

**Maximilian Freistühler**

**Anwesenheitsrechte  
der Verfahrensbeteiligten  
bei Vernehmungen im  
Strafverfahren außerhalb  
der Hauptverhandlung**

**Band 20**

**Bochumer Schriften  
zur Rechtsdogmatik  
und Kriminalpolitik**



**Bochumer Schriften**  
**zur Rechtsdogmatik und Kriminalpolitik**

Herausgegeben von

Thomas Feltes, Rolf Dietrich Herzberg und Holm Putzke

**Band 20**

# Anwesenheitsrechte der Verfahrensbeteiligten bei Vernehmungen im Strafverfahren außerhalb der Hauptverhandlung

Maximilian Freistühler



2012

---

Felix-Verlag • Holzkirchen/Obb.

Freistühler, Maximilian: Anwesenheitsrechte der Verfahrensbeteiligten bei Vernehmungen im Strafverfahren außerhalb der Hauptverhandlung / von Maximilian Freistühler – Holzkirchen: Felix-Verlag, 2012 (Bochumer Schriften zur Rechtsdogmatik und Kriminalpolitik; Bd. XX), Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2012

ISBN 978-3-86293-520-8

© 2012 Felix-Verlag GbR, Sufferloher Str. 7, D-83607 Holzkirchen/Obb.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck und sonstige Vervielfältigung, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung des Verlags und Quellenangabe.

Druck: Buchfabrik Halle

Printed in Germany

**ISBN 978-3-86293-520-8**

## Vorwort

Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand im Februar 2012 statt.

Mein herzlicher Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Professor *Dr. Gereon Wolters*. Schon zu Studienzeiten hat er in mir die Begeisterung für das wissenschaftliche Arbeiten geweckt und diese stets gefördert. Zudem durfte ich nach dem Ersten Juristischen Staatsexamen als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl arbeiten. Für seine großartige Unterstützung danke ich ihm sehr. Ihm sowie meinem Zweitberichterstatter, Herrn Rechtsanwalt Professor *Dr. Michael Gubitz*, möchte ich weiter für die zügige Begutachtung herzlich danken.

Zudem danke ich Frau *Andrea Söntgerath* und Frau *Dr. Wiebke Hochhaus* für die Unterstützung beim Korrekturlesen des Manuskripts. Des Weiteren danke ich meinem Kollegen, Herrn *Björn Sendzik*, für die zahlreichen fruchtbaren Diskussionen und die schöne gemeinsame Zeit an der Ruhr-Universität Bochum.

Nicht zuletzt danke ich meiner Freundin, *Linda Wegmann*, für die stetige Unterstützung und Geduld, die sie während meines Promotionsverfahrens aufgebracht hat.

Essen, im März 2012

*Maximilian Freistühler*



## Inhaltsübersicht

<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>IX</b>
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
A. Grundsätzliches zum Strafverfahren .....	1
B. Zweck des § 168c StPO .....	3
C. Struktur und Inhalt.....	6
<b>Erstes Kapitel. Rechtshistorische Entwicklung des § 168c StPO .....</b>	<b>8</b>
A. Vorbemerkung .....	8
B. Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren .....	8
<b>Zweites Kapitel. Anwendungsbereich von § 168c StPO .....</b>	<b>18</b>
A. Richterliche Vernehmung bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung .....	18
B. Verweisungen auf § 168c StPO und ähnliche Situationen.....	28
C. Richterliche Augenscheinseinnahme (§ 168d StPO) .....	58
<b>Drittes Kapitel. Die einzelnen Anwesenheitsrechte im Rahmen des § 168c StPO .....</b>	<b>71</b>
A. Recht auf Anwesenheit des Beschuldigten.....	71
B. Recht auf Anwesenheit der Staatsanwaltschaft .....	72
C. Recht auf Anwesenheit des Verteidigers.....	72
D. Anwesenheitsrechte sonstiger Personen.....	88
E. Richterliche Vernehmung von Mitbeschuldigten .....	96
<b>Viertes Kapitel. Einschränkung von Anwesenheitsrechten (§ 168c Abs. 3 und 4 StPO) .....</b>	<b>111</b>
A. Ausschluss des Beschuldigten nach § 168c Abs. 3 StPO .....	111
B. Nicht auf freiem Fuß befindlicher Angeklagter (§ 168c Abs. 4 StPO) .....	121
C. Kontaktsperre (§§ 31 ff. EGGVG).....	125
<b>Fünftes Kapitel. Befugnisse der nach § 168c StPO zur Anwesenheit Berechtigten .....</b>	<b>130</b>
A. Grundsatz .....	130
B. Fragerecht und andere Mitwirkungsbefugnisse .....	131
<b>Sechstes Kapitel. Pflicht zur Benachrichtigung gem. § 168c Abs. 5 StPO .....</b>	<b>135</b>
A. Grundsatz § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO .....	135
B. Organisatorische und inhaltliche Anforderungen an die Benachrichtigung .....	136
C. Zu benachrichtigende Personen .....	141
D. Wegfall der Benachrichtigungspflicht.....	142
E. (Praktische) Undurchführbarkeit der Benachrichtigung .....	146
F. Terminsverlegung § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO .....	146
G. Vernehmungen im Wege der Rechtshilfe durch ausländische Stellen .....	148

**Siebtens Kapitel. Einschränkung der Benachrichtigungspflicht**

<b>(§ 168c Abs. 5 Satz 2 StPO)</b> .....	156
A. Normenstruktur des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO .....	156
B. Gefährdung des Untersuchungserfolg als zentrales Merkmal .....	158

**Achtes Kapitel. Fehlerfolgen bei Verstößen gegen § 168c StPO**..... 171

A. Konstellationen, in denen ein Verstoß gegen § 168c StPO anzunehmen ist.....	171
B. Heilung von Verstößen gegen § 168c StPO .....	175
C. Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Erkenntnisse.....	175
D. Verwertungsverbot bei Verstößen gegen Beteiligungsrechte des § 168c StPO.....	179
E. Verwertungsverbot bei Verstößen in Mehrpersonenverhältnissen .....	195
F. Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Aussagen .....	205

**Neuntes Kapitel. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit**..... 212

A. Anwendungsbereich von § 168c StPO .....	212
B. Einzelne Anwesenheitsrechte des § 168c StPO .....	214
C. Einschränkung von bestehenden Anwesenheitsrechten .....	216
D. Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 StPO .....	218
E. Einschränkung der Benachrichtigungspflicht .....	220
F. Fehlerfolgen bei Verstoß gegen § 168c StPO.....	222

**Literaturverzeichnis**..... 227



## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	1
A. Grundsätzliches zum Strafverfahren .....	1
B. Zweck des § 168c StPO .....	3
C. Struktur und Inhalt.....	6
<b>Erstes Kapitel. Rechtshistorische Entwicklung des § 168c StPO</b> .....	8
A. Vorbemerkung.....	8
B. Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren .....	8
I. Die Grundsätze der modernen Strafprozessordnung von Februar 1877.....	8
II. Zeitraum von 1877 bis 1965.....	11
III. Zeitraum von 1965 bis heute .....	12
1. Der Entwurf 1909 .....	13
2. Der Entwurf 1919 .....	16
3. Die Emmingerverordnung und der Entwurf eines EGStGB 1930.....	17
a) Die Emmingerverordnung.....	17
b) Entwurf eines EGStGB 1930 .....	18
<b>Zweites Kapitel. Anwendungsbereich von § 168c StPO</b> .....	18
A. Richterliche Vernehmung bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung.....	18
I. Richterliche Vernehmung in unterschiedlichen Verfahrensstadien.....	18
II. Richterliche Vernehmung im Zwischenverfahren (§§ 198 ff. StPO) .....	19
1. Entsprechende Anwendung der §§ 223, 224 StPO.....	20
2. Entsprechende Anwendung des § 168c StPO.....	21
3. Differenzierender Lösungsansatz nach dem Zweck der Vernehmung.....	22
a) Entscheidung des Reichsgerichts.....	23
b) Entscheidung des Bundesgerichtshofs.....	24
4. Fazit.....	26
III. Richterliche Vernehmung im vorbereitenden Verfahren (§§ 213 ff. StPO).....	26
IV. Richterliche Vernehmung im Wiederaufnahmeverfahren (§ 369 StPO).....	27
B. Verweisungen auf § 168c StPO und ähnliche Situationen.....	28
I. Staatsanwaltliche Vernehmung des Beschuldigten (§ 163a Abs. 3 Satz 2 StPO).....	28
II. Staatsanwaltliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (§ 161a StPO) .....	31
III. Polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten (§ 163a Abs. 1, 2, 5 StPO).....	36
1. Rechtslage vor dem 1. StVRG.....	38
2. Rechtslage nach dem 1. StVRG.....	39

3. Anwesenheitsrecht aus § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO.....	39
4. Anwesenheitsrecht aus §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 137 Abs. 1 Satz 1 StPO .....	40
5. Abgeleitetes Anwesenheitsrecht des Verteidigers.....	42
6. Anwesenheitsrecht aus übergeordneten Prinzipien .....	43
a) Prinzip der verfahrensrechtlichen Waffengleichheit.....	44
b) Recht auf ein faires Verfahren .....	46
7. Fazit .....	47
IV. Mündliche Anhörung bei Reststrafenaussetzung (§ 454 Abs. 1 Satz 3 StPO).....	48
1. Allgemeines zur Reststrafenaussetzung gem. § 454 Abs. 1 StPO.....	48
2. Anhörung der Justizvollzugsanstalt (§ 454 Abs. 1 Satz 2 StPO) .....	49
3. Anhörung der Staatsanwaltschaft (§ 454 Abs. 1 Satz 2 StPO).....	49
4. Anhörung des Verurteilten (§ 454 Abs. 1 Satz 2 und 3 StPO) .....	50
5. Anhörung des Verteidigers (§§ 33 Abs. 3, 454 Abs. 1 Satz 2 StPO).....	50
a) Anhörungspflicht und Anwesenheitsrecht des Verteidigers.....	50
b) Anwesenheitsrecht des Verteidigers als „nobile officium“ .....	51
c) BVerfGE 70, 297 und die Reaktion der Rechtsprechung .....	51
d) BVerfG NStZ 1993, 355.....	53
V. Bußgeldverfahren (§ 46 Abs. 1 OWiG).....	55
1. Entwicklung des § 46 Abs. 1 OWiG .....	55
2. Anwendungsbereich des § 46 Abs. 1 OWiG .....	56
3. Anwendbarkeit des § 168c StPO über § 46 Abs. 1 OWiG .....	57
C. Richterliche Augenscheinseinnahme (§ 168d StPO) .....	58
I. Allgemeiner Regelungsgehalt des § 168d StPO.....	58
II. Richterlicher Augenschein – Begrifflichkeit.....	61
1. Prozessuale Bedeutung des Begriffes „Augenschein“ .....	61
2. Die Einnahme richterlichen Augenscheins im Sinne des § 168d StPO.....	62
III. Hinzuziehung eines eigenen Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft .....	63
1. Rechtsstellung und Auswahl des Sachverständigen (§ 73 Abs. 1 Satz 1 StPO) .....	64
a) Auswahlbefugnis aus §§ 161a Abs. 1 Satz 2, 73 Abs. 1 Satz 1 StPO.....	64
b) Wortlaut der §§ 73 Abs. 1 Satz 1 und 161a Abs. 1 Satz 2 StPO .....	65
c) Historischer Befund .....	66
d) Systematische Konzeption der §§ 72 ff. StPO.....	67
e) Teleologische Überlegungen zur Auswahlbefugnis der Staatsanwaltschaft.....	69
2. Entsprechende Anwendung des § 168d Abs. 2 StPO auf die Staatsanwaltschaft .....	70

### **Drittes Kapitel. Die einzelnen Anwesenheitsrechte**

<b>im Rahmen des § 168c StPO</b> .....	71
A. Recht auf Anwesenheit des Beschuldigten.....	71
B. Recht auf Anwesenheit der Staatsanwaltschaft .....	72
C. Recht auf Anwesenheit des Verteidigers.....	72
I. Anwesenheitsrecht des (bestellten) Verteidigers .....	73
II. Pflicht zur Bestellung eines Verteidigers aus §§ 168c, 141 Abs. 3 StPO .....	73
1. Der bereits im Ermittlungsverfahren verteidigte Beschuldigte .....	74
2. Der im Ermittlungsverfahren unverteidigte Beschuldigte .....	75
a) BGHSt 46, 93 .....	75
b) Der nicht verteidigte Beschuldigte .....	76
aa) Notwendige und Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren .....	77
(1) § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO – Prognose der Staatsanwaltschaft .....	79
(2) § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO – Ermessen des Gerichts .....	81
bb) § 168c StPO: nationale Ausgestaltung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK .....	83
c) BGHSt 47, 233 .....	86
d) Fazit .....	88
D. Anwesenheitsrechte sonstiger Personen.....	88
I. Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter des Beschuldigten .....	88
1. Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter i.S.v. § 67 Abs. 1 JGG .....	90
2. Verhältnis der Rechte zueinander (§ 67 Abs. 1 JGG – „soweit“) .....	91
II. Einziehungs- und Verfallsberechtigte (§§ 432 ff. StPO).....	93
III. Verletzter- und Nebenklageberechtigter (§ 406f Abs. 2 StPO).....	94
IV. Zeugenbeistand.....	95
V. Andere Personen .....	95
E. Richterliche Vernehmung von Mitbeschuldigten .....	96
I. Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke .....	99
1. Regelungslücke.....	99
2. Planwidrigkeit der Regelungslücke.....	100
II. Vergleichbarkeit der Interessenlagen.....	103
III. § 168c Abs. 2 StPO analog – Widerspruch zum Untersuchungsverfahren.....	108
IV. Fazit.....	109

### **Viertes Kapitel. Einschränkung von Anwesenheitsrechten**

<b>(§ 168c Abs. 3 und 4 StPO)</b> .....	111
A. Ausschluss des Beschuldigten nach § 168c Abs. 3 StPO .....	111
I. Verändertes Aussageverhalten von Zeugen (§ 168c Abs. 3 Satz 2 StPO).....	113

1. Angedrohte Zeugnisverweigerung als Fall des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO .....	114
2. BayObLG JR 1977, 133 .....	116
a) Sinn und Zweck des § 168c Abs. 3 StPO .....	117
b) BGHSt 22, 18 .....	117
3. Fazit .....	118
II. Verhalten des Beschuldigten selbst .....	119
III. Gefährdung des Untersuchungszwecks durch zeitliche Verzögerung .....	120
IV. Entsprechende Anwendung des § 247 Satz 4 StPO .....	120
B. Nicht auf freiem Fuß befindlicher Angeklagter (§ 168c Abs. 4 StPO) .....	121
I. Verteidigter und unverteidigter Beschuldigte .....	121
II. §§ 168c Abs. 4, 141 Abs. 3 StPO – Beiordnung eines Verteidigers .....	123
III. § 168c Abs. 4 StPO – Rechtsbegrenzung oder Rechtsentfall .....	124
IV. Einschränkende Anwendung des § 168c Abs. 4 StPO .....	124
C. Kontaktsperre (§§ 31 ff. EGGVG) .....	125
I. Hintergrund und Regelungsgehalt der Kontaktsperre .....	125
II. Einschränkungen des allgemeinen Verfahrensrechts – § 34 EGGVG .....	127
III. Praktische Bedeutung der Kontaktsperre .....	128
<b>Fünftes Kapitel. Befugnisse der nach § 168c StPO</b>	
<b>zur Anwesenheit Berechtigten</b> .....	130
A. Grundsatz .....	130
B. Fragerecht und andere Mitwirkungsbefugnisse .....	131
I. Das Fragerecht .....	131
1. Vom bloßen Anwesenheits- zum aktiven Teilnahmerecht .....	131
2. Das unmittelbare Fragerecht .....	131
3. Fragerecht nach richterlichem Ermessen .....	132
II. Sonstige Mitwirkungsrechte .....	134
<b>Sechstes Kapitel. Pflicht zur Benachrichtigung gem. § 168c Abs. 5 StPO</b> .....	135
A. Grundsatz § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO .....	135
B. Organisatorische und inhaltliche Anforderungen an die Benachrichtigung .....	136
I. Zeitraum zwischen Benachrichtigung und Vernehmung .....	137
II. Inhaltliche Ausgestaltung und äußere Form der Benachrichtigung .....	138
III. Benachrichtigung bei kurzfristigen Vernehmungen .....	138
1. BGH StV 2006, 228 .....	139
2. Wortlaut des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO .....	139
3. Sinn und Zweck des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO .....	140
C. Zu benachrichtigende Personen .....	141
I. Anwesenheitsberechtigte .....	141
II. Sonstige Personen .....	141
D. Wegfall der Benachrichtigungspflicht .....	142
I. Bei Verzicht auf die Anwesenheit .....	142
II. Bei Ausschluss von der Vernehmung gemäß § 168c Abs. 3 StPO .....	143

III. Bei verteidigtem und inhaftierten Beschuldigten (§ 168c Abs. 4 StPO) .....	144
E. (Praktische) Undurchführbarkeit der Benachrichtigung .....	146
F. Terminsverlegung § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO .....	146
G. Vernehmungen im Wege der Rechtshilfe durch ausländische Stellen .....	148
I. Ausländisches Recht erlaubt Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten .....	150
II. Rechtshilfe innerhalb der Europäischen Union.....	151
1. Entwicklung der Rechtshilfevereinbarungen der Europäischen Union .....	152
2. Derzeitige Konzeption der Rechtshilfe nach dem EU-RhÜbk .....	153
III. Ausländisches Recht sieht keine Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten vor .....	153
 <b>Siebtens Kapitel. Einschränkung der Benachrichtigungspflicht</b>	
<b>(§ 168c Abs. 5 Satz 2 StPO) .....</b>	<b>156</b>
A. Normenstruktur des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO .....	156
I. Gebundene Entscheidung, Ermessen und Beurteilungsspielraum .....	156
II. Wortlaut des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO .....	157
B. Gefährdung des Untersuchungserfolg als zentrales Merkmal.....	158
I. Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Zeitablauf .....	160
1. Benachrichtigung führt zur bloßen zeitlichen Verzögerung.....	160
2. Zeitliche Verzögerung gefährdet den Untersuchungserfolg .....	161
II. Materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs.....	163
1. Materielle Gefährdung – Fall des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO.....	163
2. Materielle Gefährdung – kein Fall des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO .....	164
a) Wortlaut und historische Entwicklung des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO .....	164
aa) Stufenverhältnis bei §§ 167 Abs. 2, 193 und 224 Abs. 1 Satz 1 StPO a.F.....	165
bb) Gesetzgeberische Entstehung des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO .....	166
b) Systematische Überlegungen .....	167
aa) Auswirkungen auf das Anwesenheitsrecht des Verteidigers .....	167
bb) Auswirkungen auf die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft .....	169
c) Teleologische Überlegungen.....	169
d) Fazit .....	170
 <b>Achtes Kapitel. Fehlerfolgen bei Verstößen gegen § 168c StPO.....</b>	
A. Konstellationen, in denen ein Verstoß gegen § 168c StPO anzunehmen ist ....	171
I. Nichtgewährung bestehender Anwesenheitsrechte .....	171
II. Verstöße gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO.....	172
III. Unterbliebene Bestellung eines Pflichtverteidigers .....	174
B. Heilung von Verstößen gegen § 168c StPO .....	175

C.	Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Erkenntnisse.....	175
I.	Verwendung für Ermittlungen zur weiteren Sachverhaltsaufklärung.....	175
II.	Einführung der gewonnen Erkenntnisse in die Hauptverhandlung.....	177
1.	Verlesungsmöglichkeiten nach § 251 StPO.....	178
2.	Verlesungsmöglichkeiten nach § 254 StPO.....	179
D.	Verwertungsverbot bei Verstößen gegen Beteiligungsrechte des § 168c StPO.....	179
I.	Verwertbarkeit als richterliche Niederschrift (§ 251 Abs. 2 StPO).....	181
II.	Vernehmung des Richters als Zeuge vom Hörensagen.....	182
1.	BGHSt 46, 93.....	183
2.	BGHSt 51, 150.....	184
3.	Kritische Würdigung.....	185
III.	Verwertbarkeit in anderer Weise.....	187
1.	Verwertbarkeit als nichtrichterliche Niederschrift (§§ 251 Abs. 1, 253 StPO).....	189
2.	Verwendung als Vorhalt.....	191
a)	Grundsätzliches zum Vorhalt.....	191
b)	Vorhalt der richterlichen Niederschrift trotz Verstoßes gegen § 168c StPO.....	193
c)	Fazit.....	194
E.	Verwertungsverbot bei Verstößen in Mehrpersonenverhältnissen.....	195
I.	BGHSt 53, 191.....	195
1.	§ 168c StPO – (kein) Schutz der Interessen des Mitbeschuldigten.....	196
2.	Drittwirkung des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO.....	199
3.	Vertrauensverhältnis als bestimmendes Element.....	200
4.	Gefahr der „gespaltenen Tatsachenfeststellung“.....	202
5.	Zwischenergebnis.....	203
II.	Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens.....	203
III.	Fazit.....	205
F.	Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Aussagen.....	205
I.	Anwendbarkeit von deutschem Verfahrensrecht.....	205
II.	Beweiserhebung erfolgt nach ausländischen Verfahrensrecht.....	207
<b>Neuntes Kapitel. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit.....</b>		<b>212</b>
A.	Anwendungsbereich von § 168c StPO.....	212
B.	Einzelne Anwesenheitsrechte des § 168c StPO.....	214
C.	Einschränkung von bestehenden Anwesenheitsrechten.....	216
I.	Einschränkung nach § 168c Abs. 3 StPO.....	216
II.	Einschränkung nach § 168c Abs. 4 StPO.....	217
D.	Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 StPO.....	218
I.	Grundlegendes.....	218
II.	Entfall der Benachrichtigungspflicht.....	218
III.	Vernehmungen durch ausländische Stellen.....	219
E.	Einschränkung der Benachrichtigungspflicht.....	220

F. Fehlerfolgen bei Verstoß gegen § 168c StPO.....	222
I. Heilung eines Verstoßes .....	222
II. Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Erkenntnisse .....	222
1. Verwendbarkeit für weitere Ermittlungen .....	222
2. Einführung in die Hauptverhandlung.....	222
3. Verstöße in Mehrpersonenkonstellationen .....	223
III. Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Aussagen .....	223
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>227</b>





## **Einleitung**

Die richterliche Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren wird zum Teil als „vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung“<sup>1</sup> oder als „kleine Hauptverhandlung“<sup>2</sup> bezeichnet. Aus diesem Grund soll sich die vorliegende Arbeit mit Anwesenheitsrechten der Verfahrensbeteiligten bei Vernehmungen im Strafverfahren beschäftigen. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren und der sie ausgestaltenden Regelung des § 168c StPO. Um die Bedeutung des § 168c StPO für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens abschätzen zu können, soll zunächst eine allgemeine Betrachtung des Strafverfahrens vorgenommen werden. Eine solche Betrachtungsweise erscheint deswegen geboten, weil die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren in besonderem Maße zwei Verfahrensstadien, namentlich das Ermittlungs- und das Hauptverfahren, miteinander verknüpft und diese Verbindung vor dem Hintergrund des gesamten Verfahrens betrachtet, besonders hervortritt. Im Anschluss daran soll die historische Entwicklung des § 168c StPO skizziert werden. Diese ist jedoch stets im Zusammenhang mit der generellen Ausgestaltung von Teilhaberechten in Vernehmungssituationen zu sehen. Nach diesen historischen Befunden soll sodann der Versuch unternommen werden, die Regelung des § 168c StPO im Stile einer umfassenden Kommentierung zu betrachten. Auch wenn die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren und die damit verbundenen Rechtsfragen den Kern dieser Bearbeitung darstellen, wird es im Hinblick auf das Thema der Arbeit hier und dort erforderlich sein, auch einen Blick auf solche Vernehmungssituationen zu werfen, die entweder nicht durch eine richterliche Vernehmungsperson oder in anderen Stadien des Strafverfahrens durchgeführt werden.

