

Eine Antwort auf die Vorlagefrage zu § 252 StPO

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Laura Katharina Sophia Neumann**, München

Der 2. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs hat beschlossen, dem Großen Senat für Strafsachen die folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorzulegen: „Ist die Einführung und Verwertung einer früheren Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, durch Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson nur dann zulässig, wenn diese den Zeugen nicht nur über sein Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage im weiteren Verfahren belehrt hatte?“¹ Durch diese Vorlagefrage konfrontiert der 2. *Strafsenat* den Großen Senat für Strafsachen letztlich mit zwei gleichermaßen wichtigen Fragen: Zum einen stellt er die direkte Frage, ob der Ermittlungsrichter den Zeugen bei der Vernehmung qualifiziert darüber belehren muss, dass die Verwertung der vor ihm getätigten Aussage im Urteil auch dann möglich bleibt, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung sein Zeugnisverweigerungsrecht ausübt. Zum anderen wirft der 2. *Strafsenat* die implizite Vorfrage auf, ob die bisherige ständige Rechtsprechung² zutreffend ist, wonach die Aussage einer richterlichen Verhörsperson über die Zeugenaussage im Ermittlungsverfahren trotz Berufung des Zeugen auf sein Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung im Urteil verwertet werden darf.³ Gerade über den Inhalt dieser Rechtsprechung soll möglicherweise qualifiziert belehrt werden.

I. Ausgangssituation

Ausgangspunkt der Problematik ist die Vorschrift des § 252 StPO. Danach darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der sein Zeugnisverweigerungsrecht erst in der Hauptverhandlung ausübt, nicht verlesen werden. Über das ausdrückliche Verlesungsverbot hinaus wird der Norm angesichts ihrer Entstehungsgeschichte, ihres Zwecks und des Regelungszusammenhangs⁴ ein grundsätz-

lich umfassendes Verwertungsverbot im Hinblick auf die vor der Hauptverhandlung getätigte Zeugenaussage entnommen.⁵ Von diesem Verwertungsverbot macht die Rechtsprechung die bereits dargestellte Ausnahme: Sie lässt es zu, einen Richter, der den Zeugen im Ermittlungsverfahren vernommen und ordnungsgemäß über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hat, in der Hauptverhandlung über den Inhalt der Zeugenaussage zu vernehmen und die Aussage auf diesem Umweg in die Hauptverhandlung einzuführen.⁶

Diese richterrechtlich begründete Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO relativiert den Unmittelbarkeitsgrundsatz ersichtlich.⁷ Dementsprechend wird an ihr in der Literatur schon seit jeher Kritik geübt.⁸ Aber auch der 1. und der 2. *Strafsenat* des BGH stehen der Ausnahmeregelung skeptisch gegenüber.⁹ So misst der 2. *Senat* den gegen sie geäußerten Bedenken in seinem Vorlagebeschluss ausdrücklich „erhebliches Gewicht“ bei.¹⁰ Die Ausnahme hält er „jedenfalls nur dann noch“ für gerechtfertigt, wenn der Zeuge vom Ermittlungsrichter auch darüber belehrt worden ist, dass

kein umfassendes Verwertungsverbot entnehmen (teleologisches Hauptargument).

⁵ St. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 12 = BGHSt 2, 99 (104 f.); BGH, Urt. v. 3.2.1955 – 4 StR 582/54, Rn. 8 = BGHSt 7, 194 (195); BGH, Urt. v. 25.3.1980 – 5 StR 36/80, Rn. 3 = BGHSt 29, 230 (232); BGH, Urt. v. 29.6.1983 – 2 StR 150/83, Rn. 23 = BGHSt 32, 25 (29); BGH, Urt. v. 8.12.1999 – 5 StR 32/99, Rn. 13 = BGHSt 45, 342 (345).

⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 2.

⁷ Vgl. Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (13).

⁸ Vgl. aus älterer Zeit etwa Eisenberg, NStZ 1988, 488 (488 f.); Fezer, JZ 1990, 875 (876); Grünwald, JZ 1966, 489 (497 f.); Hanack, JZ 1972, 236 (238); Peters, JR 1967, 467 (467 f.); Eb. Schmidt, JR 1959, 369 (373); aus neuerer Zeit: El-Ghazi/Merold, StV 2012, 250 (251 ff.); Kraatz, Jura 2011, 170 (176); Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 46 Rn. 29, 32; Sander/Cirener, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2009, § 252 Rn. 10; Velten, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 252 Rn. 4; in Reaktion auf den Anfragebeschluss des 2. *Strafsenats* des BGH (BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13): El-Ghazi, JR 2015, 343 (344 ff.); Henckel, HRRS 2014, 482 (484 f.); Jäger, JA 2015, 948 (950); Meyer, StV 2015, 319 (322 ff.).

⁹ BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 13 ff. = BGH NStZ 2014, 596 (597 f.); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 12 ff., insbesondere Rn. 20; BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 ARs 21/14, Rn. 23 ff.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 20.

¹ BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13 (Tenor).

² Vgl. etwa BGH, Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 16 = BGHSt 2, 99 (108); BGH, Urt. v. 3.8.1977 – 2 StR 318/77, Rn. 5 = BGHSt 27, 231 (232); BGH, Urt. v. 8.12.1999 – 5 StR 32/99, Rn. 15 = BGHSt 45, 342 (345); BGH, Urt. v. 12.2.2004 – 3 StR 185/03, Rn. 15 = BGHSt 49, 72 (76 f.) m.w.N.; BGH, Beschl. v. 13.6.2012 – 2 StR 112/12, Rn. 9 = BGHSt 57, 254 (256) m.w.N.

³ BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 20.

⁴ Als tragende Argumente führt der BGH in seiner Grundsatzentscheidung BGH, Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 9 ff. = BGHSt 2, 99 (102 ff.), neben den Willen des historischen Gesetzgebers verdeutlichenden Dokumenten Folgendes an: Enthielte § 252 StPO nur ein Verlesungsverbot, wäre die Vorschrift überflüssig, da das Verlesungsverbot bereits aus § 250 StPO folgt (systematisches Hauptargument). Der mit der Gewährung des Zeugnisverweigerungsrechts der in § 52 StPO genannten Personen verbundene Zweck – Vermeidung der inneren Konfliktlage des angehörigen Zeugen – würde nicht erreicht, würde man § 252 StPO

seine Aussage auch im Falle der Zeugnisverweigerung in der späteren Hauptverhandlung verwertbar bleibt.¹¹

Auf Anfrage des 2. Senats¹² erklärten die anderen vier Strafsenate, an der entgegenstehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung, nach der eine solche qualifizierte Belehrung des Zeugen nicht erforderlich ist,¹³ festhalten zu wollen¹⁴ oder ihr jedenfalls zuzuneigen¹⁵. Damit ist nun gemäß § 132 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 GVG der Große Senat für Strafsachen dazu berufen, über die Frage zu entscheiden, ob eine qualifizierte Belehrung über die fortbestehende Verwertbarkeit der vor dem Ermittlungsrichter getätigten Aussage Voraussetzung für die Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO ist. Diese Entscheidung setzt – wie dargestellt – ihrerseits voraus, dass der Große Senat zuvor zur Frage der grundsätzlichen Rechtfertigung der Ausnahme vom Verwertungsverbot selbst Stellung nimmt.

Mit dem anstehenden Urteil könnte der Große Senat die richterrechtlich begründete Ausnahme vom Verwertungsverbot somit einerseits bestätigen. Möglich wäre es aber ebenso, dass er sie als bisherige Fehlinterpretation des Gesetzes einstuft. In diesem Fall bliebe es immer noch dem Gesetzgeber unbenommen, die Ausnahme durch eine Gesetzesänderung explizit einzuführen. Hierzu könnte der Große Senat den Gesetzgeber im Rahmen der Beantwortung der Vorlagefrage auffordern. – Es stellt sich die Frage, welcher dieser Wege gegangen werden sollte.

