Strafprozessrecht Einleitung

Prof. Dr. Bernd Müssig

(muessig@redeker.de)

(https://www.redeker.de/de/lehre/uebersicht)

RA Prof. Dr. Bernd Müssig
SS 2025
Di, 14.00 (c.t.) – 16.00 Uhr, Hörsaal D
Universität Bonn

STRAFPROZESSRECHT I

(TEIL 2_2)

2. Teil: Verfahrensgrundsätze
2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

- Art. 6 Abs. 1 EMRK: *„Jede Person hat ein Recht darauf, dass [...] öffentlich [...] verhandelt wird.*
- **Zentrale Norm: § 169 GVG**
- Hatte bis zum 17.04.2018 folgenden Inhalt: *„Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich. Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts sind unzulässig.“*
- Seit dem 18.04.2018 erhebliche Ausweitung durch das Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren.

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

- Erweiterungen des § 169 GVG:
- Abs. 1: Das Gericht kann die Tonübertragung in einen Arbeitsraum für Medienberichterstatter zulassen. Insoweit bleiben aber Ton- und Fernsehrundfunkaufnahmen etc. nach wie vor unzulässig.
- § 169 Abs. 2 GVG: Das Gericht kann Tonaufnahmen zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken bei Verfahren von herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung zulassen.
- § 169 Abs. 3 GVG: Der BGH kann für die Verkündung von Entscheidungen in besonderen Fällen Ton- und Fernsehrundfunkaufnahmen etc. zulassen. Vgl. dazu BGH, NStZ-RR 2018, 257:
  - Ermessensentscheidung.
  - Abzuwägen sind das Informationsinteresse der Öffentlichkeit und die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten.
  - Namen der Angeklagten dürfen nicht potentiell unbegrenzt öffentlich verbreitet werden, wenn daran kein besonderes öffentliches Interesse besteht.

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

nur die Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht ist öffentlich

gilt in allen Rechtszügen

nicht: für Beratung, Zwischenverfahren, Verhandlungen in U-Haft-Angelegenheit etc.

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Funktion – historisch:

- Gegensatz zu dem geheimen Verfahren des schriftlichen Inquisitionsprozesses
- verbunden mit dem Grundsatz der Mündlichkeit
- Kontrolle durch die Allgemeinheit; Sicherung der absoluten Unabhängigkeit des Gerichts; Schutz vor Willkür
- Stärkung des Vertrauens in die Unparteilichkeit der Rechtsprechung durch die Transparenz des Entscheidungsprozesses

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Funktion – historisch

BGHSt 3, 387 f (im Anschluss an RGSt 70, 109 [112]):

Es gilt zu „*verhindern, daß die gesamte Tätigkeit des Gerichts hinter verschlossenen Türen in ein Dunkel gehüllt und dadurch Mißdeutungen und Argwohn ausgesetzt wird*“ und dass „*sachfremde, das Licht der Öffentlichkeit scheuende Umstände auf das Gericht und damit auf das Urteil Einfluß gewinnen*“.

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Funktion nach heute hM:

- ursprüngliche staatstheoretische Begründung (öffentliche Kontrolle und Schutz vor Willkür) hat heute ihre Bedeutung verloren

- dient dem **Informationsinteresse der Allgemeinheit** ([Meyer-Goßner]Schmitt/Köhler § 169 GVG Rn. 1)
- Im Vordergrund: Massenmedienöffentlichkeit

- somit nach heute hM keine genuin strafprozessuale Funktion (krit. Lesch, StraFo 2014, 353)

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Strafverfahrenstheoretische Rekonstruktion:

- **Öffentlichkeit** als ***Teilmoment der materiellen Funktion des Strafverfahrens***: Öffentliche Thematisierung und Klärung des genuin strafrechtlichen Konflikts in der Hauptverhandlung.

- ***Begrenzung durch die formelle Funktion des Strafverfahrens***: Öffentlichkeit darf nicht dazu führen, dass die prozessualen Mit-wirkungs- und Gestaltungsrechte der Verfahrensbeteiligten beeinträchtigt werden, die Hauptverhandlung zum bloßen Ritual mit frühzeitig fixiertem Ausgang verkommt oder die Immunisierung des Erkenntnisprozesses gegen Fehlerquellen leidet.

Lit.: Lesch, StraFo 2014, 353 ff.

2. Teil: Verfahrensgrundsätze

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Allgemeines:

Grundsätzlich hat ***jedermann*** ohne Ansehung bestimmter persönlicher Eigenschaften die ***abstrakte Möglichkeit***, an den Verhandlungen als Zuhörer teilzunehmen.

Im Rahmen der **tatsächlichen Gegebenheiten** des Verhandlungsorts muss die Möglichkeit des Eintritts beliebiger Zuhörer – sei es nur in begrenzter Zahl – gewährleistet sein.

Kein individueller Anspruch auf Anwesenheit in einer bestimmten Sitzung.

