbaren Tatzeugen einschließlich des Verhörs (§ 69 Abs. 2 StPO) durch die Verfahrensbeteiligten kann diesen - anders als die Vernehmung der Verhörspersonen - verlässlicher vermitteln, ob der Tatzeuge zutreffende Wahrnehmungen gemacht hat und ob er diese korrekt wiedergibt. Auf diese Weise werden das Gericht und die übrigen Verfahrensbeteiligten bei zuverlässigen Belastungszeugen eher zur Überzeugung von der Richtigkeit der Bekundungen des unmittelbaren Zeugen kommen, als dies auf Grund der Angaben der Zeugen vom Hörensagen möglich ist. Ebenso lässt sich auch die etwaige Unzuverlässigkeit der Angaben der Belastungszeugen verlässlicher beurteilen als auf Grund des vermittelten „stimmigen und eindeutigen“ Aussageinhalts, wie ihn der Vernehmungsbeamte empfunden hat und wiedergibt. Entsprechendes gilt für Entlastungszeugen. Dies verdeutlicht, dass der entscheidende Vorteil gegenüber der Heranziehung der Beweisurrogate mit der dann folgerichtig aus Rechtsgründen gebotenen besonders vorsichtigen Beweiswürdigung („forensische Wahrheit“) darin besteht, dass alle Verfahrensbeteiligten auf eine breitere Tatsachengrundlage zurückgreifen können, wenn sie sich ihre Überzeugung von der materiellen Wahrheit verschaffen oder prüfen müssen, ob vernünftige Zweifel angebracht sind.

Die audiovisuelle Vernehmung der Gewährsperson in Verbindung mit deren optischer und akustischer Verfremdung ist daher das bessere Beweismittel sowohl unter dem Gesichtspunkt der Wahrheitsfindung als auch unter dem der Verteidigungsmöglichkeiten. Sie führt als gangbare

Alternative zur völligen Sperrung des Zeugen zu einer sinnvollen Konkordanz zwischen Wahrheitsermittlung, Verteidigungsinteressen und Zeugenschutz [...]

Dass das Gesetz die optische und akustische Abschirmung des audiovisuell zu vernehmenden Zeugen nicht ausdrücklich vorsieht, macht diese nicht unzulässig. Entscheidend für die Zulässigkeit dieser in der Strafprozessordnung nicht geregelten Verfahrensweise kann vielmehr nur sein, ob sie mit den Grundsätzen des Verfahrensrechts und den Wertvorstellungen unserer Rechtsordnung im Einklang steht. Die Beweisaufnahme ist stets in einer Form durchzuführen, die - unter Beachtung der Belange des Zeugen - dem im Gesetz grundsätzlich vorgesehenen Verfahren am nächsten kommt [...]. Ist die unmittelbare Vernehmung des Zeugen wegen einer Sperrerklärung der Innenverwaltung nicht möglich, lässt das Gesetz Beweissurrogate wie die Verlesung polizeilicher Vernehmungsprotokolle gem. § 251 Abs. 2 StPO [...] oder die Vernehmung der polizeilichen Führungsbeamten der Gewährsperson als Zeugen vom Hörensagen [...] zu. Wenn aber die völlige Ersetzung der Vernehmung der unmittelbaren Wahrnehmungsperson verfahrensrechtlich möglich ist, dann muss dies erst recht für deren Vernehmung unter optischer und akustischer Abschirmung gelten. Denn es handelt sich dann trotz der Abschirmung immer noch um eine unmittelbare Vernehmung, der ein höherer Beweiswert zukommt als den bloßen Beweissurrogaten. [...]"

