

StA b. BGH Dr. Gerwin Moldenhauer, Karlsruhe, und RiOLG Marc Wenske, Hamburg*

Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zum Recht der Zeugnisverweigerung

Der folgende Beitrag zeigt anhand einer aktuellen Entscheidung neuere Entwicklungen im Bereich des Rechts der Zeugnisverweigerung auf. Diese erweisen sich für sämtliche strafrechtliche Klausurtypen im Assessorexamen als relevant. In der gebotenen Kürze werden der strafprozessuale Kontext der Entscheidung skizziert, eine Lösungsstruktur vorgeschlagen und prüfungsrelevante sowie – namentlich mit Blick auf die mündliche Prüfung – rechtspraktische Anschlussfragen dargestellt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit beschränkt sich der Beitrag weitgehend auf Nachweise in den im Examen zugelassenen Kommentaren und einzelne Hinweise auf Vertiefungsmöglichkeiten in der Ausbildungsliteratur.

A. ALLGEMEINES PRÜFUNGSWISSEN

Gerade wegen ihrer Praxisbedeutung gehören Fragen des Zeugnisverweigerungsrechts (§§ 52, 97 StPO) und dessen Fortwirkung in die Hauptverhandlung (§ 252 StPO) zu den Standardproblemen strafrechtlicher Klausuren im Assessorexamen.

I. Standardfragen zum Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 52, 53 StPO)

Zum unentbehrlichen Prüfungsgrundwissen betreffend §§ 52, 53 StPO zählt seither:

- Die Zeugnisverweigerungsrechte sind in den §§ 52 ff. StPO geregelt; sie berechtigen zu einer umfassenden Verweigerung des Zeugnisses, entbinden den Zeugen indes nicht von der Pflicht, vor Gericht und Staatsanwaltschaft (§ 161 a I StPO) zu erscheinen (vgl. § 48 I 1 StPO).¹
- Es ist zwischen dem Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen (§ 52 StPO) und einem solchen – weniger prüfungsrelevanten² – aus beruflichen Gründen zu unterscheiden (§§ 53, 53 a, 54 StPO).
- Hintergrund der Vorschrift des § 52 StPO ist die Rücksichtnahme auf die Zwangslage des Zeugen, der zur Wahr-

heit verpflichtet ist, aber befürchten muss, dadurch einem Angehörigen zu schaden.³

- Der Angehörigenbegriff des § 52 StPO ist formell zu verstehen und abschließend geregelt.
- Ob ein Angehörigenverhältnis besteht, ist glaubhaft zu machen (§ 56 StPO; vgl. hierzu § 294 ZPO).⁴
- Der Zeuge ist vor jeder amtlichen Vernehmung über sein Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren (§ 52 III 1, § 57 StPO).
- Der Vernehmungsbegriff im Zeugenrecht erfasst auch solche Bekundungen, die ein Zeuge in einer informatorischen Befragung abgibt; abzugrenzen hiervon sind (echte!) Spontanangaben eines Zeugen, die nicht erfasst sind.
- Die Zubilligung der Voraussetzungen des Verlöbnisses (§§ 52 I Nr. 1, 56 StPO) unterliegt als Maßnahme der Verhandlungsleitung der pflichtgemäßen Ermessensentscheidung des Vorsitzenden (§ 238 I StPO). Zum Erhalt einer Revisionsrüge mit der Stoßrichtung eines fehlerhaft nicht anerkannten und daher zu Unrecht vorenthaltenen Zeugnisverweigerungsrechts muss diese sachleitende Anordnung mittels des Zwischenrechtsbehelfs in der Hauptverhandlung nach § 238 II StPO beanstandet und hierdurch ein Gerichtsbeschluss herbeigeführt werden.⁵
- Das (umfassende) Zeugnisverweigerungsrecht ist vom partiellen *Auskunftsverweigerungsrecht* zu unterscheiden

* Der Verfasser *Moldenhauer* ist StA b. BGH und Lehrbeauftragter der Freien Universität Berlin; der Verfasser *Wenske* ist Mitglied des 1. Strafsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg und zugleich Ermittlungsrichter dieses Gerichts; der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Verfasser wieder.

1 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 60. Aufl. 2017, StPO § 52 Rn. 11.

2 Vgl. ferner *Kaiser/Bracker*, Die Staatsanwaltsklausur im Assessorexamen, 5. Aufl. 2016, Rn. 103.

3 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 60. Aufl. 2017, StPO § 52 Rn. 1.

4 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 60. Aufl. 2017, StPO § 52 Rn. 3; hier sollte fachübergreifend gelernt werden, vgl. etwa §§ 45 II 1, 26 II 1 StPO.

5 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 60. Aufl. 2017, StPO § 52 Rn. 33.