II. Die Ausnahme vom Verwertungsverbot als unzulässige Fortbildung des derzeitigen Rechts

In einem ersten Schritt dürfte die richterrechtlich begründete Ausnahme als mit der derzeitigen Gesetzeslage unvereinbare Rechtsfortbildung¹⁶ und bloße „kriminalpolitische Zweckmäßigkeitentscheidung“¹⁷ zu entlarven sein. Denn sie findet nicht nur im Gesetzeswortlaut keine Stütze, sondern wider-

spricht auch dem Willen des historischen Gesetzgebers und der Gesetzessystematik.

So löst der aktuelle Wortlaut des Gesetzes den zugrunde liegenden Konflikt zwischen Zeugenschutz und Aufklärungsinteresse einfachgesetzlich eindeutig zugunsten des Zeugenschutzes.¹⁸ Die Zulassung von Ausnahmen ist damit im Gesetzeswortlaut nicht angelegt. Darüber hinaus widerspricht die praktische Handhabung der dennoch angenommenen Ausnahme dem Gesetzestext aber sogar klar. Denn siebürdet es dem Ermittlungsrichter auf, sich auf seine Vernehmung in der Hauptverhandlung vorzubereiten, und verpflichtet ihn, im Rahmen dessen das Protokoll der damaligen Zeugenvernehmung nochmals durchzusehen.¹⁹ Sofern der Richter dieser Pflicht nicht in ausreichendem Maß nachgekommen ist, wird es für zulässig gehalten, ihm das Vernehmungsprotokoll zur Unterstützung seines Gedächtnisses vorzuhalten.²⁰ Auf diese Weise wird letztlich doch eine Protokollverwertung vorgenommen, die der Gesetzestext in Form der Verlesung explizit verbietet und die nach ganz herrschender Ansicht²¹ auch generell untersagt ist.²²

Des Weiteren steht der Zulassung der Ausnahme der Wille des historischen Gesetzgebers entgegen, der auch bei der Auslegung des jetzigen Gesetzestextes zu berücksichtigen ist.²³ Nach den Materialien zur Entstehungsgeschichte²⁴ traf der Gesetzgeber mit § 252 StPO nämlich die Grundentscheidung, dem Zeugen bis zur Hauptverhandlung – und nicht nur bis zur ersten richterlichen Vernehmung – die freie Entscheidung zuzugestehen, ob seine Aussage verwertet werden darf.²⁵

Dieses Grundanliegen spiegelt sich verobjektiviert in der Gesetzessystematik wider, die damit ebenfalls gegen die Zulassung der Ausnahme vom Verwertungsverbot auf der Grundlage der aktuellen Gesetzesfassung streitet. So darf eine frühere Zeugenaussage bei Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung gemäß § 252 StPO nicht durch die Verlesung des Vernehmungsprotokolls und gemäß § 255a StPO auch nicht durch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufnahme in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Andererseits wird aber die Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeugen für möglich gehalten. Angesichts dessen, dass eine Zeugenaussage gegenüber dem Protokoll und erst recht gegen-

¹¹ BGH, Beschl. vom 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 21; vgl. BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 20 = NStZ 2014, 596 (598).

¹² BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13.

¹³ BGH, Urt. v. 29.6.1983 – 2 StR 150/83 Rn. 31 = BGHSt 32, 25 (31 f.); BGH, Urt. v. 12.4.1984 – 4 StR 229/84 Rn. 3 = StV 1984, 326 (326); BGH, Urt. v. 30.8.1984 – 4 StR 475/84, Rn. 4 = NStZ 1985, 36.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 ARs 21/14, Rn. 6; BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – 4 ARs 21/14, Rn. 4 = NStZ-RR 2015, 48; BGH, Beschl. v. 27.1.2015 – 5 ARs 64/14, Rn. 1 = NStZ-RR 2015, 118 (119).

¹⁵ BGH, Beschl. v. 8.1.2015 – 3 ARs 20/14, Rn. 6.

¹⁶ *El-Ghazi*, JR 2015, 343 (344 f.).

¹⁷ *Eisenberg*, NStZ 1988, 488 (489), mit Verweis auf *Gollwitzer*, in: Riess (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3, 24. Aufl. 1987, § 252 Rn. 7; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 9. Aufl. 2015, Rn. 1288; *Hanack*, in: Hamm/Matzke (Hrsg.), Festschrift für Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag, München 1977, S. 83 (91); *Sander/Cirener* (Fn. 8), § 252 Rn. 10.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 25.9.2003 – 2 BvR 1337/03, Rn. 5.

¹⁹ BGH, Urt. v. 21.3.2012 – 1 StR 43/12, Rn. 15 = NStZ 2012, 521 (522 f.).

²⁰ BGH, Urt. v. 2.4.1958 – 2 StR 96/58 = BGHSt 11, 338 (340) = NJW 1958, 919; BGH, Urt. v. 7.10.1966 – 1 StR 305/66, Rn. 19 = BGHSt 21, 149 (150).

²¹ Siehe die Nachweise in Fn. 5.

²² *Meyer*, StV 2015, 319 (323); Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (17); vgl. auch *Bohlander*, NStZ 1998, 396 (397).

²³ BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 ARs 21/14, Rn. 29 ff.; *Meyer*, StV 2015, 319 (319 f.).

²⁴ Vgl. dazu BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 ARs 21/14, Rn. 29 ff.; *Meyer*, StV 2015, 319 (319 f.).

²⁵ BGH, Urt. v. 23.9.1999 – 4 StR 189/99, Rn. 23 = BGHSt 45, 203 (208) m.w.N.; *Meyer*, StV 2015, 319 (319 f.).

über der Bild-Ton-Aufnahme ein bedeutend weniger zuverlässiges Beweismittel ist, liegt hierin ein klarer Wertungswiderspruch.²⁶ Im Hinblick auf § 255a StPO erklärt der BGH ausdrücklich, die Korrektur dieses mit Blick auf die Qualität des Beweismittels widersprüchlichen Ergebnisses müsse dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.²⁷ Zwar bestätigt er damit implizit, dass die in Rede stehende, von ihm bisher angenommene Ausnahme vom Verwertungsverbot mit der derzeitigen Gesetzesfassung unvereinbar ist.²⁸ Er sucht aber den Fehler nicht in der richterrechtlich begründeten Ausnahme, sondern in der expliziten gesetzlichen Regelung des § 255a StPO. Hierdurch wird in mit Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbarer Weise der Rang von Gesetzes- und Richterrecht verkehrt. Dem Großen Senat für Strafsachen bietet sich nun die Gelegenheit, dies zu korrigieren. Denn in der Entscheidung über den Vorlagebeschluss könnte er den Widerspruch zwischen der derzeitigen Gesetzesfassung und der richterrechtlich begründeten Ausnahme beheben, indem er die Ausnahme selbst aufgibt.

III. Materielle Rechtfertigung der Ausnahme vom Verwertungsverbot

Würde der Große Senat den obigen Ausführungen entsprechend feststellen, dass die Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO mit der derzeitigen Gesetzesfassung unvereinbar ist, würde sich eine Folgefrage stellen: Sollte der Große Senat den Gesetzgeber in diesem Fall auffordern, tätig zu werden und die Möglichkeit der Vernehmung der richterlichen Verhörsperson für den Fall der Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung ausdrücklich gesetzlich zuzulassen? Diese Forderung wurde bereits erhoben und ausgearbeitet.²⁹ Sie wäre dann zu unterstützen, wenn sich die Ausnahme vom Verwertungsverbot nur derzeit formal nicht rechtfertigen ließe, weil sie – wie dargelegt – mit der jetzigen Gesetzesfassung nicht zu vereinbaren ist und sich deshalb als Rechtsfort-

bildung *contra legem*³⁰ darstellt, wenn sie aber materiell berechtigt wäre.