Gewährleistet ist nur die ***Möglichkeit des Zutritts***.

Nicht: dass der Zuhörer faktisch alle einzelnen Vorgänge im Gerichtssaal verfolgen kann (Inaugenscheinnahme am Richtertisch, Selbstleseverfahren).

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Mittelbare Öffentlichkeit:

- Teilnahme der Allgemeinheit, vermittelt durch **Massenmedien**:
  - Reservierung einer bestimmten Anzahl von Plätzen für Presse, Funk und Fernsehen ist zulässig
  - Es muss aber noch genügend Platz für die übrigen Zuhörer zur Verfügung stehen

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Einzelheiten:

- Ausreichende **Informationsmöglichkeit über Zeit und Ort** der Verhandlung (idR: Aushang am Sitzungssaal).
- **Erkennbare** Gewährung des Zutritts.

- Öffentlichkeitsgrundsatz steht unter dem **Vorbehalt der tatsächlichen Gegebenheiten** (insbesondere der räumlichen Verhältnisse im Gerichtsgebäude).
- Verteilung knapper Sitzplätze nach dem Prioritätsprinzip.
- Verwendung von Einlasskarten zulässig.
- Losverfahren anstelle Prioritätsprinzip zulässig.

- Es können auch rechtliche Schranken entgegenstehen (z.B. Hausrecht bei Inaugenscheinnahme des Tatorts).

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Verhinderung von Störungen:

- **Hausrecht** des Gerichtspräsidenten
- **Sitzungspolizeigewalt** des Vorsitzenden (§ 176 Abs. 1 GVG)

  - Gestattung des Zugangs nur für Personen, die sich ausweisen können, ist zulässig.
  - Generelle Durchsuchung beim Zugang des Gerichtsgebäudes ist zulässig.
  - Permanente Videoüberwachung des Eingangsbereichs ist zulässig.
  - Anordnung der Durchsuchung von Zuschauern vor dem Betreten des Sitzungssaals im Rahmen der Sitzungspolizeigewalt (§ 176 Abs. 1 StPO) zulässig, soweit aufgrund konkreter Anhaltspunkte Störungen der Hauptverhandlung zu befürchten sind.

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Sitzungspolizei, § 176 Abs. 1 GVG

- „Die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung obliegt dem Vorsitzenden.“
- erstreckt sich in örtlicher Hinsicht auch auf die dem Sitzungssaal vorgelagerten Räume
- erstreckt sich in zeitlicher Hinsicht auch auf eine Zeitspanne vor und nach der Verhandlung sowie auf die Sitzungspausen
- Beispiel für eine Anordnung:

PDF-Datei

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Gesichtsverhüllung, § 176 Abs. 2 GVG

- in Kraft getreten am 13.12.2019 (BGBl. I S. 2121)

- Zweck: Sicherung der Funktionsfähigkeit der gerichtlichen Verhandlung, sowie ihrer Kontrolle durch Sicherstellung der Identitätsfeststellung der beteiligten Personen und der Beweiswürdigung (BT-Drucks. 19/17474, 46)
- Gesichtsverhüllung meint die Verwendung jedes Gegenstands, der dazu dient, die Gesichtspartie zwischen Stirn und Kinn vollständig zu verdecken. ([Meyer-Goßner] Schmitt/Köhler § 176 GVG Rn. 17)

- Zum Tragen von Atemschutzmasken siehe ausführlich [Meyer-Goßner] Schmitt/Köhler, § 176 GVG Rn. 23a

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Allgemeiner Ausschluss der Öffentlichkeit:

möglich nach **§§ 171a, 171b und 172 GVG**

- insbesondere bei Frage der Unterbringung in psychiatrischem Krankenhaus oder Entziehungsanstalt
- zum Schutz der Privatsphäre des Angeklagten, eines Zeugen oder eines Verletzten (§ 171b GVG)
- bei **Gefährdung eines Zeugen, der Staatssicherheit**, der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit etc. (§ 172 GVG)
- Im **Jugendstrafverfahren zwingend**: § 48 Abs. 1 JGG
  - Entscheidung gem. § 174 Abs. 1 S. 2 GVG durch Gerichtsbeschluss mit hinreichender Begründung.

2.5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Beschränkung des Zutritts für einzelne Personen:

nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung in den §§ 175 bis 178 GVG zulässig (z.B. bei Erscheinen „in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise“ oder wenn Anordnungen des Vorsitzenden nicht beachtet werden)	weitere Gründe: §§ 58 Abs. 1, 243 Abs. 2 StPO bei (potentiellen) Zeugen (nicht: Zeugenbeistand)

2. Teil: Verfahrensgrundsätze
2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Mündlichkeitsprinzip:

- **Entscheidungsgrundlage ist nur, was in der HV mündlich vorgetragen und erörtert wurde**.
  - Auch Urkunden müssen grundsätzlich in der HV verlesen werden (§ 249 Abs. 1 StPO)
  - Schriftlicher Akteninhalt ist bedeutungslos.
  - § 261 StPO: Gericht entscheidet nach seiner „aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung“.
  - § 264 StPO: Gegenstand der Urteilsfindung ist die Tat, „wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt“.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Mündlichkeitsprinzip:

- In der Hauptverhandlung soll die „*Wiedervorführung eines lebendigen Gesammtbildes der That*“ stattfinden (Jagemann, GS 1849 I, 126; Glaser, ArchCrimNF 1851, 194).
- **Metapher: Imaginäre Tafel im Gerichtssaal**.
  - Elementare Bedeutung für den Öffentlichkeitsgrundsatz.
  - Aber: Zunehmende Beschränkung durch das *Selbstleseverfahren* nach § 249 Abs. 2 StPO
  - Gefahr: „Geisterverhandlung“ (Hamm, StV 1994, 457).

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Mündlichkeitsprinzip ./. Selbstleseverfahren (§ 249 Abs. 2)

dient der Verfahrensvereinfachung

Procedere:

- Anordnung des Vorsitzenden in der HV, dass und welche genau bezeichnete(n) Urkunde(n) im Selbstleseverfahren in die HV eingeführt werden soll(en) (Protokollierung!)
- in der Praxis ggf. Aushändigung von Ablichtungen der betreffenden Urkunde(n) an den/die Angeklagten und sogar an Verteidiger/StA
- Selbstlesung des Gerichts (zwingend!)
- Selbstlesung der Prozessbeteiligten (nicht zwingend; insoweit muss nur die Gelegenheit dazu gegeben werden)
- Feststellung der Kenntnisnahme durch das Gericht und Feststellung, dass die übrigen Prozessbeteiligten Gelegenheit zur Kenntnisnahme hatten, und zwar unter genauer Bezeichnung der betreffenden Urkunden (Protokollierung! Negative Beweiskraft des Protokolls, siehe BGH, NStZ 2000, 47).

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Mündlichkeitsprinzip ./. Selbstleseverfahren

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

Adobe Acrobat Document

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Unmittelbarkeitsprinzip:

- **Formelle Unmittelbarkeit**
  - Gericht muss die Beweise selbst wahrnehmen.
- **Materielle Unmittelbarkeit**
  - Gericht muss seine Überzeugung grundsätzlich aus der originären Beweisquelle schöpfen.
  - Kein Ersatz durch Beweissurrogate.
  - Gilt für Zeugen und Sachverständige: § 250 S. 2 StPO (Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkunden-beweis)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Unmittelbarkeitsprinzip – beschleunigtes Verfahren:

Im beschleunigten Verfahren und Verfahren nach Einspruch gegen Strafbefehl ist das Unmittelbarkeitsprinzip praktisch **außer Kraft** gesetzt (§§ 420, 411 Abs. 2 S. 2 StPO).	Hier darf die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten durch Verlesung von Vernehmungs-niederschriften oder schriftlichen Äußerungen ersetzt werden.	In Kombination mit Selbstleseverfahren: „Hauptverhandlung nach Aktenlage“ (vgl. Schlothauer, StV 1995, 46 f).

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Beschleunigtes Verfahren (§§ 417 ff StPO)

- „wenn die Sache auf Grund des einfachen Sachverhalts oder der klaren Beweislage zur sofortigen Verhandlung geeignet ist“
- „kurzer Prozess“, die „Strafe soll auf dem Fuße folgen“
  - krit. [Meyer-Goßner]Schmitt/Köhler Vor § 417 Rn. 3 m.w.N.
- **Anklage** kann mündlich erhoben werden
- **Ladung des Beschuldigten** nur, wenn er sich nicht freiwillig der HV stellt oder nicht vorgeführt wird; Ladungsfrist auf 24 h verkürzt
- kein **Eröffnungsbeschluss**
- **Beweisantragsrecht** eingeschränkt (vor dem Strafrichter können nach § 420 Abs. 4 Beweisanträge ohne Bindung an die strengen Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3-5 StPO abgelehnt werden)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge:**
  - Bekundet nur Wahrnehmungen über Tatsachen in der Vergangenheit.
  - Kein Gegenstand des Zeugenbeweises: Rechtsfragen, Erfahrungssätze, allgemeine Eindrücke, Schlussfolgerungen, Mutmaßungen, Werturteile.
  - Auch Kleinkinder und Geisteskranke sind zeugnisfähig (aber: ggf. Einholung eines psychologischen oder psychiatrischen Glaubwürdigkeitsgutachtens geboten).