(§ 55 StPO). Letzteres berechtigt den Zeugen – als Ausprägung des Nemo-tenetur-Grundsatzes – Antworten auf solche Fragen zu verweigern, durch deren Beantwortung er sich selbst oder einen der in § 52 I StPO bezeichneten Angehörigen in die Gefahr begeben würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden. Das Auskunftsverweigerungsrecht kann ausnahmsweise – freilich eher nicht in der Klausursituation – zu einem umfassenden Aussageverweigerungsrecht erstarken.⁶

- Aus einer berechtigten Zeugnisverweigerung dürfen keine Schlüsse zum Nachteil eines Beschuldigten gezogen werden.
- Das Zeugnisverweigerungsrecht wirkt in § 97 StPO als Beschlagnahmeverbot fort (vgl. zu dessen Grenzen aber §§ 160 a V, 97 II StPO).

II. Fortwirkender Schutz über § 252 StPO

Der vorstehend beschriebene Schutz des Zeugnisverweigerungsberechtigten – nicht aber des Auskunftsverweigerungsberechtigten (§ 55 StPO) – erstreckt sich nach den Maßgaben des § 252 StPO auch auf die Hauptverhandlung. In diese darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung einvernommenen Zeugen nicht eingeführt werden, wenn dieser hier von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.⁷ An eine solche Verweigerung durch den Zeugen knüpfen die Examensklausuren in aller Regel an. Hier ist – in der Urteils- oder Revisionsklausur – stets zu prüfen, ob der Inhalt einer früheren Vernehmung des Zeugen auf andere Weise in die Hauptverhandlung eingeführt werden und die gerichtliche Überzeugung tragen kann (§ 261 StPO). In der Anklageklausur hingegen ist zu fragen, ob mit Blick auf eine durch den bereits vernommenen Zeugen für die Hauptverhandlung angekündigte Zeugnisverweigerung die Vernehmungsinhalte auf andere Weise zum Inbegriff der Verhandlung gemacht und daher in die Bewertung der Verurteilungswahrscheinlichkeit eingestellt werden können (§ 170 I, 203 StPO).⁸ Ein solches Beweissurrogat könnte etwa der in der Hauptverhandlung zu vernehmende polizeiliche Vernehmungsbeamte als Zeuge vom Hörensagen sein.

Hinweis: Der Zeuge vom „Hörensagen“ ist statthaft und vereinbar mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO). Dieser gebietet in materieller Hinsicht den Vorrang des Personal- vor dem Sachbeweis.⁹ Da der Zeuge vom Hörensagen nur berichtet, was ihm zugetragen worden ist und er daher ein strukturell schwaches Beweismittel ist, darf die richterliche Überzeugung (§ 261 StPO) hierauf grundsätzlich nur gestützt werden, wenn dessen Bekundungen durch andere wichtige Beweiszeichen gestützt werden.¹⁰ Ob ein Gericht die Vernehmung des Zeugen vom Hörensagen bereits für ausreichend erachtet oder aber den unmittelbaren Zeugen selbst hört, ist eine Frage der Sachaufklärungspflicht (§ 244 II StPO).

1. Prüfungsaufbau

Die Verwertbarkeit der früheren Angaben eines Zeugen ist rechtlich an den Maßgaben des § 252 StPO zu messen. Hierbei sind folgende Schritte zu prüfen:

2. Tatbestandliche Voraussetzungen

Tatbestandlich setzt § 252 StPO voraus, dass Angaben in Rede stehen, die ein im Zeitpunkt der Hauptverhandlung zur Zeugnisverweigerung berechtigter Zeuge in einer Vernehmung vor der Hauptverhandlung gemacht hat. Hier gilt es zunächst sorgfältig zwischen Vernehmungen und Spontanangaben eines Zeugen – etwa im Rahmen eines Notrufs – zu

differenzieren. Im letzteren Fall fehlt es bereits an der Vernehmung – einem offenen hoheitlichen Auskunftsverlangen –, sodass die Rechtsfolge eines Beweisverbotes des § 252 StPO nicht ausgelöst werden kann. Ohne Bedeutung ist hingegen, wann das Zeugnisverweigerungsrecht vor der Vernehmung in der Hauptverhandlung entstanden ist.¹¹