2. Stufe:

- Die Exekutive gibt dem Gericht die Identität des geheimen Ermittlungsgehilfen preis,
- beschränkt aber dessen Aussagegenehmigung gem. § 54 StPO i.V.m. beamtenrechtlichen Vorschriften (vgl. etwa §§ 67 BBG, 37 BeamStG) auf die Vernehmung durch einen ersuchten oder beauftragten Richter.
- Diese Lösung ist grundsätzlich nur bei Polizeibeamten (VE, NoeP) möglich, soll aber nach hM auch bei V-Personen in Betracht kommen, soweit sie hauptberuflich mit festen Bezügen bei der Behörde angestellt oder nach dem Verpflichtungsgesetz besonders zur Verschwiegenheit verpflichtet worden sind (Meyer-Goßner/Schmitt, § 54 Rn. 11 m.w.N.).
- Danach erfolgt eine kommissarische Vernehmung des geheimen Ermittlungsgehilfen gem. § 223 StPO unter denselben Schutzvorkehrungen des Zeugen wie auf der 1. Stufe. Dabei wird das Unterlassen der Benachrichtigung des Verteidigers nach § 224 Abs. 1 StPO für zulässig erachtet, allerdings soll einem gleichwohl erschienenen Verteidiger die Teilnahme an der Vernehmung nicht verwehrt werden dürfen (BGHSt 32, 115, [127, 128 f.]).

- Schließlich wird das Protokoll über die kommissarische Vernehmung des geheimen Ermittlungsgehilfen gem. § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO in der Hauptverhandlung verlesen (der Zeuge ist unerreichbar).

3. Stufe:

- Sperrung der Identität durch die Exekutive, d.h. die Strafverfolgungsbehörden geben dem Gericht die Identität des geheimen Ermittlungsgehilfen nicht preis.
- Rechtsgrundlage nach der Rechtsprechung:
 - bei VE: §§ 110 b Abs. 3, 96 StPO
 - im Übrigen: § 96 StPO analog (BVerfGE 57, 250 [282]; BGHSt 32, 115 [123]).
- Zuständig für die Sperrung der Identität durch die Exekutive ist die oberste Dienstbehörde (also der Innenminister oder ein „politischer“ Beamter [z.B. Staatssekretär]).
- Voraussetzung für Sperrerklärung ist ein mit der Freigabe des Zeugen einhergehender Nachteil für das „Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes“. Dieser Nachteil soll vorliegen
 - stets bei einer konkreten Gefährdung des geheimen Ermittlungsgehilfen an Leib oder Leben (BVerfGE 57, 250 [285], vgl. auch § 110 b Abs. 3 S. 3 StPO),
 - aber auch bei einer Gefahr für die weitere Verwendung infolge der Enttarnung (vgl. § 110 b Abs. 3 S. 3 StPO – dazu auch VG Darmstadt, NVwZ 1996, 94; Lesch, StV 1995, 546).
- Infolge der Sperrerklärung bleibt der geheime Ermittlungsgehilfe für das Gericht und die Hauptverhandlung als Zeuge unerreichbar. Aber: Die Sachaufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO bleibt unberührt; sie beinhaltet das „Gebot des bestmöglichen Beweises“ (vgl. BGHSt 32, 115 [125 f]).
- Exekutive bietet dem Gericht die Vernehmung des Vernehmungsbeamten bzw. V-Mann-Führers als Zeugen vom Hörensagen an.
- Sie beschränkt aber die beamtenrechtliche Aussagegenehmigung für den Vernehmungsbeamten bzw. V-Mann-Führer nach § 54 StPO (zB iVm § 68 BBG) dahingehend, dass dieser nicht befugt ist, die Identität des geheimen Ermittlungsgehilfen preiszugeben.