### **A. Grundsätzliches zum Strafverfahren**

Das deutsche Strafverfahren dient in erster Linie der Ahndung begangener Straftaten und damit der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Für das Ziel des Strafverfahrens folgt daraus zweierlei: Das Strafverfahren muss grundsätzlich darauf ausgerichtet sein, dass an seinem Ende entweder die Begehung einer Straftat durch eine bestimmte Person positiv festgestellt werden kann oder dagegen die Feststellung steht, dass die zu untersuchende Tat möglicherweise gar nicht – oder jedenfalls nicht durch die fragliche Person – begangen wurde. Bei der Durchführung des Verfahrens sind stets rechtsstaatliche Grundsätze sowie grund- und konventionsrechtlich garantierte Rechtspositionen der Verfahrensbeteiligten zu beachten. Eine strafrechtliche Ahndung der Tat durch Verhängung von Geld und Freiheitsstrafe darf nur dann erfolgen, wenn die Verstrickung der fraglichen Person in das relevante Tatgeschehen geklärt und dieser Person die

---

<sup>1</sup> Achenbach, in AK-StPO § 168c Rn. 2; Rengier, Jura 1981, 299 (306).

<sup>2</sup> Fezer, JuS 1977, 382 (383).

Begehung der Tat nachgewiesen werden kann. Zu diesem Zweck ist sowohl die Staatsanwaltschaft als auch das Gericht verpflichtet, den zugrundeliegenden Lebenssachverhalt von Amts wegen zu untersuchen (§§ 160 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO) und in der Hauptverhandlung hierüber Beweis zu erheben.

Über das Ergebnis dieser Beweisaufnahme entscheidet sodann das Gericht nach seiner „freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung“ (§ 261 StPO – sogenannter Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung). Das Gericht darf seine Entscheidung grundsätzlich also nur auf solche Erkenntnisse stützen, die es in der Hauptverhandlung und durch die Hauptverhandlung gewonnen hat.<sup>3</sup> Taugliche Gegenstände der Beweisaufnahme sind alle nach deutschem Strafverfahrensrecht zulässigen Beweismittel. Hierzu zählen neben der Einnahme von Augenschein und der Verlesung von Urkunden insbesondere Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen. Der Angeklagte ist demgegenüber kein Beweismittel im eigentlichen Sinne. Gleichwohl darf die von ihm abgegebene Einlassung zum Zwecke der Urteilsfindung vom Gericht gewürdigt und verwertet werden. Folglich kann auch die Einlassung des Angeklagten als ein zulässiges Beweismittel des deutschen Strafverfahrens angesehen werden. Gegenteiliges gilt freilich bei einem schweigenden Angeklagten. Das Schweigen des Angeklagten darf grundsätzlich nicht zu seinem Nachteil in die Urteilsfindung einbezogen werden.<sup>4</sup>

Sowohl die Einlassung des Angeklagten als auch die Aussage von Zeugen und Sachverständigen sind Formen des Personalbeweises. Nicht die Person als solche, sondern deren Aussage stellt den eigentlichen Beweisgegenstand dar. Für diese besondere Form des Personalbeweises sieht die Strafprozessordnung in § 250 Satz 1 StPO grundsätzlich die persönliche Vernehmung der Auskunftsperson in der Hauptverhandlung vor. Eine Ersetzung der persönlichen Vernehmung durch die Verlesung eines über die frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftliche Erklärung ist wegen § 250 Satz 2 StPO unzulässig (Vorrang des Personalbeweises). Diese verfahrensrechtliche Grundentscheidung gewährleistet einerseits, dass das Gericht einen persönlichen und möglichst unmittelbaren Eindruck von der Auskunftsperson einschließlich der von ihr getätigten Aussage erhält. Andererseits wird den übrigen Verfahrensbeteiligten durch das persönliche Erscheinen der Auskunftsperson in der Hauptverhandlung die Möglichkeit eröffnet, durch gezielte Nachfragen auf das Entstehen der Aussage einzuwirken und eigene Auffassungen, Eindrücke und Gesichtspunkte in die Vernehmungssituation mit einzubringen. Die Auskunftsperson wird daher auch mit der Person unmittelbar konfrontiert, auf die sich ihre Aussage möglicherweise nachteilig auswirkt. Für den Angeklagten und dessen Verteidigung kann diese

---

<sup>3</sup> BGHSt 19, 193 (195).

<sup>4</sup> BVerfG StV 1995, 505; BGHSt [GS] 42, 139 (152); BGHSt 45, 367 (368 f.); BGH NJW 1992, 2304 f.; zur indiziellen Bedeutung eines Teilschweigens siehe BGHSt 45, 367 (369) sowie BGH NJW 2002, 2260 jeweils mit weiteren Nachweisen.

persönliche Konfrontation von zentraler Bedeutung sein, da sie einen nicht zu verkennenden Ansatzpunkt für etwaige Verteidigungsmaßnahmen darstellen kann.

Trotzdem beansprucht der Grundsatz des § 250 Satz 2 StPO keineswegs absolute Geltung, denn die folgenden §§ 251 bis 256 StPO umschreiben bestimmte Situationen, in denen Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke neben oder an Stelle der persönlichen Vernehmung als Beweismittel in der Hauptverhandlung zulässig sind. Unter den dort aufgeführten Voraussetzungen ist es unter Beweis Gesichtspunkten also zulässig, von einem persönlichen Erscheinen der Auskunftsperson gänzlich abzusehen und die persönliche Aussage durch die Verlesung des Protokolls einer früheren Vernehmung zu ersetzen.

In diesem Zusammenhang ist bereits die in einem früheren Verfahrensstadium erfolgte richterliche Vernehmung einer Auskunftsperson von besonderer Bedeutung. Das Protokoll über eine solche Vernehmung kann unter erleichterten Bedingungen in die Hauptverhandlung eingeführt werden und so das persönliche Erscheinen der Auskunftsperson ersetzen. Des Weiteren wird dem Ergebnis einer richterlichen Vernehmung im Vergleich zu anderen Vernehmungsniederschriften ein höherer Beweiswert zugesprochen. Aus diesen Gründen sind vor allem richterliche Vernehmungen des Beschuldigten und solche von Zeugen und Sachverständigen im Ermittlungsverfahren von besonderer praktischer Relevanz. Mit den hierbei zu beachtenden Anwesenheitsrechten und Benachrichtigungspflichten der Verfahrensbeteiligten befasst sich die Vorschrift des § 168c StPO.

## **B. Zweck des § 168c StPO**

§ 168c der Strafprozessordnung gestaltet gemeinsam mit der Folgeregelung des § 168d die Anwesenheitsrechte bestimmter Verfahrensbeteiligter bei richterlichen Untersuchungshandlungen im Ermittlungsverfahren aus. In der Vergangenheit sind beide Vorschriften häufig unter dem gemeinsamen Oberbegriff der Parteipflicht zusammengefasst worden.<sup>5</sup>

Die hier im Mittelpunkt stehende Vorschrift des § 168c StPO ist in ihrer aktuellen Ausgestaltung durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens<sup>6</sup> (1. StVRG) im Jahre 1975 in die Strafprozessordnung eingefügt worden. Sie konstituiert vor allem Anwesenheitsrechte bei richterlichen Vernehmungshandlungen des Beschuldigten sowie bei der von Zeugen und Sachverständigen. Im Einzelnen gewährt § 168c Abs. 1 StPO namentlich der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger das Recht, bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten

<sup>5</sup> So vor allem im älteren Schrifttum etwa *Gerland*, Strafprozeß, S. 174 f.; *von Beling*, ReichsstrafprozeßR, S. 136; *von Kries*, StrafprozeßR, S. 258 ff.

<sup>6</sup> Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrens vom 9. Dezember 1974 – BGBl. I 1974, S. 3393 ff.

anwesend zu sein.<sup>7</sup> Bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen gewährt § 168c Abs. 2 StPO neben der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger auch dem Beschuldigten selbst grundsätzlich das Recht zur Anwesenheit. Über eine Pflicht des Gerichts zur Benachrichtigung der jeweils anwesenheitsberechtigten Beteiligten gewährleistet § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO die Möglichkeit zur tatsächlichen und effektiven Wahrnehmung der in § 168c Abs. 1 und 2 StPO zugestandenen Rechte. Ohne diese ausdrückliche Benachrichtigungspflicht des Ermittlungsrichters wären die verbrieften Anwesenheitsrechte der Beteiligten in ihrem prozessualen Wert sehr stark gemindert, denn ohne Kenntnis von Zeit und Ort der bevorstehenden Vernehmung könnte ein bestehendes Anwesenheitsrecht in vielen Fällen nicht wahrgenommen werden oder die Wahrnehmung des Rechts hinge jedenfalls von einer zufälligen Kenntniserlangung ab. Eine derartige Vorgehensweise ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen des deutschen Strafverfahrens nicht vereinbar.

Sachlich rechtfertigt sich die Regelung des § 168c StPO über die Erkenntnis, dass sich Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens in vielfältiger Art und Weise – auch in tatsächlicher Hinsicht und damit insbesondere weit über die (rechtlichen) Verlesungsmöglichkeiten des § 251 StPO hinaus – auf die Hauptverhandlung auswirken können. Im Ermittlungsverfahren gewonnene und gesammelte Erkenntnisse stellen gleichsam Parameter dar, welche den Gang des Hauptverfahrens maßgeblich mitbestimmen und in vielen Fällen sogar die grundsätzliche Richtung der Hauptverhandlung vorgeben. Den Ergebnissen der staatsanwaltlichen und polizeilichen Ermittlungen kommt damit für die Hauptverhandlung eine richtungsweisende Tendenz zu. Lediglich das Unmittelbarkeits- (§§ 250 ff. StPO) und das Mündlichkeitsprinzip (§§ 261, 264 StPO) wirken hier in gewisser Weise begrenzend: Der Richter hat seine Überzeugung stets aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu schöpfen. Das Anliegen des § 168c StPO muss gleichwohl mit Blick auf diese richtungsweisende Wirkung der im Ermittlungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse gesehen werden.

Um die aus den vorangegangenen Ermittlungen resultierenden Gegebenheiten auszugleichen und zu vermeiden, dass bereits im vorbereitenden Verfahren – möglicherweise unter Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) und unter Außerachtlassung des Gebots der Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung – eine für den weiteren Verfahrenslauf möglicherweise vorentscheidende Beweislage herbeigeführt werden kann, ohne dass dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger zuvor die Gelegenheit eingeräumt wurde, auf das Zustandekommen dieser Beweislage Einfluss zu nehmen,<sup>8</sup> gewährt § 168c StPO über die dort vorgesehenen Anwesenheitsrechte und den dazugehörigen Benachrichtigungspflichten den

---

<sup>7</sup> Dass der Beschuldigte bei seiner eigenen Vernehmung anwesend sein muss, versteht sich von selbst. Eine gesonderte gesetzliche Erwähnung ist daher nicht erforderlich.

<sup>8</sup> BGHSt 26, 332 (334).

sonstigen Beteiligten die Möglichkeit, aktiv Einfluss auf solche Ermittlungshandlungen zu nehmen.

Aus der Prämisse, dass der Beschuldigte nicht bloßes Objekt, sondern stets auch Subjekt staatlicher Strafverfolgung sein muss,<sup>9</sup> resultiert die Überlegung, den Verfahrensbeteiligten diese frühe Möglichkeit der Einflussnahme zu gewähren und sie vor allem nicht in das bloße Ermessen der Vernehmungsperson zu stellen, sondern gesetzlich niederzuschreiben.<sup>10</sup> Dies bedeutet für das Strafverfahren, dass der Beschuldigte auch im Ermittlungsverfahren keineswegs nur als Objekt der Aufklärungstätigkeit der Staatsanwaltschaft verstanden werden darf, sondern stets als Subjekt des Verfahrens mit einem Bündel unterschiedlicher Einzelbefugnisse und Einwirkungsmöglichkeiten zu verstehen ist.<sup>11</sup> Zu diesen Einzelbefugnissen und Einwirkungsmöglichkeiten zählt neben anderen wichtigen Verfahrenspositionen insbesondere die Zuerkennung bestimmter Anwesenheitsrechte.

Des Weiteren ist § 168c StPO vor allem, wenn es um Aspekte der Beweissicherung für die spätere Hauptverhandlung geht, als eine wichtige innerstaatliche Ausgestaltung des unmittelbaren Fragerechts zu verstehen. Letzteres wird auf konventionsrechtlicher Ebene durch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gewährleistet. Als eine besondere Ausgestaltung des Grundsatzes des fairen Verfahrens garantiert Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK namentlich das Recht des Angeklagten auf eine konfrontative Befragung. Demzufolge ist der Angeklagte in die Lage zu versetzen, entweder in eigener Person Fragen an Belastungszeugen stellen zu können oder durch einen anwesenden Verteidiger stellen zu lassen. Hierdurch erhält der Beschuldigte letztlich die Möglichkeit, in eigener Person oder durch den Verteidiger seine eigenen Auffassungen, Eindrücke und Standpunkte in die Vernehmungssituation einzubringen und durch entsprechend gefasste und formulierte Nachfragen beim Zeugen deutlich zu machen. Auf diesem Weg soll ein einseitiges und möglicherweise zu Ungunsten des Beschuldigten ausfallendes Ergebnis der Vernehmung vermieden werden.

Ist ein Zeuge demnach lediglich im Ermittlungsverfahren oder sonst außerhalb der Hauptverhandlung vernommen worden, ist dem Angeklagten entweder zu dem fraglichen Zeitpunkt der Vernehmung oder aber in einem späteren Stadium des Verfahrens die Gelegenheit zu geben, den Zeugen selbst zu befragen oder über seinen Verteidiger befragen zu lassen. Folglich ist auch vor dem Hintergrund des Rechts auf eine konfrontative Befragung zur tatsächlichen und effektiven Durchsetzung der hierzu erforderlichen Anwesenheitsrechte der Beteiligten eine entsprechende Benachrichtigungspflicht des Gerichts unbedingt notwendig.

Außerdem ermöglichen es gerade die Beteiligungsrechte des § 168c StPO, dass der Verteidiger schon im frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens eine ver-

---

<sup>9</sup> Vergleiche hierzu BVerfGE 46, 202 (210).

<sup>10</sup> BVerfGE 63, 380 (390); ferner auch BGHSt 38, 372 (374).

<sup>11</sup> *Erb*, in: L/R Vor §§ 158–198 Rn. 45.

mehrte und effektivere Verteidigungsaktivität entfalten kann.<sup>12</sup> Etwaige Verteidigungsbemühungen sollten hier vor allem darauf ausgerichtet sein, eine Einstellung des Verfahrens (§§ 170 Abs. 2, 153 ff. StPO) durch die Staatsanwaltschaft zu erreichen. Auf der einen Seite kann so die den Beschuldigten regelmäßig stärker belastende Verstrickung in ein gerichtlich anhängiges Strafverfahren vermieden werden, auf der anderen Seite erübrigt sich nach einer frühen Einstellung des Verfahrens eine ressourcenbindende Hauptverhandlung. In den meisten Fällen führt die frühe Einstellung des Verfahrens sowohl zu einer arbeitsmäßigen Entlastung der zuständigen Staatsanwaltschaft als auch zu einer Entlastung des zuständigen Strafgerichts. Die hierdurch frei gewordenen oder von vornherein frei gebliebenen Kapazitäten können damit anderweitig eingesetzt werden. Folglich kann eine frühe Beteiligung des Verteidigers durchaus positive Auswirkungen auf die Effektivität der Strafrechtspflege haben. Im Ergebnis trägt die Regelung des § 168c StPO indirekt also auch zur Aufrechterhaltung der Effektivität und Funktionalität der deutschen Strafjustiz bei.

### **C. Struktur und Inhalt**

Schon auf den ersten Blick zeichnet sich § 168c StPO durch eine in sich verschachtelte Regelungsstruktur aus. Dabei lassen sich zwei Komplexe unterscheiden. In den Absätzen 1 bis 4 finden sich die Anwesenheitsrechte bestimmter Verfahrensbeteiligter einschließlich möglicher Beschränkungen. Demgegenüber enthält Absatz 5 eine die verbrieften Anwesenheitsrechte begleitende Pflicht des zuständigen Richters, die berechtigten Beteiligten über die bevorstehende Vernehmung zu benachrichtigen.

Die Absätze 1 bis 4 des § 168c StPO regeln ausdrücklich die bestehenden Anwesenheitsrechte bei richterlichen Vernehmungshandlungen einschließlich möglicher Grenzen. Der Gesetzgeber differenziert hierbei zwischen Anwesenheitsrechten bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten (Absatz 1) und Anwesenheitsrechten bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (Absatz 2). Ob über den Wortlaut des § 168c Abs. 2 StPO hinaus dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger auch bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten ein vergleichbares Anwesenheitsrecht zusteht, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Dementsprechend wird die Frage nach der entsprechenden Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten einen der zentralen Punkte dieser Arbeit darstellen.<sup>13</sup>

Unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht es § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO, den Beschuldigten entgegen Absatz 2 von der richterlichen Vernehmung eines Zeugen auszuschließen; das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten gilt damit

---

<sup>12</sup> Eine lesenswerte Beschreibung zur Rolle des Verteidigers im Ermittlungsverfahrens findet sich bei *Gubitz*, JA 2007, 210 ff.

<sup>13</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt E (S. 96 ff.).

nicht in jedem Fall. Maßgebliches Kriterium für einen Ausschluss von der richterlichen Vernehmung ist die durch die Anwesenheit des Beschuldigten bedingte Gefährdung des Untersuchungszwecks. Als eine mögliche Konkretisierung dieses doch sehr deutungsfähigen Kriteriums führt der Gesetzgeber für einen möglichen Ausschluss des Beschuldigten in Satz 2 die Befürchtung an, der Zeuge werde in Gegenwart des Beschuldigten nicht die Wahrheit sagen. Was im Einzelnen mit dieser Befürchtung gemeint ist und welche weiteren Umstände darüber hinaus einen Ausschluss des Beschuldigten von der Vernehmungshandlung rechtfertigen, ist nicht verbindlich geklärt und wird deswegen im Folgenden noch näher zu untersuchen sein.<sup>14</sup>

Zusätzlich zu der Ausschließungsmöglichkeit des Absatz 3 beschränkt § 168c Abs. 4 StPO das Anwesenheitsrecht des inhaftierten und verteidigten Beschuldigten in örtlicher Hinsicht.<sup>15</sup> Ihm steht ein Anspruch auf Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen nur dann zu, sofern die Vernehmungshandlung an der Gerichtsstelle des Ortes stattfindet, an dem er sich in Haft befindet.

Abschließend finden sich in § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO die Vorgaben für die praktisch sehr bedeutsame Pflicht des Gerichts zur Benachrichtigung der Beteiligten von bevorstehenden richterlichen Vernehmungsterminen. Ohne diese Benachrichtigungspflicht könnten bestehende Anwesenheitsrechte in der Regel nicht wahrgenommen werden. Unterbleibt eine entsprechende Benachrichtigung, können Anwesenheitsrechte damit faktisch umgangen werden. Gleichwohl räumt Satz 2 dem Gericht die Möglichkeit ein, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen von einer eigentlich nach Satz 1 erforderlichen Benachrichtigung der anwesenheitsberechtigten Verfahrensbeteiligten abzusehen. Ein Absehen von der Benachrichtigung setzt namentlich voraus, dass die Benachrichtigung einzelner Beteiligter den Untersuchungserfolg gefährden würde. In welchen Fällen das Gericht von einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO ausgehen kann und dementsprechend von seiner Pflicht zur Benachrichtigung entbunden ist, wird ebenfalls nicht einheitlich beantwortet und demzufolge im Rahmen der weiteren Bearbeitung noch näher zu erörtern sein.<sup>16</sup> Zu guter Letzt stellt § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO klar, dass die Anwesenheitsberechtigten keinen Anspruch darauf haben, dass ein für sie zeitlich unpassender Vernehmungstermin verlegt wird. Eine Terminabsprache zwischen den Beteiligten des Verfahrens ist demnach gesetzlich nicht vorgesehen.

---

<sup>14</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt A (S. 111 ff.).

<sup>15</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt B (S. 121 ff.).

<sup>16</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im siebten Kapitel (S. 156 ff.).

## **Erstes Kapitel. Rechtshistorische Entwicklung des § 168c StPO**

### **A. Vorbemerkung**

Um den gesamten Regelungsgehalt des § 168c StPO überblicken und die Norm in dogmatischer Hinsicht durchdringen zu können, erscheint es zweckmäßig und zwingend notwendig, sich zunächst mit ihrer rechtshistorischen Entwicklung auseinanderzusetzen. Hierbei spielte unter anderem auch das sich ändernde Verständnis über die Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren eine wichtige Rolle. Die sukzessive Ausweitung der Beteiligungsrechte kann als ein deutliches Indiz für den Rollenwechsel des Beschuldigten verstanden werden. Seine Stellung änderte sich vom bloßen Objekt hin zu einem mit umfassenden Rechten ausgestatteten Subjekt des Verfahrens. Auch § 168c StPO ist deswegen von seinem Regelungsgehalt her eine Vorschrift, welche die Subjektstellung des Beschuldigten maßgeblich mitgestaltet hat. Insbesondere wegen dieser Bedeutung soll es im Rahmen der teils auch allgemein gehaltenen historischen Betrachtung schwerpunktmäßig um die Entwicklung des § 168c StPO gehen. Jedoch kann die geschichtliche Entwicklung dieser Norm nicht isoliert betrachtet werden, sondern sie ist immer auch im Kontext der jeweiligen gesetzgeberischen Epochen und den dort vorherrschenden unterschiedlichen Strömungen in Rechtsprechung und Lehre zu betrachten.

### **B. Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren**

#### **I. Die Grundsätze der modernen Strafprozessordnung von Februar 1877**

Die umfassende Wandlung vom alten, über einen Zeitraum von fast drei Jahrhunderten praktizierten Inquisitionsprozess zum reformierten Strafprozess der heutigen modernen Zeit hat sich inhaltlich im Wesentlichen bereits in der Mitte des 19. Jahrhunderts vollzogen. Etwa zu dieser Zeit fand sie auch ihren Abschluss. Die in ihren grundlegenden Prinzipien heute noch geltende Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877 stellt damit letztlich den gemeinschaftlichen deutschen „Schlussstein in der Überwindung des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses zum modernen reformierten Anklageprozess dar“.<sup>17</sup>

Der tiefgreifende Wandel vom Inquisitions- zum Anklageprozess<sup>18</sup> ist vor allem auf die Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren nicht ohne Einfluss geblieben. Durch den modernen Anklageprozess ist der Beschuldigte aus dem Status des bloßen Objekts der staatlichen Strafverfolgung zum Subjekt des Strafverfahrens hervorgehoben worden. Wenngleich dies unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sicherlich eine bemerkenswerte Entwicklung ist, muss dennoch die Fra-

<sup>17</sup> Kühne, in: L/R, Einleitung, Abschnitt F III Rn. 1.

<sup>18</sup> Der Inquisitionsprozess unterschied sich vom heutigen Anklageprozess vor allem dadurch, dass der Richter zugleich auch Ankläger war. Eine überblicksartige Skizzierung der geschichtlichen Entwicklung der europäischen Strafjustiz findet sich bei *Putzke/Scheinfeld*<sup>1</sup>, StrafprozessR, S. 202 f.



ge erlaubt sein, ob die Umschreibung als „Subjektstellung“ die derzeitige verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten zutreffend wiedergibt. Beim deutschen Strafverfahren handelt es sich um ein äußerst komplexes und empfindliches rechtsstaatliches Verfahren, in dem sich die Stellung des Beschuldigten<sup>19</sup> durch zahlreiche Einzelbefugnisse und gesicherte Rechtspositionen auszeichnet. Zu dieser Rolle gehören aber auch diverse Handlungs- und Duldungspflichten. Insbesondere die prozessual vorgesehenen Zwangsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden sind notwendig verbunden mit korrespondierenden Duldungspflichten des Beschuldigten. Hat der Beschuldigte beispielsweise eine körperliche Untersuchung (vergleiche § 81a Abs. 1 StPO) zu erdulden, ist es um seine Subjektqualität in dem betreffenden Moment der Untersuchung schlecht bestellt. Ungeachtet dessen, ob er mit dem Vorgehen der Behörden einverstanden ist, hat er die behördliche Maßnahme zu ertragen. In dem Moment, in dem die körperliche Untersuchung durchgeführt wird, stellt der Beschuldigte den Bezugspunkt der Maßnahme und dementsprechend das Objekt der Untersuchungshandlung dar. Gleichwohl rechtfertigt sich hieraus freilich nicht der Schluss, der Beschuldigte sei zu jeder Zeit des Verfahrens bloßes Objekt der staatlichen Ermittlungen. Dies verbietet sich schon deswegen, weil der Beschuldigte auch während der Maßnahme Inhaber prozessualer Rechte bleibt. Solche Rechte können sich bei der körperliche Untersuchung unter anderem aus den §§ 81d und 81e StPO ergeben. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, wird eine Bezeichnung als Subjekt der verfahrensmäßigen Stellung des Beschuldigten eher gerecht.