3. Rechtsfolge

Der Gesetzeswortlaut verbietet zunächst nur die Verlesung von Niederschriften über frühere Vernehmungen (etwa nach § 251 I StPO). Heute ist indes allgemein anerkannt, dass auch die Vernehmung der Verhörsperson in diesen Fällen ausgeschlossen ist (**Vernehmungsverbot**), einschließlich der Vorführung etwaiger Aufnahmen – Videoaufzeichnungen – früherer Vernehmungen.¹² Ohne Bedeutung ist, ob die ursprüngliche Zeugenaussage für den Angeklagten be- oder entlastend war.¹³ Die früheren Angaben des Zeugen dürfen daher weder erhoben noch verwertet werden.¹⁴ Auch Mitbeschuldigte, die nicht im Angehörigenverhältnis zum Zeugen stehen, können sich nach noch ständiger Rechtsprechung¹⁵ auf die Schutzwirkungen des § 252 StPO berufen. Erforderlich hierfür ist, dass gegen den Angehörigen des Zeugen und den nicht verwandten Angeklagten ein sachlich untrennbarer Vorwurf in einem einheitlichen Verfahren erhoben und das Verfahren zu irgendeinem Zeitpunkt gegen diese Mehrzahl an Beschuldigten gemeinsam geführt worden ist.¹⁶ Dies gilt jedoch nur, solange die dem § 252 StPO zugrunde liegende Zwangssituation fortbesteht und nicht – durch rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens gegen den Angehörigen, durch dessen Ableben oder durch eine Einstellung nach § 154 StPO – bereits beendet ist. Ob die zugrunde liegende Zwangssituation auch durch eine Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153 a StPO, im letzten Fall bei Erfüllung der Auflage, oder durch eine Einstellung nach § 170 II StPO entfallen kann, ist derzeit höchstrichterlich ungeklärt. Dagegen könnte freilich sprechen, dass in diesen Fällen keine einer Rechtskraft vergleichbare Situation und damit für den Angehörigen keine Rechtssicherheit eingetreten ist.

4. Ausnahmekonstellationen

Von diesem strikten und weit verstandenen Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO hat die Rechtsprechung zwei Ausnahmen zugelassen: Zum einen soll die Verwertung der bei einer früheren nichttrichterlichen Vernehmung gemachten Aussagen eines Zeugnisverweigerungsberechtigten auch dann möglich sei, wenn dieser nach ausdrücklicher, qualifizierter Belehrung hierüber in der Hauptverhandlung mitteilt, er mache von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, ge-

6 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 60. Aufl. 2017, StPO § 55 Rn. 2.

7 Für die Klausur gilt: Kündigt ein Zeuge dies im Ermittlungsverfahren an, so ist – regelmäßig mit Blick auf den insoweit eindeutigen Bearbeitervermerk – zu unterstellen, dass sich an dieser Entscheidung nichts mehr ändern wird; die Aussage selbst steht damit für die Tatverdachtsprüfung in der Anklageklausur nicht mehr zur Verfügung.

8 Vgl. im Einzelnen Kaiser/Bracker StA-Klausur, 5. Aufl. 2016, Rn. 106.

9 Hiervon zu unterscheiden ist die formelle Unmittelbarkeit: Die Beweisaufnahme hat grundsätzlich vor dem erkennenden Gericht selbst zu erfolgen.

10 Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner, 60. Aufl. 2017, StPO § 250 Rn. 4 und 5.

11 Bei § 53 StPO soll das Beweisverbot nur gelten, wenn das Zeugnisverweigerungsrecht bereits bei der früheren Vernehmung bestanden hat, Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 60. Aufl. 2017, StPO § 252 Rn. 3.

12 Vgl. zum historischen Aufriss Kraatz JA 2014, 773 (774).

13 Vgl. BVerfG NStZ-RR 2004, 18; Kraatz JA 2014, 773 (774).

14 Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner, 60. Aufl. 2017, StPO Einl. Rn. 50, 55.

15 Vgl. zweifelnd bereits BGH NStZ 2012, 221 (222).

16 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 60. Aufl. 2017, StPO § 52 Rn. 11; ferner Kudlich JA 2012, 233.

statte jedoch die Verwertung jener früheren Aussage. In diesem Fall ist aufgrund dieses **teilweisen Verzichts** die polizeiliche Verhörsperson oder aber der Sachverständige über die frühere Aussage in der Hauptverhandlung zu vernehmen.¹⁷ Zum anderen soll nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Verwertung des Inhalts einer früheren **richterlichen Vernehmung** zulässig sein. Für eine wirksame und endgültige Disposition des Zeugen über sein Recht aus § 52 StPO muss das Zeugnisverweigerungsrecht indes im Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung überhaupt bestanden haben und der Zeuge hierüber ordnungsgemäß belehrt worden sein (§ 52 III StPO).¹⁸ Diese letztgenannte Ausnahmekonstellation war jüngst Gegenstand einer rechtspraktisch und daher auch für Klausuren bedeutsamen Klarstellung durch den *Großen Senat für Strafsachen*. Hierzu nachstehend im Einzelnen:

B. AKTUELLE ENTWICKLUNG

I. Problemaufriss

Ein Strafverfahren erstreckt sich mit seinen Abschnitten Ermittlungsverfahren, Zwischenverfahren und Hauptverfahren über einen längeren Zeitraum. Aus ganz unterschiedlichen Gründen kommt es deshalb vor, dass ein zeugnisverweigerungsberechtigter Angehöriger im Ermittlungsverfahren Angaben macht, sich in der Hauptverhandlung dann aber auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Besonders häufig geschieht dies etwa in Fällen häuslicher Gewalt. Eine Ehefrau belastet ihren Ehemann kurz nachdem sie von diesem körperlich misshandelt wurde (§§ 223, 224 StGB); sodann versöhnt sie sich aber mit diesem und macht fortan – auch in der Hauptverhandlung – von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Den Strafverfolgungsbehörden obliegt indes gerade in diesen Konstellationen die aus dem Legalitätsprinzip resultierende Pflicht, Beweismittel bestmöglich zu sichern (§ 152 II StPO). Sagt eine zeugnisverweigerungsberechtigter Angehöriger – etwa die Mutter eines ausgereisten radikalislamischen Mitglieds des sog. „IS“ – im Ermittlungsverfahren gegenüber der Polizei aus und erweist sich diese Aussage als wichtiges, gar zentrales Beweismittel, hat die Staatsanwaltschaft zur Beweissicherung eine ermittlungsrichterliche Vernehmung zu erwirken. Der Ermittlungsrichter hat – in diesen Fällen ohne jeden Ermessensspielraum¹⁹ – diesem Antrag zu entsprechen. Der Zeuge ist durch ihn hier insbesondere über das bestehende Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren (§ 56 III StPO). Zu erwägen könnte in diesen Situationen aber möglicherweise auch sein, ob der Ermittlungsrichter ihn zusätzlich qualifiziert dahin zu belehren hat, dass der Richter – für den Fall, dass er es sich der Zeuge später anders überlegt und sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft – gleichwohl als Zeuge vom Hörensagen über die Angaben des Zeugen aus dem Ermittlungsverfahren vernommen werden kann. Diese wichtige Frage war Gegenstand der nachstehend zu skizzierenden Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen*.

II. Was war geschehen?

Zugrunde lag einem beim 2. *Strafsenat* anhängigen Revisionsverfahren folgende Verfahrenskonstellation:²⁰ Der Angeklagte war wegen Mordes verurteilt worden. Er soll seine Ehefrau aus Eifersucht mit 60 Messerstichen getötet haben. Das Landgericht hat seine Überzeugung zum Tathergang auch auf die Angaben der Tochter gestützt. Diese hatte im Ermittlungsverfahren gegenüber dem Ermittlungsrichter ausgesagt, in der

Hauptverhandlung aber das Zeugnis berechtigterweise verweigert. Hier war dann der Ermittlungsrichter einvernommen worden. Dieser hatte die Zeugin zwar gem. § 52 StPO belehrt, nicht aber darüber, dass bei einer etwaigen späteren Zeugnisverweigerung ihre Angaben aus der richterlichen Vernehmung in einer Hauptverhandlung verwertet werden könnten. Dieses Vorgehen der Strafkammer stieß beim 2. *Strafsenat des BGH* auf rechtliche Bedenken. Schon die vom Landgericht anerkannte – und bis dahin in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht infrage gestellte – Möglichkeit einer späteren richterlichen Vernehmung stehe mit dem Schutzzweck des § 52 StPO nicht im Einklang; jedenfalls aber sei es notwendig, den Zeugen vor einer ermittlungsrichterlichen Befragung auch auf die spätere Verwertbarkeit – im Sinne einer **qualifizierten Belehrung** – hinzuweisen. An einer Entscheidung in diesem Sinne sah sich der Senat wegen der entgegenstehenden Rechtsprechung der übrigen vier Strafsenate indes gehindert. Er fragte daher bei diesen an, ob dort seine neue Rechtsansicht geteilt werde. Die anderen Strafsenate erklärten sodann, an ihrer ständigen Rechtsprechung festhalten zu wollen,²¹ sodass für den 2. *Strafsenat* eine Vorlage an den *Großen Senat für Strafsachen* zur Streitklärung erforderlich wurde.