1. Güterabwägung als Grundlage der materiellen Rechtfertigung der Ausnahme

Die materielle Rechtfertigung der Ausnahmeregelung liegt nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH in einer Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege und dem Interesse des Zeugen, sich die Entscheidung über die voll wirksame Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts bis zur Hauptverhandlung vorzubehalten.³¹ Das auf der einen Seite stehende öffentliche Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege fließt aus dem Rechtsstaatsprinzip,³² das auf der anderen Seite stehende Zeugeninteresse ist vom Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst.³³ Es sollen mithin zwei verfassungsrechtlich verankerte Prinzipien in Form einer Staatspflicht³⁴ und eines Individualrechts in Ausgleich gebracht werden.³⁵

Die Abwägung dieser Prinzipien kann die Ausnahme vom Verwertungsverbot durch Zulassung der Vernehmung der richterlichen Verhörsperson konkret in den Fällen tragen, in denen das Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege das in Rede stehende Zeugeninteresse ausnahmsweise überwiegt. Nur dann verlangen nämlich die schutzwürdigen Interessen des Zeugen entgegen der grundsätzlich von § 252 StPO vorgenommenen Wertung³⁶ nicht, dass das Wahrheitserforschungsinteresse hinter ihnen zurücktritt.³⁷ Dies soll nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung³⁸ stets dann der Fall sein, wenn der Zeuge durch eine *richterliche* Verhörsperson im Ermittlungsverfahren ordnungsgemäß über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden ist.³⁹

³⁰ Vgl. *El-Ghazi*, JR 2015, 343 (345).

³¹ Siehe BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 11 = NSStZ 2014, 596 (596 f.); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 7; BGH, Urt. v. 8.12.1999 – 5 StR 32/99, Rn. 16 = BGHSt 45, 342 (346); vgl. BGH, Urt. v. 25.3.1998 – 3 StR 686/97, Rn. 10 = NJW 1998, 2229 (2230).

³² Ausführlich und differenzierend zur Herleitung und Verortung des Topos der funktionstüchtigen Strafrechtspflege *Landau*, NSStZ 2007, 121 (122 ff.).

³³ BVerfG, Urt. v. 25.9.2003 – 2 BvR 1337/03, Rn. 4.

³⁴ *Landau*, NSStZ 2007, 121 (127 f.).

³⁵ Aufgrund der Begrenzung verfassungsrechtlicher Gewährleistungen durch kollidierendes Verfassungsrecht kann der Zeugenschutz aus § 252 StPO entgegen *Henckel*, HRRS 2014, 482 (484 f.), nicht als abwägungsfest eingestuft werden.

³⁶ Siehe BGH, Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 12 = BGHSt 2, 99 (104 f.).

³⁷ Vgl. auch hierzu BGH, Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 12 = BGHSt 2, 99 (105 f.), wo die Aufgabe der entsprechenden Grenzfindung allerdings der Rechtsprechung statt dem Gesetzgeber zugewiesen wird.

³⁸ Vgl. Fn. 2.

³⁹ Siehe BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13 Rn. 11 = NSStZ 2014, 596 (596 f.); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR

²⁶ Zum Wertungswiderspruch hinsichtlich des Verbots der Protokollverlesung: *Meyer*, StV 2015, 319 (323); OLG Düsseldorf HEST 1, 174 (175 f.); vgl. OLG Bamberg SJZ 48, Sp. 472 f.; zum Wertungswiderspruch hinsichtlich des Verbots der Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung: BGH, Urt. v. 12.2.2004 – 3 StR 185/03, Rn. 18 ff. = BGHSt 49, 72 (78 f.); BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 ARs 21/14, Rn. 33 f.; *El-Ghazi/Merold*, StV 2012, 250 (253); *Roxin/Schünemann* (Fn. 8), § 46 Rn. 32; *Sander/Cirener* (Fn. 8), § 252 Rn. 10, Fn. 42; beide Aspekte betreffend: Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (16).

²⁷ BGH, Urt. v. 12.2.2004 – 3 StR 185/03, Rn. 20 = BGHSt 49, 72 (79).

²⁸ So auch *Roxin/Schünemann* (Fn. 8), § 46 Rn. 32: Der vom BGH anerkannte Wertungswiderspruch existiere nur, wenn man mit der abzulehnenden Rechtsprechung die Vernehmung des Richters zulasse. Der BGH liefere hier „deshalb in Wahrheit ein arg. a fortiori gegen eben diese Rspr.“; siehe auch *El-Ghazi/Merold*, StV 2012, 250 (253).

²⁹ § 252 Abs. 2 StPO des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme: GA 2014, 1 (55 ff.).

2. Informations- und Bewusstseinslage des Zeugen als maßgebliches Differenzierungskriterium im Rahmen der Abwägungsentscheidung

Der Abwägungsentscheidung liegt demnach eine Differenzierung zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen zugrunde. Bei der Entwicklung der Ausnahmeregelung wurde diese Differenzierung vom BGH maßgeblich⁴⁰ darauf gestützt, dass die Pflicht zur Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht seinerzeit nur für den Richter, nicht aber für polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Vernehmungspersonen bestand.⁴¹ Jedoch entfiel dieses Differenzierungskriterium bereits im Jahr 1964, als mit Art. 4 Nr. 3 des Strafprozessänderungsgesetzes die besagte Belehrungspflicht auch auf nichtrichterliche Vernehmungspersonen erstreckt wurde. Seither führt die höchstrichterliche Rechtsprechung als ausschlaggebendes Unterscheidungskriterium an, in der durch § 251 Abs. 1 und 2 StPO angeordneten unterschiedlichen Behandlung richterlicher und nichtrichterlicher Protokolle komme zum Ausdruck, dass das Gesetz richterlichen Vernehmungen ganz allgemein höheres Vertrauen entgegenbringe. Dies rechtfertige schon für sich die unterschiedliche Behandlung richterlicher und nichtrichterlicher Vernehmungen im Rahmen des § 252 StPO.⁴²

Durchaus zutreffend ist insoweit zwar die Grundaussage, § 251 Abs. 1 und 2 StPO sei zu entnehmen, dass das Gesetz selbst die Wertigkeit richterlicher und nichtrichterlicher Vernehmungen im Hinblick auf das Ziel der Wahrheitsermittlung in der Hauptverhandlung unterschiedlich einstuft. Es ist aber zumindest irreführend, diese Erkenntnis als zentrales Argument für die Begründung der Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO darzustellen. Denn wie der BGH selbst erklärt, findet die Ausnahme ihre materielle Rechtfertigung in der beschriebenen, notwendig ebenfalls materiellen Güterabwägung.⁴³ Für diese inhaltliche Abwägung spielt der Umstand an sich, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Wertung faktisch vorgenommen hat, aber keine Rolle.⁴⁴ Allein

entscheidend sind insoweit vielmehr die Motive und inhaltlichen Argumente, die den Gesetzgeber zu dieser Wertung veranlasst haben. Nur sie können als schutzzweckrelevante Aspekte⁴⁵ Gewichte in einer rein materiellen Güterabwägung sein.