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge:**
  - Unzuverlässigstes Beweismittel - Schmälerung des Beweiswerts durch:
    - Determinierung der Erkenntnis durch die biologische Struktur des Menschen
    - unzulängliche Beobachtung
    - laufende Veränderung des Erinnerungsbildes
    - Ausfüllen von Lücken durch „Konfabulationen“

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge – Pflichten:**
  - **Erscheinungspflicht** (beim Richter und StA, seit 2017 auch bei der Polizei, wenn der Ladung ein Auftrag der StA 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 StA, vgl. §§ 59 ff., 161a Abs. 1 S. 3, 163 Abs. 3 S. 3 StPO)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge – Rechte:**
  - Hinzuziehung eines Zeugenbeistands (§ 68b StPO)
  - Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten (§ 52 StPO)
  - Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsgeheimnisträger und mitwirkenden Personen (§§ 53, 53a StPO)
  - Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr der Selbstbelastung (§ 55 StPO)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge – Rechte aus §§ 53, 53a StPO** (Zeugnisverweigerungsrecht):
  - Freie Entscheidung des Zeugen; kein Anspruch des Beschuldigten auf Gebrauchmachen.
  - Beachte aber: § 203 StGB!
  - Kein Verwertungsverbot, wenn die Zeugenaussage des Berufsgeheimnisträgers oder der mitwirkenden Person gegen § 203 StGB verstößt.
  - Zeugnisverweigerungsrecht endet gem. § 53 Abs. 2 S. 1 StPO mit Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge – Rechte aus §§ 53, 53a StPO**

Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht:

- berechtigt 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. [M-G]Schmitt/Köhler, § 53 Rn. 46b)
- Vertretung in der Erklärung ist unzulässig (weil es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt)
- nach dem Tod können weder die Erben noch die nächsten An-gehörigen von der Verschwiegenheitspflicht entbinden ([M-G]Schmitt/Köhler, § 53 Rn. 48)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge – Rechte aus § 55 StPO:**
  - **Auskunftsverweigerungsrecht** grundsätzlich auf einzelne Fragen beschränkt.
  - Nicht nur bei unmittelbarer Offenbarung einer Straftat, sondern auch bloß bei mittelbarer Begründung eines Verdachts, sei es nur als „Teilstück in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude“ („Mosaiktheorie“, BVerfG, NJW 2002, 1411 [1412]; BGH, NJW 1999, 1413).

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Ausnahmsweise gem. § 55 StPO
Recht auf Totalverweigerung

des Zeugnisses in vollem Umfang, 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 Auskunfts-verweigerungsrecht, handelt es sich um ein **ungeeignetes Beweismittel**

(BGH, NStZ, 1999, 46; BGH,NStZ-RR 2003, 205).

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

- BGH, NStZ-RR 2017, 220 zur Verfolgungsgefahr:

  – *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*.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge – Belehrungspflichten:**
  - gegenüber **Angehörigen** gem. § 52 Abs. 3 S. 1 StPO vor jeder Vernehmung zur Sache (auch wenn schon bei früherer Vernehmung vorgenommen)
  - bei Verletzung der Belehrungspflicht nach § 52 Abs. 3 S. 1 Verwertungsverbot (BGHSt 14, 159 [160]),
    - wenn nicht der Zeuge sein Weigerungsrecht gekannt hat und auch bei ordnungsgemäßer Belehrung ausgesagt hätte (BGHSt 38, 214 [225])

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge – Belehrungspflichten:**
  - Für **Berufsgeheimnisträger** und mitwirkende Personen (§§ 53, 53a) ist keine (dem § 52 Abs. 3 StPO entsprechende) Belehrungspflicht vorgesehen – anders nur bei offensichtlicher Unkenntnis ([M-G]Schmitt/Köhler, § 53 Rn. 44).
  - Belehrungspflicht über Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr der Selbstbelastung: § 55 Abs. 2 StPO.
  - Bei Verletzung der Belehrungspflicht nach §§ 55 Abs. 2 StPO kein Verwertungsverbot zugunsten des Beschuldigten (wohl aber in einem späteren Verfahren gegen den Zeugen).

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

- **Zeuge – Ungehorsamsfolgen:**

unberechtigtes 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 HV das erkennende Gericht
- soll der Zeuge bei der StA aussagen, ist – außer bzgl. Ordnungshaft [vgl. Art. 104 Abs. 2 GG, Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehung] – die StA zuständig (§ 161a Abs. 2 StPO)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

1. Zeuge – Ungehorsamsfolgen:

Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB)
Art. 6 [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.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

1. Zeuge – Ungehorsamsfolgen

- unberechtigte 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 StA aussagen, steht gem. § 161a Abs. 2 StPO dem StA die Anordnungskompetenz zu; für die Anordnung von Haft gilt allerdings der Richtervorbehalt (§ 162 Abs. 1 S. 1 StPO [Ermittlungsrichter]; vgl. auch Art. 104 Abs. 2 GG)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

2. Sachverständiger:

- berichtet aufgrund **besonderer Sachkunde** über Wahrnehmungen,
- die er aufgrund eines verfahrensbezogenen behördlichen **Auftrags** getroffen hat
- Zuziehung notwendig, wenn die eigene Sachkunde des Richters (oder StA etc.) nicht ausreicht.
- Aber: Richter muss die Feststellungen am Ende in eigener Verantwortung selbst treffen und kann dabei auch von dem Gutachten abweichen.
- Ablehnung nach § 74 Abs. 1 iVm §§ 22-24 StPO möglich.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