Exkurs § 132 GVG: Wann der **Große Senat für Strafsachen** (Zusammensetzung: Präsidentin des BGH und jeweils zwei Vertreter der Strafsenate) entscheidet, ist in § 132 GVG geregelt. Seine Funktion ist die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung innerhalb des BGH, da nur dadurch die letztlich im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG verankerten Gebote der Rechtssicherheit und der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gewährleistet werden können. Die Regelung des § 132 GVG eröffnet zwei Entscheidungsmöglichkeiten: Die Divergenzvorlage nach § 132 II GVG betrifft den Fall, dass ein Senat von der Rechtsprechung (mindestens) eines anderen Senats abweichen will. Sie verpflichtet diesen Senat seine Frage zunächst dem *Großen Senat* vorzulegen. Dem geht ein innergerichtliches Antragsverfahren (Anfrageverfahren) voraus, in dem der Senat mit der entgegenstehenden bisherigen Rechtsauffassung mitteilen muss, ob er an seiner Rechtsauffassung festhält; tut er dies nicht, hat sich das Divergenzverfahren erledigt. Bleibt er hingegen bei seiner Auffassung, hat der *Große Senat* zu entscheiden. Sowohl über die Anfrage als auch über die Antwort entscheiden die Senate durch Beschluss. Die Vorlage wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 132 IV GVG setzt demgegenüber voraus, dass eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, die sich über den Einzelfall hinaus jederzeit wieder stellen kann, und dass die entscheidungserhebliche Frage zur Fortbildung des Rechts oder zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu klären ist.

III. Die Entscheidung des Großen Senats²²

Dieser hat am 15.7.2016 entschieden, dass die Vorlage an ihn zumindest wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage zulässig ist. In der Sache hat er hingegen dem Anliegen des 2. *Strafsenats* eine Absage erteilt und ausgeführt, dass die Angaben eines Zeugnisverweigerungsberechtigten aus einer

17 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 60. Aufl. 2017, StPO § 252 Rn. 16 a mwN; hierzu ferner Kraatz JA 2014, 773 (775).

18 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, 60. Aufl. 2017, StPO § 252 Rn. 14; Kaiser/Bracke StA-Klausur, 5. Aufl. 2016, Rn. 109.

19 Vgl. bereits Brüning/Wenske ZIS 2008, 346.

20 BGH BeckRS 2014, 17700

21 Vgl. BGH (1. Strafsenat) BeckRS 2015, 2348; BGH (3. Strafsenat) BeckRS 2015, 2351; BGH (4. Strafsenat) BeckRS 2015, 00468; BGH (5. Strafsenat) BeckRS 2015, 03140.

22 BGHSt 61, 221 = BeckRS 2016, 18942, vgl. auch Schumann JR 2017, 373 ff.

früheren richterlichen Vernehmung bei Verweigerung des Zeugnisses in der Hauptverhandlung weiterhin möglich und eine qualifizierte Belehrung des aus persönlichen Gründen das Zeugnis Verweigernden (§ 52 StPO)²³ über diese Folgen durch den Ermittlungsrichter nicht geboten ist. Zu den rechtspraktisch bedeutsamen und nunmehr unbedingt zum Klausurwissen zu zählenden – methodisch in lehrreicher Weise ausgeführten – Leitlinien dieser Entscheidung in der hier gebotenen Kürze im Einzelnen:

1. Gesetzeswortlaut und Systematik

Der Große Senat hebt zunächst hervor, dass der Wortlaut der Norm gerade kein umfassendes Verwertungsverbot gebiete, sondern allein ein **Verlesungsverbot** vorgebe. Er weist sodann auf die gesetzessystematische Stellung der Norm hin. Der § 252 StPO erweise sich als Bestimmung zum Urkundenbeweis. Beide Aspekte drängten nicht dazu anzunehmen, auch die Vernehmung des Richters und die Verwertung seiner Angaben als Zeuge vom Hörensagen wären hiervon erfasst.²⁴

2. Entstehungsgeschichte

Bereits der historische Gesetzgeber habe keinen allumfassenden Schutz der Aussagefreiheit des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen erstrebt.²⁵ Der Senat führt hier – unter überzeugender Bezugnahme auf Materialien aus der Entstehungsgeschichte – aus, dass lediglich an ein Verlesungs-, nicht aber an ein darüber hinausgehendes Verwertungsverbot gedacht war.²⁶ Erst durch die Rechtsprechung sei das Verlesungsverbot zu einem umfassenden Verwertungsverbot erweitert und zugleich dahingehend eingeschränkt worden, dass hiervon frühere Angaben im Rahmen einer richterlichen Vernehmung nicht erfasst werden. In diesem Zusammenhang weist der Senat auf die unterschiedliche Behandlung richterlicher und ermittelungsbehördlicher Vernehmungen auch an anderer Stelle im Gesetz hin und betont, dass § 52 III 1 StPO ursprünglich nur auf richterliche Vernehmungen bezogen worden sei. Erst mit der Einführung des § 163 a V StPO aF im Jahre 1964 – durch das 2. Opferrechtsreformgesetz von 2009 durch § 163 III StPO ersetzt – wurde die Belehrungspflicht auch für die Staatsanwaltschaft und Polizei gesetzlich angeordnet;²⁷ für die Staatsanwaltschaft ergibt sich die Belehrungspflicht heute aus § 161 a I 2 StPO.²⁸

