

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A wird vom LG Köln wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Das Gericht stützt die Verurteilung auf Angaben, die As Tochter B im Rahmen des Ermittlungsverfahrens bei ihrer Vernehmung durch einen Ermittlungsrichter getätigt hat. Erst in der Hauptverhandlung macht B von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO<sup>2</sup> Gebrauch.

A greift seine Verurteilung mit der Revision zum BGH an. Er sieht in der Verurteilung einen Verstoß gegen die §§ 252, 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3. Seine Verurteilung sei vor allem auf die Angaben seiner Tochter gestützt worden, die diese im Ermittlungsverfahren getätigt hat. Eingebracht wurde die Aussage durch Vernehmung des Ermittlungsrichters im Hauptverfahren, nachdem B von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hatte. Dies geschah, obwohl B in der Hauptverhandlung darauf hingewiesen hatte, dass sie mit einer Verwertung ihrer zuvor gemachten Angaben nicht einverstanden sei. A ist der Meinung, bereits der Ermittlungsrichter habe über eine etwaige Verwertbarkeit der durch die ermittelungsrichterliche Vernehmung erlangten der Zeugenaus-

März 2017

## Ermittlungsrichter-Fall

*Zeugnisverweigerungsrecht / qualifizierte Belehrung / Ermittlungsrichterprivileg / Verwertungsverbot*

§§ 252, 52 StPO

### Famos-Leitsätze:

1. Macht ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, so kann die Aussage vor dem Ermittlungsrichter durch Vernehmung des Ermittlungsrichters verwertet werden.
2. Einer qualifizierten Belehrung, die über die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht hinausgehend eine mögliche Verwertung der Aussage im Hauptverfahren beinhaltet, bedarf es nicht.

BGH, Beschluss vom 15. Juli 2016 - GSSt 1/16; veröffentlicht in NJW 2017, 94.

sage in der Hauptverhandlung belehren müssen.

Gem. § 132 GVG fragt der Zweite Strafsenat bei den anderen Strafsenaten an, ob sie von ihrer bisherigen Rechtsprechung abrücken und eine qualifizierte Belehrung neben der Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht bei einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung für erforderlich halten, um für den Fall, dass ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, diesen auf die Verwertbarkeit der Aussage im weiteren Verfahren hinzuweisen. Die anderen Strafsenate teilen die Rechtsauffassung des Zweiten Senats nicht, woraufhin dieser sein Anliegen als Rechtsfrage dem Großen Senat für Strafsachen vorlegt.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum des Falles stehen zwei Rechtsfragen. Darf der Ermittlungsrichter über die Zeugenaussage der B im Ermittlungsverfahren vernommen werden, wenn diese erst im Hauptverfahren von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 Gebrauch macht? Dies betrifft die Frage des Umfangs des Verwertungsverbots gem. § 252. Und hätte sie, wenn dies bejaht wird, bereits vom Ermittlungsrichter im Hinblick auf die Konsequenzen ihrer Aussage und deren Verwertung in der Hauptverhandlung „qualifiziert“ belehrt werden müssen?

Ausgangspunkt dieser Problematik ist das Verständnis und die Auslegung des § 252. Danach darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht das Zeugnis zu verweigern (§ 52) Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Er statuiert damit das Verbot der Protokollverlesung nach einer Zeugnisverweigerung.

Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts für nahe Angehörige ist es, sie vor einer Zwangslage zu bewahren. Sie können durch ihre Verbindung zum Angeklagten leichter in eine schwere Konfliktlage geraten, da sie auf der einen Seite der Aussagepflicht folgen wollen bzw. müssen und auf der anderen Seite den Wunsch haben, den Betreffenden nicht zu belasten.<sup>3</sup> Eine uneingeschränkte Aussage könnte den Familienfrieden nachhaltig beeinträchtigen und liefe damit auch dem in Art. 6 GG verankerten Prinzip des Schutzes der Familie zuwider.<sup>4</sup> Macht der Zeuge erst während der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Ge-

brauch, so ist bezüglich der früheren Aussage grundsätzlich das Protokollverlesungsverbot gem. § 252 einschlägig.