In diesem Sinne stellte auch der BGH in dem die Ausnahme erstmals begründenden Urteil noch auf den hinter der gesetzgeberischen Entscheidung stehenden Willen des Gesetzgebers und auf die ihn tragenden materiellen Abwägungsgesichtspunkte ab: Die Lösung des Konflikts zwischen den Zeugeninteressen und dem Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit sei durch § 252 StPO zwar grundsätzlich zugunsten des weigerungsberechtigten Zeugen ausgefallen. Nach dem gesetzgeberischen Willen könne dies aber nur insoweit gelten, als es die schutzwürdigen Interessen des Zeugen tatsächlich verlangen.⁴⁶ Damit war die Schutzwürdigkeit der Zeugeninteressen als maßgeblicher materieller Abwägungsgesichtspunkt benannt.

Davon ausgehend argumentierte der BGH weiter, die Schutzwürdigkeit der Zeugeninteressen habe der Gesetzgeber bei von nichtrichterlichen Verhörspersonen vernommenen Zeugen deshalb angenommen, weil hier keine Pflicht zur Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht bestehe. Er habe in diesen Fällen deshalb für den Regelfall davon ausgehen müssen, dass der Zeuge seine Aussagen gemacht habe, ohne dass ihm sein Zeugnisverweigerungsrecht überhaupt oder hinreichend klar bewusst geworden sei. Die Interessen des Zeugen, der vom damals allein belehrungspflichtigen Richter ausdrücklich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht hingewiesen wurde, seien demgegenüber weniger schutzwürdig. Denn dieser Zeuge sage aufgrund der Belehrung „in Kenntnis der Tragweite seines Verhaltens“ aus.⁴⁷ – Damit brachte der BGH zum Ausdruck, dass sich die Schutzwürdigkeit der Zeugeninteressen als ausschlaggebendem Abwägungskriterium nach der Informations- und Bewusstseinslage des Zeugen bei seiner Aussage im Ermittlungsverfahren bestimmt.

Zwar erklärt der 2. Strafsenat in seinem Vorlagebeschluss, dieses letztlich entscheidende Kriterium habe in der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nur ein *zusätzliches* Argument dargestellt.⁴⁸ Im Folgenden benennt er jedoch korrekterweise die umfassende Informationslage des Zeugen als dasjenige Kriterium, das die Ausnahme von § 252

656/13, Rn. 7; BGH, Urt. v. 8.12.1999 – 5 StR 32/99, Rn. 16 = BGHSt 45, 342 (346); BGH, Urt. v. 25.3.1998 – 3 StR 686/97, Rn. 10 = NJW 1998, 2229 (2230); BGHR StPO, § 252 Verwertungsverbot 14.

⁴⁰ In seinem Vorlagebeschluss erklärt der 2. Strafsenat sogar, die Differenzierung zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen sei „*nur* deshalb vorgenommen worden, weil vor Einfügung des § 163a Abs. 5 StPO bei polizeilichen Vernehmungen überhaupt keine Belehrung stattfand“ (*Heranhebung durch die Verf.*): BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 21.

⁴¹ BGH, Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 14 = BGHSt 2, 99 (106).

⁴² BGH, Urt. v. 14.3.1967 – 5 StR 540/66, Rn. 1 f. = BGHSt 21, 218 (219); BGH, Urt. v. 20.3.1990 – 1 StR 693/89, Rn. 4 = BGHSt 36, 384 (386).

⁴³ BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 11 = NStZ 2014, 596; BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 7.

⁴⁴ Vgl. auch die Argumentation von *El-Ghazi/Merold*, ein etwaiger der richterlichen Vernehmung vom Gesetz gewährter Vertrauensvorsprung lasse sich für eine einschränkende

Auslegung nicht heranziehen, da er keine Schutzzweckrelevanz, also keinen Einfluss auf Sinn und Zweck des § 252 StPO – Schutz des Zeugen angesichts seiner Konfliktsituation – besitze: *El-Ghazi/Merold*, StV 2012, 250 (252).

⁴⁵ Vgl. nochmals *El-Ghazi/Merold*, StV 2012, 250 (252; siehe die vorangehende Fn.).

⁴⁶ BGH, Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 12 = BGHSt 2, 99 (105).

⁴⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 14 = BGHSt 2, 99 (107).

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 9; ebenso schon der Anfragebeschluss: BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 10 = NStZ 2014, 596.

StPO eigentlich legitimiert.⁴⁹ Tatsächlich ist aber auch schon zuvor in der Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt worden, dass die Informations- und Bewusstseinslage des Zeugen das eigentlich maßgebliche Kriterium ist. So stellte der 2. *Strafsenat* selbst in einer Entscheidung aus dem Jahr 1959 fest, „daß es für die Zulässigkeit der mittelbaren Einführung einer früheren Aussage entscheidend auf das Verständnis des Zeugen für die ihm eingeräumte Berechtigung ankommt“.⁵⁰ In einer späteren Entscheidung führte er ganz in diesem Sinne aus, der Grund für das Zurücktreten des Verwertungsverbots liege darin, dass „die Belehrung durch den Richter die Gewähr dafür bietet, dem Zeugen Kenntnis von seinem Weigerungsrecht zu verschaffen, ihm die Bedeutung dieses Rechts bewußt zu machen und ihm die Tragweite seines Handelns vor Augen zu führen“.⁵¹ Zudem haben der 2. *Strafsenat*⁵² und der 4. *Strafsenat*⁵³ im Anschluss an ersteren das Eingreifen der Ausnahme vom Verwertungsverbot bereits explizit davon abhängig gemacht, dass das Gericht prüft und feststellt, dass sich der Zeuge der Tragweite und Bedeutung seines Entschlusses zur Aussage bewusst gewesen ist.

3. Weitergehende Informations- und geschärfte Bewusstseinslage des Zeugen bei richterlichen Vernehmungen

Zu Zeiten der Entwicklung der Ausnahmeregelung unterschied sich die Informations- und Bewusstseinslage des Zeugen bei richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen noch deutlich, weil nur der Richter zur Belehrung des Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht verpflichtet war. Seit diese Belehrungspflicht auf Polizei und Staatsanwaltschaft ausgedehnt worden ist, ist die Informations- und Bewusstseinslage des Zeugen bei richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen zwar im Hinblick auf das Bestehen des Zeugnisverweigerungsrechts identisch. Dies schließt jedoch nicht aus, dass sie unter anderen Gesichtspunkten als dem Wissen um die Existenz und die Bedeutung des Zeugnisverweigerungsrechts bei richterlichen Vernehmungen auch heute noch weiter geht als bei nichtrichterlichen Vernehmungen. Wäre dies der Fall, so wären die Zeugeninteressen aufgrund der besseren Informations- und geschärfte Bewusstseinslage des Zeugen im Falle der richterlichen Vernehmung weiterhin weniger schutzwürdig als bei der nichtrichterlichen Vernehmung. Deshalb wäre es auch weiterhin materiell gerechtfertigt, die Interessen des Zeugen nur bei richterlichen Vernehmungen bei der Abwägung ausnahmsweise hinter die Effektivität der Strafrechtspflege zurücktreten zu lassen.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 21: „[...] Nur wenn diese Informationslage gegeben ist, ist eine Ausnahme von dem umfassenden Verwertungsverbot des § 252 StPO legitimiert“; vgl. BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 20 = NStZ 2014, 596 (598).

⁵⁰ BGH, Urt. v. 14.10.1959 – 2 StR 249/59 = BGHSt 13, 394 (396) = BGH NJW 1960, 584 (585).

⁵¹ BGH, Urt. v. 29.6.1983 – 2 StR 150/83 Rn. 29 = BGHSt 32, 25 (30 f.).

⁵² BGH, Urt. v. 14.10.1959 – 2 StR 249/59 = BGHSt 13, 394 (397) = NJW 1960, 584 (585).

⁵³ BGH, Urt. v. 27.4.1978 – 4 StR 180/78, Rn. 8.