2. Sachverständiger – Anknüpfungstatsachen:

- vom Gericht vorgegeben oder
- vom Sachverständigen selbst ermittelt
  - **Befundtatsachen:** Tatsachen, deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde voraussetzt
  - **Zusatztatsachen:** Tatsachen, die der Sachverständige feststellt, ohne dass dazu eine besondere Sachkunde erforderlich ist (die das Gericht also auch selbst feststellen könnte)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

2. Sachverständiger – Anknüpfungstatsachen:

Beispiele:

- **Befundtatsachen:** Bericht des Gerichtsmediziners von dem Ergebnis einer Obduktion.
- **Zusatztatsachen:** Bei der psychologischen Exploration zum Zweck der Glaubwürdigkeitsbegutachtung berichtet ein Kind über sexuelle Handlungen, die sein Vater an ihm vorgenommen hat.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: Zeugen und Sachverständige

Schaubild: Unterscheidung von Zeugen und Sachverständigen

PDF-Datei

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit:

- **Verlesung von Urkunden**
  - **Grundsatz: § 250 StPO**
    - Erklärungen von Zeugen, die nicht von vornherein zu Beweiszwecken verfasst worden sind, können ohne weiteres nach § 249 Abs. 1 StPO verlesen werden.
    - Nichtrichterliche Vernehmungsprotokolle und Erklärungen (zu Beweiszwecken) sind nach § 251 Abs. 1 StPO verlesbar.
    - Richterliche Vernehmungsprotokolle sind nach § 251 Abs. 2 StPO verlesbar.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit:

1. Verlesung von Urkunden

- Beachte: Bloß ***ergänzende*** (nicht ersetzende) Verlesung von Vernehmungsprotokollen und Erklärungen 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 […].“*

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit:

1. Verlesung von Urkunden

- Protokollverlesung zur Gedächtnisunterstützung oder zur Klärung eines Widerspruchs ist gem. § 253 StPO zulässig; Urkundenbeweis. (kein Vorhalt, h.M., vgl. [M-G]Schmitt/Köhler, § 253 Rn. 1)
- Verlesung richterlicher Vernehmungsprotokolle bzw. Vorführung von Videos über Erklärungen des Angeklagten ist gem. § 254 StPO zulässig.
- Verlesung behördlicher Zeugnisse und Gutachten etc. (z.B. Blutalkoholgutachten) ist gem. § 256 StPO zulässig.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit:

2. Formfreier Vorhalt?

- Herbeiführung einer Äußerung der Auskunftsperson.
- 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.
- Deshalb: Keine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit:

2. Formfreier Vorhalt – Verhältnis 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 das nicht zum Erfolg führt, darf nach § 253 StPO verfahren werden ([M-G]Schmitt/Köhler, § 253 Rn. 3 m. Nachw. aus der Rspr. des BGH).

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit:

3. Zeuge vom Hörensagen

- **praktisch bedeutsam: Vernehmungsbeamte**
- nach hM keine unzulässige Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, da der Vernehmungsbeamte unmittelbar als Zeuge vernommen wird (BVerfG, StV 1995, 562; BGHSt 17, 382 [383 f.])
- aber: nur Beweismittel für Indizien
- Beweiswert wegen der Mittelbarkeit des Zeugnisses besonders kritisch zu prüfen (BVerfG, NJW 1992, 168; BVerfG NStZ 1997, 94)
- Problem: Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK (Konfrontationsrecht – Lit. dazu [vertiefend]: LR-Esser, EMRK Art. 6 Rn. 1145 ff.)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit

3. Zeuge vom Hörensagen

Zum Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK **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 kompensiert sein, wenn die aus dieser Quelle herrührenden Informationen nicht als alleinige oder maßgebliche Urteilsgrundlagen, sondern nur zur Abrundung des sonstigen Beweisergebnisses herangezogen werden [...].“

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Durchbrechungen der materiellen Unmittelbarkeit:

4. Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung

- 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

5. Audiovisuelle Zeugenvernehmung („Videokonferenz“)

- Audiovisuelle Vernehmung in der Hauptverhandlung gem. § 247a StPO bei „dringender Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen“
- Ersatz für die unmittelbare persönliche Vernehmung im Gerichtssaal (§ 247a StPO gehört systematisch hinter § 250 StPO)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Besonderes Problem: Geheime Ermittlungsgehilfen

1. Begriffsbestimmungen

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

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

2. **V-Person** (RiStBV Anlage D Nr. I.2.2)