Neben dem ausdrücklich normierten Verlesungsverbot wird nach überwiegender Auffassung der Regelung ein umfassendes **Verwertungsverbot** entnommen.<sup>5</sup> Die vor der Hauptverhandlung gemachten Aussagen dürfen demnach weder durch Verlesen der Vernehmungsprotokolle noch durch die Vernehmung der (nicht-richterlichen) Verhörspersonen eingeführt werden.<sup>6</sup>

Es ist streitig, ob in gewissem Umfang **Ausnahmen** von diesem umfassenden Verwertungsverbot des § 252 zulässig sind. Nach h.M. sollen solche Aussagen ausgenommen werden, die der Zeuge nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht vor einem Ermittlungsrichter getätigt hat, sog. Ermittlungsrichterprivileg.<sup>7</sup> Früher wurde dies durch den BGH damit begründet, dass nach der damaligen Rechtslage nur den Ermittlungsrichter eine Belehrungspflicht traf.<sup>8</sup> Seit Inkrafttreten der Belehrungspflicht für Vernehmungen durch die Polizei und die Staatsanwaltschaft ist diese Begründung jedoch hinfällig geworden. Seitdem wird die Ausnahme darauf gestützt, dass das Gesetz durch die §§ 168 c, 251 Abs. 2, 254, 255a den höheren Stellenwert einer richterlichen Vernehmungen belege.<sup>9</sup> Ferner beruft sich die Rechtsprechung auf eine Güterabwägung.<sup>10</sup> Es gebe ein Span-

<sup>3</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 24 Rn. 9; *Velten*, in SK-StPO, 5. Aufl. Bd. 5, 2016, § 252 Rn. 7.

<sup>4</sup> BGHSt 12, 235, 239; *Meyer-Goßner*, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 52 Rn. 1.

<sup>5</sup> BGHSt 2, 99, 104 f.; *Velten*, in SK (Fn. 3), § 252 Rn. 3; a.A. RGSt 5, 142 f.; 16, 119 f.; 48, 246; 72, 221 f.

<sup>6</sup> BGHSt 2, 99, 104 ff.; 7, 194 f.; 32, 25, 29; 45, 342, 345; *Ellbogen*, in MüKo, StPO, 2016, § 252 Rn. 1; *Furhmann*, JuS 1963, 273; *Velten*, in SK (Fn. 3), § 252 Rn. 3a.

<sup>7</sup> BGH NJW 2000, 1274, 1275; *Sander/Cirener*, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2010, § 252 Rn. 9.

<sup>8</sup> BGH NJW 1952, 356.

<sup>9</sup> BGH NJW 2000, 1274, 1275; *Sander/Cirener*, in Löwe/Rosenberg (Fn. 7), § 252 Rn. 9.

<sup>10</sup> BGH NSTZ 2014, 596, 597.

nungsverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege und dem Interesse des Zeugen, sich die Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts bis zur Hauptverhandlung vorzubehalten.<sup>11</sup> Letzteres überwiegt grundsätzlich in § 252.

Andererseits spricht sich eine andere Auffassung **gegen eine Ausnahme** vom umfassenden Verwertungsverbot aus.<sup>12</sup> Diese Ausnahme finde bereits im Gesetzeswortlaut des § 252 keine Stütze. Vielmehr stelle die ermittelungsrichterlich begründete Ausnahme eine mit der Gesetzlage unvereinbare Rechtsfortbildung dar.<sup>13</sup> Sie sei eine bloße „kriminalpolitische Zweckmäßigkeitsentscheidung“<sup>14</sup>, um Beweisverluste, die eine konsequente Anwendung des Verwertungsverbots mit sich bringen würde, zu vermeiden. Dies sei eine völlige Umgehung des ausdrücklich verbotenen Verlesungsverbots. Auch könne die Konfliktsituation des Zeugen nicht durch eine Belehrung beseitigt werden. Die Zulässigkeit richterlicher und nicht-richterlicher Verhörspersonen müsse vielmehr einheitlich beurteilt werden.<sup>15</sup> Vertreter dieser Auffassung führen darüber hinaus ein historisches Argument an. Nach den Materialien zur Entstehungsgeschichte habe der Gesetzgeber mit § 252 bereits die Grundentscheidung getroffen, dem Zeugen bis zur Hauptverhandlung und nicht nur bis zur ersten ermittelungsrichterlichen Ver-

nehmung die freie Entscheidung zuzugestehen, ob seine Aussage verwertet werden darf.<sup>16</sup>