3. Rechtsprechungsentwicklung

Warum der BGH trotz dieses heute gleichlaufenden Pflichtenkreises zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei auch nach dieser Gesetzesänderung an der Privilegierung der richterlichen Vernehmung in § 252 StPO festgehalten hat, führt er sodann – und diese Argumentation erweist sich als besonders klausurrelevant – aus: Er stellt insbesondere ab auf die Bedeutung der richterlichen Vernehmung. Bereits das Gesetz bringe der richterlichen Vernehmungen erhöhtes Vertrauen entgegen.²⁹ Diese besondere Stellung lasse sich § 251 StPO entnehmen, der in Abs. 2 eine – im Vergleich zu Abs. 1 – erleichterte Verlesung eines Vernehmungsprotokolls im Wege des Urkundsbeweises nur bei richterlichen Vernehmungen vorsehe. Zudem bestünden für die Verfahrensbeteiligten bei richterlichen Vernehmungen gesetzliche Mitwirkungsrechte (vgl. § 168 c II StPO) und nach § 255 a StPO stehe die Einvernahme eines Richters als Zeuge vom Hörensagen gar über der Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren polizeilichen oder auch richterlichen Vernehmung. Denn diese sei wegen der gesetzlichen Gleichstellung

von Bild-Ton-Aufzeichnungen mit einem Vernehmungsprotokoll nicht verwertbar.³⁰ Ferner sei allein die richterliche Vernehmung auch materiell-rechtlich qualifiziert abgesichert, da die Aussagedelikte der §§ 153 f. StGB nur für richterliche Vernehmungen gelten würden.

4. Sinn und Zweck

Schließlich erweise sich dieses Normverständnis auch als vereinbar mit dem Sinn und Zweck des § 252 StPO. Der Konflikt zwischen Wahrheitspflicht einerseits und Familienverbundenheit andererseits werde durch die Vernehmung des Richters weitaus weniger berührt, als in den Fällen, in denen der Zeuge selbst in Anwesenheit seines Angehörigen Rede und Antwort stehe.³¹ Dem Interesse des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen daran, dass eine einmal gemachte Aussage auch in der Hauptverhandlung noch folgenlos wieder rückgängig gemacht werden kann, stellt der Große Senat die Pflicht zur Wahrheitsfindung und zur wirksamen Aufklärung gerade schwerer Straftaten als zentrales Anliegen des Rechtsstaats gegenüber.³² Im Falle einer ordnungsgemäß durchgeführten richterlichen Vernehmung geböten es weder das vorgenannte Spannungsverhältnis noch § 252 StPO selbst, dem Schutz des Zeugen einen absoluten Vorrang vor dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafverfolgung einzuräumen. Kurz: Das öffentliche Interesse stellt – teleologisch betrachtet – die Dispositionsfreiheit des Zeugen, die er nach ordnungsgemäßer Belehrung unter Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht gegenüber einem Richter gemacht hat, jedenfalls nicht über das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung. Vielmehr komme im Rahmen einer Güterabwägung dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege ein höheres Gewicht zu, als dem Interesse des ordnungsgemäß richterlich vernommenen Zeugen, sich seine Entscheidungsfreiheit bis zur Hauptverhandlung aufzusparen.

5. Keine qualifizierte Belehrung

Nach dieser aktuellen Bestimmung des Regelungskreises des § 252 StPO lehnt der Große Senat in einem zweiten Schritt die Vorlagefrage des 2. Strafsenats ab. Eine qualifizierte Belehrung des Zeugen ist damit auch weiterhin nicht erforderlich.

a) Gesetzlicher Fremdkörper

Eine solche Belehrung sei gesetzlich nicht vorgesehen und daher überschießend. Ausdrückliche Belehrungen über die Möglichkeit, Angaben von Verfahrensbeteiligten im weiteren