- gehört keiner Strafverfolgungsbehörde an
- Bereitschaft, die Strafverfolgungsbehörde längere Zeit vertraulich zu unterstützen
- Identität wird grundsätzlich geheimgehalten
- In der Praxis überwiegend sog. «Vigilanten» (aus dem «kriminellen Milieu» stammend)
- aber auch «unbescholtene» Bürger mit berufsbezogenen Erkenntnissen, die für die Polizei von Interesse sein können (Taxifahrer, Gastwirte, Kellner etc.)
- Rechtsgrundlage für den Einsatz: § 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO („Ermittlungsgeneralklausel“ – vgl. auch RiStBV Anlage D, Nr. I.3)
- §§ 110 a ff. StPO sind nicht entsprechend anwendbar (BGHSt 41, 42)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Exkurs: „Ermittlungsgeneralklausel“

- §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO: gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Ermittlungen jeder Art
  - erlaubt 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])
  - z.B. Einsatz von V-Leuten, kurzfristige Observation, Erkundigungen in der Nachbarschaft
  - für schwerwiegende Grundrechtseingriffe bedarf es einer speziellen Ermächtigungsnorm

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

3. **Informant** (RiStBV Anlage D Nr. I.2.1)

- gehört keiner Strafverfolgungsbehörde an
- Bereitschaft, den Strafverfolgungsbehörden im Einzelfall Informationen zu geben
- gegen Zusicherung der Vertraulichkeit
- Rechtsgrundlage für den Einsatz: §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO (vgl. auch RiStBV Anlage D, Nr. I.3)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

4. Verdeckter Ermittler (VE)

- Beamter des Polizeidienstes
- ermittelt unter einer **Legende** (auf Dauer angelegte veränderte Identität)
- wird in die betreffende Szene eingeschleust; Ermittlungsauftrag geht über einzelne wenige, konkret bestimmte Ermittlungshandlungen hinaus (vgl. [M-G]Schmitt/Köhler, § 110a Rn. 2)

- **Rechtsgrundlage: § 110a Abs. 1 StPO**
- Zustimmung der StA und ggf. des Gerichts erforderlich
- darf keine „milieutypischen" Straftaten begehen (vgl. Lesch, StV 1993, 94 ff.)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

5. 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: **§§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO** („Ermittlungsgeneralklausel“)
- zur Abgrenzung zwischen NoeP und VE im einzelnen Schneider, NStZ 2004, 359 ff.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

6. Problem bei der Verwertung des Wissens

- **Konflikt** zwischen
  - **Geheimhaltungsinteresse** der Strafverfolgungsbehörde
    - (Schutz des geheimen Ermittlungsgehilfen vor Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit; Interesse an weiterem Einsatz – der Ermittlungsgehilfe soll nicht „verbrannt“ werden)
    - → der geheime Ermittlungsgehilfe wird als Zeuge „gesperrt“
  - **Unmittelbarkeitsgrundsatz**
    - (das Wissen des Ermittlungsgehilfen soll unmittelbar in die HV eingeführt werden)
    - → das Gericht hat den bestmöglichen Beweis zu erheben
- **BGH: „Dreistufentheorie“**

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie

1. Stufe:

- Die **Identität** des Ermittlungsgehilfen ist dem **Gericht bekannt**, der Ermittlungsgehilfe wird also nicht „gesperrt“
- **Vernehmung** des Ermittlungsgehilfen in der **Hauptverhandlung**

- Besondere **Schutzvorkehrungen**:
  - Zeugenschutz gem. § 68 Abs. 2, 3 StPO
  - Entfernung des Angekl. 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 (insbes. des Verteidigers) zur Verschwiegenheit gem. § 174 Abs. 3 S. 1 GVG)
  - Verlegung der HV in einen besonders gesicherten Raum (BGHSt 32, 115 [125])

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie

1. Stufe:

- Besondere Schutzvorkehrungen:
  - Zulässigkeit identitätsverdeckender Abschirmungsmaßnahmen im Sitzungssaal wie Trennscheibe, Maskierung, akustische Verfremdung umstritten

    (dagegen BGHSt 32, 115 [124 f]; dafür Lesch, StV 1995, 542 ff; Diemer, NJW 1999, 1670; siehe auch – BGH, NJW 2003, 74 [nachfolgend])
  - Audiovisuelle Vernehmung gem. § 247a StPO, ggf. mit identitätsverdeckender technischer Veränderung der Bild- und Tonübertragung (BGH, NJW 2003, 74 [nachfolgend])

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie – 1. Stufe:

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 Beweissurrogate, 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: [...]."