Im Folgenden gilt es daher, die These von der auch heute noch besseren Informations- und Bewusstseinslage des Zeugen bei richterlichen gegenüber nichtrichterlichen Vernehmungen zu untersuchen.

Nicht weiter hilft insoweit die pauschale Behauptung der bisherigen Rechtsprechung, der Zeuge empfinde die Bedeutung der richterlichen Vernehmung für das Strafverfahren regelmäßig als erhöht; deshalb stehe ihm bei der richterlichen Vernehmung deutlicher als bei einer polizeilichen Vernehmung vor Augen, dass er seine Angaben nicht ohne Weiteres wieder aus der Welt schaffen könne.⁵⁴ Sowohl die damit in den Raum gestellte besondere Qualität der richterlichen Vernehmung an sich als auch die auf ihr aufbauende Annahme, der Zeuge erkenne die Folgen seines Verzichts auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts bei einer richterlichen Vernehmung klarer als bei einer nichtrichterlichen Vernehmung, sind aber empirisch unbelegt.⁵⁵ Der 2. *Strafsenat* stuft die letztere Annahme in seinem Vorlagebeschluss deshalb zu Recht als „bloße Behauptung“ ein, die „schon tatsächlich fraglich erscheint“.⁵⁶ Ganz unabhängig von der empirischen Fundiertheit der Behauptung ist aber auch ihr inhaltlicher Gehalt jedenfalls auf den ersten Blick zweifelhaft. Denn der Umstand, dass der Zeuge seine vor dem Ermittlungsrichter gemachten Angaben nicht mehr ohne Weiteres beseitigen kann, beruht ja auf der von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO, die es gerade zu begründen gilt. Sie darf deshalb für die Argumentation noch nicht als existent unterstellt werden. Folglich darf bei der Begründung der Ausnahme auch keine Kenntnis des Zeugen vom Ausnahmeinhalt angenommen werden. Genau dies geschieht aber, wenn man die Behauptung, dem Zeugen stehe bei der richterlichen Vernehmung deutlicher vor Augen, seine Aussage nicht wieder ohne Weiteres aus der Welt schaffen zu können, auf die Möglichkeit der Einführung der Zeugenaussage durch die Vernehmung der richterlichen Verhörsperson bezieht. Die Behauptung dürfte in diesem Fall allenfalls als ein Versuch verstanden werden, die Ausnahme vom Verwertungsverbot – zirkulär – damit zu begründen, dass der vom Richter vernommene Zeuge eher mutmaße, dass es in dieser Situation eine entsprechende Ausnahme gebe. Eine derartige Mutmaßung kann jedoch kaum als bessere Informations- oder Bewusstseinslage eingestuft werden, welche die Zeugeninteressen weniger schutzwürdig erscheinen ließe.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 12.2.2004 – 3 StR 185/03, Rn. 17 = BGHSt 49, 72 (77).

⁵⁵ Hinsichtlich der behaupteten besonderen Qualität richterlicher Vernehmungen: Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (58); Eisenberg (Fn. 17; Beweisrecht – StPO), Rn. 1288; Roxin/Schünemann (Fn. 8), § 46 Rn. 29; vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, § 21 Rn. 420 („Eine ‚besondere Qualität‘ richterlicher Vernehmungen im Ermittlungsverfahren existiert nicht.“); Eisenberg, NStZ 1988, 488 (488 f.); hinsichtlich der angeblich klareren Bewusstseinslage des Zeugen siehe BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 ARs 21/14, Rn. 27.

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 19.

Es muss somit nach weiteren Unterscheidungskriterien zwischen der richterlichen und der nichtrichterlichen Vernehmung gesucht werden, die bei ersterer eine bewusster Aussageentscheidung des Zeugen gewährleisten als bei letzterer. Zwei mögliche Kriterien hierfür nennt der 5. *Strafsenat* in seiner Reaktion auf den Anfragebeschluss des 2. *Senats*:

Zunächst stellt der 5. *Senat* darauf ab, dass § 168c Abs. 2 StPO Staatsanwaltschaft, Beschuldigtem und Verteidiger bei richterlichen Vernehmungen Anwesenheits- und daraus entspringende Fragerechte einräumt. Dies mache dem Zeugen die höhere Bedeutung der richterlichen Vernehmung deutlich.⁵⁷ Zutreffend dürfte daran sein, dass ein Zeuge eine Vernehmung als bedeutsamer empfindet und dementsprechend die Entscheidung über seine Aussagebereitschaft und seine Angaben selbst genauer erwägt, wenn er sich mehreren statt nur einer ihn befragenden Person gegenüber sieht. Gleiches dürfte auch schon allein die Anwesenheit des Beschuldigten bewirken, die § 168c Abs. 2 StPO ermöglicht. Denn wenn der angehörige Beschuldigte an der ermittelungsrichterlichen Vernehmung teilnimmt, sieht sich der Zeuge schon hier seiner Konfliktsituation ebenso augenscheinlich und deutlich gegenüber wie in der späteren Hauptverhandlung, in welcher der angehörige Angeklagte grundsätzlich anwesend sein muss.⁵⁸ Als *allgemeines* oder jedenfalls für den Regelfall bemüßbares Unterscheidungskriterium zwischen der Bewusstseinslage des Zeugen bei richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen, das Grundlage einer etwaigen gesetzlichen Regelung der bisher richterrechtlich begründeten Ausnahme vom Verwertungsverbot sein müsste, eignen sich die Anwesenheits- und Fragerechte aus § 168c Abs. 2 StPO aber dennoch nicht, weil sie längst nicht bei jeder richterlichen Vernehmung wahrgenommen werden.

Anders verhält sich dies mit dem zweiten Gesichtspunkt, der vom 5. *Strafsenat* für die geschärfte Bewusstseinslage des Zeugen bei richterlichen Vernehmungen angeführt wird. Er betrifft die strafrechtlichen Konsequenzen einer Falschaussage. Insoweit stellt der 5. *Senat* fest, dass nach § 161a Abs. 1 S. 3 StPO⁵⁹ nur der Richter eidlich vernehmen dürfe.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 27.1.2015 – 5 ARs 64/14, Rn. 3 = NStZ-RR 2015, 118 (119); zur Bedeutung der Rechte aus § 168c Abs. 2 und Abs. 5 StPO für das Konfrontationsrecht des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK mit Blick auf § 252 StPO siehe *Henckel*, HRRS 2014, 482 (485 f.).

⁵⁸ *El-Ghazi/Merold*, StV 2012, 250 (252); *El-Ghazi/Merold* stufen die Heranziehung des § 168c StPO als Unterscheidungskriterium zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen deshalb als durchaus überlegenswert ein, lehnen sie letztlich jedoch wegen eines dann entstehenden Wertungswiderspruchs zu § 255a Abs. 2 StPO ab. Dieser Wertungswiderspruch müsste – wie auch der zu § 255a Abs. 1 StPO (siehe II.) – im Falle einer gesetzlichen Regelung der Ausnahme zu § 252 StPO vom Gesetzgeber aufgelöst werden. Auf die Frage der Möglichkeit der materiellen Rechtfertigung der Ausnahmeregelung hat dies jedoch keinen Einfluss.

⁵⁹ Der 5. *Senat* stellt hier eigentlich fälschlicherweise auf Satz 2 statt Satz 3 der Vorschrift ab.