Hält man mit der h.M. eine Ausnahme vom umfassenden Verwertungsverbot des § 252 jedoch für zulässig, stellt sich folgerichtig die Frage nach den **Voraussetzungen der Belehrung** im Ermittlungsverfahren. Diesbezüglich hält es die bisherige Rechtsprechung nicht für erforderlich, dass der Zeuge neben der Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 auch noch „qualifiziert“ darüber belehrt werden muss, dass seine Angaben nach einer späteren eventuellen Zeugnisverweigerung durch Vernehmung eines Ermittlungsrichters verwertbar blieben. Begründet wird dies unter anderem damit, dass man den Zeugen nicht auf die Möglichkeit des Widerrufs des Verzichts auf das Zeugnisverweigerungsrechts „stoßen“ solle (vgl. § 52 Abs. 3 Satz 2). Schon allein aus diesem Grund sei eine qualifizierte Belehrung bei einer lediglich ermittelungsrichterlichen Vernehmung nicht erforderlich. Für eine solche Belehrungs- bzw. Hinweispflicht fehle es außerdem an einer gesetzlichen Regelung.<sup>17</sup>

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung fordert der Zweite Strafsenat des BGH hingegen eine **qualifizierte Belehrung** des Zeugen bei der im Ermittlungsverfahren durchgeführten richterlichen Vernehmung. Eine solche Belehrung solle beinhalten, dass der Zeuge über die bleibende Verwertbarkeit der Aussage trotz geltend gemachten Zeugnisverweigerungsrechts in der Hauptverhandlung informiert wird.<sup>18</sup> Erst die qualifizierte Belehrung über die Ausnahme vom Verwertungsverbot versetze den ermittelungsrichter-

<sup>11</sup> BGHSt 45, 342, 346; 46, 189, 195 f.

<sup>12</sup> *Beulke*, StPO, 12. Aufl. 2012, Rn. 420; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 1287 f.; *Hartmann/Schmidt*, Strafprozessrecht, 2008, Rn. 918; *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2006, Rn. 670; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2015, § 21 Rn. 66.

<sup>13</sup> *El-Ghazi*, JR 2015, 343, 344 f.; *Ellbogen*, in MüKo (Fn. 6), § 252 Rn. 1.

<sup>14</sup> *Eisenberg*, NStZ 1988, 488 f.; *Sander/Cirener*, in Löwe/Rosenberg (Fn. 7), § 252, Rn. 10.

<sup>15</sup> BGH NStZ 2014, 596; *Beulke* (Fn. 12), Rn. 420; *Roxin/Schünemann* (Fn. 3), § 46 Rn. 29.

<sup>16</sup> BGHSt 45, 203, 208.

<sup>17</sup> BGH NStZ 2014, 596, 598 ff.; 1985, 36; *Meyer-Goßner*, in Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 4), § 52 Rn. 26.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2014, 598; vgl. auch *El-Ghazi*, JR 2015, 343 f.; *Jahn*, JuS 2014, 1138 ff.

lich vernommenen Zeugen in die Lage, über seine Aussagebereitschaft und deren mögliche Folgen für das spätere Verfahren, aber auch im Hinblick auf die Verwertbarkeit der Aussage zu entscheiden.<sup>19</sup> Erst mit einer qualifizierten Belehrung werde die umfassende Informations- und geschärfte Bewusstseinslage des Zeugen geschaffen, die zur Legitimation der Ausnahme erforderlich sei.<sup>20</sup> Zumal zwischen der ermittelungsrichterlichen Vernehmung und der Hauptverhandlung oftmals eine zeitliche Zäsur liege und sich lediglich Zeuge und Ermittlungsrichter gegenüber sitzen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Große Senat hält an seiner früheren Rechtsprechung und den Ausnahmen vom umfassenden Verwertungsverbot nach § 252 fest. Er bestätigt die Möglichkeit, den Ermittlungsrichter im Hauptverfahren über die Angaben eines Zeugen zu vernehmen, die dieser im Ermittlungsverfahren gemacht hat. Dem Wortlaut des § 252 zufolge bestehe ohnehin nur ein Protokollverlesungsverbot. Auch in systematischer Hinsicht vermittele § 252 kein derartiges Verwertungsverbot. Zudem stehe diese Möglichkeit der Verwertung der Aussage dem Willen des Gesetzgebers und damit dem Sinn und Zweck des § 252 nicht entgegen. Das bereits genannte Spannungsverhältnis, in dem sich ein Zeuge mit Zeugnisverweigerungsrecht befinde, wirke sich in solchen Fällen zugunsten des öffentlichen Interesses aus. Außerdem räume der Gesetzgeber der Zeugenvernehmung durch einen Ermittlungsrichter an verschiedenen Stellen eine besondere Bedeutung ein.<sup>21</sup> Ferner trage § 52 der besonderen Lage des Zeugen Rechnung und damit seinem Interesse, gegenüber dem Be-