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie – 1. Stufe:

BGH, NJW 2003, 74 ff (Fortsetzung):

„[…] Die Vernehmung des unmittelbaren Tatzeugen einschließlich des Verhörs (§ 69 Absatz II 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 Beweissurrogate mit der dann folgerichtig aus Rechtsgründen gebotenen besonders vorsichtigen Beweiswürdigung („forensische Wahrheit") darin besteht, dass alle Verfahrensbeteiligten auf eine breitere Tatsachengrundlage […]

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie – 1. Stufe:

BGH, NJW 2003, 74 ff (Fortsetzung):

[…] 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 […]

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie – 1. Stufe:

BGH, NJW 2003, 74 ff (Fortsetzung):

[…] 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 Absatz II 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. […]“

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:
7. Dreistufenthorie

2. Stufe:

- Die Exekutive gibt **dem Gericht die Identität** preis
- Aber: **Beschränkung der Aussagegenehmigung** gem. § 54 StPO i.V.m. beamtenrechtlichen Vorschriften (vgl. etwa §§ 67 BBG, 37 BeamtStG) auf die **Vernehmung durch einen ersuchten oder beauftragten Richter**

- grundsätzlich nur bei **Polizeibeamten** (VE, NoeP) möglich, nach hM aber auch bei V-Personen, soweit hauptberuflich mit festen Bezügen angestellt oder nach dem Verpflichtungsgesetz besonders zur Verschwiegenheit verpflichtet ([M-G]Schmitt/Köhler, § 54 Rn. 11 m.w.N.)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufenthorie

2. Stufe:

- kommissarische Vernehmung gem. § 223 StPO unter denselben Schutzvorkehrungen des Zeugen wie auf der 1. Stufe; außerdem Unterlassen der Benachrichtigung des Verteidigers nach § 224 Abs. 1 StPO zulässig; einem gleichwohl erschienenen Verteidiger darf die Teilnahme an der Vernehmung aber nicht verwehrt werden (BGHSt 32, 115, [127, 128 f.])
- Verlesung des Protokolls über die kommissarische Vernehmung in der HV gem. § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO (der Zeuge ist unerreichbar wegen der nur beschränkten Aussagegenehmigung)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie

3. Stufe:

- **Sperrung der Identität** des Ermittlungsgehilfen durch die Exekutive

- Rechtsgrundlage:
  - bei VE: §§ 110 b Abs. 3, 96 StPO
  - im übrigen: § 96 StPO analog (BVerfGE 57, 250 [282]; BGHSt 32, 115 [123])
- Zuständig für Sperrung: Oberste Dienstbehörde (Innenminister oder „politischer“ Beamter)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie

3. Stufe:

- **Voraussetzung** für Sperrerklärung: Mit der Freigabe einhergehender **Nachteil** für das „**Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes**“
  - stets bei konkreter Gefährdung des Ermittlungsgehilfen an Leib oder Leben (BVerfGE 57, 250 [285], vgl. auch § 110 b Abs. 3 S. 3 StPO)
  - auch bei Gefahr für die weitere Verwendung (vgl. § 110 b Abs. 3 S. 3 StPO – dazu auch VG Darmstadt, NVwZ 1996, 94; Lesch, StV 1995, 546)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie – 3. Stufe:

- Der Ermittlungsgehilfe bleibt für das Gericht und die HV als Zeuge **unerreichbar**; aber: **Sachaufklärungspflicht** gem. § 244 Abs. 2 StPO beinhaltet das „Gebot des bestmöglichen Beweises“ (vgl. BGHSt 32, 115 [125 f]).
- Die Exekutive bietet den **Vernehmungsbeamten** bzw. **V-Mann-Führer** als Zeugen vom Hörensagen an.
- Beschränkung der beamtenrechtlichen Aussagegenehmigung für den V-Mann-Führer nach § 54 StPO (zB iVm § 68 BBG) – keine Preisgabe der Identität des Ermittlungsgehilfen.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

7. Dreistufentheorie – 3. Stufe:

- ggf. Verlesung **polizeilicher Vernehmungsprotokolle** gem. § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO
- ggf. 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
- nach der Rechtsprechung ***„besonders vorsichtige Beweiswürdigung“*** (BVerfGE 57, 250 [277 ff]; BGHSt 34, 15 [17 ff.])

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

8. Gesperrter Zeuge mit bekannter Identität:

- das Gericht hat die Inquisitionsmaxime (§§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO) zu beachten
- Sperrerklärung führt nicht zu einem Beweiserhebungs-verbot
- entsprechender Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen darf nicht abgelehnt werden
- aber: Fürsorgepflicht des Gerichts gegenüber dem Zeugen (Zeugenschutzmaßnahmen)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

8. Gesperrter Zeuge mit bekannter Identität:

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 Sperrerklärung 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 Sperrerklärung 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.“

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

- Def.: V-Person oder VE, der (vor allem in der Rauschgiftszene) Personen zu Straftaten verleitet, um deren anschließende Verhaftung zu ermöglichen.
- Einsatz nach st. Rspr. zulässig (BGHSt 32, 345 ff.)
  - zur Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität (auch Rauschgifthandel)
  - soweit sich der Einsatz in den „durch das Rechtsstaatsprinzip gesteckten Grenzen“ hält.
- MM: generell unzulässig (Fischer/Maul, NStZ 1992, 7 ff; Dencker, FS Dünnebier, S. 457)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

Instruktiv 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 [...]*

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

EGMR, StraFo 2014, 504 (506) – (Fortsetzung):

[...] 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 [...]