Folglich könnten nur vor ihm abgegebene unrichtige oder unvollständige Aussagen nach §§ 153, 154 StGB strafbar sein. Auf dieses Strafbarkeitsrisiko sei der Zeuge hinzuweisen.⁶⁰ Diese Hinweispflicht normiert § 57 StPO ausdrücklich, indem die Vorschrift neben der Ermahnung des Zeugen zur Wahrheit auch die Belehrung über die strafrechtlichen Konsequenzen einer unrichtigen oder unvollständigen Aussage vorschreibt. Im Blick hat die Norm nur die richterliche Vernehmung.⁶¹ Für die Zeugenvernehmung durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei gilt sie über § 161a Abs. 1 S. 2 StPO bzw. § 163 Abs. 3 S. 1 StPO zwar entsprechend. Doch werden beide Verweisungsnormen derart interpretiert, dass sie der staatsanwaltschaftlichen wie der polizeilichen Verhörsperson nur verbindlich auferlegen, den Zeugen zur Wahrheit zu ermahnen; auf mögliche strafrechtliche Konsequenzen einer Falschaussage – die bei nichtrichterlichen Vernehmungen ja nicht stets gemäß §§ 153, 154 StGB eintreten, sondern lediglich unter den Voraussetzungen der §§ 145d, 164, 257 oder 258 StGB in Betracht kommen – soll der Zeuge hingegen nur „zur Aufklärung der Sache und aus prozessualer Fürsorge“⁶² hingewiesen werden können.⁶³ Eine Strafbarkeit nach § 258 StGB scheidet für den angehörigen Zeugen angesichts des persönlichen Strafausschließungsgrundes in Abs. 6 der Vorschrift allerdings von vornherein aus. Soweit sich der Zeuge der nichtrichterlichen Verhörsperson als Angehöriger des Beschuldigten zu erkennen gibt, erübrigt sich daher jedenfalls ein möglicher Hinweis auf strafrechtliche Konsequenzen nach § 258 StGB selbst unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Fürsorgepflicht.

Damit stellen die nur bei einer richterlichen Vernehmung stets gegebene Strafbarkeit einer Falschaussage und die entsprechende Hinweispflicht des Richters bei der Vernehmung im Ermittlungsverfahren ein allgemeingültiges Unterscheidungskriterium zur polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmung dar. Für die Bewusstseinslage des Zeugen dürfte dieses Kriterium auch tatsächlich entscheidend sein. Denn der Zeuge, der über mögliche strafrechtliche Konsequenzen einer Falschaussage aufgeklärt ist, wird für die Bedeutung seiner Aussage und den – angesichts der Strafbewehrung aller Falschaussagen in richterlichen Vernehmungen tatsächlich gegebenen – Umstand, dass er seine Angaben nicht ohne

⁶⁰ BGH, Beschl. v. 27.1.2015 – 5 ARs 64/14, Rn. 3 = NStZ-RR 2015, 118 (119).

⁶¹ *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 57 Rn. 2.

⁶² *Griesbaum*, in: Hannich (Fn. 61), § 161a Rn. 9.

⁶³ *Huber*, in: Graf (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar StPO*, Stand: 1.9.2015, § 57 Rn. 1; *Ignor/Bertheau*, in: Erb u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 57 Rn. 2; *Senge* (Fn. 61), § 57 Rn. 2; ausdrücklich nur bzgl. der staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsperson: *Griesbaum* (Fn. 62), § 161a Rn. 9; *Meyer-Goßner*, *Strafprozessordnung, Kommentar*, 58. Aufl. 2015, § 57 Rn. 2 und § 161a Rn. 2.

Weiteres und folgenlos wieder beseitigen kann,⁶⁴ stärker sensibilisiert sein als der von einem Polizisten oder Staatsanwalt vernommene Zeuge. Letzterer ist nämlich auf die strafrechtlichen Konsequenzen einer Falschaussage, die hier ohnehin nur in viel geringerem Maße in Betracht kommen, möglicherweise nicht hingewiesen worden. Auf die Möglichkeit der Vereidigung in eben dieser Vernehmung wurde er keinesfalls aufmerksam gemacht, weil diese Möglichkeit bei der nichtrichterlichen Vernehmung gerade nicht besteht. Dementsprechend wird sich der richterlich belehrte und vernommene Zeuge weitaus gründlicher als der nichtrichterlich vernommene Zeuge überlegen, ob er darauf verzichtet, sein Zeugnisverweigerungsrecht auszuüben, und welche Aussage er ggf. tätigt.

Wegen dieser bewussteren Entscheidung des von einem Richter vernommenen Zeugen ist es weiterhin gerechtfertigt, das Interesse des Zeugen daran, seine Aussage mit Blick auf ihre Verwertbarkeit zum Zwecke der Wahrheitsfindung noch bis zur Hauptverhandlung ungeschehen machen zu können, als weniger schutzwürdig einzustufen. Bei richterlichen Vernehmungen kann dieses Interesse deshalb auch weiterhin im Rahmen der Interessenabwägung ausnahmsweise hinter das Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege zurücktreten. Damit ist die Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO für den Fall der ermittelungsrichterlichen Zeugenvernehmung materiell gerechtfertigt.

4. Zusätzliche materielle Argumente für die Ausnahmeregelung

Die Ausnahme vom Verwertungsverbot nur bei richterlichen Vernehmungen trägt überdies dem Unterschied Rechnung, dass ein angehöriger Zeuge bei polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen, nicht aber bei richterlichen Vernehmungen, über ein Missbrauchspotential verfügen würde, wenn man die Vernehmung der früheren Verhörsperson zuließe. Dieser Unterschied ist Folge der weitergehenden Strafbewehrung von Falschaussagen vor einem Richter. Denn der angehörige Zeuge könnte vor einer nichtrichterlichen Verhörsperson im Ermittlungsverfahren bewusst falsch aussagen, ohne sich damit notwendig der Gefahr der Strafbarkeit auszusetzen. In der Hauptverhandlung könnte er sodann durch die Zeugnisverweigerung eine strafbare Falschaussage vor einem Richter vermeiden. Dürfte nun aber die nichtrichterliche Verhörsperson über die frühere Zeugenaussage vernommen werden, könnte der Zeuge auf diesem Weg womöglich ohne eigenes Strafbarkeitsrisiko die Verwertung einer bewusst falschen Aussage zu Lasten oder zu Gunsten⁶⁵ seines Angehörigen bewirken. Eine entsprechende Gefahr besteht bei einer richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren

⁶⁴ Siehe nochmals BGH, Urt. v. 12.2.2004 – 3 StR 185/03, Rn. 17 = BGHSt 49, 72 (77), wo der Bezugspunkt der Unumkehrbarkeit der Aussage nicht benannt wird.

⁶⁵ Die Konstellation der Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung nach einer – nach Ansicht der Richter wohl möglicherweise unwahren (vgl. Rn. 6) – den Angehörigen begünstigenden Zeugenaussage im Ermittlungsverfahren liegt BVerfG, Urt. v. 25.9.2003 – 2 BvR 1337/03 zugrunde.

nicht. Denn hier macht sich der Zeuge im Falle einer Falschaussage schon bei der ersten Vernehmung sicher nach § 153 StGB strafbar. Angesichts dieses Strafbarkeitsrisikos und der entsprechenden Belehrung durch den Ermittlungsrichter darf man in die Wahrheit der Angaben des richterlich vernommenen Zeugen zudem größeres Vertrauen setzen.⁶⁶ Damit ist es auch unter den Gesichtspunkten des Missbrauchspotentials und der Vertrauenswürdigkeit der früheren Zeugenaussage eher gerechtfertigt, einen Richter als einen Polizeibeamten oder einen Staatsanwalt in der Hauptverhandlung als Zeugen über die früheren Angaben der Aussageperson zu vernehmen, die nun das Zeugnis verweigert.