Es bleibt also festzuhalten, dass die Stellung des Beschuldigten – jedenfalls im Rahmen einiger Strafverfolgungsmaßnahmen – durchaus eine gewisse Ambivalenz aufweist. Zwar ist er größtenteils Subjekt des Verfahrens, jedoch sind vereinzelt Situationen erkennbar, in denen er als „Objekt der Ermittlungen“ bezeichnet werden kann oder muss. Die pauschale Annahme einer ausschließlichen Subjektstellung wird der Position des Beschuldigten im Verfahren nicht durchgängig gerecht. Vielmehr ist seine Position eine Kombination aus Objekts- und Subjektstellung.

Der erste Entwurf des Bundesrats zur Strafprozessordnung sah für die sogenannte Voruntersuchung ausdrücklich vor, dass die richterliche Vernehmung des Beschuldigten sowohl in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft als auch des Verteidigers zu erfolgen hatte.<sup>20</sup> Ein möglicher Erklärungsansatz hierfür könnte darin liegen, dass der Richter so einem möglichst (durch die Verteidigung) unbeeinflussten und (durch die Staatsanwaltschaft) nicht eingeschücherteten Beschuldigten gegenüberzutreten sollte. Jedenfalls im Hinblick auf die zu erzielende Objektivität des Gerichts wäre dies eine nachvollziehbare Erklärung. Wenn das Gericht

---

<sup>19</sup> Abhängig vom Stadium des Verfahrens auch Angeschuldigter oder Angeklagter, vergleiche § 157 StPO.

<sup>20</sup> Vergleiche §§ 145, 159 des Entwurfs einer Strafprozeßordnung gemäß den Beschlüssen des Bundesrates, 1874, abgedruckt bei *Hahn*, Materialien zur StPO.

einem Beschuldigten gegenübertritt, der frei von jeden Einflüssen der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers ist, kann ein gesteigertes Maß an Objektivität in die Situation eingebracht werden. Objektivität meint in diesem Zusammenhang, ein möglichst neutrales und von äußeren Einflüssen unbeeinträchtigtstes erstes Zusammentreffen von Gericht und Beschuldigten zu erreichen. Bei Vernehmungen von Beweispersonen (scil. Zeugen oder Sachverständigen) war ein Recht zur Anwesenheit nur dann vorgesehen, wenn es voraussichtlich nicht zu einer Vernehmung der Beweisperson in der Hauptverhandlung kommen würde. Das Recht zur Anwesenheit hing also davon ab, ob sich die richterliche Vernehmung in der Voruntersuchung zugleich als eine der Hauptverhandlung vorweggenommene Beweisaufnahme darstellte.

Für richterliche Vernehmungen außerhalb der Voruntersuchung sollten diese Rechte nur dann gelten, wenn der Beschuldigte bereits richterlich vernommen war oder sich zum fraglichen Zeitpunkt in Untersuchungshaft befand. Bei staatsanwaltschaftlichen Ermittlungshandlungen sah der Entwurf demgegenüber keinerlei Anwesenheitsrechte des Beschuldigten oder seines Verteidigers vor. Auch für die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten findet sich im Entwurfstext kein Hinweis, der auf Anwesenheitsrechte anderer Verfahrensbeteiligter hindeuten würde.

Diese insgesamt doch äußerst restriktive Haltung des Bundesrates setzte sich in den folgenden Beratungen der Justizkommission im Ergebnis gegenüber anderen Vorschlägen durch, die im Interesse des Beschuldigten ein größeres Maß an sogenannter Parteiöffentlichkeit herzustellen versuchten. Wenn in diesem Zusammenhang der Begriff „Parteiöffentlichkeit“ benutzt wird, sollte dies keineswegs missverstanden werden. Keineswegs sollte Parteiöffentlichkeit als Art der Öffentlichkeit im Sinne des § 169 GVG verstanden werden. Die Parteiöffentlichkeit hat mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung gleich in zweifacher Hinsicht nichts gemein: Erstens drehen sich die unter dem Begriff der Parteiöffentlichkeit diskutierten Fälle nicht um Anwesenheitsrechte der Verfahrensbeteiligten während der Hauptverhandlung, sondern um solche im Rahmen der richterlichen Voruntersuchung. Zweitens geht es ausschließlich um die Anwesenheit von Verfahrensbeteiligten. Die Beteiligten im Strafverfahren sind keine Repräsentanten der Öffentlichkeit und können Letztere deswegen auch nicht bei Vernehmungshandlungen außerhalb der Hauptverhandlung ersetzen. Im Unterschied zum Zivilprozess handelt es sich bei den Beteiligten des Strafverfahrens rechtstechnisch auch nicht um Parteien. Das Strafverfahren ist kein Parteiprozess, wie es etwa das zivilrechtliche Verfahren ist. Im Gegensatz zu Letzterem, das von der Verfügungsfreiheit der Parteien beherrscht ist (Dispositionsmaxime) und in dem Entscheidungen auf Grund einer vom Parteivorbringen abhängigen formellen Wahrheit ergehen, gilt im Strafverfahren neben dem Verfolgungszwang (Legalitätsprinzip – siehe § 152 Abs. 2 StPO) sowohl für die Staatsanwaltschaft als auch das Gericht der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit (siehe §§ 160, 244 Abs. 2 StPO); hierbei hat das mit der Sache befasste

Gericht die Sache von Amts wegen aufzuklären (Grundsatz der Amtsermittlung).<sup>21</sup> Damit ist Parteiöffentlichkeit keinesfalls technisch, sondern untechnisch zu verstehen. Weder soll hierdurch die Stellung der Verfahrensbeteiligten als (echte) Parteien charakterisiert werden, noch stehen die Anwesenheitsberechtigten stellvertretend für die Öffentlichkeit im Sinne des § 169 GVG.

Die konträren Standpunkte – was den Umfang von Anwesenheitsrechten bei Vernehmungshandlungen im Rahmen der Voruntersuchung anbetrifft – sind als deutliches Indiz dafür anzusehen, dass die damalige Diskussion noch stark von einem prinzipiellen Streit über den mehr inquisitorischen oder kontradiktorischen Charakter der Voruntersuchung geprägt war. Stimmen, welche die Anwesenheitsrechte der Verfahrensbeteiligten ausgeweitet sehen wollten, können dabei insgesamt als für einen kontradiktorischen Charakter der Voruntersuchung angeführt werden. Demgegenüber stehen die Stimmen, die gegen eine Ausweitung der Anwesenheitsrechte argumentierten, eher für einen inquisitorischen Charakter der Voruntersuchung.

## II. Zeitraum von 1877 bis 1965

Der letztlich durch den in Rede stehenden Bundesratsentwurf initiierte und mit Inkrafttreten der Strafprozessordnung kodifizierte Rechtszustand von 1877 blieb bis etwa 1965 weitestgehend unverändert. Dies ist in sicherlich nicht unerheblichem Maße dem Umstand geschuldet, dass sich die Bundesrepublik Deutschland bis Mitte des letzten Jahrhunderts in einer besonderen politischen Situation befand. Mit dem Ende der Kaiserzeit, der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft, zwei verlorenen Weltkriegen, dem daraus resultierenden Wiederaufbau und den zu leistenden Reparationszahlungen, der politischen Besetzung Deutschlands durch vier Besatzungsmächte sowie der Abspaltung der Ostgebiete, bildeten andere Themenbereiche den Gegenstand von Gesetzgebung und Novellierung. Den Rechten des Beschuldigten in der Voruntersuchung sowie im Strafverfahren insgesamt kamen – nachvollziehbarerweise – nur eine vergleichsweise geringe Bedeutung zu. Gleichwohl haben sich auch in diesem Zeitraum die politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse mehrfach so grundlegend gewandelt, dass der jeweilige Gesetzgeber reagieren und die Strafprozessordnung in zahlreichen Punkten diesen Entwicklungen anpassen musste. Es hat also auch während dieser schwierigen Zeit durchaus Änderungen des Strafverfahrensrechts gegeben. Die Anwesenheitsrechte der Verfahrensbeteiligten in der Voruntersuchung waren davon jedoch nicht betroffen.

Erst im Zuge der parlamentarischen Beratungen zum Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG)<sup>22</sup> im Jahre 1964, mit dem erstmalig wieder ausdrücklich das Ziel verfolgt wurde, die Stellung des

---

<sup>21</sup> Vergleiche *Meyer-Goßner*, StPO Einleitung Rn. 9 f.

<sup>22</sup> Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19. Dezember 1964 – BGBl. I, S. 1067 ff.

Beschuldigten im Strafverfahren zu stärken,<sup>23</sup> wurden Stimmen lauter, die für eine generelle Anwesenheitsbefugnis von Verteidiger und Staatsanwaltschaft bei richterlichen Vernehmungen des Beschuldigten plädierten. Obwohl der Regierungsentwurf diesen Vorschlag noch nicht enthielt, wurde im Ergebnis eine entsprechende Regelung für die richterliche Beschuldigtenvernehmung eingeführt.<sup>24</sup> Dagegen blieb es, was die richterliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen anbetrifft, im Ergebnis beim Rechtszustand von 1877 mit seinem verhältnismäßig geringen Umfang an Anwesenheitsrechten. Diesbezügliche eingebrachte Reformbemühungen vermochten sich nicht durchzusetzen und fanden keinen Einzug ins Gesetz.

### III. Zeitraum von 1965 bis heute

Zehn Jahre, später im Jahre 1975 trat das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens (1. StVRG) in Kraft.<sup>25</sup> Neben zahlreichen anderen Veränderungen des Strafverfahrensrechts sind hierdurch auch die Anwesenheitsrechte bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren mit Einführung des § 168c StPO neugefasst worden. Eine Neuregelung war deswegen notwendig geworden, weil die bisherige Regelung des § 169 StPO a.F. auf die entsprechenden Vorschriften für die richterliche Voruntersuchung verwies, die richterliche Voruntersuchung aber durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens abgeschafft werden sollte.<sup>26</sup> Neben anderen Aspekten war damit auch hinsichtlich etwaiger Anwesenheitsrechte bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren ein neues Regelungsbedürfnis entstanden.<sup>27</sup>

Im Zuge dieser Neuregelung sind die Anwesenheitsrechte des Beschuldigten und die seines Verteidigers im Vergleich zu dem vor dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrens bestehenden Rechtszustand deutlich ausgeweitet worden. Im Einzelnen sah die neue Regelung für den Verteidiger bei allen richterlichen Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen im Ermittlungsverfahren ein unbeschränktes Anwesenheitsrecht vor. Auch für den Beschuldigten enthielt sie ein Recht zur Anwesenheit, das jedoch mit Einschränkungen versehen war. Die aufkommende Befürchtung, dass diese Ausdehnung der Anwesenheitsrechte bei richterlichen Vernehmungshandlungen insgesamt zu einer Gefährdung des Ermittlungsverfahrens führen könne, wiegelt der Regierungsentwurf kategorisch ab. Er enthält den knappen und schlichten Hinweis, dass der Staatsanwalt ohnehin die Möglichkeit habe, eine eigene Vernehmung von Zeugen zu erzwingen.<sup>28</sup> Bei dieser staatsanwaltschaftlichen Vernehmung bestünden dann keinerlei An-

<sup>23</sup> Hierzu mit weiteren Nachweisen Kühne, in: L/R Einleitung F. VII Rn. 95.

<sup>24</sup> Vergleiche auch *Krekeler*, AnwBl. 1979, 212 (215).

<sup>25</sup> Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrens vom 9. Dezember 1974 – BGBl. I, S. 3393.

<sup>26</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 1.

<sup>27</sup> Vergleiche BT-Drs. 7/551 S. 76 und hierzu: *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 1; *von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 691 ff; *Zaczyk*, NStZ 1987, 535.

<sup>28</sup> BT-Drs. 7/551, S. 76.

wesenheitsrechte anderer Verfahrensbeteiligter; eine Gefährdung des Ermittlungsverfahrens durch die Erweiterung der Anwesenheitsrechte bei richterlichen Vernehmungen sei damit nicht zu befürchten.<sup>29</sup>

Entgegen dem eindeutigen Votum des Rechtsausschusses ist in der zweiten Lesung des Entwurfs im Bundestag auch ein beschränktes Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der staatsanwaltschaftlichen Zeugenvernehmung beschlossen worden. Da diese beschlossene Änderung die Argumentation des Regierungsentwurfs hinsichtlich der geplanten Ausweitung der Rechte bei der richterlichen Vernehmung schwächte und sich die Regierung damit wieder dem Vorwurf der Gefährdung des Ermittlungsverfahrens ausgesetzt sehen musste, galt es aus ihrer Sicht diesen Änderungsbeschluss zu „korrigieren“. Aus diesem Grund rief der Bundesrat den Vermittlungsausschuss an. Dessen Mitglieder teilten die Bedenken gegen die Ausweitung der Anwesenheitsrechte bei der Vernehmung des Zeugen durch die Staatsanwaltschaft und reagierten entsprechend mit der Streichung der geplanten Regelung.<sup>30</sup>

Mit Erweiterung der entsprechenden Anwesenheitsrechte sowohl durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG 1964) als auch durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens (1. StVRG 1975) haben Reformbestrebungen<sup>31</sup> ihren Einzug in das Gesetz gefunden, die keineswegs als neu bezeichnet werden können. Ihre Anfänge reichen weit über fünfzig Jahre zurück. Mit Blick auf das Strafverfahrensrecht kann der Zeitraum vom Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze<sup>32</sup> am 1. Oktober 1879 bis etwa zum Ende des ersten Weltkriegs als gesetzgeberisch ruhige Zeit bezeichnet werden. Auch wenn während dieser Zeit an der Strafprozessordnung nichts Gravierendes geändert wurde, zeichnete sich die Rechtswissenschaft auch hier schon vielfach durch lebhaftere Reformbestrebungen aus. Neben mehreren parlamentarischen Vorstößen fanden diese Reformbestrebungen in den Regierungsentwürfen von 1895 und 1909 sowie in den Protokollen der Reformkommission von 1905 ihren Höhepunkt.<sup>33</sup>

## 1. Der Entwurf 1909

Nachdem einzelne Reformbemühungen, die vorwiegend aus der Mitte des Parlaments herrührten, sich nicht durchzusetzen vermochten und daher erfolglos geblieben waren, legte die Reichsregierung selbst bereits im Jahr 1895 einen ersten umfangreichen Entwurf zur Novellierung der gesamten Strafprozessordnung

---

<sup>29</sup> BT-Drs. 7/551, S. 76.

<sup>30</sup> Vergleiche dazu *Lampe*, NJW 1975, 195 (198); *Welp*, Zwangsbefugnisse der StA, S. 41 Fn. 114 sowie BT-Drs. 7/2678, 7/2774 und 7/2810.

<sup>31</sup> Siehe hierzu die Ausführungen in den folgenden Gliederungspunkten 1. bis 3.

<sup>32</sup> Zu den Reichsjustizgesetzen zählen das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), die Strafprozessordnung (StPO), die Konkursordnung (KO) und die Zivilprozessordnung (ZPO).

<sup>33</sup> *Rieß*, in: FS-Reichsjustizamt, S. 373 (379).

vor.<sup>34</sup> Neben dem Wegfall bestimmter Garantien der ersten Instanz auf Grund der Einführung des Rechtsmittels der Berufung beinhaltete der Entwurf zum Beispiel Vorschläge, die Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten zu erweitern, den Nacheid einzuführen oder ein beschleunigtes Verfahren zu schaffen.<sup>35</sup> Der Entwurf scheiterte jedoch schon deswegen, weil der Reichstag nicht bereit war, die mit der Einführung der Berufung verbundenen sonstigen Verfahrenserleichterungen zu akzeptieren. Auch aufgrund dieses frühen Scheiterns fasste das Reichsjustizamt<sup>36</sup> unter Staatssekretär Hermann von Schelling den Beschluss, eine umfassende Reform des Strafverfahrensrechts vorzubereiten. Zu diesem Zweck wurde eine entsprechende Reformkommission eingesetzt. Dieser Kommission gehörten insgesamt 21 Mitglieder an. Im Einzelnen setzte sie sich zusammen aus Richtern, Staatsanwälten, Rechtsanwälten und Hochschullehrern, die von 1903 bis 1905 in der Kommission tätig waren und danach die wesentlichen Ergebnisse ihrer Arbeit dem Reichsjustizamt zur Verfügung stellten.

Wenn auch insgesamt nicht in allen Punkten den Vorschlägen dieser Reformkommission folgend, legte das Reichsjustizamt unter Staatssekretär Rudolf Arnold Nieberding im September 1908 dem Bundesrat den Entwurf einer Strafprozessordnung und einer Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz (sogenannter Entwurf 1908) zur Befassung vor.<sup>37</sup> Nach der ausführlichen Behandlung im Bundesrat leitete die Reichsregierung diesen Entwurf in nur geringfügig veränderter Form im November 1909 dem Reichstag zu (sogenannter Gesamtentwurf 1909 – Reichstagsvorlage).<sup>38</sup> Wegen des Ausmaßes der vorgeschlagenen Änderungen beinhaltete der Gesamtentwurf 1909 im Ergebnis eine vollständig neugefasste Strafprozessordnung, in der auch die in sachlicher Hinsicht unveränderten Teile redaktionell und sprachlich überarbeitet und den vorgesehenen Neuregelungen entsprechend angepasst wurden.<sup>39</sup>

Anknüpfend an die zuvor erarbeiteten Vorschläge der Kommission zur Reform des Strafverfahrensrechts sah bereits der Gesamtentwurf 1909 bei allen richterlichen Untersuchungshandlungen im Ermittlungsverfahren und der (richterlichen) Voruntersuchung sowohl für den Beschuldigten als auch für dessen Verteidiger ein Anwesenheitsrecht vor, solange eine Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht zu befürchten war.<sup>40</sup> Bei der richterlichen Beschuldigtenvernehmung sollte der Richter jeweils nach seinem Ermessen Verteidiger und Staatsanwalt die An-

---

<sup>34</sup> Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozessordnung, Reichstagsverhandlungen der 9. Legislaturperiode, 4. Session 1895/97.

<sup>35</sup> Siehe dazu, auch zur Beratung im Reichstag, Rosenberg, in: L/R<sup>17</sup> Einleitung § 3 (S. 23 f.).

<sup>36</sup> Während des Kaiserreichs war das Reichsjustizamt von 1875 bis 1919 die oberste Behörde der deutschen Justiz. Der unmittelbare Nachfolger war das Reichsministerium der Justiz.

<sup>37</sup> Nachdruck: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 11 (1960).

<sup>38</sup> Nachdruck: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 12 (1960)

<sup>39</sup> Kühne, in: L/R Einleitung F Rn. 20.

<sup>40</sup> Reformkommission, Beschlüsse Nr. 124, 134, 135, Beratungen, Bd. I S. 176 ff., Bd. II S. 93 ff.; vergleiche dazu auch Kühne, in: L/R Einleitung F III Rn. 19.

wesenheit gestatten können. Ein eigener Anspruch auf Teilnahme war demgegenüber nicht vorgesehen. Das Bemerkenswerte dabei ist, dass die Entwurfsbegründung einerseits ausdrücklich die Notwendigkeit einer besseren Unterrichtung des Beschuldigten im Vorverfahren anerkennt. In diese Richtung inhaltlich noch weitergehende Anträge scheiterten andererseits jedoch in den Kommissionsberatungen am Widerstand der jeweiligen Regierungsvertreter. Sie befürchteten bei zu großer Ausweitung der Informations- und Anwesenheitsrechte des Beschuldigten und dessen Verteidigers eine Gefährdung des Untersuchungszwecks.<sup>41</sup>

Trotz dieser im Ergebnis durchaus schon als „beschuldigtenfreundlich“ zu bezeichnenden Reformbestrebungen beanstandete das damalige Reformschrifttum die unterbreiteten Vorschläge dennoch als zu halbherzig. Dabei beschränkte es sich jedoch nicht auf die Äußerung bloßer Kritik, sondern brachte seinerseits eine – die Struktur des Strafprozesses insgesamt betreffende – grundlegende Alternative zum Gesamtentwurf 1909 ins Gespräch. Die Autoren schlugen vor, einerseits auf Anwesenheitsrechte im Ermittlungsverfahren vollständig zu verzichten, dafür aber andererseits zur Kompensation jedwede Aktenkenntnis des Gerichts in der Hauptverhandlung auszuschließen.<sup>42</sup> Diese die grundlegende Form der Hauptverhandlung berührende Reformbestrebung hat zwar bisher in den amtlichen Reformansätzen keinen Anklang gefunden, sie spielt gleichwohl bis in die neuere Zeit hinein in den Reformüberlegungen einiger Autoren eine nicht gänzlich zu vernachlässigende Rolle.<sup>43</sup>

Nach Zuleitung des Gesamtentwurfs 1909 durch die Reichsregierung beriet sich von März 1910 bis Anfang 1911 eine Kommission des Reichstags unter Hinzuziehung von Vertretern der Länder und des Reichsjustizamtes über den Entwurf. Die Beratung erstreckte sich über insgesamt 84 Sitzungen. Das Ergebnis dieser Beratungen war der Beschluss weiterer zahlreicher Änderungen und ein diesbezüglicher ausführlicher schriftlicher Bericht.<sup>44</sup> Trotz aller Bemühungen war es allerdings auch dem Gesamtentwurf 1909 am Ende nicht vergönnt, über den Status eines Entwurfs hinaus zu gelangen und zur gesetzlichen Regelung zu erstarken. Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde die im Reichstag bereits begonnene zweite Lesung am 6. Februar 1911 schon während der Beratungen über das Gerichtsverfassungsgesetz abgebrochen und auch nicht wieder aufgenommen. Grund für das Scheitern waren unüberwindliche Meinungsverschiedenhei-

---

<sup>41</sup> Entwurf 1909, Text §§ 167-169, 191, Begründung, S. 128, Kommissionsbericht, S. 3271, 3563; sehr kritisch gegen die Anwesenheitsbefugnis des Verteidigers bei Beschuldigtenvernehmungen *Rosenberg*, in: *Aschrott*, S. 330 ff.

<sup>42</sup> Vergleiche *Aschrott*, *Heinemann* und *v. Lilienthal*, in: *Aschrott*, S. 92 ff., 344 ff., 409 ff.; *Aschrott*, Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz, S. 53 f.

<sup>43</sup> Dazu kritisch *Roxin*, Probleme der Strafprozeßreform, S. 56 ff.

<sup>44</sup> Nachdruck des Berichts: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 13 (1960).

ten betreffend die Mitwirkung von Laien bei den Berufungsgerichten.<sup>45</sup> Mit Abbruch des Gesetzgebungsverfahrens im Februar 1911 war der erste und bisher einzige Versuch einer parlamentarischen Behandlung einer umfassenden Reform des Strafverfahrens gescheitert; die zu diesem Zeitpunkt geltende Gesetzeslage mit ihren nur sehr eingeschränkten Anwesenheitsrechten bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren bestand also weiterhin fort.<sup>46</sup> Die Bemühungen der damals eingesetzten Reformkommission blieben vergebens.