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

EGMR, StraFo 2014, 504 (506) – Fortsetzung (2):

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.“

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

Prüfung einer Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verletzenden rechtsstaatswidrigen Tatprovokation nach der Rspr. des EGMR (siehe EGMR, StraFo 2014, 504; auch BGH StraFo 2015, 501):

(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?

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

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

- Gute Gründe für die Maßnahme?
  - negativ:
    - keine Vorstrafen des Betroffenen
    - bisher noch kein Ermittlungsverfahren
    - nichts legt eine Geneigtheit zu einer Straftat nahe, bevor der Betroffene angesprochen wurde
  - positiv:
    - Vertrautheit des Betroffenen mit aktuellen Preisen für Btm
    - Möglichkeit, Btm kurzfristig zu beschaffen
    - finanzieller Vorteil des Betroffenen aus dem Geschäft

2. Teil: Verfahrensgrundsätze
§ 6 Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

(2) Ausübung unzulässigen Drucks?

- 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

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

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

(1) Materiellrechtliche Lösungen:

- Bisher st. 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)
- **Unrechtsausschließungsgrund**, weil der Staat die Normgeltung aufgehoben hat und somit keine „relevante Störung des Rechtsfriedens“ vorliegt (v. Danwitz, StV 1995, 436)
- **Materieller Strafaufhebungs- bzw. Schuldaufhebungsgrund**, weil das rechtsstaatswidrige Verhalten des Staates schon die Entstehung des Strafanspruchs hindert (Beulke, StV 1990, 183; Roxin, JZ 2000, 369)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

(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])
- Von Amts wegen zu berücksichtigendes **absolutes Verfahrenshindernis** (so jetzt insbes. BGH, StraFo 2015, 501 ff; ebenso schon BGH, NStZ 1984, 519 [520]; ferner J. Meyer, ZStW 95 [1983], 853)

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen:

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

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 [...]“.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

BGH, StraFo 2015, 501 ff:

„*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 [...]

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

BGH, StraFo 2015, 501 ff:

[...] 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 [...]

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

BGH, StraFo 2015, 501 ff:

[...] 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.

Um so weniger erscheint, was den Umfang eines möglichen Verwertungsverbotes angeht, eine Differenzierung zwischen ‚unmittelbar' und ‚mittelbar' durch die Tatprovokation [...]

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

BGH, StraFo 2015, 501 ff:

[...] 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 [...]

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Geheime Ermittlungsgehilfen

9. Exkurs: Tatprovokation durch Lockspitzel

BGH, StraFo 2015, 501 ff:

[...] 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 Einstellung 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 [...].“

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Regelung des § 252 StPO

- Verbot der Verlesung von Vernehmungsprotokollen
  - wenn ein Zeuge erst in der HV von seinem Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 52, 53, 53a StPO) Gebrauch macht
  - gilt nicht für Auskunftsverweigerungsrecht (§ 55 StPO)

- Zweck: Zeuge soll auch in der HV eine freie Entscheidung treffen können, ohne mit der Besorgnis belastet zu sein, die früher (möglicherweise voreilig abgegebene) Bekundung könne ohnehin zur Grundlage der Urteilsfindung werden.

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Regelung des § 252 StPO

- auch ein formfreier Vorhalt ist unzulässig
- Vernehmung des Vernehmungsbeamten als Zeugen vom Hörensagen? Umstritten:
  - Absolutes Beweisverbot: Jede Einführung der früheren Aussage in die HV 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
    - Verwertungsverbot nach § 252 StPO bei nichtrichterlichen Vernehmungen

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Regelung des

§ 252 StPO

(Forts.)

Argumente für die differenzierende Lösung

auch das Gesetz differenziert zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen, vgl. §§ 251 Abs. 1, 2 und 254 StPO

durch 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

der Richter hat im Verhältnis zu StA und Polizei eine neutralere Stellung inne

Strafverfolger sind vielfach auf ihre Ermittlungshypothese und deren Verifizierung fixiert; die Praxis lehrt, dass die Forderung des § 160 Abs. 2 StPO mehr auf dem Papier steht

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Die Regelung des § 252 StPO

Qualifizierte Belehrung des Zeugen über Möglichkeit der Vernehmung des Ermittlungsrichters im Hauptverfahren? - BGHSt 61, 221 = NJW 2017, 94:

„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.“

2.6. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

Regelung des § 252 StPO

[weitere Einzelheiten]

- Anwendbarkeit ist auf die Verwertung von Angaben beschränkt, die der Zeuge im Rahmen einer Vernehmung gemacht hat (BGHSt 40, 211 [213])
- 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 Befragung des Zeugen durch einen Sachverständigen ist zu differenzieren (BGHSt 13, 1 [2 f]; siehe dazu auch Wohlers, StV 1996, 192):
  - Befundtatsachen: Wie richterliche Vernehmung, d.h. § 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 Hören-sagen vernommen werden