schuldigten seine soziale Bindung zu wahren. Die von der Reichsjustizkommission vorgeschlagene Fassung, die dem heutigen § 252 entspricht, seien unverändert übernommen worden. Bis heute habe der Gesetzgeber keinen Anlass gesehen, die Auslegung der Norm durch die Rechtsprechung zu korrigieren. Er habe auch an dieser Ansicht festgehalten, als die Vorschrift des § 163a Abs. 5 a.F. eingeführt wurde, nach der sowohl Staatsanwaltschaft als auch Polizei verpflichtet wurden, den Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren.

Die daraus folgende unterschiedliche Behandlung von richterlichen und nicht-richterlichen Vernehmungen begründet der Große Senat schließlich mit dem allgemein höheren Vertrauen des Gesetzes in ermittelungsrichterliche Vernehmungen. Auch sei für den Zeugen die gesteigerte Bedeutung einer Vernehmung vor dem Ermittlungsrichter erkennbar.

Für die Einführung und Verwertung des Inhalts der Bekundungen des Zeugen hält der BGH es jedoch für erforderlich, dass der Ermittlungsrichter ihn über sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 belehrt. Einer darüber hinausgehende qualifizierte Belehrung über die Möglichkeit der Verwertung der Aussage im weiteren Verfahren bedarf es nach Meinung des Großen Senats hingegen nicht. Eine solche sei schon deshalb nicht notwendig, da im Vergleich mit der Rechtslage bei einem Beschuldigten, dessen Aussagefreiheit und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung in der Verfassung verankert sind, auch dieser lediglich über seine Aussagefreiheit in Kenntnis gesetzt werden müsse. Lässt er sich dennoch zur Sache ein, können seine Angaben später jedenfalls durch Zeugnis der Vernehmungsperson in das weitere Verfahren eingeführt und verwertet werden. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich um eine nicht-richterliche oder ermittelungsrichterliche Vernehmung handle, wenn der Beschuldigte

<sup>19</sup> BGH NStZ 2014, 596, 598 f.

<sup>20</sup> BGH NStZ 2014, 596, 598; vgl. auch *El-Ghazi*, JR 2015, 343 f.; *Jahn*, JuS 2014, 1138 ff.

<sup>21</sup> Vgl. z.B. § 251 Abs. 2, § 168c Abs. 2 und § 161a Abs. 1 Satz 3.

sich in der Zwischenzeit entschlossen hat, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Außerdem sei die Position des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen zwar ebenfalls von großer, aber nicht von höherer Bedeutung als die Position des Beschuldigten. Eine Belehrung, die für den Zeugen, nicht aber für den Beschuldigten, gilt, führe zu einem Wertungswiderspruch.

#### **4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis**

Für die juristische Ausbildung ist die Entscheidung des Großen Senats nicht nur besonders examensrelevant, sondern bietet den Studierenden eine lehrbuchartig strukturierte Argumentation für die Behandlung des § 252. In Zukunft kann von den Studierenden beispielsweise in einer strafprozessualen Zusatzfrage erwartet werden, dass sie nicht nur Antwort auf die Frage geben, ob eine Zeugenaussage durch Vernehmung des Ermittlungsrichters verwertet werden darf. Vielmehr müssen sie in einem Streit erörtern, wie eine Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 begründet wird und ob darüber hinaus besondere Voraussetzungen an eine Belehrung gestellt werden. Für die Praxis hat der Große Senat endgültig über die Zulässigkeit einer Vernehmung des Ermittlungsrichters und die Anforderungen an die Belehrung entschieden. Dies bietet Rechtssicherheit und sollte zukünftig eine einheitliche Rechtsprechung zur Folge haben. Von nun an können die Gerichte mit Gewissheit die Aussage eines Angehörigen durch die Vernehmung eines Ermittlungsrichters in den Prozess einführen und als Beweis verwerten. Ferner muss der Zeuge wie bisher nicht qualifiziert belehrt werden.