## 2. Der Entwurf 1919

Weitere ernsthafte Bemühungen und Anstrengungen um eine umfassende Reform der Strafprozessordnung waren bereits unmittelbar nach Gründung der Weimarer Republik zu verzeichnen.<sup>47</sup> Inhaltlich knüpften sie im wesentlichen an die Reformbemühungen gegen Ende der Kaiserzeit an, gingen teilweise aber auch eigene Wege und waren zunächst weniger auf Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Auffassungen angelegt.<sup>48</sup> Nach einem ersten Entwurf über ein Gesetz zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes<sup>49</sup> von November 1919 leitete die Reichsregierung Anfang 1920 dem Reichsrat den Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen zu, der zugleich in Form einer Novelle die erforderliche und an den früheren Entwurf anknüpfende Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes enthielt (sogenannter Entwurf 1919).<sup>50</sup>

Insgesamt stellte sich der Entwurf 1919 als etwas weiterreichend als sein Vorgänger, der Entwurf 1909, dar.<sup>51</sup> Er verzichtete bereits gänzlich auf die richterliche Voruntersuchung und schränkte darüber hinaus auch den Umfang richterlicher Ermittlungshandlungen im Vorverfahren sehr stark ein. Dabei sah er sowohl für den Beschuldigten als auch für den Verteidiger bei allen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren ein umfassendes Anwesenheits- und Fragerecht vor, das ausschließlich dem Beschuldigten bei Gefährdung des Verfahrenszwecks entzogen werden konnte.<sup>52</sup> Zu den hervorstechenden Merkmalen des Entwurfs 1919 können ferner die bewusste Betonung der Schutzfunktion des Strafverfahrens, der Gedanke der Waffengleichheit und das Bemühen um die Sicherung der Un-

<sup>45</sup> Näher hierzu *Hegler*, ZStW 33 (1912), 115.

<sup>46</sup> Siehe dazu den Beitrag von *Kohlrausch*, ZStW 33 (1912), 226.

<sup>47</sup> Ausgerufen wurde die Weimarer Republik am 9. November 1918 in Berlin. Die Weimarer Reichsverfassung wurde am 31. Juli 1919 beschlossen, am 11. August 1919 verabschiedet und am 14. August 1919 verkündet.

<sup>48</sup> Vergleiche *Kühne*, in: L/R Einleitung F IV Rn. 30.

<sup>49</sup> Dazu ausführlich von *Hippel*, ZStW 41 (1920) 2 ff.

<sup>50</sup> Nachdruck: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 14 (1960); äußerst kritisch besprochen bei von *Hippel*, ZStW 41 (1920), 2 ff., der den Entwurf als „eine Weihnachtsbescherung, aber keine erfreuliche“ bezeichnet.

<sup>51</sup> Die Entwürfe 1909 und 1919 sind nahezu in unveränderter Form auch als Entwürfe 1908 und 1920 bekannt.

<sup>52</sup> Entwurf 1919, Text §§ 28, 29, Begründung S. 13 f., 36.



befangenheit des erkennenden Gerichts gezählt werden.<sup>53</sup> Doch vermochte sich im Ergebnis auch dieser Entwurf nicht durchzusetzen. Der Entwurf 1919 scheiterte ebenfalls bereits im Reichsrat. Hinsichtlich seiner verfahrensrechtlichen Vorschläge stellt sich der Entwurf 1919 bis in die heutige Zeit als einer der konsequentesten Versuche dar, von den inquisitorischen Elementen der Strafprozessordnung in ihrer Fassung von 1877 abzuweichen, und kann deswegen als durchaus zukunftsweisend bezeichnet werden.<sup>54</sup>

### 3. Die Emmingerverordnung und der Entwurf eines EGStGB 1930

#### a) Die Emmingerverordnung

Mit der Notverordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924<sup>55</sup> wurden erstmals seit Inkrafttreten der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes umfassende und in vielen Bereichen bis heute fortwirkende strukturelle Änderungen in der Strafgerichtsverfassung und weitreichende Neuerungen im Strafverfahrensrecht bewirkt. Die Emmingerverordnung beinhaltete dabei so grundlegende Änderungen des Strafverfahrensrechts, dass es gerechtfertigt erscheint, seitdem von einem teilweise neuen Strafverfahren zu sprechen.<sup>56</sup> Die Verordnung griff dabei in erheblichem Umfang Vorschläge aus bis dahin erfolglosen Reformentwürfen auf und enthielt darüber besondere Notmaßnahmen, die für einen kurzen Zeitraum von weniger als drei Monaten vorgesehen waren. Zu den Notmaßnahmen gehörten unter anderem der völlige Verzicht auf Schöffen und Geschworene, das Ruhen aller Privatklagen sowie die Beschränkung der Berufung. An den bestehenden Anwesenheitsrechten bei richterlichen Untersuchungshandlungen im Ermittlungsverfahren änderte sich durch die Emmingerverordnung hingegen nichts. Zur Umsetzung der Emmingerverordnung ist der Wortlaut des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozessordnung unter Einarbeitung der vorgenommenen Änderungen im März 1924 amtlich neu bekanntgemacht worden.<sup>57</sup>

Obwohl die Reaktion der Rechtswissenschaft auf die Emmingerverordnung überwiegend negativ ausgefallen ist,<sup>58</sup> sind im Laufe der weiteren Gesetzesentwicklung nur wenige Neuregelungen, insbesondere die Beseitigung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Strafkammern, revidiert worden. Andere Neuerungen wie etwa die Begrenzung des Legalitätsprinzips und die Zuständigkeit des

<sup>53</sup> *Rieß*, in: FS-Reichsjustizamt, S. 373 (380).

<sup>54</sup> Vergleiche *Rieß*, in: FS-Reichsjustizamt, S. 373 (380).

<sup>55</sup> Auch bekannt unter dem Namen Emmingerverordnung; benannt nach dem für ihren Erlass verantwortlichen Reichsjustizminister Erich Emminger.

<sup>56</sup> *Rieß*, in: FS-Reichsjustizamt, S. 373 (378).

<sup>57</sup> Bekanntmachung vom 22.3.1924 – RGBl. I S. 299.

<sup>58</sup> Siehe hierzu etwa *Nagler*, GerS 90 (1924), 388 ff.; *Oetker*, GerS 90 (1924), 341 ff.; *K. Schäfer*, in: L/R<sup>24</sup> Einleitung Kapitel 3 Rn. 11 sowie Kapitel 4 Rn. 6 f.

Amtsrichters als Einzelrichter prägten dagegen die weitere Entwicklung des deutschen Strafverfahrens und sind bis heute kontinuierlich ausgebaut worden.<sup>59</sup>

#### b) Entwurf eines EGStGB 1930

Der Entwurf 1930 stellte den durch die Emmingerverordnung erreichten Rechtszustand nicht grundsätzlich in Frage. Dennoch enthielt er – teilweise unter Aufgreifen früherer Reformvorschläge – selbständige Änderungen, die zum Teil in den späteren Notmaßnahmen aufgegriffen wurden.<sup>60</sup> In Bezug auf die hier im Mittelpunkt stehenden Anwesenheitsrechte der Verfahrensbeteiligten bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren wollte der Entwurf 1930 demgegenüber den bestehenden Rechtszustand im Wesentlichen unverändert lassen. Allerdings beabsichtigte auch der Entwurf 1930 unter Beibehaltung der richterlichen Voruntersuchung, die richterlichen Untersuchungshandlungen im Ermittlungsverfahren einzuschränken. In seiner Grundhaltung eher zurückhaltend war der Entwurf 1939. Abgesehen von einer ganz ausnahmsweise in Betracht kommenden Voruntersuchung, sah der Entwurf 1939 vor, das Ermittlungsverfahren ganz in die Hand der Staatsanwaltschaft zu legen und ein Anwesenheitsrecht der Verfahrensbeteiligten nur bei vorweggenommenen Beweisaufnahmen zu gewähren.<sup>61</sup>

### **Zweites Kapitel. Anwendungsbereich von § 168c StPO**

#### **A. Richterliche Vernehmung bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung**

##### I. Richterliche Vernehmung in unterschiedlichen Verfahrensstadien

§ 168c StPO befindet sich im zweiten Abschnitt (Vorbereitung der öffentlichen Klage) des zweiten Buches der Strafprozessordnung. Dieser systematischen Stellung zur Folge ist § 168c StPO unmittelbar bei allen richterlichen Vernehmungshandlungen bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens anwendbar. Hauptanwendungsbereich der Vorschrift ist die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren. Im Unterschied zu polizeilichen und staatsanwaltlichen Untersuchungshandlungen dienen die richterlichen Untersuchungshandlungen im Ermittlungsverfahren in vielen Fällen unmittelbar der Wahrheitsfindung, da die hierüber zu erstellenden Protokolle unter erleichterten Bedingungen als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden können (siehe §§ 251 Abs. 2, 254 StPO).<sup>62</sup> Einer richterlichen Vernehmung wird im Vergleich zu anderen Vernehmungen eine höhere Qualität attestiert. Diese Qualität der richterlichen Vernehmung ist auch der Grund dafür, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung eine Ausnahme von § 252 StPO zulässt und der Vernehmungsrichter als Zeuge über eine

<sup>59</sup> Kühne, in L/R Einleitung F IV Rn. 36.

<sup>60</sup> Kühne, in: L/R Einleitung F IV Rn. 41.

<sup>61</sup> Entwurf 1939, § 10 Abs. 3.

<sup>62</sup> Achenbach, in AK-StPO § 168c Rn. 2.

durchgeführte Vernehmung vernommen werden darf, obwohl sich der zeugnisverweigerungsrechtliche Zeuge in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft und schweigt.<sup>63</sup> In bestimmten Situationen kann die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren deshalb funktionell als „vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung“ oder als „kleine Hauptverhandlung“ bezeichnet werden.<sup>64</sup> Vor diesem Hintergrund ist der Regelungsgehalt des § 168c StPO zu sehen. Die dort vorgesehenen Anwesenheitsrechte geben den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, aktiv auf das Ergebnis dieser Ermittlungshandlung und die Form der hierüber zu erstellenden Niederschrift Einfluss zu nehmen. Durch die Möglichkeit zur Einflussnahme tragen die Verfahrensbeteiligten mit dazu bei, die Richtigkeit und Vollständigkeit der gewonnenen Protokolle zu gewährleisten.<sup>65</sup> Parteiöffentlichkeit während der „kleinen Hauptverhandlung“ soll gleichsam einen Ersatz für die Prinzipien der Öffentlichkeit und der Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung gewährleisten.<sup>66</sup>

Kommt die Staatsanwaltschaft nach Abschluss ihrer Ermittlungen zu dem Ergebnis, dass ein hinreichender Tatverdacht nicht festgestellt werden kann, hat sie das Verfahren gegen den Beschuldigten einzustellen (§ 170 Abs. 2 Satz 1 StPO). Einem Strafantragsteller, der zugleich auch der durch die Tat verletzte ist, bleibt dann nur die Möglichkeit zu versuchen, die Staatsanwaltschaft zur Anklage zu zwingen (§ 172 StPO). Letztverbindlich entscheidet hierüber im Zweifel das zuständige Oberlandesgericht (§ 175 StPO). Das in diesem Fall durchzuführende Klageerzwingungsverfahren stellt sich noch als Bestandteil des Ermittlungsverfahrens dar. Folgerichtig müssen auch hier die für das Ermittlungsverfahren vorgesehenen Regelungen der §§ 168 ff. StPO zur Anwendung gelangen. Bei richterlichen Vernehmungen im Rahmen des Klageerzwingungsverfahrens gelangt damit auch – über den Verweis in § 173 Abs. 3 StPO – § 168c StPO zur Anwendung.<sup>67</sup> Für die übrigen Stadien des Strafverfahrens sind in der Strafprozessordnung vielfach eigene Regelungen vorgesehen.

## II. Richterliche Vernehmung im Zwischenverfahren (§§ 198 ff. StPO)

Geht die Staatsanwaltschaft nach Abschluss ihrer Ermittlungen und unter vorläufiger Bewertung der Tat anhand des gesamten Akteninhalts mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer Verurteilung des Beschuldigten aus, so erhebt sie

---

<sup>63</sup> BGHSt 2, 99 (106); 20, 384 f.; zum Teil wird aber auch die Vernehmung des Ermittlungsrichters als unzulässig erachtet, da eine Differenzierung nach Verhörspersonen mit dem Schutzzweck des § 252 StPO nicht vereinbar sei – so etwa *Sander/Cirener*, in: L/R § 252 Rn. 10; *Eisenberg*, NStZ 1988, 488 ff.

<sup>64</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 2; *Fezer*, JuS 1977, 382 (383); *Rengier*, Jura 1981, 299 (306).

<sup>65</sup> Vergleiche BGHSt 26, 332 (335); *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 2; *Fezer*, JuS 1977, 382 (383).

<sup>66</sup> *Larsen*, in: FS-Müller, S. 3 (4).

<sup>67</sup> *Graalman-Scheerer*, in: L/R § 173 Rn. 17; *Gorf*, in: OnlineKomm-StPO § 173 Rn. 8; *Schmid*, in: KK-StPO § 173 Rn. 3; *Wohlers*, in: SK-StPO § 173 Rn. 20.

Klage vor dem zuständigen Gericht (§ 170 Abs. 1 StPO).<sup>68</sup> Mit Einreichung der Anklageschrift und dem dadurch eingeleiteten Zwischenverfahren wechselt die Verfahrensherrschaft von der Staatsanwaltschaft auf das zuständige Gericht.

Im Zwischenverfahren prüft das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht von Amts wegen, ob die von der Staatsanwaltschaft angenommenen hinreichenden Verdachtsgründe auch aus Sicht des Gerichts vorliegen und eine Durchführung der Hauptverhandlung rechtfertigen. Zu diesem Zweck ist das Gericht nach § 202 StPO ermächtigt, eigene Ermittlungen durchzuführen. Ob im Rahmen dieser eigenen Ermittlungen des Gerichts bei durchzuführenden richterlichen Vernehmungen auch § 168c StPO entsprechend anwendbar ist, wird nicht einheitlich beantwortet.

### 1. Entsprechende Anwendung der §§ 223, 224 StPO

Zum Teil<sup>69</sup> wird unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>70</sup> und des Bundesgerichtshofs<sup>71</sup> angenommen, dass bereits im Zwischenverfahren die Vorschriften aus dem fünften Abschnitt (Vorbereitung der Hauptverhandlung) maßgeblich sind. Eine richterliche Vernehmung hätte daher unter Beachtung der §§ 223, 224 StPO zu erfolgen. Da diese aber hinsichtlich etwaiger Anwesenheitsrechte bei der Vernehmung eigenständige Regelungen vorsehen, steht ihre Anwendbarkeit einem Rückgriff auf § 168c StPO entgegen.

Als Hauptargument für eine entsprechende Anwendung der §§ 223, 224 StPO wird eine nicht von der Hand zu weisende verfahrensrechtliche Schlechterstellung des Angeschuldigten angeführt, mit der ein Rückgriff auf § 168c StPO in diesen Fällen verbunden wäre. Im Vergleich zu § 224 StPO ermöglicht § 168c Abs. 3 StPO weiterreichende Möglichkeiten für einen Ausschluss des Angeschuldigten von der Vernehmungssituation. Während § 224 Abs. 1 StPO lediglich ein Absehen von der grundsätzlich erforderlichen Benachrichtigung ermöglicht, sieht § 168c Abs. 3 StPO demgegenüber einen vollständigen Ausschluss des Beschuldigten von der Vernehmung vor, sollte dessen Anwesenheit den Untersuchungszweck gefährden. Die bloße Möglichkeit, bei einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs von der Benachrichtigung absehen zu können, hat nicht zwangsläufig die Abwesenheit des Verfahrensbeteiligten zur Folge. Das Anwesenheitsrecht bleibt durch die unterbliebene Benachrichtigung unberührt. Einem Angeschuldigten, der anderweitig von dem Termin erfahren hat und zur Vernehmung erscheint, kann die Teilnahme also nicht versagt werden.

<sup>68</sup> Meyer-Goßner, StPO § 170 Rn. 1.

<sup>69</sup> So etwa Alsberg/Nüse/Meyer, S. 346; Julius, in: HK-StPO § 202 Rn. 6; Meyer-Goßner, StPO § 202 Rn. 3; Schneider, in: KK-StPO § 202 Rn. 4; ebenfalls OLG Schleswig SchlHA 1958, 290 (291).

<sup>70</sup> RGSt 66, 213 (214).

<sup>71</sup> BGH VRS 36, 356 (357).

Darüber hinaus stellt sich die kommissarische Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen vor Eröffnung des Hauptverfahrens letztlich als funktionell vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung dar. In den zitierten Entscheidungen<sup>72</sup> war die kommissarische Vernehmung jeweils aufgrund besonderer Eilbedürftigkeit im Zwischenverfahren durchgeführt worden, damit die so erlangten Aussagen durch Verlesung des richterlichen Protokolls in die spätere Hauptverhandlung eingeführt werden konnten. Folglich sei der kommissarischen Vernehmung der Zeugen in erster Linie die Funktion zugekommen, Beweise für die spätere Hauptverhandlung zu sichern, die bei längerem Abwarten nicht mehr verfügbar gewesen wären.

Aus diesen Gründen habe die richterliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen im Zwischenverfahren unter entsprechender Anwendung der §§ 223, 224 StPO zu erfolgen. Ein Rückgriff auf § 168c StPO sei demgegenüber nicht erforderlich.

## 2. Entsprechende Anwendung des § 168c StPO

Diesem Verständnis wird jedoch zum Teil vehement widersprochen.<sup>73</sup> Zwar könne eine kommissarische Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen im Zwischenverfahren durchaus aus Gründen der Beweissicherung erfolgen und somit als funktionell vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung verstanden werden, gleichwohl sei dies keineswegs der gesetzliche Regelfall. Bei der richterlichen Vernehmung im Zwischenverfahren handele es sich grundsätzlich nicht um einen vorweggenommenen Teil der Hauptverhandlung, sondern der Funktion des Zwischenverfahrens entsprechend noch um eine dem Ermittlungsverfahren zugehörige Untersuchungshandlung. Die fragliche richterliche Vernehmung drehe sich schließlich auch hier um die Überprüfung des hinreichenden Tatverdachts.<sup>74</sup> Obwohl zwar eine entsprechende Anwendung des § 168c StPO dazu führe, dass das Anwesenheitsrecht des Angeeschuldigten wegen § 168c Abs. 3 StPO in größerem Maße Beschränkungen unterliege, sei eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften in diesem Stadium des Verfahrens dennoch sachgerecht; von der Einschränkungsmöglichkeit des § 168c Abs. 3 StPO solle ohnehin nur in Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden.<sup>75</sup>

Ferner finde sich bei entsprechender Anwendung der §§ 223, 224 StPO weder eine Ermächtigung, den Angeeschuldigten zur weiteren Aufklärung der Tat zu vernehmen noch ihn bei unentschuldigter Abwesenheit gegebenenfalls auch unter Anwendung von Zwangsmitteln zu einer richterlichen Vernehmung vorführen

<sup>72</sup> RGSt 66, 213 (214); BGH VRS 36, 356 (357).

<sup>73</sup> *Loos*, in: AK-StPO § 202 Rn. 8; *Stuckenberg*, in: L/R § 202 Rn. 17; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 754; *Krause*, StV 1984, 169 (171);.

<sup>74</sup> *Stuckenberg*, in: L/R § 202 Rn. 17.

<sup>75</sup> *Paeffgen*, in: SK-StPO § 202 Rn. 8.

zu lassen.<sup>76</sup> Diese fehlende Ermächtigung wiege umso schwerer, weil auch nach Erhebung der öffentlichen Klage und vor Eröffnung des Hauptverfahrens eine erneute (richterliche) Vernehmung des Angeschuldigten für die weitere Aufklärung der Tat von entscheidender Bedeutung sein könne. Zu denken sei hier etwa an Fälle, in denen etwaige Irrtumsfragen für die Annahme des hinreichenden Tatverdachts von Relevanz sind.<sup>77</sup>

Die richterliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen habe deshalb auch im Zwischenverfahren unter entsprechender Anwendung des § 168c StPO zu erfolgen. Eine Anwendbarkeit der §§ 223, 224 StPO komme demgegenüber nicht in Betracht.

### 3. Differenzierender Lösungsansatz nach dem Zweck der Vernehmung

In Anbetracht der widerstreitenden Positionen und ihren jeweiligen Argumenten scheint es sachgerecht, beide vertretenen Standpunkte miteinander zu kombinieren und im Ergebnis einen Mittelweg zu beschreiten. Zur Verdeutlichung diene folgende Überlegung:

Der Zweck, der mit der Befugnis zu weiteren richterlichen Beweiserhebungen verfolgt wird, ist in erster Linie eine „bessere Aufklärung der Sache“. Letzteres folgt unmittelbar aus § 202 StPO. Ziel dieser besseren Sachaufklärung muss sein, die von der Staatsanwaltschaft in ihrer Abschlussentscheidung angenommenen hinreichenden Verdachtsgründe einer zusätzlichen gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen (siehe § 203 StPO). Im Ergebnis wird also im Zwischenverfahren das Resultat der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen einer nochmaligen unabhängigen gerichtlichen Überprüfung unterzogen. Vor diesem Hintergrund verhält sich die Tätigkeit des Gerichts im Zwischenverfahren spiegelbildlich zur ermittlungsrichterlichen Tätigkeit im Vorverfahren. In Verbindung mit den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft ist auch die Tätigkeit des Ermittlungsrichters auf die Beantwortung der Frage gerichtet, ob ein „genügender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage“ (siehe § 170 Abs. 1 StPO) besteht.

Beide Tätigkeiten sind vergleichbar, weil die vom Gesetz verwendeten Begrifflichkeiten „genügender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage“ (§ 170 Abs. 1 StPO) und „einer Straftat hinreichend verdächtig“ (§ 203 Abs. 1 StPO) inhaltlich weitestgehend deckungsgleich sind.<sup>78</sup>

Unter Berücksichtigung dieses Umstands lässt sich für die Frage nach der Anwendbarkeit des § 168c StPO im Zwischenverfahren folgende Grundkonzeption aufstellen: Dient die richterliche Vernehmung im Zwischenverfahren allein der Klärung, ob der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint und damit genügender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 170

<sup>76</sup> Krause, StV 1984, 169 (171).

<sup>77</sup> Krause, StV 1984, 169 (171).

<sup>78</sup> Krause, StV 1984, 169 (171); ferner Loos, in: AK-StPO § 203 Rn. 3.

Abs. 1 StPO anzunehmen ist, muss die fragliche Vernehmungshandlung in entsprechender Anwendung der Vorschriften über das Ermittlungsverfahren erfolgen. In diesem Fall wäre damit bei der Vernehmung § 168c StPO zu beachten. Ein Rückgriff auf die §§ 223, 224 ist daher nicht angezeigt. Demgegenüber sind bei der richterlichen Vernehmung die Vorschriften der §§ 223 ff. StPO zu berücksichtigen, sofern die Vernehmung nicht ausschließlich der Vorbereitung der Eröffnungsentscheidung dient, sondern sie auch mit der Intention durchgeführt wird, das hierdurch gewonnene Protokoll in der Hauptverhandlung verwerten zu können.<sup>79</sup> In dieser Konstellation spielen Überlegungen zur Beweissicherung die tragende Rolle, da die Auskunftsperson in der Hauptverhandlung voraussichtlich nicht erneut vernommen werden kann. Ist aber die Beweissicherung das eigentliche Motiv für die Vernehmung, kann diese schon als ein vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung angesehen werden, so dass hierbei konsequenter Weise auch die §§ 223 ff. StPO zur Anwendung gelangen sollten. In diesem Lichte müssen nun auch die beiden höchstrichterlichen Entscheidungen betrachtet werden.

#### a) Entscheidung des Reichsgerichts

Der Entscheidung des Reichsgerichts<sup>80</sup> lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde. Nach Erhebung der Anklage gegen D – also nach Beginn des Zwischenverfahrens – teilt dessen Verteidiger der zuständigen Staatsanwaltschaft am 16. März 1930 mit, dass der wichtige Zeuge W, der in der Anklageschrift benannt ist, am 22. März 1930 für eine längere Zeit nach China abreise und deswegen in der Hauptverhandlung nicht anwesend sein könne. Aus diesem Grund stellt er der Staatsanwaltschaft anheim, eine richterliche Vernehmung des W herbeizuführen. Auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft vom 19. März 1930 führt das zuständige Amtsgericht eine richterliche Vernehmung des W durch. Das auf diesem Wege gewonnene Vernehmungsprotokoll wird daraufhin mit Einverständnis sämtlicher Prozessparteien in der Hauptverhandlung verlesen. Gegen die Verwertung dieses Protokolls richtet sich nun die Revision der Verteidigung, da ihrer Meinung nach die Vernehmung letztlich nicht auf Ersuchen des Gerichts vorgenommen worden sei.