23 BGHSt 61, 221 (225) Rn. 15 = BeckRS 2016, 18942: Nur dieser ist nach § 52 III StPO zu belehren.

24 BGHSt 61, 221 (235) = BeckRS 2016, 18942 Rn. 40.

25 BGHSt 61, 221 (237) = BeckRS 2016, 18942 Rn. 44 mit weiteren Nachweisen auf das Gesetzgebungsverfahren.

26 BGHSt 61, 221 (230) = BeckRS 2016, 18942 Rn. 29 mwN auf die Rspr.

27 BGBl. I 1067.

28 § 161 a StPO wurde 1975 im Zusammenhang mit der Beseitigung der gerichtlichen Voruntersuchung eingeführt und soll der Staatsanwaltschaft als für die Erforschung des Sachverhalts im Ermittlungsverfahren verantwortliches Strafverfolgungsorgan die Möglichkeit geben, auf Zeugen und Sachverständige auch ohne deren freiwillige Bereitschaft zur Mitwirkung zurückzugreifen. Sie stellt deshalb der Staatsanwaltschaft insoweit diejenigen Befugnisse und weitgehend auch Zwangsmaßnahmen zur Verfügung, über die bis zum Jahre 1975 nur der Untersuchungsrichter verfügte, vgl. Löwe/Rosenberg/Erb, StPO, 26. Aufl. 2007, StPO § 161 a Rn. 1 mwN.

29 BGHSt 61, 221 (232, 236) = BeckRS 2016, 18942 Rn. 33, 42.

30 Vgl. Meyer-Gößner/Schmitt/Meyer-Gößner, 60. Aufl. 2017, StPO § 255 a, Rn. 3; BGH BeckRS 2004, 03198 = NStZ 2004, 390.

31 BGHSt 61, 221 (239) = BeckRS 2016, 18942 Rn. 50.

32 BGHSt 61, 221 (240) = BeckRS 2016, 18942 Rn. 51.

Verfahren zu verwerten, seien dem deutschen Strafprozessrecht zudem auch in anderen Konstellationen fremd. Überdies müsse der Zeuge nicht einmal über sein Recht aus § 52 III 2 StPO belehrt werden. Die Vorschrift ermöglicht es dem Zeugen, einen Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht auch noch während der Vernehmung zu widerrufen. Die Vernehmung darf in diesem Fall zwar nicht durch- bzw. fortgeführt werden; es kann aber verwertet werden, was der Zeuge vor dem Widerruf ausgesagt hat. Dieser Fall unterscheidet sich von dem des § 252 StPO zugrunde liegenden letztlich lediglich im Zeitpunkt des Sinneswandels des Zeugen: Bei § 52 III 2 StPO müsse der Zeuge sich während der laufenden Vernehmung anders entscheiden; bei § 252 StPO im Laufe des Verfahrens.

b) Abgleich mit den Beschuldigtenrechten

Der Große Senat für Strafsachen stellt weiter heraus, dass eine qualifizierte Belehrung im Widerspruch zur Rechtslage bei einem Beschuldigten stehen würde. Dieser werde nach § 136 StPO über seine Aussagefreiheit belehrt. Sage er einmal aus und mache später von seinem Schweigerecht Gebrauch, seien seine früheren Angaben verwertbar und könnten durch Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Obgleich hier sogar die Selbstbelastungsfreiheit in Rede stehe, sei eine qualifizierte Belehrung weder für polizeiliche und staatsanwaltliche noch richterliche Beschuldigtenvernehmungen gesetzlich bestimmt. Eine qualifizierte Belehrung beim Beschuldigten sei von der Rechtsprechung allein in Einzelfällen als Reaktion auf Verfahrensfehler anerkannt; diese Konstellationen seien mit dem Fall eines dem Gesetz entsprechend belehrten Zeugen nicht zu vergleichen.

C. BEWERTUNG

Der Entscheidung ist sowohl in der Argumentation wie im Ergebnis in jeder Hinsicht zuzustimmen.³³ Seine Absage an eine – überschießende – qualifizierte Belehrung ist aus rechtspraktischer Sicht zu begrüßen. Der Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols und des Strafanspruchs kommt gerade in Fällen schwerster Kriminalität besondere Bedeutung zu. Bleibt eine Tataufklärung oder eine gerichtliche Verurteilung als Reaktion auf einen gravierenden Normbruch (etwa §§ 211, 224, 177 StGB) und damit eine für alle Rechtsgenossen sichtbare staatliche Reaktion aus, ist dies geeignet, das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaates tiefgreifend zu erschüttern. Seine Akzeptanz steht auf dem Spiel, sodass auch deshalb Beweisverwertungsverbote als prozessuale Fehlerfolge für Verfahrensverstöße mit Recht nicht die Regel, sondern die Ausnahme im deutschen Strafprozessrecht darstellen.