- Ggf. soll auch die Verlesung polizeilicher Vernehmungsprotokolle gem. § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in Betracht gezogen werden.
- Ggf. wird auch die Vorführung einer gem. § 58 a Abs. 1 Nr. 2 StPO angefertigten Bild-Ton-Aufzeichnung von der polizeilichen Vernehmung gem. § 255 a StPO in der Hauptverhandlung für zulässig erachtet.
- Nach der Rechtsprechung soll dann „besonders vorsichtige Beweiswürdigung“ vorgenommen werden (BVerfGE 57, 250 [277 ff]; BGHSt 34, 15 [17 ff.]).
- Die 3. Stufe ist allerdings mit dem in Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK verankerten Konfrontationsrecht des Beschuldigten schlechterdings nicht zu vereinbaren.

g) Gesperrter Zeuge mit bekannter Identität

- *Siehe dazu BGHSt 39, 141 f:*

„Die Gerichte sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG). Sie sind innerhalb der durch die Anklage gezogenen Grenze zu einer selbständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet (§ 155 Abs. 2 StPO). An Vertraulichkeitszusagen der Exekutive sind die Gerichte nicht gebunden. Auch eine rechtmäßige Sperrklärung führt nicht zu einem Beweisverbot [...]. Sie bedeutet nur, dass das mit der Sache befaßte Gericht die Weigerung der Behörde, die Identität eines Zeugen zu offenbaren, hinnehmen muß. Kennt das Gericht aus den Akten oder aus sonstigen Erkenntnisquellen die Identität des Zeugen, steht seiner Ladung und Vernehmung die Sperrklärung nicht entgegen [...]. Ergeben sich aus den Akten oder aus sonstigen Erkenntnisquellen Hinweise auf die Identität des Zeugen, kann es die Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) erfordern, dass das Gericht von Amts wegen Bemühungen entfaltet, den Namen festzustellen und die Vernehmung in der Hauptverhandlung zu ermöglichen [...]. Bezeichnet ein Beweisantrag eine bestimmte Person, so ist deren Vernehmung nicht schon deshalb unzulässig, weil diese Person mit jemandem identisch sein kann, dessen Identität die Exekutive unter Berufung auf § 96 StPO nicht preisgeben will.“

7. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

Als Lockspitzel bezeichnet man eine V-Person oder einen VE, der (vor allem in der Rauschgiftszene) Personen zu Straftaten verleitet, um deren anschließende Verhaftung zu ermöglichen. Der Einsatz von Lockspitzeln gilt nach ständiger Rechtsprechung als zulässig

- zur Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität (auch Rauschgifthandel) und
- soweit sich der Einsatz in den „durch das Rechtsstaatsprinzip gesteckten Grenzen“ hält.

→ *BGHSt 32, 345 ff.*

Eine im Schrifttum vertretene Mindermeinung hält den Einsatz von Lockspitzeln hingegen aus guten Gründen generell für unzulässig.

→ *Fischer/Maul, NStZ 1992, 7 ff*

→ *Dencker, FS Dünnebier, S. 457.*

Instruktiv dazu EGMR, StraFo 2014, 504 (506):

„Der Einsatz verdeckter Ermittler kann hingenommen werden, vorausgesetzt, er unterliegt klaren Beschränkungen und Sicherungsmaßnahmen [...]. Während die Zunahme organisierten Verbrechens zweifellos angemessene Maßnahmen erfordert, kommt dem Recht auf ein faires Verfahren gleichwohl eine so herausragende Stellung zu, dass es der Zweckmäßigkeit nicht geopfert werden darf [...]. Das öffentliche Interesse an der Verbrechensbekämpfung rechtfertigt nicht die Verwendung von Beweismitteln, die als Ergebnis polizeilicher Anstiftung entstanden sind, denn dies würde den Beschuldigten dem Risiko aussetzen, von Anfang an des Rechts auf ein faires Verfahren beraubt zu werden [...] Polizeiliche Anstiftung liegt vor, wenn die beteiligten Beamten sich nicht darauf beschränken, strafbare Handlungen im Wesentlichen passiv zu untersuchen, sondern einen solchen Einfluss auf die Person ausüben, dass eine Tat begangen wird, die sonst nicht begangen worden wäre, um die Tat beweisen zu können [...]. Der tragende Gedanke hinter dem Verbot polizeilicher Anstiftung liegt darin, dass es Aufgabe der Polizei ist, Verbrechen zu verhüten und aufzuklären, nicht aber, zu ihnen anzustiften.“

Nach der Rechtsprechung des EGMR erfolgt die Prüfung einer Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verletzenden **rechtsstaatswidrigen Tatprovokation** in zwei Stufen:

(1) Frage nach den Gründen der verdeckten Maßnahme: Gab es objektive Anhaltspunkte für den Verdacht, dass der Betroffene bereits in kriminelle Aktivitäten verwickelt oder geneigt war, Straftaten zu begehen?