Das Reichsgericht führt zunächst aus, dass es bereits in diesem Stadium in die Zuständigkeit des mit der Sache befassten Gerichts falle, entsprechende Maßnahmen zur Beweissicherung zu ergreifen.<sup>81</sup> Dass im fraglichen Abschnitt der Strafprozessordnung eine den §§ 193 Abs. 2 a.F., 223 StPO vergleichbare Vorschrift für das Zwischenverfahren nicht enthalten sei, lasse keinesfalls den Schluss zu, dass es für diesen Verfahrensabschnitt generell an einer entsprechen-

<sup>79</sup> *Schneider*, in: KK-StPO § 202 Rn. 8; *Stuckenberg*, in: L/R § 202 Rn. 17.

<sup>80</sup> RGSt 66, 213.

<sup>81</sup> RGSt 66, 213 (214).

den Befugnis des Gerichts fehle.<sup>82</sup> Vielmehr sei es in jedem Stadium des Verfahrens die Aufgabe der verfahrensbetreibenden Behörde (scil. im Zwischenverfahren also des zuständigen Gerichts), gegebenenfalls Beweise für die spätere Hauptverhandlung zu sichern.<sup>83</sup> Die Vorschriften der §§ 223, 224 StPO seien nur als ein Niederschlag dieses allgemeinen Gedankens zu verstehen und daher auch im Zwischenverfahren entsprechend anwendbar.<sup>84</sup>

Nach dem oben Gesagten liegt die Entscheidung für eine Anwendbarkeit der §§ 223, 224 StPO genau innerhalb der hier vorgeschlagenen Grundkonzeption. In der dem Reichsgericht vorliegenden Fallkonstellation ging es augenscheinlich ausschließlich um Aspekte der Beweissicherung, da eine Abreise des Zeugen ins ferne Ausland einem Erscheinen in der Hauptverhandlung entgegengestanden hätte. Um das Protokoll in der Hauptverhandlung verwerten zu können, ist die Aussage des Zeugen durch die richterliche Vernehmung im Zwischenverfahren vorweggenommen worden. Im Gegensatz dazu ging es vorliegend nicht darum zu klären, ob hinreichende Verdachtsgründe gegen den Angeschuldigten vorliegen und die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigen. Die Anwendbarkeit der §§ 223, 224 StPO erfolgte demnach zu Recht.

Fraglich bleibt lediglich, ob die vom Reichsgericht getroffene Entscheidung auch nach der heutigen Rechtslage noch als Argument gegen die Anwendbarkeit des § 168c StPO im Zwischenverfahren angeführt werden kann. Hierbei ist nämlich zu berücksichtigen, dass § 168c StPO erst 43 Jahre später in die Strafprozessordnung eingefügt wurde. Allein deswegen konnte sie vom Reichsgericht unmöglich als alternativ in Betracht zu ziehende Ermächtigungsgrundlage in Erwägung gezogen werden. Wegen der unterschiedlichen Gesetzeslagen im Zeitpunkt der Entscheidung und heute fehlt die Möglichkeit, die beiden Situationen miteinander zu vergleichen. Die Möglichkeit, das Problem über eine entsprechende Anwendung des § 168c StPO zu lösen, bestand zum damaligen Zeitpunkt nicht. Folglich kann die Entscheidung des Reichsgerichts aus heutiger Sicht nicht gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 168c StPO im Zwischenverfahren angeführt werden. Gleichwohl ist sie aus den oben genannten Erwägungen folgerichtig und nicht zu beanstanden.

#### b) Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Auch der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>85</sup> liegt ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Nachdem die Ermittlungen gegen den Beschuldigten abgeschlossen waren, erhielt die Staatsanwaltschaft am 4. Juni 1967 von der militärischen Dienststelle des Zeugen V die Mitteilung, dass dieser am 19. Juni 1967 aus dem Dienst der Streitkräfte der Vereinigten Staaten von Amerika ent-

---

<sup>82</sup> RGSt 66, 213 (214).

<sup>83</sup> RGSt 66, 213 (214).

<sup>84</sup> RGSt 66, 213 (214).

<sup>85</sup> BGH VRS 36 (1967), 356.



lassen werde und endgültig in die Vereinigten Staaten zurückkehre.<sup>86</sup> Ausdrücklich aus diesem Grunde beantragte daraufhin die Staatsanwaltschaft – unter gleichzeitiger Einreichung der Anklageschrift – am 7. Juni 1967 beim zuständigen Gericht „die kommissarische Vernehmung des V gem. § 223 StPO durch die Strafkammer unter Hinzuziehung aller Beteiligten an Ort und Stelle.“<sup>87</sup> Daraufhin erließ die Kammer, gestützt auf § 202 StPO, einen entsprechenden Beschluss und eine Zeugenvernehmung wurde durchgeführt.<sup>88</sup> Das Vernehmungsprotokoll wurde in der Hauptverhandlung mit Einverständnis aller Prozessbeteiligten verlesen und konnte somit die Vernehmung des Zeugen V nach § 251 Abs. 1 Nr. 4 StPO a.F. ersetzen. Dieses rügt die Verteidigung mit ihrer Revision.

Der Bundesgerichtshof begründet zunächst die Anwendbarkeit des § 202 StPO mit der Feststellung, dass zum fraglichen Zeitpunkt der Zeugenvernehmung das Hauptverfahren noch nicht eröffnet war, da die Anklageschrift gleichzeitig mit dem Antrag bei Gericht einging.<sup>89</sup> Man befand sich also auch hier bereits im Stadium des Zwischenverfahrens. Für die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 223, 224 StPO im Zwischenverfahren verweist der Bundesgerichtshof ausdrücklich auf die oben genannte Entscheidung des Reichsgerichts und macht sich somit dessen Begründung für die Anwendbarkeit der §§ 223, 224 StPO zu Eigen.<sup>90</sup> Auch an dieser Stelle sei der Hinweis erlaubt, dass der Zeitpunkt dieser Entscheidung ebenfalls acht Jahre vor dem Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens und damit vor Einführung des § 168c StPO liegt. Folglich konnte auch hier wiederum die Regelung des § 168c StPO vom 4. Strafsenat nicht als alternativer Lösungsansatz in Betracht gezogen werden. Dementsprechend kann auch diese Entscheidung keineswegs als Argument gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 168c StPO für richterliche Vernehmungshandlungen im Zwischenverfahren angeführt werden.

Beide Entscheidungen zeichnen sich jedoch durch eine weitere Gemeinsamkeit aus: Die richterliche Vernehmung des Zeugen diente auch hier nicht ausschließlich der Vorbereitung der Eröffnungsentscheidung und damit nicht zur Beantwortung der Frage, ob gegen den Angeschuldigten hinreichende Verdachtsgründe vorlagen. Vielmehr ging es auch in diesem Fall der Staatsanwaltschaft und dem Gericht ausschließlich um die spätere Verwendung des Vernehmungsprotokolls in der Hauptverhandlung.<sup>91</sup> Damit aber waren in beiden Entscheidungen Beweissicherungsüberlegungen ausschlaggebend für die Durchführung der richterlichen Vernehmung des Zeugen im Zwischenverfahren. In Anbetracht der wiederum drohenden Unerreichbarkeit des Zeugen V stellt sich die Vernehmung

---

<sup>86</sup> BGH VRS 36 (1967), 356.

<sup>87</sup> BGH VRS 36 (1967), 356.

<sup>88</sup> BGH VRS 36 (1967), 356.

<sup>89</sup> BGH VRS 36 (1967), 356.

<sup>90</sup> BGH VRS 36 (1967), 356 (357).

<sup>91</sup> Vergleiche RGSt 66, 213 (214); BGH VRS 36 (1967), 356 (357).

wieder als eine teilweise Vorwegnahme der Hauptverhandlung dar. Dies wiederum rechtfertigte auch in der dortigen Situation eine entsprechende Anwendung der §§ 223, 224 StPO.

#### 4. Fazit

Sowohl die Entscheidung des Reichsgerichts als auch die des Bundesgerichtshofs liegen daher auf der Linie des hier vertretenen Ansatzes. Die richterliche Vernehmung im Zwischenverfahren, die ausschließlich zur Beantwortung der Frage dient, ob der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtigt erscheint und daher ein hinreichender Tatverdacht anzunehmen ist, hat in entsprechender Anwendung des § 168c StPO zu erfolgen. Mit ihrem inhaltlich deckungsgleichen Prüfungsauftrag ist die Tätigkeit des Gerichts in diesem Fall noch als eine dem Ermittlungsverfahren vergleichbare Maßnahme zu qualifizieren. Diese Zuordnung rechtfertigt die Anwendbarkeit des § 168c StPO. Demgegenüber sind bei der Vernehmung die Vorschriften des vorbereitenden Verfahrens zu berücksichtigen, sofern die Vernehmung nicht ausschließlich der Vorbereitung der Eröffnungsentscheidung dient, sondern mit der Intention vorgenommen wird, das erlangte Protokoll in der Hauptverhandlung zu verwenden.<sup>92</sup> Hier ist die beabsichtigte Beweissicherung das ausschlaggebende Kriterium. Die fragliche Maßnahme ist demnach insbesondere im Hinblick auf eine Verlesung des gewonnenen Protokolls schon im erweiterten Bereich der Hauptverhandlung anzusiedeln.

### III. Richterliche Vernehmung im vorbereitenden Verfahren (§§ 213 ff. StPO)

Für den Verfahrensabschnitt den das Gesetz mit „Vorbereitung der Hauptverhandlung“ überschrieben hat, der also die Zeit nach dem Eröffnungsbeschluss betrifft, enthalten §§ 223, 224 StPO eigenständige Regelungen für die richterliche Vernehmung. Was die richterliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen angeht, entspricht der Regelungsgehalt des § 224 StPO mit geringen Abweichungen der Regelung des § 168c StPO.<sup>93</sup> Eine Vernehmung des Angeklagten ist innerhalb des vorbereitenden Verfahrens demgegenüber nicht mehr vorgesehen.

Auch die Vorschrift des § 233 Abs. 3 StPO gilt der Vorbereitung der Hauptverhandlung. Soll gegen den Angeklagten in dessen Abwesenheit verhandelt werden (§ 233 Abs. 1 StPO), muss er durch einen ersuchten oder beauftragten Richter über die Anklage vernommen werden (§ 233 Abs. 2 Satz 1 StPO). Bei einer solchen richterlichen Vernehmung des Angeklagten sind nach § 233 Abs. 3 StPO sowohl dessen Verteidiger als auch die Staatsanwaltschaft vorher zu benachrichtigen.

<sup>92</sup> *Schneider*, in: KK-StPO § 202 Rn. 8; *Stuckenberg*, in: L/R § 202 Rn. 17.

<sup>93</sup> Zur kommissarischen Vernehmung eines „V-Mannes“ *Engels*, NJW 1983, 1530.

tigen.<sup>94</sup> Mit dieser Benachrichtigungspflicht des Gerichts korrespondiert ein entsprechendes Anwesenheitsrecht der oben genannten Prozessbeteiligten.

Entgegen der Regelung des § 233 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 StPO sind neben dem Verteidiger und der Staatsanwaltschaft alle Prozessbeteiligten von dem Vernehmungstermin zu benachrichtigen. Hierzu zählen auch etwaige Mitangeklagte, sofern die gewonnene Aussage im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung gegen sie verwendet werden soll. Wird nun ein Mitangeklagter von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden, muss den anderen Angeklagten ebenso wie den übrigen Prozessbeteiligten die rechtliche Möglichkeit gewährt werden, bei seiner kommissarischen richterlichen Vernehmung anwesend zu sein.<sup>95</sup> Aus diesem Recht zur Anwesenheit folgt gleichwohl keine Verpflichtung der benachrichtigten Prozessbeteiligten der Vernehmung auch tatsächlich beizuwohnen, siehe § 233 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 StPO.

#### IV. Richterliche Vernehmung im Wiederaufnahmeverfahren (§ 369 StPO)

Für die richterliche Vernehmung im Wiederaufnahmeverfahren findet sich in § 369 Abs. 3 StPO ebenfalls eine gesonderte Regelung, welche im konkreten Fall eine entsprechende Anwendung des § 168c StPO ausschließt. Bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen haben sowohl der Verurteilte und sein Verteidiger als auch die Staatsanwaltschaft ein Anwesenheitsrecht (§ 369 Abs. 3 Satz 1 StPO). Im Übrigen gelten nach § 369 Abs. 3 Satz 2 StPO die Einschränkungsmöglichkeiten und Benachrichtigungspflichten der §§ 168c Abs. 3, 224 Abs. 1 und 225 StPO entsprechend.

Wird die Vernehmung in einem Gerichtsgebäude am Haftort vorgenommen, ist der nicht auf freiem Fuß befindliche Verurteilte anders als nach §§ 168c Abs. 4, 224 Abs. 2 StPO immer zur Anwesenheit bei der Vernehmung berechtigt.<sup>96</sup> Die Einschränkungsmöglichkeiten des § 168c Abs. 3 StPO finden keine Anwendung. Auch aus dem Anwesenheitsrecht des § 369 Abs. 3 StPO kann keineswegs auf eine Anwesenheitspflicht des Verurteilten geschlossen werden.<sup>97</sup> Steht dem Verurteilten nach diesen Grundsätzen ein Anwesenheitsrecht zu, muss der mit der Beweisaufnahme beauftragte oder ersuchte Richter seine Anwesenheit durch die rechtzeitige Anordnung der Vorführung gewährleisten.<sup>98</sup> Dies gilt selbstverständlich nur für den Fall, dass der Verurteilte an der Vernehmung tatsächlich teilnehmen möchte. Eine Vorführung gegen seinen Willen ist unzulässig.

Bei Beweiserhebungen außerhalb eines Gerichtsgebäudes oder in einem Gerichtsgebäude außerhalb des Haftortes besteht ein Anwesenheitsrecht des Verurteilten nach § 369 Abs. 3 Satz 3 StPO nur dann, wenn seine Mitwirkung der mit

<sup>94</sup> Vergleiche *Krause*, StV 1984, 169 (171).

<sup>95</sup> RGSt 57, 271 (272); *Meyer-Gofßner*, StPO § 233 Rn. 18.

<sup>96</sup> *Meyer-Gofßner*, StPO § 369 Rn. 10; *Kraegeloh*, NJW 1975, 137 (139).

<sup>97</sup> *Marxen/Tiemann*, S. 236

<sup>98</sup> *Gössel*, in: L/R<sup>25</sup> § 369 Rn. 21; *Loos*, in: AK-StPO § 369 Rn. 15; *Marxen/Tiemann*, S. 236.

der Beweiserhebung bezweckten Klärung dienlich ist. Dienlich im Sinne des § 369 Abs. 3 Satz 3 ist seine Anwesenheit immer dann, wenn allein der Verurteilte in der Lage ist, direkte Fragen, Vorhalte, Erklärungen, Verbesserungen, Richtigstellungen, Gedächtnishilfen und Korrekturen anlässlich der Zeugenbefragung anzubringen.<sup>99</sup>

## B. Verweisungen auf § 168c StPO und ähnliche Situationen

### I. Staatsanwaltliche Vernehmung des Beschuldigten (§ 163a Abs. 3 Satz 2 StPO)

Sofern der Beschuldigte bereits im Ermittlungsverfahren einen gewählten oder bestellten Verteidiger an seiner Seite hat, muss auch ihm wegen § 163a Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 168c Abs. 1 StPO bei der staatsanwaltlichen Beschuldigtenvernehmung die Anwesenheit gestattet werden.<sup>100</sup> Mit Einführung des § 163a Abs. 3 StPO<sup>101</sup> durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens zog der Gesetzgeber einen Schlussstrich unter eine langjährige rechtspolitische Diskussion. Bis zu diesem unerwarteten Ende hatten sich stets die Gegner eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der staatsanwaltlichen Beschuldigtenvernehmung behauptet.<sup>102</sup>

Ausschlaggebend für die Einführung des Anwesenheitsrechts dürfte vermutlich gewesen sein, dass durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens einige bislang ausschließlich dem Richter vorbehaltene Zwangsbefugnisse in gleichem Maße auf die Staatsanwaltschaften übertragen wurden.<sup>103</sup> Seit diesem Zeitpunkt ist sowohl der Beschuldigte als auch ein Zeuge oder Sachverständiger verpflichtet, einer entsprechenden Ladung zur staatsanwaltlichen Vernehmung nachzukommen und zum angesetzten Termin zu erscheinen. Bleibt die Person trotz ordnungsgemäß ergangener Ladung der Vernehmung unentschuldigt fern, kann ihre Anwesenheit nun mit den bisher ausschließlich dem Richter vorbehaltenen Zwangsmitteln herbeigeführt werden (siehe hierzu §§ 161a Abs. 2 Satz 1, 163a Abs. 3 Satz 2 StPO).<sup>104</sup> Lediglich die Anordnung von Ordnungs- und Zwangshaft bleibt als freiheitsentziehende Maßnahme aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 104 Abs. 2 GG) dem Richter vorbehalten.<sup>105</sup> Bei der zwangsweisen Vorführung eines Zeugen oder Sachverständigen handelt es sich demgegenüber nach überwiegender Auffassung nicht um eine solche freiheitsentziehende Maßnahme, die nach Art. 104 Abs. 2 GG dem Richter vorbehalten wäre, sondern lediglich um eine freiheitsbeschränkende Maßnahme. Eine solche bloß vorübergehende

<sup>99</sup> OLG Frankfurt a.M. StV 1990, 538.

<sup>100</sup> Zur Entstehung dieser erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügten Regelung: *Meyer-Gößner*, in: L/R<sup>23</sup> § 163a Rn. 23; *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 38 Fn. 104.

<sup>101</sup> Einzelheiten zur Diskussion und zum Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens bei: *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 38 Fn. 104.

<sup>102</sup> *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 38.

<sup>103</sup> *Dahs*, NJW 1974, 1538 (1539).

<sup>104</sup> *Lampe*, NJW 1975, 195 (198); *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 6 f.

<sup>105</sup> *Wohlens*, in: SK-StPO § 161a Rn. 1 StPO.

Freiheitsbeschränkung kann im Unterschied zur Freiheitsentziehung an die Staatsanwaltschaft delegiert werden.<sup>106</sup>

Mit Einführung dieser „sanktionsbewerten“ Vernehmungsrechte der Staatsanwaltschaft stellte sich gleichzeitig die Frage nach hierzu korrespondierenden Anwesenheits- und Mitwirkungsrechten der Verteidigung. Denn die einseitig zu Lasten des Beschuldigten ausgedehnten Eingriffsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden galt es auf der anderen Seite durch eine Erweiterung der Rechte der Verteidigung zu kompensieren. Noch im Regierungsentwurf zum Ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrens wurde dem Verteidiger bei der staatsanwaltlichen Vernehmung seines Mandanten kein Recht zur Anwesenheit eingeräumt, obwohl der Beschuldigte durch den neuen § 163a Abs. 2 Satz 1 StPO, der ebenfalls schon im Regierungsentwurf vorgesehen war, verpflichtet wird, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen.<sup>107</sup> Diese eindeutig zu Lasten des Beschuldigten gehende Ausweitung der staatsanwaltlichen Ermittlungsbefugnisse wirkt sich naturgemäß auch negativ auf die Situation des Beschuldigten vor und während der bevorstehenden Vernehmung aus.

Es kann zumindest nicht als außerhalb jeder Lebenserfahrung liegend abgetan werden, dass die mit der Ladung verbundene Androhung der Vorführung als solche beim Beschuldigten bereits einen gewissen Einschüchterungseffekt bewirken kann. Im äußersten Fall könnte dieser Einschüchterungseffekt zur Folge haben, dass dem Beschuldigten bereits hierdurch die sinnvolle und effektive Wahrnehmung seiner prozessualen Rechte erschwert wird. Sollte die Ladung tatsächlich eine solchen Reaktion beim Beschuldigten hervorrufen, ist es eine der wichtigsten Aufgaben des Verteidigers, allein durch seine Anwesenheit beim Mandanten für diejenige Souveränität und Gelassenheit zu sorgen, die dieser für den sinnvollen und effektiven Umgang mit seinen prozessualen Rechten unbedingt benötigt.<sup>108</sup> Die Anwesenheit des Verteidigers sorgt gleichsam für einen „kühlen Kopf“ beim Beschuldigten. Im äußersten Fall kann die Aufgabe des Verteidigers aber auch darin verstanden werden, mit dem gebotenen Nachdruck aktiv allen Einschüchterungsversuchen, zweifelhaften Vernehmungsmethoden und vor allem der nicht von der Hand zu weisenden Versuchung der Staatsanwaltschaft entgegenzuwirken, den Zwang zum Erscheinen psychologisch in einen Zwang zur Aussage umzusetzen.<sup>109</sup> Auf diesem Wege können die durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens einseitig zu Lasten des Beschuldigten ausgedehnten Befugnisse der Staatsanwaltschaft durch die Hinzuziehung der Verteidigung ausbalanciert werden. Der Gesetzgeber kam deshalb zu der folgerichtigen

---

<sup>106</sup> Vergleiche etwa BVerfGE 10, 302 (323); 22, 21 (26); BT-Drs. 7/551 S. 72; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck Art. 104 Rn. 19; *Rieß*, in: L/R § 161a Rn. 40; *Lampe*, MDR 1974, 535 (536).

<sup>107</sup> *Sieg*, NJW 1975, 1009.

<sup>108</sup> Vergleiche *Krattinger*, S. 315; *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 39.

<sup>109</sup> *Krattinger*, S. 315; *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 39.

Entscheidung, durch Schaffung eines Verweises in § 163a Abs. 3 Satz 2 auf § 168c Abs. 1 StPO dem Verteidiger bei der staatsanwaltschaftlichen Beschuldigtenvernehmung das Recht zur Anwesenheit einzuräumen.

Folglich ist gerade dieses Anwesenheitsrecht neben dem Recht, die Akten einsehen zu dürfen (§ 147 Abs. 1 StPO), eines der wichtigsten prozessualen Instrumente des Verteidigers, sich frühzeitig über den Stand des Verfahrens informieren zu können und es im weiteren Verlauf durch eigene Anträge, Ermittlungen oder anderen Maßnahmen zu beeinflussen.

Zur effektiven Wahrnehmung dieses Anwesenheitsrechts ist der Verteidiger grundsätzlich vor dem anstehenden Vernehmungstermin zu benachrichtigen. Gleichwohl hat der Verteidiger wegen § 163a Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO bei terminlicher Verhinderung keinen Anspruch auf eine Verlegung. Auch wenn das Gesetz durch die Einbeziehung des § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Terminverlegung ausdrücklich verwehrt, sollte aus Sicht der Staatsanwaltschaft dennoch sorgfältig abgewogen werden, ob inhaltlich begründeten Vertagungsanträgen der Verteidigung nicht trotzdem entsprochen wird. Denn wegen der grundsätzlichen Bedeutung, die der Anwesenheit des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung nach dem oben Gesagten zukommt, hat der prinzipiell aussagebereite Beschuldigte – möglicherweise nach vorheriger Rücksprache mit seinem Verteidiger – stets die Möglichkeit, bei Abwesenheit des Verteidigers von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Im gleichen Zug kann er eine etwaige Aussagebereitschaft von der Hinzuziehung des Verteidigers abhängig machen. Neben einer unter Umständen zeitlich relevanten Verzögerung der weiteren Ermittlungen kann auf diesem Wege die Terminverlegung faktisch herbeigeführt und im Ergebnis erzwungen werden.<sup>110</sup>

Eine Benachrichtigung des Verteidigers von der anstehenden Beschuldigtenvernehmung kann nach Ansicht des überwiegenden Schrifttums<sup>111</sup> unterbleiben, sofern dadurch der Untersuchungserfolg gefährdet wird (vergleiche § 163a Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 168c Abs. 5 Satz 1 und 2 StPO).