#### **5. Kritik**

Im Hinblick auf die hier behandelte Problematik sind verschiedene Lösungswege denkbar: So könnte man der Meinung folgen, die ein absolutes Verwertungsverbot für sämtliche Verhörspersonen statuiert. Eine andere

Lösung wäre, eine Ausnahme vom umfassenden Verwertungsverbot anzunehmen, die entweder nur für die ermittelungsrichterliche Vernehmung oder sogar für alle, auch nicht-richterlichen, Verhörspersonen, also auch Staatsanwaltschaft und Polizei, gelten könnte. Diese Alternativen könnten jeweils mit oder ohne qualifizierte Belehrung diskutiert werden.

Vorzugswürdig erscheint es, für sämtliche Verhörspersonen eine Ausnahme vom umfassenden Verwertungsverbot des § 252 unter der Bedingung anzunehmen, dass eine qualifizierte Belehrung stattfindet. Diese soll dem Zeugen vor Augen führen, dass sein Beitrag zur Wahrheitsfindung, den er mit der Aussage im Ermittlungsverfahren leistet, unumkehrbar ist. Denn nur dann kann man davon ausgehen, dass der Zeuge „in Kenntnis der Tragweite seines Verhaltens“<sup>22</sup> aussagen kann. Eine qualifizierte Belehrung könnte bei einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung auch die mögliche Strafbarkeit wegen einer Falschaussage beinhalten. So würde die Bewusstseinslage geschärft, da der Zeuge im Hinblick auf mögliche strafrechtliche Konsequenzen einer Falschaussage aufgeklärt ist und ihm insofern auch seine strafrechtliche Tragweite der Aussage erläutert wird.

Ferner liegt oftmals zwischen der ermittelungsrichterlichen Vernehmung und der Hauptverhandlung eine längere Zeitspanne. Hier muss man in Betracht ziehen, dass der Zeuge seine Einstellung zu seiner Aussagebereitschaft noch ändern kann. Zudem ist der angehörige Beschuldigte bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung in den meisten Fällen nicht anwesend, sondern nur der Zeuge und der Ermittlungsrichter. 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

<sup>22</sup> BGHSt 13, 394, 396; BGH NSTZ 2014, 596, 598.

durchaus weniger bewusst sein als in der Hauptverhandlung, da er dort in der Regel dem Angeklagten, seinem Angehörigen, gegenüber sitzt.<sup>23</sup> Durch die qualifizierte Belehrung würde so einerseits die Stresssituation des Zeugen in der Verhandlung vermieden und andererseits seinem Privatleben dahingehend ausreichend Rechnung getragen, indem er selbst entscheiden kann, ob und inwiefern er seinen Angehörigen belastet. Ansonsten wäre es fraglich, ob ihm die Tragweite seiner Aussage trotz bestehenden Zeugnisverweigerungsrechts überhaupt bewusst ist.

Außerdem stellt der Große Senat schwer nachvollziehbar dar, weswegen die Qualität einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung höher sein soll als bei anderen Vernehmungen und weswegen deshalb der Zeuge ein besonderes Bewusstsein in Bezug auf seine Aussage habe.<sup>24</sup> Die Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt, zumal der Aussagende aus seiner Sicht bei allen Vernehmungen der gleichen Vernehmungs- und daraus resultierenden Stresssituation ausgesetzt ist.

Auch wenn es der qualifizierten Belehrung an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, ist anzumerken, dass es sich bei der Ausnahme vom Verwertungsverbot ebenfalls um ungeschriebenes Richterrecht handelt, weswegen dieses Argument nicht überzeugt.

Zusammenfassend kann insofern also angemerkt werden, dass es wünschenswert gewesen wäre, wenn sich der Große Senat zumindest zugunsten einer qualifizierten Belehrung entschieden hätte. Zudem sollte die Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen und dabei als Voraussetzung derselben auch die qualifizierte Belehrungspflicht gesetzlich normiert werden.

(Amanda Hermann / Chiara Streitböcker)

---

<sup>23</sup> BGH NSTZ 2014, 596, 598 f.

<sup>24</sup> Vgl. auch *Beulke* (Fn. 12), Rn. 420; *Eisenberg*, NSTZ 1988, 488 f.; *Roxin/Schünemann* (Fn. 3), § 46 Rn. 29.