- Negative Gründe, die einen solchen Verdacht ausschließen:
 - keine Vorstrafen des Betroffenen
 - bisher noch kein Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen
 - nichts legt eine Geneigtheit zu einer Straftat nahe, bevor der Betroffene von dem Lockspitzel angesprochen wurde.
- Positive Gründe, die einen solchen Verdacht stützen:
 - Vertrautheit des Betroffenen mit aktuellen Preisen für Betäubungsmittel
 - Möglichkeit des Betroffenen, Betäubungsmittel kurzfristig zu beschaffen
 - finanzieller Vorteil des Betroffenen aus dem Geschäft.

(2) Frage nach dem Verhalten des Ermittlungsgehilfen: Wurde unzulässiger Druck auf den Betroffenen ausgeübt? Anhaltspunkt dafür sind:

- der Polizeibeamte ergreift die Initiative im Kontakt mit dem Betroffenen
- Wiederholung des Angebots durch den Polizeibeamten trotz ursprünglicher Ablehnung durch den Betroffenen
- hartnäckige Aufforderung zur Tat
- Anhebung des Preises über den Durchschnitt
- Wecken des Mitgefühls des Betroffenen durch den Polizeibeamten mit der Behauptung von Entzugserscheinungen

→ *Siehe EGMR, StraFo 2014, 504*

→ *Siehe auch BGH, StraFo 2015, 501.*

Die Konsequenzen rechtsstaatswidriger polizeilicher Tatprovokation (Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK) sind umstritten:

(1) Materiellrechtliche Lösungen:

- Bisher ständige Rspr. des BGH („**Strafzumessungslösung**“): Strafmilderungsgrund (BGHSt 32, 345[355]; BGH NStZ 1995, 506) bzw. „gewichtiger Strafzumessungsgrund“ (BGH, StV 1989, 518; BGH, NStZ 2001, 553 [554]) – krit. dazu jetzt BGH, StraFo 2015, 501 ff (unbedingt lesenswert!).
- **Unrechtsausschließungsgrund**, weil der Staat die Normgeltung aufgehoben hat und somit keine „relevante Störung des Rechtsfriedens“ vorliegt (v. Danwitz, StV 1995, 436).
- **Materieller Strafaufhebungs- bzw. Schuldauhebungsgrund**, weil das rechtsstaatswidrige Verhalten des Staates schon die Entstehung des Strafanspruchs hindert (Beulke, StV 1990, 183; Roxin, JZ 2000, 369).

(2) Verfahrensrechtliche Lösungen:

- **Beweisverwertungsverbot**
 - gem. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG wegen schwerwiegenden Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht (Fischer/Maul, NStZ 1992, 7) bzw.
 - analog § 136a StPO wegen Täuschung (Lüderssen, FS Peters [1974], S. 362) bzw.
 - aus Art. 6 Abs. 1 EMRK wegen Verletzung des Gebots eines fairen Verfahrens (EGMR, StraFo 2014, 504 [507]).

„In Fällen polizeilicher Tatprovokation unter Verstoß gegen Artikel 6 Abs. 1 der Konvention hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung wiederholt, dass das öffentliche Interesse an der Bekämpfung der schweren Verbrechen wie Drogenhandel nicht die Verwertung der als Ergebnis polizeilicher Tatprovokation erlangten Beweise rechtfertigen kann [...]. Damit das Verfahren fair i.S.v. Artikel 6 Abs. 1 der Konvention ist, müssen alle als Ergebnis der polizeilichen Tatprovokation erlangten Beweise ausgeschlossen werden oder es muss ein Verfahren mit ähnlichen Konsequenzen angewandt werden [...]“.