Demgegenüber hält ein Reihe von Autoren<sup>112</sup> die Einschränkungsmöglichkeit des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO, auf die sich der Verweis in § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO zweifelsohne erstreckt, im Rahmen des § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO dennoch nicht für anwendbar. Obwohl sich der Verweis in § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO ausdrücklich auf den gesamten Absatz 5 des § 168c StPO bezieht, soll sich aus dem Inhalt der Vorschrift Gegenteiliges ergeben. Der Beschuldigte sei nämlich von der Staats-

---

<sup>110</sup> *Erb*, in: L/R § 163a Rn. 64; *Meyer-Goßner*; StPO § 163a Rn. 20; *Wache*, in: KK-StPO § 163a Rn. 21.

<sup>111</sup> *Griesbaum*, in: KK-StPO § 163a Rn. 21; *Zöller*, in: HK-StPO § 163a Rn. 19; *Meyer-Goßner*, StPO § 163a Rn. 20; *Plöd*, in: KMR § 163a Rn. 18.

<sup>112</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 163a Rn. 40; *Erb*, in: L/R § 163a Rn. 56.

anwaltschaft stets schriftlich und unter Einräumung einer angemessenen Vorbereitungszeit zur Vernehmung zu laden.<sup>113</sup> Zwar sei dem Gesetz insoweit keine bestimmte Frist zu entnehmen, jedoch sollte der Zeitraum zwischen Ladung und Termin nicht allzu kurz bemessen sein; andernfalls müsste unter Umständen ein etwaiges Fernbleiben des Beschuldigten als entschuldigt angesehen werden.<sup>114</sup> Unter Zuerkennung eines solchen angemessenen Vorbereitungszeitraumes bleibe dem Beschuldigten grundsätzlich die Möglichkeit, den Verteidiger zu benachrichtigen. Auch wenn die Benachrichtigung des Verteidigers den Untersuchungserfolg gefährden würde, könne dies dem Beschuldigten schon wegen § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO nicht untersagt werden. Damit aber führe die Zuerkennung einer angemessenen Vorbereitungszeit dazu, dass dem Beschuldigten ohnehin die Gelegenheit eingeräumt werde, sich bei Bedarf vor der Vernehmung mit seinem Verteidiger zu besprechen und diesen vom anstehenden Termin zu benachrichtigen.<sup>115</sup> Verfüge der Verteidiger einmal über die Kenntnis von Zeit und Ort der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung, könne seine Anwesenheit bei der Vernehmung ohnehin nicht mehr unterbunden werden. Folglich mache es wenig Sinn, § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO in den Regelungsbereich des § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO mit einzubeziehen.<sup>116</sup>

Wie im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch zu zeigen sein wird, muss jedoch grundsätzlich zwischen dem Ausschluss eines grundsätzlich zur Anwesenheit Berechtigten und dem Absehen von dessen Benachrichtigung unterschieden werden. Der Verweis in § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO bezieht seinem klaren Wortlaut nach („...§ 168c Abs. 1 und 5 gelten entsprechend“) den gesamten Absatz 5 in den Regelungsgehalt des § 163a StPO mit ein. Folglich kann von einer Benachrichtigung des Verteidigers abgesehen werden, wenn diese zu einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs führt. Davon unbenommen bleibt selbstverständlich die faktische Möglichkeit des Beschuldigten, den Verteidiger eigenhändig vom anstehenden Vernehmungstermin zu benachrichtigen und so für dessen Teilnahme zu sorgen. An der Anwendbarkeit des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO ändert diese tatsächliche Möglichkeit jedoch nichts.

## II. Staatsanwaltliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (§ 161a StPO)

Seit Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens sind auch Zeugen und Sachverständige nach ordnungsgemäß ergangener Ladung verpflichtet, zur staatsanwaltschaftlichen Vernehmung zu erscheinen. Mit der neu eingeführten Befugnis der Staatsanwaltschaft, Zeugen und Sachverständige fortan selbst vernehmen und sie bei unentschuldigtem Fernbleiben notfalls auch mit

<sup>113</sup> *Gleiß*, in: L/R § 133 Rn. 4 ff.

<sup>114</sup> *Boujong*, in: KK-StPO § 133 Rn. 4; *Gleiß*, in: L/R § 133 Rn. 5; *Gundlach*, in: AK-StPO § 133 Rn. 10; *Lesch*, in: KMR § 133 Rn. 4; *Rogall*, in: SK-StPO § 133 Rn. 6.

<sup>115</sup> *Erb*, in: L/R § 163a Rn. 56.

<sup>116</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 163a Rn. 40; *Erb*, in: L/R § 163a Rn. 56.

Zwangsmitteln vorführen lassen zu können, sollte insgesamt eine Straffung und Beschleunigung des Ermittlungsverfahrens bewirkt werden.<sup>117</sup>

Vorbehaltlich besonderer Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechte, sind Zeugen und Sachverständige im Gegensatz zum Beschuldigten, der sich in der Vernehmungssituation auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen kann, seit dem Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens auch verpflichtet, vor der Staatsanwaltschaft wahrheitsgemäß auszusagen.<sup>118</sup> Genau wie der Beschuldigte ist auch der geladene Zeuge berechtigt, in Begleitung eines Rechtsanwalts als sogenanntem Zeugenbeistand zur staatsanwaltlichen Vernehmung zu erscheinen.<sup>119</sup>

Wie sich im Umkehrschluss aus §§ 163a Abs. 3 Satz 2 und 168c Abs. 1 StPO ergibt, ist bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen weder für den Beschuldigten noch für seinen Verteidiger ein Recht zur Anwesenheit vorgesehen.<sup>120</sup> Ein dementsprechender Beschluss des Bundestags, der jedenfalls für den Verteidiger durch Einfügung eines neuen § 161b StPO ein solches Anwesenheitsrecht auch bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen einführen wollte, vermochte sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchzusetzen. Er scheiterte letztlich auf Drängen des Bundesrates im Vermittlungsausschuss.<sup>121</sup> Die beabsichtigte Regelung des § 161b StPO wurde damit aus dem Entwurfstext gestrichen. Gegen ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen wurden im Wesentlichen folgende Gründe angeführt:

Wäre § 161b StPO in der damals zu beratenden Ausgestaltung tatsächlich in die Strafprozessordnung aufgenommen worden, hätte der Staatsanwalt bei der Planung des Vernehmungstermins neben seiner eigenen terminlichen Belastung auch die des anwesenheitsberechtigten Verteidigers berücksichtigen müssen. Eine zeitliche Verzögerung der Ermittlungen wäre die Folge gewesen. Ein alternativ in Betracht zu ziehender Ausschluss des Verteidigers von der Vernehmungssituation – stets unter der Prämisse, dass die Voraussetzungen eines Ausschlusses vorlägen und die Staatsanwaltschaft hiervon Gebrauch machen wollte – be-

<sup>117</sup> *Dippel*, S. 82; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 161a Rn. 1; *Wohlers*, in: SK-StPO § 161a Rn. 2.

<sup>118</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 161a Rn. 14; *van Els/Hinkel*, NJW 1977, 85 (86).

<sup>119</sup> BVerfGE 38, 105 (111 ff.); BGH NSTZ 1989, 484; OLG Stuttgart StV 1992, 262; *Dahs*, in: L/R Vor § 48 Rn. 10; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 161a Rn. 3; *Rieß*, in: L/R § 161a Rn. 11; *Granderath*, MDR 1983, 797 (798); *Krehl*, NSTZ 1990, 192 (193).

<sup>120</sup> *Erb*, in: L/R § 161a Rn. 31; *Joecks*, StPO § 168c Rn. 2 f.; *Walther*, in: AnwKommStPO § 161a Rn. 29; *Dahs*, NJW 1974, 1538 (1539).

<sup>121</sup> Die vom Bundestag vorgeschlagene Regelung des § 161b StPO lautete wie folgt: "Bei der Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft soll dem Verteidiger des Beschuldigten die Anwesenheit ermöglicht werden, sofern das ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks geschehen kann." Vergleiche dazu: *Lampe*, NJW 1975, 195 (198); *Welp*, Zwangsbefugnisse der StA, S. 41 Fn. 114 sowie BT-Drs. 7/2678, 7/2774 und 7/2810 und stenographische. Protokolle des Deutschen Bundestages, 7. Legislaturperiode, 132. Sitzung, S. 8958 ff.



dürfte ebenfalls einer ausführlichen (scil. und damit wohl ebenfalls zeitaufreibenden) Begründung.<sup>122</sup> Damit aber würde eine Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen dem Verteidiger die Anwesenheit zu ermöglichen, dem Ziel des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens, namentlich das Strafverfahren insgesamt zu straffen und zu beschleunigen, zuwiderlaufen.<sup>123</sup>

Ferner bestünde zwischen dem im Entwurf vorgesehenen § 161b und dem Regelungsgehalt des § 168c Abs. 2 und 5 StPO ein nicht zu verkennendes Spannungsverhältnis, da eine dem § 168c Abs. 5 Satz 3 vergleichbare Regelung in § 161b nicht vorgesehen war.<sup>124</sup> Dies würde den Schluss auf einen Terminverlegungsanspruch des Verteidigers nahelegen. Damit aber würde die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, bei der Wahl des Vernehmungstermins auf terminliche Verhinderungen des Verteidigers Rücksicht zu nehmen, weiterreichen als bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen und Sachverständigen. Im Hinblick auf das Ziel des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens, das Verfahren insgesamt zu beschleunigen, könnte dies nicht als sonderlich hilfreich angesehen werden.<sup>125</sup>

Auch von Seiten der Anwaltschaft waren durchgreifende Bedenken gegen die geplante Regelung des § 161b StPO erhoben worden. Zum einen sei zu befürchten, dass aus der dann gesetzlich festgeschriebenen Anwesenheitsbefugnis des Verteidigers schnell eine standesrechtliche Pflicht zur Anwesenheit bei jeder staatsanwaltlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen erwachsen könnte. Die Anwesenheit würde dann insbesondere vom eigenen Mandanten auch erwartet.<sup>126</sup> Somit würde der beabsichtigte § 161b letztlich auch zu einer ansteigenden terminlichen Belastung der Verteidiger führen. Auch unter inhaltlichen Gesichtspunkten ließen sich Bedenken gegen ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung anführen, denn der anwesende Verteidiger könnte nur allzu schnell in schwierige Situationen gelangen. So etwa, wenn er bei der Vernehmung in Erfahrung brächte, dass die Staatsanwaltschaft weiteren bisher nicht bekannten belastenden Umständen auf der Spur ist. Die Weitergabe dieser neuen Erkenntnisse an den Mandanten würde – wenn auch ungewollt – bewirken, dass der Beschuldigte daraufhin möglicherweise Verdunkelungshandlungen vornähme.<sup>127</sup> Eine solche Reaktion des Beschuldigten wäre für die weiteren Ermittlungen nachteilig und für den Verteidiger möglicherweise von strafrechtlicher Relevanz.

Die von allen beteiligten Seiten vorgebrachten Bedenken gegen die Neuschaffung eines Anwesenheitsrechts der Verteidigung bei der staatsanwaltschaftlichen

---

<sup>122</sup> BT-Drs. 7/2774 S. 2; *Krattinger*, S. 320.

<sup>123</sup> BT-Drs. 7/2774 S. 2.

<sup>124</sup> BT-Drs. 7/2774 S. 2.

<sup>125</sup> BT-Drs. 7/2774 S. 2.

<sup>126</sup> BT-Drs. 7/2774 S. 2.

<sup>127</sup> BT-Drs. 7/2774 S. 2.

Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen waren letztlich ausschlaggebend, dass die geplante Vorschrift des § 161b im Vermittlungsausschuss ersatzlos gestrichen wurde. Nach heutiger Rechtslage liegt es daher im Ermessen der jeweiligen Staatsanwaltschaft, ob sie den Beschuldigten und seinen Verteidiger im Einzelfall zu einer Vernehmung hinzuziehen möchte; ein Anspruch auf Teilnahme besteht de lege lata jedenfalls nicht.<sup>128</sup>

Diese Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft grundsätzlich anerkennend wird von einigen Autoren<sup>129</sup> jedenfalls in bestimmten Situationen ein Anspruch des Beschuldigten und seines Verteidigers auf Anwesenheit bei der staatsanwaltlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen angenommen. Mit seinem Beschluss vom 8. Oktober 1974<sup>130</sup> habe das Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem Prinzip der „Waffengleichheit“ und dem „Grundsatz des fairen Verfahrens“ bestimmte Maximen entwickelt, die ein grundsätzlich anzuerkennendes Ermessen soweit reduzierten, dass im Ergebnis eine Verpflichtung der Staatsanwaltschaft angenommen werden könne, den Beschuldigten und seinen Verteidiger zu einer Vernehmung hinzuziehen.<sup>131</sup> Erkenne man nämlich die Subjektstellung des Beschuldigten an, sei es nicht von der Hand zu weisen, dass der Beschuldigte seine Rechte, welche sich aus eben dieser Stellung als Prozesssubjekt ergeben, umso effektiver wahrnehmen könne, je früher er über den Stand des gegen ihn gerichteten Verfahrens unterrichtet sei.<sup>132</sup> Voraussetzung für diese Ermessensreduzierung bleibe selbstverständlich, dass nach dem derzeitigen Stand der Ermittlungen eine Gefährdung des Untersuchungserfolges durch die Hinzuziehung des Beschuldigten und seines Verteidigers ausgeschlossen werden könne.<sup>133</sup>

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichtshofs zur Gewährleistung des unmittelbaren Fragerechts und dessen Bedeutung für die spätere Verwertbarkeit etwaiger Aussagen in der Hauptverhandlung erscheint eine solche Überlegung nicht gänzlich abwegig zu sein.<sup>134</sup> Eine Ermessensreduzierung könnte dann in Betracht kommen, wenn die Aussage des Zeugen aus dem Ermittlungsverfahren über das Protokoll in die Hauptverhandlung eingeführt werden soll. Dies ist unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 StPO möglich. In diesem Fall stellt sich auch die staatsanwaltliche Vernehmung des Zeugen als vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung dar. Über die Anwesenheit der übrigen Verfahrensbeteiligten könnte ebenfalls Parteiöffentlichkeit erzielt werden, die auch hier als Er-

<sup>128</sup> *Griesbaum*, in: KK-StPO § 161a Rn. 6; *Meyer-Gofßner*, StPO § 161a Rn. 3 und 15; *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 42; so auch ausdrücklich BT-Drs. 7/2774 S. 2.

<sup>129</sup> *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 42 Fn. 119.

<sup>130</sup> BVerfGE 38, 105 ff.

<sup>131</sup> *Lampe*, NJW 1975, 195 (198 Fn. 29); *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 43 Fn. 119.

<sup>132</sup> *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 43 Fn. 119.

<sup>133</sup> *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 43 Fn. 119.

<sup>134</sup> *Erb*, in: L/R § 161a Rn. 32.

satz für die Prinzipien der Öffentlichkeit und der Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung dienen kann. Gleichwohl sprechen gerade der Regelungsgehalt des § 168c StPO und die weitergehenden Verwertungsmöglichkeiten für richterliche Vernehmungsniederschriften gemäß § 251 Abs. 2 StPO gegen die Notwendigkeit, auch bei der staatsanwaltschaftlichen Zeugenvernehmung ein Anwesenheitsrecht der übrigen Verfahrensbeteiligten über eine Ermessensreduzierung zu konstruieren. Neben der Tatsache, dass auch bei der polizeilichen Vernehmung eines Zeugen ein Anwesenheitsrecht der Beteiligten nicht besteht, ist die Zuerkennung von Anwesenheits- und Beteiligungsrechten bei der Zeugenvernehmung gerade die Besonderheit der richterlichen Vernehmung. Sie führt lediglich dazu, dass die im Beisein der Beteiligten gewonnenen Erkenntnisse unter den erleichterten Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Alle anderen nichtrichterlichen Protokolle bleiben unter den erschwerten Bedingungen des § 251 Abs. 1 StPO einführbar, ohne dass hier Anwesenheitsrechte des Beschuldigten oder des Verteidigers verlangt werden. Somit mögen zwar gute Gründe dafür sprechen, die Anwesenheit im Einzelfall zu gestatten, ein durchsetzbarer Anspruch aus Ermessensreduzierung besteht gleichwohl nicht. Die Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Anwesenheitsrecht ist damit eindeutig.

Bis zur Einführung des § 161a StPO ist vereinzelt<sup>135</sup> ein generelles Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und seines Verteidigers auch bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen angenommen worden.<sup>136</sup> Ansatzpunkt war dabei vor allem § 137 StPO. Hiernach kann sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen. Eine Verteidigung des Beschuldigten könne aber nur dann wirksam gestaltet werden, wenn der Verteidiger von Beginn des Verfahrens an mitwirke. Hierzu zähle insbesondere seine Anwesenheit bei der Vernehmung des Beschuldigten selbst sowie bei der von Zeugen oder Sachverständigen im Ermittlungsverfahren.<sup>137</sup> Erfahrungsgemäß seien bereits die ersten Vernehmungsprotokolle richtungsweisend für den späteren Verlauf des Strafverfahrens.<sup>138</sup> Deswegen dürfe der Verteidiger gerade bei diesem wichtigen Bestandteil des Strafverfahrens – das Ermittlungsverfahren wird hier gleichsam als „Fundament“ des Strafverfahrens angesehen – nicht ausgeschlossen werden, solange sich nicht aus dem Gesetz selbst eine Ausschließungsmöglichkeit ergebe oder andere wichtige Gründe

---

<sup>135</sup> *Dörinkel*, WuW 1975, S. 254 ff.; *Skuhr*, NJW 1966, 1350 f.; *Stedler*, NJW 1955, 778 ff.; dagegen ausdrücklich *Henkel*, StrafverfahrensR, S. 212; *Kohlhaas*, in: L/R<sup>21</sup> § 169 Rn. 4; *Müller*, in: KMR<sup>5</sup> § 169 Rn. 2;; *Schwarz*, StPO § 169 Rn. 2 (S. 244).

<sup>136</sup> Auch kurz vor der Einführung des § 161a StPO durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens noch für eine Ausdehnung beziehungsweise Änderung der beabsichtigten Regelung mit der Intention eines beschränkten Anwesenheitsrechts des Beschuldigten und eines unbeschränkten des Verteidigers bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen *Dahs*, in: NJW 1974, 1538 (1540).

<sup>137</sup> *Skuhr*, NJW 1966, 1350.

<sup>138</sup> *Skuhr*, NJW 1966, 1350.

der Anwesenheit des Verteidigers entgegenstünden.<sup>139</sup> Die Regelung des § 137 StPO wird also als Art „Generalklausel“<sup>140</sup> verstanden, welche über ihren eindeutigen Wortlaut hinaus unter anderem auch ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen beinhalten soll.

Schon damals sah sich diese Ansicht grundsätzlicher Kritik ausgesetzt. Es wurde sich zu Recht dagegen gesperrt, § 137 StPO unter inhaltlichen Gesichtspunkten zu überfrachten und aus ihm einzelne konkrete prozessuale Möglichkeiten des Verteidigers abzuleiten. Dies widerspreche seiner Konzeption. Der Aussagegehalt der Vorschrift des § 137 StPO sei lediglich darauf beschränkt, dass der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens und damit auch schon im Ermittlungsverfahren einen Verteidiger wählen und sich von diesem beraten lassen könne.<sup>141</sup> Keineswegs aber treffe § 137 StPO eine Aussage darüber, welche konkreten Rechte und Befugnisse dem erwählten Verteidiger in dem jeweiligen Verfahrensabschnitt zustünden. Die einzelnen prozessualen Möglichkeiten des Verteidigers seien vielmehr in besonderen Vorschriften geregelt und könnten deshalb – abhängig vom Stadium des Verfahrens – unterschiedlich ausgestaltet sein.<sup>142</sup> § 137 StPO kommt damit nur klarstellende Funktion zu.

### III. Polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten (§ 163a Abs. 1, 2, 5 StPO)

Wie die Staatsanwaltschaft ist auch die Polizei im Rahmen ihrer Befugnisse zum Einschreiten verpflichtet, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat erkennbar sind; das Legalitätsprinzip des § 152 Abs. 2 StPO gilt über den Verweis in § 163 StPO auch für die Polizei.<sup>143</sup> Da jedoch die ersten Anhaltspunkte für die Verfolgung von Straftaten überwiegend im polizeilichen Wirkungsbereich zu Tage treten und auch die Polizei über die entsprechenden Karteien, Sammlungen und technischen Einrichtungen verfügt, die der Aufklärung von Verbrechen dienen, werden faktisch die meisten Ermittlungsverfahren von der Polizei eingeleitet und bearbeitet. Auch Strafanzeigen werden überwiegend bei der Polizei erstattet. Aufgrund ihrer präventiven Aufgaben erfährt auch in erster Linie sie und nicht die Staatsanwaltschaft durch amtliche Wahrnehmung von einem Anfangsverdacht, so dass die ganz überwiegende Zahl der Ermittlungsverfahren bei der Polizei ihren Anfang nimmt.<sup>144</sup> Darüber hinaus führt die Polizei im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität unter Ausnut-

<sup>139</sup> *Skuhr*, NJW 1966, 1350.

<sup>140</sup> So ausdrücklich: *Skuhr*, NJW 1966, 1350.

<sup>141</sup> So schon *Kion*, NJW 1966, 1800; *Krattinger*, S. 51; *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 38 Fn. 103.

<sup>142</sup> *Schwarze/Kleinknecht*, StPO<sup>25</sup> § 137 Rn. 1; *Kion*, NJW 1966, 1800; *Krattinger*, S. 51; *Krause*, StV 1984, 169 (173); *Terstegen*, NJW 1955, 1100.

<sup>143</sup> Allgemeine Meinung siehe *Beulke*, in: L/R § 152 Rn. 13; *Meyer-Goßner*, StPO § 163 Rn. 1a; *Pfeiffer*, StPO § 152 Rn. 2; *Schoreit*, in: KK-StPO § 152 Abs. 2 Rn. 18; *Gössel*, in: FS-Dünnebier, S. 133; *Kindhäuser*, StrafprozessR, § 4 Rn. 18; *Roxin/Arzt/Tiedemann*, S. 118.

<sup>144</sup> *Erb*, in: L/R Vor §§ 158 - 198 Rn. 34.

zung der durch § 163 StPO eröffneten Möglichkeiten die Ermittlungen weitestgehend selbstständig bis zur Abschlussreife. Die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft beschränkt sich in diesen Fällen vielfach auf die Anordnung einzelner Nachermittlungen und die Abschlussverfügung nach § 170 StPO.<sup>145</sup> Diese tatsächlichen Gegebenheiten ändern jedoch nichts an der Tatsache, dass es sich beim Ermittlungsverfahren nicht um ein polizeiliches, sondern ausschließlich justizielles Verfahren und daher um ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren handelt.<sup>146</sup>

Ungeachtet der organisatorischen Selbstständigkeit der Polizei sind ihre und die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft jedenfalls aus strafprozessualer Sicht stets als Einheit zu betrachten. Dies gilt auch, wenn die Ermittlungen von der Polizei selbstständig und ohne Auftrag der Staatsanwaltschaft durchgeführt werden. Egal, ob die Polizei von sich aus beim ersten Zugriff oder auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft hin tätig wird, bleibt sie in jedem Fall Ermittlungsorgan – § 152 GVG spricht insoweit von Ermittlungspersonen – der Staatsanwaltschaft. Damit trägt letztere in ihrer Rolle als verfahrensrechtlich übergeordnete Behörde sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht die Verantwortung für die Durchführung des Ermittlungsverfahrens; die Staatsanwaltschaft wird aus diesem Grunde auch als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ bezeichnet.<sup>147</sup>

Die Ermittlungsbefugnis der Polizei umfasst die Erhebung aller zulässigen Beweise, so dass auch die Vernehmung des Beschuldigten in ihren Aufgabenbereich fällt (siehe § 163a Abs. 1, 2 und 4 StPO). Zu diesem Zweck kann die Polizei die betreffende Person schriftlich oder mündlich zur Vernehmung vorladen. Kommt die Person der ordnungsgemäßen Ladung ohne hinreichenden Grund nicht nach, kann die Polizei ihre Anwesenheit grundsätzlich nicht unter Anwendung von Zwangsmitteln herbeiführen. Ausschließlich in Fällen, in denen gegen die geladene Person erkennungsdienstliche Maßnahmen (siehe § 81b StPO) durchgeführt werden sollen, ist die Polizei zur Anwendung unmittelbaren Zwangs ermächtigt und kann die Anwesenheit der ausgebliebenen Person auch gegen deren Willen herbeiführen. In allen anderen Fällen hat die Polizei keine Möglichkeit, den Beschuldigten zwangsweise zur Vernehmung vorzuführen. Vielmehr bleibt sie stets auf dessen Kooperationsbereitschaft angewiesen. Hierin liegt zugleich der Unterschied zur richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Beschuldigtenvernehmung. Sowohl der Richter als auch die Staatsanwaltschaft können bei Ausbleiben des Beschuldigten seine zwangsweise Vorführung erwirken. Kommt der Beschuldigte der polizeilichen Ladung nach und erscheint zur Vernehmung, besteht seinerseits gleichwohl keine Verpflichtung, Angaben zur Sache zu machen (siehe § 163a Abs. 3 StPO); vielmehr steht es dem Beschuldigten frei, sich zur Sache zu äußern oder sich auf sein Schweigerecht zu berufen.