Überdies hat die Ausnahme vom Verwertungsverbot bei richterlichen Vernehmungen, die anhand der materiellen Güterabwägung begründbar ist, auch eine willkommene Folge für den generellen Zeugenschutz. Denn durch die Ausnahme wird die verbindliche Entscheidung des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen auf den Zeitpunkt der ermittelungsrichterlichen Vernehmung vorverlagert.⁶⁷ Versuche des Beschuldigten oder von Personen aus seinem sozialen Umfeld, den Zeugen doch noch – ggf. unter Anwendung nicht unerheblicher Repressalien – zur Zeugnisverweigerung zu bewegen, werden damit von vornherein sinnlos, weil ja die einmal getätigte Aussage auch im Falle der späteren Zeugnisverweigerung verwertbar bleibt.⁶⁸

Auch vor dem Hintergrund dieser Aspekte kann die gesetzliche Einführung einer Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO für ermittelungsrichterliche Vernehmungen materiell damit insgesamt befürwortet werden. Es wäre deshalb zu begrüßen, wenn der Große Senat eine entsprechende Aufforderung an den Gesetzgeber aussprechen würde.

IV. Qualifizierte Belehrung als Voraussetzung der Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung

Die implizite Vorlagefrage, ob die Ausnahme vom Verwertungsverbot bei richterlichen Vernehmungen gerechtfertigt ist, ist in materieller Hinsicht damit positiv beantwortet worden. Es bleibt deshalb die vom 2. Senat direkt gestellte Frage zu klären, ob eine qualifizierte Belehrung über den Inhalt dieser Ausnahme Voraussetzung dafür ist, die Ausnahme auch zur Anwendung bringen zu können.

Entscheidendes Kriterium muss auch insoweit die Bewusstseinslage des Zeugen sein. Sie ist zwar bei richterlichen Vernehmungen durch den Hinweis auf mögliche Strafbarkeitsfolgen geschärft. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, den Zeugen über andere Folgen seiner Entscheidung zur Aussage vor dem Ermittlungsrichter im Dunkeln zu lassen. Bejaht man die Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO

⁶⁶ Vgl. *El-Ghazi/Merold*, StV 2012, 250 (251), Fn. 17 und begleitender Text.

⁶⁷ Siehe Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (27).

⁶⁸ Vgl. BGH Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 17 = BGHSt 2, 99 (109); BGH, Urt. v. 16.3.1977 – 3 StR 327/76, Rn. 14 = BGHSt 27, 139 (143); BGH, Urt. v. 8.12.1999 – 5 StR 32/99, Rn. 22 = BGHSt 45, 342 (347 f.); Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (26 f., 59).

bei ermittelungsrichterlichen Vernehmungen, ist es vielmehr schon aus rechtsstaatlichen Gründen⁶⁹ erforderlich, dem Zeugen auch vor Augen zu führen, dass sein Beitrag zur Wahrheitsfindung, den er mit der Aussage im Ermittlungsverfahren leistet, unumkehrbar ist. Geschieht dies nicht, kann das Wahrheitserforschungsinteresse das Interesse des Zeugen am Erhalt der Dispositionsbefugnis über seine Angaben nie überwiegen. Denn in dieser Situation würde die Informations- und Bewusstseinslage des Zeugen im Ganzen betrachtet keine vollumfänglich durchdachte Entscheidung über seine Aussagebereitschaft im Ermittlungsverfahren gewährleisten. Damit würde stets ein Zeugenschutzbedürfnis hervorgerufen, das bei der Güterabwägung gegenüber dem Interesse an der Effektivität der Strafrechtspflege maßgeblich ins Gewicht fallen muss.

Uneingeschränkt zuzustimmen ist deshalb der von der bisherigen Rechtsprechung⁷⁰ abweichenden Einschätzung des 2. Strafsenats, die Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO bei ermittelungsrichterlichen Vernehmungen setze stets voraus, dass der Zeuge ausdrücklich auch darüber belehrt worden ist, dass seine im Ermittlungsverfahren getätigte Aussage auch im Falle der Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung verwertbar bleibt.⁷¹ Erst diese qualifizierte Belehrung über die Ausnahme vom Verwertungsverbot selbst gewährleistet sicher, dass alle⁷² ermittelungsrichterlich vernommenen Zeugen davon Kenntnis haben, dass ihre Entscheidung zur Aussage nicht nur im Hinblick auf mögliche Strafbarkeitsfolgen, sondern auch im Hinblick auf die Verwertbarkeit der Aussage zum Zwecke der Wahrheitsfindung unumkehrbar ist. Somit wird erst mit der qualifizierten Belehrung

die *umfassende* Informations- und geschärfte Bewusstseinslage des Zeugen geschaffen, die zur Legitimation der Ausnahme erforderlich ist.⁷³

Zwar wird dem entgegengehalten, ein Zeuge müsse nicht einmal bei seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung darüber belehrt werden, dass er den Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht noch während der Vernehmung widerrufen kann (siehe § 52 Abs. 3 S. 2 StPO)⁷⁴. Deshalb sei es erst recht nicht geboten, ihn bei einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung vorsorglich darüber zu belehren, welche Konsequenzen es für die Verwertbarkeit seiner Aussage habe, wenn er sein Zeugnisverweigerungsrecht in der späteren Hauptverhandlung ausüben sollte.⁷⁵

Diese Argumentation kann jedoch nicht überzeugen⁷⁶: Eine in der Hauptverhandlung getätigte Zeugenaussage bleibt zwar auch dann verwertbar, wenn der Zeuge seinen Verzicht auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts noch während der Vernehmung widerruft.⁷⁷ Damit ist die Entscheidung, in der Hauptverhandlung auszusagen, im Hinblick auf ihre Verwertbarkeit zum Zwecke der Wahrheitsfindung ebenso endgültig wie die Entscheidung, bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung auszusagen. Anders verhält es sich jedoch mit der Bewusstseinslage des Zeugen. Im Hinblick auf diese ist die Situation der Hauptverhandlung der der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren gerade nicht vergleichbar.⁷⁸ Nur die Hauptverhandlung stellt nämlich ein Umfeld dar, in dem einem Zeugen die Bedeutung seiner Aussage für den angehörigen Angeklagten bewusst sein muss.

So steht der Angeklagte in der Hauptverhandlung in aller Regel leibhaftig vor dem Zeugen. Nur ausnahmsweise kann er der Zeugenvernehmung auf Anordnung des Gerichts gemäß § 247 S. 1-3 StPO fernbleiben. Dies ist im Hinblick auf die Sensibilisierung des Zeugen für die Bedeutung seiner Aussage aber deshalb unschädlich, weil die von § 247 StPO erfassten Ausnahmefälle ganz besondere, herausgehobene Konfliktsituationen des Zeugen oder des Angeklagten betreffen, in denen diese Sensibilisierung ausnahmsweise ohnehin fast sicher gegeben ist. Zudem sagt der Zeuge im Gerichts-

⁶⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 26 = NStZ 2014, 596 (599): „Eine Effektivität der Strafrechtspflege, welche ihre Kraft wesentlich darauf stützte, dass Personen, deren Rechte dem Schutz des Gesetzes und der Strafverfolgungsorgane anvertraut sind, bewusst unzureichend über ihre Rechtsstellung aufgeklärt werden, wäre eines Rechtsstaats nicht würdig“; vgl. auch BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 27.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 29.6.1983 – 2 StR 150/83, Rn. 31 = BGHSt 32, 25 (31 f.).

⁷¹ BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 20 = NStZ 2014, 596 (598); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 21; eine solche qualifizierte Belehrung befürworten grundsätzlich auch Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (26, 28); *El-Ghazi*, JR 2015, 343 (344, 346); *Henckel*, HRRS 2014, 482 (485); *Jahn*, JuS 2014, 1138 (1139 f.); *Julius*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 252 Rn. 2; *Meyer*, StV 2015, 319 (323).