- Von Amts wegen zu berücksichtigendes absolutes **Verfahrenshindernis** (so jetzt insbesondere BGH, StraFo 2015, 501 ff; ebenso schon BGH, NStZ 1984; ferner J. Meyer, ZStW 95 [1983], 853).

„Die Wendung des Gerichtshofs [EGMR], wonach alle als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen werden müssen oder aber ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen eingreifen muss, damit das Verfahren – auch als Ganzes – als fair angesehen werden kann, könnte zwar für die Annahme eines umfassenden Beweisverwertungsverbots sprechen.

Ein solches Beweisverwertungsverbot stünde [...] indes mit grundlegenden Wertungen des deutschen Strafrechtssystems nicht ohne Weiteres in Einklang und führte zu unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten [...].

So betrifft ein Beweisverwertungsverbot grundsätzlich nur die unmittelbare Verwertung von bestimmten, rechtswidrig erlangten Beweismitteln zur Feststellung der Schuldfrage [...]. In den Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation betrifft das rechtswidrige, gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verstossende Handeln des Staates dagegen nicht erst die Erlangung von Beweismitteln, sondern es hat die Tat als solches zur Folge [...]. Insofern greifen die Überlegungen zu kurz, es seien die durch die Tatprovokation ‚gewonnenen‘ Beweise zu eliminieren. Im Übrigen stellt sich die spätere Erhebung dieser Beweise im Strafverfahren jedenfalls nicht als von vornherein rechtswidrig dar. Die Beweiserhebung durch den Tatrichter ist vielmehr zunächst regelmäßig geboten, um die tatsächlichen Umstände einer behaupteten Tatprovokation klären und die daraus folgenden Konsequenzen prüfen zu können.

Umso weniger erscheint, was den Umfang eines möglichen Verwertungsverbotes angeht, eine Differenzierung zwischen ‚unmittelbar‘ und ‚mittelbar‘ durch die Tatprovokation erlangten Beweisen durchführbar [...]. Allein der Ausschluss der Angaben der Lockspitzel von der Beweisführung gewährleistet nicht, dass am Ende ein Verfahren stehen könnte, welches im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in seiner Gesamtheit ‚fair‘ sein könnte [...]. Die Nichtverwendung aller auch in mittelbarer Weise erlangten Beweismittel liefe auch der Sache nach auf ein Verfahrenshindernis hinaus [...].

Demgegenüber fügt sich die Annahme eines Verfahrenshindernisses ‚schonend‘ in das deutsche Strafrechtssystem ein und genügt den Vorgaben des EGMR.

Die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses knüpft an die provozierte Tat selbst und daher – anders als ein Beweisverwertungsverbot – an der unmittelbaren Folge des rechtsstaatswidrigen Handelns an. Es führt zur Einstel-

lung des Verfahrens hinsichtlich dieser Tat (§§ 206a, 260 Abs. 3 StPO) und damit zu vergleichbaren Konsequenzen wie der Ausschluss sämtlicher als Ergebnis polizeilicher Tatprovokation gewonnener Beweismittel [...]“

8. Die Regelung des § 252 StPO

§ 252 StPO enthält das Verbot der Verlesung von Vernehmungsprotokollen über die Vernehmung eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 52, 53, 53a StPO) Gebrauch macht. Die Regelung gilt nicht für das Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO. Der Zweck der Regelung besteht darin, dem Zeugen auch in der Hauptverhandlung eine freie Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts zu ermöglichen, ohne dabei mit der Besorgnis belastet zu sein, die früher (möglicherweise voreilig abgegebene) Bekundung könne ohnehin zur Grundlage der Urteilsfindung werden.