<sup>145</sup> Erb, in: L/R Vor §§ 158 - 198 Rn. 34.

<sup>146</sup> Vergleiche Schaefer, MDR 1977, 980 (981).

<sup>147</sup> Vergleiche Meyer-Goßner, StPO Einleitung Rn. 39 f.

Darüber hinaus eröffnet § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO dem Beschuldigten das Recht, sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistands eines Verteidiger zu bedienen. Obwohl es in der Regelung des § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO seinen einfachgesetzlichen Niederschlag gefunden hat, handelt es bei diesem Recht um einen grundlegenden Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren<sup>148</sup> und ist dem Beschuldigten damit auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht verbürgt.<sup>149</sup>

Auch im Ermittlungsverfahren hat der Beschuldigte also grundsätzlich die Möglichkeit, einen Verteidiger zu Rate zu ziehen. Wird der Beschuldigte zur polizeilichen Vernehmung geladen, stellt sich die Frage, ob er einen Anspruch darauf hat, dass die Vernehmung im Beisein seines Verteidigers stattfindet. Davon begrifflich zu trennen ist allerdings die Frage nach einem (eigenen) Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung seines Mandanten. Einigkeit besteht insoweit, als dass die Polizei grundsätzlich befugt ist, dem Verteidiger die Anwesenheit bei der Vernehmung des Beschuldigten zu gestatten. Darüber hinaus blieben die beiden anderen Fragen lange Zeit umstritten und können auch heute noch nicht als endgültig geklärt angesehen werden.

### 1. Rechtslage vor dem 1. StVRG

Vor Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens hatte der Verteidiger nach wohl überwiegender Ansicht weder bei der staatsanwaltlichen noch bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten ein eigenes Recht zur Anwesenheit. Begründet wurde dies vor allem damit, dass die Strafprozessordnung dem Verteidiger eben nur in den die richterliche Vernehmung betreffenden §§ 169 Abs. 1, 192 Abs. 2 StPO a.F. das Recht zur Anwesenheit einräumt. Die polizeiliche wie auch die staatsanwaltliche Vernehmung des Beschuldigten werden dagegen in diesem Zusammenhang nicht besonders hervorgehoben.<sup>150</sup> Ferner sollte der Umstand, dass der Beschuldigte nur bei der richterlichen und eben nicht bei der staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Vernehmung erscheinen musste, dafür sprechen, dass dem Verteidiger in diesen Fällen auch kein eigenes Anwesenheitsrecht zusteht. Zusammenfassend ergab sich also folgendes Situation: Dort, wo eine Pflicht zum Erscheinen nicht existierte, sah man offensichtlich auch keine Notwendigkeit für die Anwesenheit des Verteidigers.<sup>151</sup> Von diesem (eigenen) Anwesenheitsrecht des Verteidigers zu unterscheiden ist das Recht des Beschuldigten, seinen Verteidiger bei der polizeilichen Vernehmung hinzuziehen zu dürfen. Auch diesbezüglich galt bis zum Ersten Gesetz zur Reform des Straf-

<sup>148</sup> BVerfGE 68, 237 (255); BVerfG NJW 1984, 862.

<sup>149</sup> BVerfGE 39, 156 (163); 238 (243); 66, 313 (319).

<sup>150</sup> *Schaefer*, MDR 1977, 980.

<sup>151</sup> In diesem Sinne ließe sich der Umkehrschluss aus der BT-Drs. 7/2674 beigefügten Begründungen ziehen, dass dem Beschuldigten und seinem Verteidiger bei richterlichen und staatsanwaltlichen Vernehmungen die gleichen Anwesenheitsrechte zugestanden werden müssten.

verfahrens die überwiegende Ansicht, dass der Beschuldigte die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung nicht verlangen dürfe.<sup>152</sup>

Mit Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts am 1. Januar 1975 hat sich die Gesetzeslage hinsichtlich der Anwesenheitsrechte des Beschuldigten und seines Verteidigers geändert.

## 2. Rechtslage nach dem 1. StVRG

Mit Abschaffung der richterlichen Voruntersuchung durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens und der deswegen notwendig gewordenen Neuregelung der §§ 168c, d und 163a Abs. 1 Satz 2 StPO sind nahezu alle Vorschriften, die sich mit Anwesenheitsrechten bei der Vernehmung des Beschuldigten befassen, neu ausgestaltet worden. Die Strafprozessordnung sieht nun durch die Neuregelung in § 168c Abs. 1 StPO ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten vor. Über einen entsprechenden Verweis auf § 168c Abs. 1 StPO in § 163a Abs. 1 Satz 2 StPO gilt letzteres auch bei der staatsanwaltschaftlichen Beschuldigtenvernehmung. Demgegenüber fehlt in der für die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten maßgeblichen Vorschrift des § 163a Abs. 4 StPO ein entsprechender Verweis auf § 168c Abs. 1 StPO. Dieser fehlende Verweis rechtfertigt den Schluss, dass der Gesetzgeber bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten kein Anwesenheitsrecht des Verteidigers vorgesehen hat. Dieses Ergebnis kann auch heute noch als herrschende Meinung bezeichnet werden.<sup>153</sup>

Obwohl dieses Ergebnis auf den ersten Blick einleuchtet, finden sich im Schrifttum Ansichten, die ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers auch bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung befürworten würden.

## 3. Anwesenheitsrecht aus § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO

Einige Autoren<sup>154</sup> sehen das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung aus den gleichen Gründen wie bei der staatsanwaltlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen direkt in § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO begründet. Allerdings ist auch hier zu erwidern, dass sich der Beschuldigte nach § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO zwar in jeder Lage des Verfahrens und damit auch im Ermittlungsverfahren des Beistands eines Verteidigers bedienen kann, gleichwohl dem § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO über die allgemeine Zulässigkeit anwaltlicher Beratung hinaus kein weiterer Aussagegehalt beigemessen werden darf. Auch im Rahmen der polizeilichen Vernehmung kann § 137 Abs. 1

<sup>152</sup> Müller, in: KMR<sup>5</sup> § 136 Rn. 4.

<sup>153</sup> Erb, in: L/R § 163a Rn. 95, 95a; Meyer-Göbner, StPO § 163 Rn. 16 mit weiteren Nachweisen.

<sup>154</sup> Sieg, NJW 1975, 1009 ferner Gössel, ZStW 94 (1982), 5 (35); Skuhr, NJW 1966, 1350.

Satz 1 StPO keinerlei Aussagen über konkrete Rechte des Beschuldigten und seines Verteidigers im jeweiligen Verfahrensabschnitt entnommen werden.<sup>155</sup>

#### 4. Anwesenheitsrecht aus §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 137 Abs. 1 Satz 1 StPO

Auf den ersten Eindruck überzeugender erscheint dagegen der Ansatz von *Sieg*.<sup>156</sup> Dieser möchte ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers aus § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, der über den Verweis in § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO auch im Rahmen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung anwendbar ist, herleiten. *Sieg* argumentiert dabei wie folgt:

Bei sorgfältiger Lektüre des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO sei der Beschuldigte vor der (polizeilichen) Vernehmung neben seinem Recht auf Aussageverweigerung auch darauf hinzuweisen, dass es ihm *nach dem Gesetz* freistehe... *jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung einen Verteidiger zu befragen*. Mit dieser Formulierung in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO werde deutlich, dass das Gesetz davon ausgehe, der Beschuldigte dürfe jederzeit – und *jederzeit* umfasse dabei eben auch den Zeitraum während der Vernehmung –, auch schon vor seiner Vernehmung – damit insbesondere auch noch nach deren Beginn –, einen Verteidiger zu Rate ziehen. Praktisch wahrnehmbar sei dieses verbrieftete Recht aber nur dann, wenn die Hinzuziehung jederzeit möglich sei, die Vernehmung damit also im Beisein des Verteidigers durchgeführt werde.<sup>157</sup>

Verstehe man die Regelung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO also wörtlich, hieße das für den Beschuldigten, dass er die Anwesenheit seines Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung verlangen könne. Gestützt werde diese Annahme durch das Prinzip der Waffengleichheit als Teilaspekt des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf ein faires Verfahren.<sup>158</sup> Ferner spreche auch eine vernehmungstaktische Zweckmäßigkeitserwägung für die Anwesenheit des Verteidigers. Es sei schließlich besser, wenn der Beschuldigte in Anwesenheit des Verteidigers aussage, als ohne diesen zu schweigen.<sup>159</sup>

Auch *Sieg* versteht also die Regelung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO in Zusammenschau mit § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO in gewisser Weise als Generalklausel, die dem Verteidiger neben dem ausdrücklich normierten Anwesenheitsrechten bei der richterlichen (§ 168c Abs. 1 StPO) und der staatsanwaltschaftlichen (§§ 163a Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 1 StPO) Beschuldigtenvernehmung auch ein Recht zur Anwesenheit bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten gewährt.

<sup>155</sup> OLG Schleswig OLGSt § 163a StPO, S. 11; *Krause*, StV 1984, 169 (173); *Terstegen*, NJW 1955, 1100.

<sup>156</sup> *Sieg*, NJW 1975, 1009.

<sup>157</sup> *Sieg*, NJW 1975, 1009.

<sup>158</sup> *Sieg*, NJW 1975, 1009.

<sup>159</sup> *Sieg*, NJW 1975, 1009.



Dem wird vereinzelt entgegengehalten, § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gewähre dem Beschuldigten zwar das Recht vor der Vernehmung einen Verteidiger zu befragen, nicht jedoch während der laufenden Vernehmung.<sup>160</sup> Dieser Einwand scheint jedoch bei genauer Lektüre des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht stichhaltig. Die Gesetzesformulierung deutet genau in die Richtung, wie *Sieg*<sup>161</sup> sie interpretiert. Der Einschub „auch schon vor seiner Vernehmung“ ist als klarstellende Ergänzung zu „jederzeit“ zu verstehen. Der Gesetzgeber verdeutlicht dadurch, dass es dem Beschuldigten freisteht, er also das Recht hat, entweder nach, während oder eben auch schon vor der polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger zu konsultieren. Somit ist auch das Zeitfenster während der polizeilichen Vernehmung begrifflich erfasst. Eine zeitliche Beschränkung auf den Zeitpunkt vor der Vernehmung ist mit der aktuellen Formulierung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht zu vereinbaren und damit im Ergebnis nicht nachvollziehbar.

Gleichwohl bleibt zu klären, ob die Argumentation *Siegs* wirklich den Schluss auf ein Recht des Verteidigers zur Anwesenheit bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung zulässt. Gewährte man dem Verteidiger nämlich ein eigenes Recht zur Anwesenheit, hätte dies zur Folge, dass ihm im äußersten Fall auch dann ein Anspruch auf Teilnahme an der Vernehmung zustünde, wenn seine Anwesenheit nicht im Interesse des Mandanten liegt. Der Verteidiger könnte seine Anwesenheit auch gegen den Willen seines Mandanten einfordern.

Der Formulierung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ist demgegenüber nur zu entnehmen, dass es dem Beschuldigten jederzeit freisteht, einen Verteidiger zu befragen. Damit müssen die Vernehmungsbeamten auf Verlangen des Beschuldigten hin die Voraussetzungen schaffen, die für eine zeitnahe Verteidigerkonsultation erforderlich sind. Im Einzelnen wäre zu diesem Zweck die laufende Vernehmung zu unterbrechen, dem Beschuldigten die entsprechenden Kommunikationsmittel zur Verfügung zu stellen und der auf diesem Weg informierte Verteidiger gegebenenfalls zum Mandanten vorzulassen. Voraussetzung für diese Maßnahme bleibt aber stets das (ausdrückliche) Verlangen des Beschuldigten nach einem Rechtsbeistand. Nur in dieser Situation hat der Verteidiger einen Anspruch darauf, zu seinem Mandanten gelassen zu werden. Daraus resultiert so dann im weiteren Verlauf der Vernehmung das Recht zur dauerhaften Anwesenheit. Notwendig bleibt allerdings auch hier das fortdauernde Verlangen des Beschuldigten nach Beteiligung des Verteidigers. Nur in dieser besonderen Situation kann tatsächlich von einem eigenen Recht des Verteidigers auf Anwesenheit bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung gesprochen werden.

Ist demgegenüber ein Verlangen des Beschuldigten nach der Hinzuziehung eines Verteidigers nicht festzustellen, ergibt sich aus der Regelung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO auch kein eigenes Recht des Verteidigers, zur polizeilichen Ver-

---

<sup>160</sup> *Krause*, StV 1984, 169 (173); *Schaefer*, MDR 1977, 980 (981).

<sup>161</sup> *Sieg*, NJW 1975, 1009.

nehmung hinzugezogen zu werden. Folglich kann § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht dahingehend verstanden werden, dass dem Verteidiger pauschal ein eigenes Recht auf Anwesenheit bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung zusteht, das im Zweifelsfall auch gegen den Willen des Beschuldigten geltend gemacht werden kann.

#### 5. Abgeleitetes Anwesenheitsrecht des Verteidigers

Nahezu immer, wenn es um die Rolle der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren geht, fällt der oben erwähnte schlagwortartige Satz: „Die Staatsanwaltschaft ist die Herrin des Ermittlungsverfahrens“. Bei der Frage nach einem eigenen Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Rahmen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung lässt sich möglicherweise aus diesem Satz die fruchtbarste Argumentation für ein Anwesenheitsrecht ableiten. Hinter dieser Aussage wird nämlich die Grundstruktur des Ermittlungsverfahrens deutlich, die der Gesetzgeber mit Erlass der Strafprozessordnung für das Strafverfahren vorgesehen hat.

Wie erwähnt, handelt es sich beim Ermittlungsverfahren ausschließlich um ein justizielles Verfahren. In diesem obliegt die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft. Sie gibt die Richtung der Ermittlungen vor und ist dafür sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht verantwortlich. Gleichwohl leistet die Polizei in der Strafverfolgungspraxis einen Großteil der Ermittlungsarbeit. Ein eigenes polizeiliches Ermittlungsverfahren ist demgegenüber nicht vorgesehen. Die Verfahrensherrschaft steht der Staatsanwaltschaft unabhängig davon zu, ob sie die erforderlichen Ermittlungshandlungen eigenhändig betreibt oder sie an ihre Ermittlungspersonen (§ 152 Abs. 1 GVG) delegiert und durch die Beamten des Polizeidienstes vornehmen lässt. Gleiches gilt auch für die Fälle, in denen die Polizei im Rahmen eigener originärer Befugnisse strafverfolgend tätig wird, ohne vorher von der Staatsanwaltschaft formell beauftragt worden zu sein. Ermittelt die Polizei, handelt und bewegt sie sich also stets im Rahmen des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens.

Vernimmt nun ein Polizeibeamter im Rahmen seiner strafverfolgenden beziehungsweise ermittelnden Tätigkeit einen Beschuldigten, handelt es sich dabei stets um eine Maßnahme innerhalb des justiziellen (staatsanwaltlichen) Ermittlungsverfahrens. Diese Zuordnung hängt auch nicht etwa davon ab, ob das spezielle Verfahren der zuständigen Staatsanwaltschaft bekannt ist oder nicht; ein polizeiliches Ermittlungsverfahren ist in der Strafprozessordnung nicht vorgesehen. Führt man sich nun die beschriebene Struktur des Ermittlungsverfahrens nochmals vor Augen, ist es nicht von Hand zu weisen, dass sich letztlich auch die durch einen Polizeibeamten durchgeführte Beschuldigtenvernehmung als eine staatsanwaltliche Ermittlungshandlung darstellt. Die Staatsanwaltschaft muss sich diese Vernehmung aufgrund ihrer verfahrensbeherrschenden Stellung zurechnen lassen. Rechtstechnisch handelt es sich demnach bei den Befugnissen der Polizei, jedenfalls bei denen, die ihr im Rahmen der repressiven Tätigkeit zustehen,

damit keineswegs um originäre, sondern um derivative Befugnisse; derivativ insofern, als dass es sich um abgeleitete Befugnisse von der verfahrensbeherrschenden Staatsanwaltschaft handelt.

Sieht nun der Gesetzgeber in § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO ausdrücklich ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der staatsanwaltlichen Vernehmung vor und berücksichtigt man die Tatsache, dass es sich bei den polizeilichen Befugnissen um abgeleitete Befugnisse handelt, dann muss konsequenter Weise das Anwesenheitsrecht aus § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO ebenfalls (entsprechend) gelten, wenn die Beschuldigtenvernehmung nicht von der Staatsanwaltschaft selbst, sondern in ihrem Auftrag von den Ermittlungspersonen durchgeführt wird. Zwar mit anderen Worten, doch im Ergebnis treffend, beschreibt dies *Schäfer*:<sup>162</sup> „Kommt schon die prozessuale Fürsorge des Gesetzgebers dem Beschuldigten für die staatsanwaltliche wie auch richterliche Vernehmung in der Weise zugute, dass der Verteidiger zugegen sein darf, dann muss sie erst recht für die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten gelten.“

Doch auch ein so abgeleitetes Anwesenheitsrecht vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Grund hierfür ist die strukturelle Konzeption der Strafprozessordnung. Zwar steht der Staatsanwaltschaft die Verfahrensherrschaft unabhängig davon zu, ob sie die erforderlichen Ermittlungshandlungen eigenhändig betreibt oder sie an ihre Ermittlungspersonen (§ 152 Abs. 1 GVG) delegiert und sie durch Polizeikräfte vornehmen lässt. Dennoch unterscheidet das Strafprozessrecht strikt zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei. Insbesondere die Regelung des § 163a StPO macht dies nur zu deutlich: § 163a Abs. 4 StPO wäre weitestgehend überflüssig, wenn ohnehin alle die Staatsanwaltschaft betreffenden Regelungen auch für die Polizei anwendbar wären. Folglich ist ein abgeleitetes Anwesenheitsrecht zwar unter „verfahrenshierarchischen Überlegungen“ denkbar, jedoch spricht die Regelungstechnik des Gesetzes in entscheidender Weise dagegen.

## 6. Anwesenheitsrecht aus übergeordneten Prinzipien

Schließlich wird von einem Teil der Literatur aus der Verfassung selbst über das „Prinzip der verfahrensrechtlichen Waffengleichheit“<sup>163</sup> ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung hergeleitet. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist dabei die unbestreitbar richtige<sup>164</sup> Erkenntnis, dass es sich beim Strafverfahrensrecht – jedenfalls der Sache nach – um angewandtes Verfassungsrecht handelt. Soweit jedenfalls besteht noch Einigkeit zwi-

<sup>162</sup> *Schäfer*, MDR 1977, 980 (981).

<sup>163</sup> Vergleiche BVerfGE 38, 105 (111); dazu ausführlich *Müller*, NJW 1976, 1063 (1065 ff.).

<sup>164</sup> So ausdrücklich *Krause*, StV 1984, 169.

schen Rechtslehre<sup>165</sup>, Gesetzgeber<sup>166</sup>, Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>167</sup> und des Bundesgerichtshofs.<sup>168</sup>

#### a) Prinzip der verfahrensrechtlichen Waffengleichheit

Die Befürworter des auf diesem Weg begründeten Anwesenheitsrechts beziehen sich vor allem auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Oktober 1974.<sup>169</sup> Hierin äußert sich der 2. Senat, wenn auch im Hinblick auf die prozessualen Rechte eines Zeugen, zum Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren und dem daraus resultierenden Prinzip der verfahrensrechtlichen Waffengleichheit. Der Senat führt dabei aus:

„Zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens zählt das Recht auf ein faires Verfahren. Es erschöpft sich nicht in der Selbstbeschränkung staatlicher Mittel gegenüber den beschränkten Möglichkeiten des Einzelnen, die sich in der Verpflichtung niederschlägt, daß staatliche Organe korrekt und fair zu verfahren haben. Als ein unverzichtbares Element der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens und daran anknüpfender Verfahren gewährleistet es dem Betroffenen, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde selbständig wahrnehmen und Übergriffe der im vorstehenden Sinn rechtsstaatlich begrenzten Rechtsausübung staatlicher Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können. Der Anspruch auf ein faires Verfahren ist durch das Verlangen nach verfahrensrechtlicher ‚Waffengleichheit‘ von Ankläger und Beschuldigten gekennzeichnet und dient damit in besonderem Maße dem Schutz des Beschuldigten, für den bis zur Verurteilung die Vermutung seiner Unschuld streitet.“<sup>170</sup>

Aus diesem Beschluss wird zum Teil gefolgert, dass, wenn das Bundesverfassungsgericht sogar einem Zeugen das Recht zuerkannt habe, zu seiner Vernehmung im Beistand eines Rechtsanwalts zu erscheinen, dies erst Recht für den Beschuldigten gelten müsse.<sup>171</sup> Hieraus soll sich dann auch ein Recht des Verteidigers auf Anwesenheit bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung ergeben.

Ob diese Schlussfolgerung aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts gezogen werden darf und letztlich haltbar ist, muss bezweifelt werden. Zwar spricht der 2. Senat, die Situation des Strafverfahrens für den Beschuldigten im Auge haltend, sehr deutlich davon, dass der Anspruch auf ein faires Verfahren durch das Verlangen nach einer „verfahrensrechtlichen Waffengleichheit“ von

<sup>165</sup> Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, S. 967.

<sup>166</sup> Vergleiche Begründung zum Regierungsentwurf zum 1. StVRG in BT-Drs. 7/551, S. 33.

<sup>167</sup> BVerfGE 6, 389 (433); 32, 373 (383).

<sup>168</sup> BGHSt 19, 325 (330); BGH JR 1980, 432 (433).

<sup>169</sup> BVerfGE 38, 105.

<sup>170</sup> BVerfGE 38, 105 (111).

<sup>171</sup> So Kühne, StrafprozeßR, Rn. 104; Riegel, BayVBl 1978, 589 (593); ders., ZRP 1978, 14 (20); ders., Die Polizei 1978, 103.