Die Akzeptanz steht namentlich – wie im Vorlageverfahren – bei **Fällen häuslicher Gewalt** auf dem Spiel. Die forensische Praxis zeigt, dass – aus Angst des oftmals körperlichen Unterlegenen vor weiteren Misshandlungen oder aber gerade in Fällen mit Migrationshintergrund aus Sorge, wegen einer belastenden Aussage von der gesamten Familie ausgegrenzt zu werden – in diesem Verfahren von den Tatopfern häufig erst in der Hauptverhandlung geschwiegen wird. Es ist – nach dieser eindeutigen Positionierung des BGH – die **Pflicht der Ermittlungsbehörden**, unverzüglich eine ermittelungsrichterliche Vernehmung zur **Beweissicherung herbeizuführen**.³⁴ Verweigert der Zeuge später in der Hauptverhandlung berechtigter Weise das Zeugnis, kann auf den Zeugen vom Hörensagen und die oftmals gefertigten Lichtbilder von erlit-

tenen Verletzungen einerseits sowie auf einen Notruf andererseits bei der gebotenen vorsichtigen Beweiswürdigung zurückgegriffen werden. Durch ein solches Urteil kann dem Umfeld des verletzten Zeugen, bei Aufsehen erregenden Fällen einer ganzen Region oder einem Stadtteil, vor Augen geführt werden, dass schwerste Straftaten nicht ungesühnt und nicht etwa „Familiensache“ bleiben.

Dies gilt erst Recht für das Staatsschutzstrafrecht. Sind die Angehörigen eines nach Syrien oder den Irak ausgereisten radikal-islamischen Kämpfers – etwa des sog. „IS“ – zur Zeit seines Kampfeinsatzes noch aus Sorge um dessen Wohl noch bereit, mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenzuarbeiten und etwa ihre Chat-Verläufe von Whatsapp sowie Telegram und die darüber übermittelten Fotos preiszugeben (vgl. § 97 StPO), so wird diese Bereitschaft absehbar nach dessen Rückkehr enden. Könnten dann aber die ermittelungsrichterlich gesicherten Erkenntnisse nicht verwertet werden, dürfte ein Strafverfahren nach § 129b StGB in aller Regel nicht mehr mit Erfolg zu führen sein. Dies gilt gerade auch eingedenk der heute noch fehlenden Möglichkeit auf Messenger-Dienste mittels Quellen-TKÜ zeitnah umfassend zuzugreifen³⁵ oder von Facebook in vertretbarer Zeit Auskunft zu erhalten. Müsste der Ermittlungsrichter aber schon zum Zeitpunkt seiner Vernehmung qualifiziert belehren, würde dies nicht nur eine konstruktive Vernehmungsatmosphäre in diesen Fällen belasten, sondern gar besorgen lassen, dass die Angehörigen sich bereits zu diesem Zeitpunkt dazu entschließen, in diesen wichtigen Fällen nicht mit den deutschen Ermittlungsbehörden zusammenzuarbeiten.

D. AUSBLICK

Die mit dem Recht der Zeugnisverweigerung verbundenen Fragestellungen werden die Rechtspraxis und die Juristenausbildung absehbar weiter beschäftigen. Ob der Gesetzgeber dem Appell des BGH folgen und ein „stimmiges Gesamtgefüge“ entwickeln wird, bleibt abzuwarten. Über den aufgezeigten Widerspruch zwischen § 252 und § 255a StPO hinaus dürfte es sich dann indes aufdrängen, auch die Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts für nichtangehörige Mitangeklagte in den Blick zu nehmen und hier einen einheitlich und rechtspraktisch einfacher handhabbaren Rechtsschutz über § 55 StPO zu erstreben.³⁶ In jedem Fall gilt es auch *de lege ferenda* sorgsam zu erwägen, ob die Dispositionsbefugnis eines Zeugen wirklich – gar in jedem Fall – mit einem Beweisverwertungsverbot gesichert sein sollte; das geltende Recht normiert Beweisverwertungsverbote zurückhaltend nur für Fälle schichtweg unerträglicher Rechtsbrüche der Strafverfolgungsorgane (vgl. etwa § 136a StPO). Sie bilden wegen der Bedeutung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege³⁷ die Ausnahme. Die Entscheidung des Großen Senats ist angesichts dieser sich anschließenden Fragen und sich andeutenden Entwicklungen „kein Schlussstrich“, sondern ein Zwischenschritt. Die Kenntnis der sie tragenden Erwägungen ist für die Prüfungsvorbereitung daher unerlässlich.

33 Zust. Brand NJW 2017, 100f.; vgl. ferner Mosbacher JuS 2017, 127 (131) sowie Schumann JR 2017, 373 (382).

34 Zur Verantwortlichkeit des Ermittlungsrichters auch für eine funktionstüchtige Strafrechtspflege vgl. Moldenbauer/Wenske JA 2017, 206 (210).

35 Es bleibt abzuwarten, wie das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 (BGBl. I, 3202 ff.) im Einzelnen technisch umgesetzt werden kann.

36 Beispielhaft sei hier nur auf BGH NSSt 2012, 221 (222) verwiesen.

37 Vgl. hierzu Landau NSSt 2007, 121; krit. jüngst Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, 58 ff.