⁷² Wie der 2. Strafsenat ausdrücklich anerkennt, werden ansonsten zwar nicht alle, aber doch einzelne richterlich vernommene Zeugen davon ausgehen, dass sie weiterhin frei über die Verwertbarkeit ihrer Angaben im Ermittlungsverfahren entscheiden können: BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 23 = NStZ 2014, 596 (598); siehe BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 26; siehe auch *El-Ghazi*, JR 2015, 343 (344).

⁷³ Vgl. BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 20 = NStZ 2014, 596 (598); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 21; vgl. auch *Henckel*, HRRS 2014, 482 (485).

⁷⁴ BGH, Urt. v. 11.10.1968 – 1 StR 367/68, Rn. 10; BGH, Urt. v. 28.11.1972 – 1 StR 457/72, Rn. 6 f.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 29.6.1983 – 2 StR 150/83, Rn. 31 = BGHSt 32, 25 (31 f.).

⁷⁶ Siehe BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 25 = NStZ 2014, 596 (598 f.); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 29; zustimmend *Jahn*, JuS 2014, 1138 (1140).

⁷⁷ BGH, Urt. v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51, Rn. 14 = BGHSt 2, 99 (106 f.); BGH, Urt. v. 28.1.2004 – 2 StR 452/03, Rn. 7 = NJW 2004, 1466 (1467) m.w.N.; *Senge* (Fn. 61), § 52 Rn. 42 m.w.N.

⁷⁸ BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 25 = NStZ 2014, 596 (598 f.); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 29; a.A.: BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 ARS 21/14, Rn. 21.

saal jedenfalls vor dem Richter und dem Staatsanwalt, in der Regel eben auch vor dem Angeklagten und oftmals noch vor weiteren Personen aus. Bei lebensnaher Betrachtung wird man kaum annehmen können, der Zeuge, der seine Aussage vor einer solchen Vielzahl von Personen in der besonderen Atmosphäre eines Gerichts tätigt, gehe davon aus, diese Aussage später wieder „ungeschehen“ machen zu können. Vielmehr wird er erwarten, dass seine Angaben auch in ihrer Dimension als Beitrag zur Wahrheitsfindung unumkehrbar sind und deshalb maßgebliche Folgen für den verwandten Angeklagten haben können. Der Zeuge wird sich in der Hauptverhandlung somit sehr bewusst für oder gegen eine Aussage entscheiden. Bei fehlenden gegenteiligen Anhaltspunkten besteht folglich auch keinerlei Anlass zu unterstellen, er könne seinen Willen möglicherweise kurzfristig wieder ändern.⁷⁹ Unter dem Aspekt des Zeugenschutzes ist es deshalb nicht geboten, den Zeugen in der Hauptverhandlung darüber zu belehren, dass er seine Aussagebereitschaft noch während der Vernehmung widerrufen kann, seine bis dahin getätigte Aussage aber dennoch verwertbar bleibt.

Zwischen der ermittelungsrichterlichen Vernehmung und der Hauptverhandlung liegt hingegen häufig eine längere Zeitspanne. Hier besteht daher durchaus Anlass, zu erwägen, dass der Zeuge seine Einstellung zu seiner Aussagebereitschaft noch ändert.⁸⁰ Zudem ist der angehörige Beschuldigte bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung – anders als in der Hauptverhandlung – oft nicht anwesend. Vielmehr sitzen sich häufig allein der Zeuge und der Richter gegenüber. In dieser Situation kann dem Zeugen die Bedeutung seiner Aussage für seinen Angehörigen und die Endgültigkeit des mit der Aussage geleisteten Beitrags zur Wahrheitsfindung deshalb durchaus weniger bewusst sein als in der Hauptverhandlung.⁸¹

Damit ist die Bewusstseinslage des Zeugen bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung gegenüber seiner Bewusstseinslage in der Hauptverhandlung defizitär. Eine qualifizierte Belehrung kann deshalb nur in der Situation der ermittelungsrichterlichen Vernehmung als unerlässlich eingestuft werden.

V. Ergebnis: Erfordernis einer gesetzlichen Regelung der Ausnahme und der qualifizierten Belehrungspflicht

Die materiell gerechtfertigte⁸² Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO bei ermittelungsrichterlichen Vernehmungen wird momentan im Widerspruch zur derzeitigen Gesetzeslage allein durch die Rechtsprechung begründet.⁸³ Eine in materieller Hinsicht erforderliche⁸⁴ Pflicht zur qualifizierten Belehrung über das Bestehen der Ausnahme könnte

in dieser Situation wiederum nur durch die Rechtsprechung eingeführt werden. Denn das gegen die qualifizierte Belehrungspflicht angeführte Argument, es fehle ihr an einer gesetzlichen Grundlage,⁸⁵ geht offensichtlich fehl: Hinsichtlich einer ungeschriebenen Ausnahme kann nicht verlangt werden, dass die Belehrung über sie gesetzlich verankert ist.⁸⁶ Würde aber auch die qualifizierte Belehrungspflicht über die von der Rechtsprechung unzulässigerweise angenommene Ausnahme allein richterrechtlich begründet, wäre dies ein illegitimer Ausbau selbst schon illegitimen Richterrechts.⁸⁷

Wenn die für ermittelungsrichterliche Vernehmungen materiell gerechtfertigte Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO hingegen – wie es wünschenswert ist⁸⁸ – ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen würde, müsste auch die qualifizierte Belehrungspflicht als notwendige Voraussetzung der Anwendung der Ausnahmeregelung gesetzlich verankert werden.⁸⁹

Eine zu begrüßende Antwort auf die Vorlagefrage des 2. *Senats* bestünde nach alledem aus drei Elementen: In Reaktion auf die implizite Vorlagefrage wäre die bisher rein richterrechtlich begründete Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO als mit der derzeitigen Gesetzeslage unvereinbar abzulehnen. Zugleich sollte an den Gesetzgeber appelliert werden, diese Ausnahme explizit gesetzlich vorzuschreiben. Zusätzlich wäre in Reaktion auf die direkt gestellte Vorlagefrage zu fordern, ebenfalls explizit gesetzlich vorzusehen, dass die Ausnahme vom Verwertungsverbot von der qualifizierten Belehrung des Zeugen über den Ausnahmeinhalt abhängig ist.

⁷⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 25 = NStZ 2014, 596 (598).

⁸⁰ BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 25 = NStZ 2014, 596 (598 f.).

⁸¹ BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 25 = NStZ 2014, 596 (598 f.).

⁸² Siehe oben III.

⁸³ Siehe oben II.

⁸⁴ Siehe oben IV.

⁸⁵ So aber BGH, Urt. v. 30.8.1984 – 4 StR 475/84, Rn. 4 = NStZ 1985, 36; BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – 4 ARs 21/14, Rn. 7 = NStZ-RR 2015, 48; BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 ARs 21/14, Rn. 12.

⁸⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 2 StR 656/13, Rn. 24 = NStZ 2014, 596 (598); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 StR 656/13, Rn. 25; zustimmend *El-Ghazi*, JR 2015, 343 (346); *Jahn*, JuS 2014, 1138 (1139).

⁸⁷ *El-Ghazi*, JR 2015, 343 (346).

⁸⁸ Siehe die Schlussfolgerung unter III. 4.; ebenso Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (26 f.) und zustimmend hinsichtlich des Erfordernisses eines Tätigwerdens des Gesetzgebers *El-Ghazi*, JR 2015, 343 (346); *Jahn*, JuS 2014, 1138 (1140).

⁸⁹ Vgl. den Regelungsvorschlag im Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (26).