Gem. § 252 StPO ist auch der Rückgriff auf ein früheres Vernehmungsprotokoll in Form eines formfreien Vorhalts ausgeschlossen. Ob die Vorschrift auch eine Vernehmung des Vernehmungsbeamten über die früheren Vernehmungen des Zeugen ausschließt, ist umstritten:

- Absolutes Beweisverbot: Jede Einführung der früheren Aussage in die Hauptverhandlung ist verboten (Beulke, StPR, Rn 420).
- Differenzierende Lösung des BGH (BGHSt 2, 99 [106 f]; BGHSt 49, 68 [76 ff]; BGHSt 61, 221 = NJW 2017, 94):
 - Kein Verwertungsverbot bei **richterlichen** Vernehmungen, wenn der Zeuge *ordnungsgemäß belehrt* worden war.

Eine „qualifizierte“ Belehrung des Zeugen über die Möglichkeit der Vernehmung des Ermittlungsrichters im Hauptverfahren ist nach BGHSt 61, 221 (= NJW 2017, 94) nicht erforderlich:

„Macht ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 StPO Gebrauch, so erfordern die Einführung des Inhalts einer früheren Aussage des Zeugen in die Hauptverhandlung durch Vernehmung des Richters, vor dem der Zeuge im Rahmen des die konkrete Tat betreffenden Ermittlungsverfahrens ausgesagt hat, und die Verwertung des dadurch gewonnenen Beweisergebnisses, dass der Richter den Zeugen gem. § 52 Abs. 3 S. 1 StPO über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hat; einer weitergehenden Belehrung bedarf es nicht.“

„[...] der Zeuge muss insbesondere nicht darauf hingewiesen werden, dass die Möglichkeit besteht, den vernehmenden Richter im weiteren Verfahren zu der Aussage des Zeugen zu hören.“

- Verwertungsverbot nach § 252 StPO bei **nichtrichterlichen** Vernehmungen.

Argumente für die differenzierende Lösung der Rspr.:

- Auch das Gesetz differenziert zwischen richterlichen und nicht-richterlichen Vernehmungen, vgl. §§ 251 Abs. 1, 2 und 254 StPO.
- Eine durch die Strafdrohungen der Aussagedelikte (§§ 153, 154, 163 StGB) bewehrte Wahrheitspflicht besteht nur bei richterlichen Vernehmungen
- Das Gesetz bringt also richterlichen Vernehmungen ganz allgemein ein höheres Vertrauen entgegen.
- Darüber hinaus hat der Richter im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft und Polizei eine neutralere Stellung inne.
- Strafverfolger sind vielfach einseitig auf ihre Ermittlungshypothese und deren Verifizierung fixiert; die Praxis lehrt, dass die Forderung des § 160 Abs. 2 StPO mehr auf dem Papier steht.

Weitere Einzelheiten zur Regelung des § 252 StPO:

- Die Anwendbarkeit der Vorschrift ist auf die Verwertung von Angaben beschränkt, die der Zeuge im Rahmen einer **Vernehmung** gemacht hat.

→ *BGHSt 40, 211 [213] – lesenswert*

- Angaben des Zeugen außerhalb einer Vernehmung bleiben stets verwertbar. Zum Begriff der Vernehmung gehört, dass der Vernehmende dem Zeugen **in amtlicher Funktion** gegenübertritt und auch in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt (das ist bei V-Personen nicht der Fall, auch wenn sie gezielt eingesetzt und straff geführt werden, siehe BGHSt 40, 211 [213]).
- Bei einer früheren Befragung des Zeugen durch einen **Sachverständigen** ist zu differenzieren (BGHSt 13, 1 [2 ff]; siehe dazu auch Wohlers, StV 1996, 192):

- Befundtatsachen: Die Vernehmung durch den Sachverständigen wird wie die richterliche Vernehmung, dh § 252 StPO greift nicht ein, wenn der Zeuge zuvor von einem Richter (!) belehrt worden ist
- Zusatztatsachen: § 252 StPO ist anwendbar, der Sachverständige darf also – wie eine nichtrichterliche Vernehmungsperson – nicht als Zeuge vom Hörensagen vernommen werden.