Ankläger und Beschuldigtem gekennzeichnet sei.<sup>172</sup> Gleichwohl relativiert er diese Aussage in einem späteren Beschluss dahingehend, dass dies nicht dazu führen dürfe, dass hierdurch jeder verfahrensspezifische Unterschied zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem beziehungsweise dem Verteidiger ausgeglichen werden müsse.<sup>173</sup> Das Prinzip der verfahrensrechtlichen Waffengleichheit ist also keineswegs als absolutes, sämtliche Machtunterschiede zwischen den Verfahrensbeteiligten ausgleichendes, verfassungsrechtliches Egalitätsinstrument zu verstehen. Mag sich der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess noch als Prinzip „unterschiedslos formaler Gleichheit“ erweisen, sind ihm im Strafverfahren bereits von dessen Konzeption her Grenzen gesetzt.<sup>174</sup> Schon die Umgangssprache deutet diese Grenzen an, wenn wir etwa hören, dass die zerstrittenen Erben „miteinander prozessieren“, während dem tatverdächtigen Nachbarn „der Prozess gemacht wird“.<sup>175</sup> Von der Ausgestaltung des Strafverfahrens her kann Waffengleichheit nicht als „mathematische oder logische Egalität“<sup>176</sup> verstanden werden. Waffengleichheit kann immer nur im Hinblick auf die sachlogische Struktur von Anklagevertretung und Verteidigung festgestellt beziehungsweise gefordert werden.<sup>177</sup> Der Grundsatz der Waffengleichheit zeichnet sich vielmehr durch eine gewisse kontextbezogene Relativität aus. So hat das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1983 bereits erklärt, dass der Grundsatz der Waffengleichheit durch einen etwaigen Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Beschuldigten nicht verletzt werde.<sup>178</sup> Diesem doch eher gemäßigten und relativierenden Verständnis von Waffengleichheit hat sich auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angeschlossen.<sup>179</sup> Zweckmäßiger Weise nähert man sich dem Verständnis von Waffengleichheit, indem man sich darauf beschränkt, die Rechte und Möglichkeiten der einzelnen Verfahrensbeteiligten in bestimmten Situationen des Verfahrens zu beschreiben. Im Rahmen einer Bilanzierung bleibt nur die Feststellung, dass es sich beim Gebot der verfahrensrechtlichen Waffengleichheit bestenfalls um eine Aufforderung zur Berücksichtigung von Mindestrechten der Verteidigung handelt.<sup>180</sup> Ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung erwächst hieraus jedenfalls nicht.

---

<sup>172</sup> BVerfGE 38, 105 (111).

<sup>173</sup> BVerfG StV 1983, 177 (179.); Krause, StV 1984, 169 (170).

<sup>174</sup> Müller, NJW 1976, 1063 (1065).

<sup>175</sup> Müller, NJW 1976, 1063 (1065).

<sup>176</sup> Müller, NJW 1976, 1063 (1065).

<sup>177</sup> Kohlmann, in: FS-Peters, 311 (319); Kühne, StrafprozessR, § 9 Rn. 174.

<sup>178</sup> BVerfG NStZ 1984, 228.

<sup>179</sup> BGHSt 12, 136 (139); 18, 369 (371); vergleiche hierzu auch Krause, StV 1984, 169 (174); Müller, NJW 1976, 1063 (1065).

<sup>180</sup> Kühne, StrafprozessR, § 9 Rn. 175.

## b) Recht auf ein faires Verfahren

Ferner hat das Bundesverfassungsgericht<sup>181</sup> schon mehrere Male betont, das Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren enthalte keineswegs in allen Einzelheiten bestimmte Gebote oder Verbote. Es beinhalte lediglich rechtsstaatliche Mindestanforderungen, welche zu konkretisieren zunächst Aufgabe des einfachen Gesetzgebers sei. Erst wenn der Gesetzgeber diese unverzichtbaren rechtsstaatlichen Mindestanforderungen nicht erfülle, könne und müsse auf das verfassungsrechtliche Prinzip des fairen Verfahrens zurückgegriffen werden.

Für die nun folgende Überlegung sei angenommen, der Gesetzgeber sei durch das (absichtliche) Verweigern eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung seiner verfassungsrechtlichen Pflicht, alle Einzelheiten, die sich aus dem Fair-Trial-Grundsatz ergeben zu konkretisieren, nicht nachgekommen. Erst dann stellt sich nämlich die entscheidende Frage, ob diese Entscheidung des Gesetzgebers, die die vom Bundesverfassungsgericht genannten rechtsstaatlichen Mindestanforderungen unterschreitet, den Beschuldigten in rechtsstaatswidriger Weise benachteiligt und damit gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verstößt.

Dies muss unter folgenden Gesichtspunkten ernsthaft bezweifelt werden. Erstens ist die Polizei im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeit und damit insbesondere auch bei der Beschuldigtenvernehmung wie die Staatsanwaltschaft zur Objektivität verpflichtet (siehe § 160 Abs. 2 StPO). Auch die Polizei hat demnach sowohl belastende als auch entlastende Beweise zu sammeln. Zweitens steht es dem Beschuldigten vor der Vernehmung frei, einen Verteidiger zu Rate zu ziehen, beziehungsweise während seiner Vernehmung eine Aussage von der Anwesenheit eines Verteidigers abhängig zu machen. Faktisch kann der Beschuldigte so die Anwesenheit des Verteidigers erzwingen und die Aussage ausschließlich in dessen Beisein tätigen. Drittens bleibt es dem Beschuldigten im Rahmen der polizeilichen Vernehmung selbst überlassen, ob er zum Vernehmungstermin erscheint. Wegen der fehlenden Befugnis zur zwangsweisen Vorführung des Beschuldigten verbleibt der Polizei dann nur die Möglichkeit, auf eine staatsanwaltschaftliche Vernehmung hinzuwirken. Hier hat der Beschuldigte zwar zu erscheinen, gleichzeitig steht dem Verteidiger hier aber unstreitig ein Anwesenheitsrecht wegen §§ 163a Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 1 StPO zu. Viertens ist der Beschuldigte von den (polizeilichen) Vernehmungsbeamten gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO über sein Aussageverweigerungsrecht zu belehren; ein etwaiges Schweigen darf im Prozess auch nicht gegen ihn verwertet werden.<sup>182</sup>

Unter Berücksichtigung dieser vielfältigen Möglichkeiten des Beschuldigten, mit einer polizeilichen Vernehmung umzugehen, kann in keiner Weise davon die

<sup>181</sup> Vergleiche BVerfG StV 1981, 381 (387); StV 1983, 177 (178); BVerfGE 70, 297 (308).

<sup>182</sup> BVerfG NStZ 1995, 555; BGHSt 25, 365 (368); 32, 140 (144); 34, 324 (326); *Dahs/Langkeit*, NStZ 1993, 213; *Meyer-Göbner*, StPO § 136 Rn. 7 f.; *Kuhlmann*, DRiZ 1976, 13.

Rede sein, dass aufgrund der derzeitigen Rechtslage in den entsprechenden Vernehmungssituationen die rechtsstaatlichen Mindestanforderungen nicht gewahrt blieben. Vielmehr ist der Gesetzgeber mit der aktuellen Ausgestaltung des Gesetzes seiner verfassungsmäßigen Pflicht zur näheren Ausgestaltung des Rechts auf ein faires Verfahren nachgekommen. Die rechtsstaatlichen Mindestanforderungen bleiben somit durch die aktuelle Rechtslage gewahrt. Das verfassungsrechtliche Prinzip des fairen Verfahrens kann und darf also in entsprechenden Situationen nicht dafür bemüht werden, über diese ohnehin bestehenden Möglichkeiten hinaus zusätzlich ein eigenes Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung einzuführen.<sup>183</sup>

Wenn nun die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Oktober 1974 dennoch für die Annahme eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung angeführt wird, dann geschieht dies weiterhin unter Verkennung eines entscheidenden Unterschieds: Der Beschluss des 2. Senats befasst sich ausdrücklich mit dem Recht eines Zeugen, im Beistand eines Rechtsanwalts zur Vernehmung zu erscheinen. Ein Zeuge ist aber grundsätzlich – im Unterschied zum Beschuldigten – zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet. Eine solche Aussagepflicht trifft den Beschuldigten wegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht.<sup>184</sup> Damit ist die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts auf das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung nicht übertragbar und kann dementsprechend auch nicht für ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers geltend gemacht werden.

## 7. Fazit

Wie der fehlende Verweis in § 163a Abs. 4 StPO deutlich macht, steht dem Verteidiger bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten kein eigenes Anwesenheitsrecht zu. Wenn sowohl bei der richterlichen (§ 168c Abs. 1 StPO) als auch bei der staatsanwaltschaftlichen (§§ 163a Abs. 1 Satz 2, 168c Abs. 1 StPO) Vernehmung ausdrücklich auf ein derartiges Recht hingewiesen wird und bei der polizeilichen Vernehmung ein entsprechender Hinweis fehlt, muss der Wille des Gesetzgebers dahingehend verstanden werden. Die gegenteilige Annahme kann weder aus der isolierten Betrachtung des § 137 Abs. 1 StPO noch aus einer Zusammenschau von §§ 137 Abs. 1 und 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entnommen werden. Über deren feststellende Aussagen hinaus können den Normen keine konkreten prozessualen Rechte des Verteidigers entnommen werden. Auch ein abgeleitetes Anwesenheitsrecht vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Zwar steht der Staatsanwaltschaft die Verfahrensherrschaft unabhängig davon zu, ob sie die erforderlichen Ermittlungshandlungen eigenhändig betreibt oder sie an ihre Ermittlungspersonen (§ 152 Abs. 1 GVG) delegiert und sie durch die Polizei vor-

<sup>183</sup> Auch das BVerfG NJW 2007, 204 hält es für verfassungsrechtlich unbedenklich, dass bei polizeilichen Vernehmungen ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers nicht vorgesehen ist.

<sup>184</sup> Diesen Unterschied stellt der 2. Senat ausdrücklich fest, vergleiche BVerfGE 38, 105 (113).

nehmen lässt, dennoch unterscheidet das Strafprozessrecht strikt zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei. Insbesondere die Regelung des § 163a StPO macht dies nur zu deutlich: § 163a Abs. 4 StPO wäre weitestgehend überflüssig, wenn ohnehin alle die Staatsanwaltschaft betreffenden Regelungen auch für die Polizei anwendbar wären. Letztlich ergibt sich ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers auch nicht aus den übergeordneten strafprozessualen Prinzipien der Waffengleichheit und des Grundsatzes des fairen Verfahrens, da nach der derzeitigen einfachgesetzlichen Ausgestaltung ein solches Anwesenheitsrecht nicht erforderlich ist. Der Beschuldigte ist nicht verpflichtet, zur polizeilichen Vernehmung zu erscheinen. Hierdurch ist er in die Lage versetzt, sein Erscheinen von der Teilnahme eines Verteidigers abhängig zu machen. Kommt die Polizei einem entsprechenden Verlangen nicht nach, verbleibt ihr nur die Möglichkeit, auf eine staatsanwaltschaftliche Vernehmung des Beschuldigten hinzuwirken. Letztere hat wegen §§ 163a Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 1 StPO grundsätzlich – natürlich unter der Voraussetzung, dass der Beschuldigte dies wünscht – im Beisein des Verteidigers zu erfolgen. Ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung ist daher weder gesetzlich vorgesehen noch erforderlich.

#### IV. Mündliche Anhörung bei Reststrafenaussetzung (§ 454 Abs. 1 Satz 3 StPO)

##### 1. Allgemeines zur Reststrafenaussetzung gem. § 454 Abs. 1 StPO

§ 454 StPO regelt das durchzuführende Verfahren bei der Aussetzung einer Restfreiheitsstrafe zur Bewährung. Näheres hinsichtlich der Aussetzung einer zeitigen oder lebenslangen Freiheitsstrafe enthalten die §§ 57, 57a StGB. Für freiheitsentziehende Sicherungsmaßnahmen und für die Führungsaufsicht sieht § 463 Abs. 3 StPO eine sinngemäße Anwendung des § 454 StPO vor. Im Rahmen dieses Verfahrens prüft die Strafvollstreckungskammer als zuständige Vollstreckungsbehörde (siehe §§ 462, 462a Abs. 1 StPO), ob die Voraussetzungen für eine Aussetzung der Vollstreckung der Restfreiheitsstrafe vorliegen. Zur Vorbereitung dieser Entscheidung ist die Strafvollstreckungskammer über § 454 Abs. 1 Satz 2 StPO zu einer Anhörung der Beteiligten verpflichtet. Im Einzelnen sind die Staatsanwaltschaft, der Verurteilte und die Justizvollzugsanstalt anzuhören.

Das zuständige Gericht trifft die Entscheidung auf Antrag oder von Amts wegen. Zur Stellung eines entsprechenden Antrags sind ausschließlich die Staatsanwaltschaft, der Verurteilte, sein gesetzlicher Vertreter und der Verteidiger berechtigt. Über einen gestellten Antrag muss das Gericht stets und in angemessener Frist entscheiden. Demgegenüber muss von Amts wegen entschieden werden, wenn der Verurteilte in naher Zukunft zwei Drittel einer zeitigen (siehe § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB) oder 15 Jahre einer lebenslangen Freiheitsstrafe (siehe § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB) verbüßt hat.<sup>185</sup> Zum Ablauf des Verfahrens und den

<sup>185</sup> Vergleiche BVerfG NStZ 1993, 431; BGHSt 27, 302 (304); OLG Rostock NStZ 2001, 278.



damit verbundenen Anwesenheitsrechten sowie Anhörungs- und Benachrichtigungspflichten im Einzelnen:

## 2. Anhörung der Justizvollzugsanstalt (§ 454 Abs. 1 Satz 2 StPO)

Nach Eingang eines entsprechenden Antrags oder von Amts wegen holt die Strafvollstreckungskammer eine Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt ein, in welcher der Verurteilte zur Zeit der Befassung des Gerichts mit der Sache seine Strafe verbüßt (siehe § 36 Abs. 2 Satz 2 StVollstrO).<sup>186</sup> Die Anhörung der jeweiligen Justizvollzugsanstalt ist deshalb vorgeschrieben, da ihre Angaben über das Verhalten des Verurteilten, den Erfolg des bisherigen Behandlungsvollzugs und über die zu treffende Sozialprognose für die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer hinsichtlich einer etwaigen Reststrafenaussetzung von zentraler Bedeutung sind. Hat die Vollzugsanstalt bei Verbüßung einer längeren Freiheitsstrafe gewechselt und befindet sich der Verurteilte zum fraglichen Zeitpunkt erst kurze Zeit in der neuen Anstalt, ist zusätzlich eine Stellungnahme der Anstalt einzuholen, in der der Verurteilte den wesentlichen oder wenigstens einen längeren Teil seiner Strafe verbüßt hat. In diesem Fall ist nur die vorherige Justizvollzugsanstalt aufgrund der im Vollzug gewonnenen Eindrücke in der Lage, eine fundierte Stellungnahme über das Verhalten des Verurteilten im Vollzug und dementsprechend über die im Sinne des § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 StGB zu treffende Prognose abzugeben.<sup>187</sup>

Grundlage der Stellungnahme müssen sämtliche Beobachtungen und Feststellungen aller am Behandlungsvollzug mitwirkenden Bediensteten sein. Da das Gesetz an keiner Stelle eine Ausnahme von dieser Anhörungspflicht vorsieht, kann von der Anhörung der Justizvollzugsanstalt auch nicht abgesehen werden.<sup>188</sup> Somit darf von ihrer Anhörung auch dann nicht abgesehen werden, wenn es auf die Stellungnahme der Vollzugsanstalt im Ergebnis nicht ankommt, etwa weil die Aussetzung der Vollstreckung der Reststrafe ohne Rücksicht auf die Sozialprognose abzulehnen ist.<sup>189</sup>

## 3. Anhörung der Staatsanwaltschaft (§ 454 Abs. 1 Satz 2 StPO)

Ebenfalls nach § 454 Abs. 1 Satz 2 StPO von der Strafvollstreckungskammer stets zu hören ist die Staatsanwaltschaft. Da es sich bei der Entscheidung der Strafvollstreckungskammer im Rahmen der Reststrafenaussetzung zugleich um eine außerhalb der Hauptverhandlung ergehende Entscheidung handelt, folgt die Pflicht des Gerichts die Staatsanwaltschaft zu hören bereits aus § 33 Abs. 2

<sup>186</sup> OLG Hamm MDR 1978, 592; *Fischer*, in: KK-StPO § 454 Rn. 11; *Meyer-Goßner*, StPO § 454 Rn. 11; *Müller*, in: KMR § 454 Rn. 6; *Wendisch*, in L/R § 454 Rn. 18.

<sup>187</sup> OLG Hamburg MDR 1957 311; *Fischer*, in KK-StPO § 454 Rn. 11; *Meyer-Goßner*, StPO § 454 Rn. 11; *Wendisch*, in L/R § 454 Rn. 18; *Bringewat*, Strafvollstreckung § 454 Rn. 22.

<sup>188</sup> OLG Hamm MDR 1974 1038; enger OLG Hamm NJW 1980, 2090; *Fischer*, in: KK-StPO § 454 Rn. 11; *Müller*, in: KMR § 454 Rn. 6; *Bringewat*, Strafvollstreckung § 454 Rn. 23.

<sup>189</sup> So aber *Meyer-Goßner*, StPO § 454 Rn. 13.

StPO.<sup>190</sup> Ihre Stellungnahme gibt die Staatsanwaltschaft jedoch nicht in ihrer Funktion als Strafvollstreckungs-, sondern stets als Strafverfolgungsbehörde ab. In dieser Stellungnahme ist die Staatsanwaltschaft darüber hinaus verpflichtet, eine bestimmte Entscheidung zu beantragen.<sup>191</sup> Die zuständige Vollstreckungsbehörde legt die Sache der Staatsanwaltschaft in der Regel erst vor (siehe § 36 Abs. 2 Satz 2 StVollstrO) und gibt ihr Gelegenheit zur Stellungnahme, nachdem sich die Justizvollzugsanstalt schriftlich geäußert hat. Auf diesem Wege erhält die Staatsanwaltschaft mit Blick auf die zu beantragende Entscheidung eine fundierte Entscheidungsgrundlage.

#### 4. Anhörung des Verurteilten (§ 454 Abs. 1 Satz 2 und 3 StPO)

Grundsätzlich sieht § 454 Abs. 1 Satz 3 StPO eine mündliche Anhörung des Verurteilten vor. Hiervon kann nur in ganz bestimmten gesetzlich geregelten Fällen abgesehen werden (siehe § 454 Abs. 1 Satz 4 StPO). Durch diese besonders hervorgehobene Form des rechtlichen Gehörs<sup>192</sup> soll erreicht werden, dass „die Strafvollstreckungskammer (...) den unmittelbaren Kontakt mit dem Verurteilten in der Strafanstalt aufnimmt, worin eine der wesentlichen kriminalpolitischen Zielsetzungen der Einrichtung der Strafvollstreckungskammer liegt.“<sup>193</sup> Durch § 454 Abs. 1 Satz 4 StPO wird klargestellt, dass es einer richterlichen Anhörung des Verurteilten bedarf, so dass die Anhörung jedenfalls von einem Mitglied der Strafvollstreckungskammer persönlich durchgeführt werden muss.<sup>194</sup> Demgegenüber ist dem Erfordernis der richterlichen Anhörung nicht schon dadurch Genüge getan, dass der Verurteilte gleichsam im Auftrag des Gerichts von der Vollzugsanstalt mündlich gehört und die darüber erstellte Niederschrift an die Strafvollstreckungskammer weitergeleitet wird. Ein solches Vorgehen stellt keine richterliche Anhörung im Sinne des § 454 Abs. 1 Satz 4 StPO dar.<sup>195</sup>

#### 5. Anhörung des Verteidigers (§§ 33 Abs. 3, 454 Abs. 1 Satz 2 StPO)

##### a) Anhörungspflicht und Anwesenheitsrecht des Verteidigers

Die Strafprozessordnung enthält keine Norm, die die Frage des anwaltlichen Beistands im Nachverfahren direkt und ausdrücklich regelt. Da es sich bei der

<sup>190</sup> Fischer, in: KK-StPO § 454 Rn. 12; Müller, in: KMR § 454 Rn. 5; Meyer-Goßner, StPO § 454 Rn. 9; Wendisch, in: L/R § 454 Rn. 17; Bringewat, Strafvollstreckung § 454 Rn. 17.

<sup>191</sup> Wendisch, in L/R § 454 Rn. 14.

<sup>192</sup> Vergleiche Meyer-Goßner, StPO § 454 Rn. 16; Wendisch, in: L/R § 454 Rn. 21.

<sup>193</sup> BT-Drs. 7/550 S. 309; dazu auch BGHSt 28 138 (141); OLG Schleswig NJW 1975 1131; OLG Hamm MDR 1980, 870; OLG Düsseldorf StV 1983 511; OLG Celle StV 1988 259; Rieß, JR 1976, 118; Wegener, MDR 1981, 620; Meyer-Goßner, StPO § 454 Rn 16; Bringewat, Strafvollstreckung § 454 Rn. 27.

<sup>194</sup> Zur Frage, ob die Anhörung stets durch alle Mitglieder der Strafvollstreckungskammer durchzuführen ist ausführlich Wegener, MDR 1981, 617; ferner Wendisch, in: L/R § 454 Rn. 24 ff.

<sup>195</sup> OLG Düsseldorf MDR 1975 597; Meyer-Goßner, StPO § 454 Rn. 20; Wendisch, in: L/R § 454 Rn. 21; Bringewat, Strafvollstreckung, § 454 Rn. 27.

Anhörung im Rahmen des § 454 StPO weder um eine Vernehmung oder mündliche Verhandlung noch um eine sonstige richterliche Untersuchungshandlung handelt, kommt an dieser Stelle eine Anwendung des § 168c Abs. 1 StPO nicht in Betracht.<sup>196</sup> Gleichwohl gilt der Grundsatz des § 454 Abs. 1 Satz 3 StPO, wonach auch der Verurteilte von der Strafvollstreckungskammer anzuhören ist. Wegen § 33 Abs. 3 StPO gilt dies ebenfalls für den Verteidiger. Auch ihm ist somit im besagten Verfahren jedenfalls Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben.<sup>197</sup> Ob sich darüber hinaus aus §§ 454 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit 33 Abs. 3 StPO ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der gerichtlichen Anhörung des Verurteilten mit der entsprechenden Pflicht zur Terminbenachrichtigung ableiten lässt, war lange Zeit unklar.

#### b) Anwesenheitsrecht des Verteidigers als „nobile officium“

Rechtsprechung<sup>198</sup> und Literatur<sup>199</sup> standen überwiegend auf dem Standpunkt, dass dem Verteidiger bei der Anhörung des Verurteilten kein Anwesenheitsrecht zustehe und es aus diesem Grund nicht notwendig sei, ihn von dem anstehenden Anhörungstermin zu benachrichtigen. Bestenfalls sollte das Gericht durch das „nobile officium“ dazu angehalten sein, dem Verteidiger die Anwesenheit im Termin zu gestatten beziehungsweise sie aus fürsorglichen Gründen zuzulassen.<sup>200</sup> Ein rechtlich verbürgter und durchsetzbarer Anspruch auf Anwesenheit erwachse hieraus indes nicht.<sup>201</sup> Im Grundsatz sei es demnach ausreichend, wenn dem Verteidiger die Gelegenheit eingeräumt werde, für den Verurteilten schriftlich Stellung zu nehmen.<sup>202</sup>

#### c) BVerfGE 70, 297 und die Reaktion der Rechtsprechung

Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte sich in einem Beschluss vom 8. Oktober 1985<sup>203</sup> mit der Problematik eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers auseinanderzusetzen. Wegen des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf

<sup>196</sup> Meyer-Goßner, StPO § 454 Rn. 36.

<sup>197</sup> Meyer-Goßner, StPO § 454 Rn. 19.

<sup>198</sup> OLG Karlsruhe MDR 1976, 512; OLG Düsseldorf NJW 1976, 158; GA 1983, 566; 1989, 570; StV 1989, 355; OLG Schleswig SchIHA 1985, 137.

<sup>199</sup> Fischer, in: KK-StPO § 454 Rn. 19; Müller, in: KMR § 454 Rn. 19; Wendisch, in L/R<sup>24</sup> § 454 Rn. 16; Rieß, JR 1976, 118; Treptow NJW 1975, 1105; 1976, 222; Bringewat, Strafvollstreckung § 454 Rn. 25, 31; a. A.: Hohmann, StV 1990, 413; Maetzel, AnwBl 1975, 420 (421); Schmidt, NJW 1975, 1485 (1486).

<sup>200</sup> OLG Düsseldorf NStZ 1989 291; Fischer, in: KK-StPO § 454 Rn. 19; Müller, in: KMR § 454 Rn. 23; Wendisch, in: L/R<sup>24</sup> § 454 Rn. 16; Bringewat, Strafvollstreckung § 454 Rn. 32, 33.

<sup>201</sup> Hohmann, NStZ 1993, 555 (556).

<sup>202</sup> OLG Karlsruhe MDR 1976, 512; OLG Düsseldorf NJW 1976, 158; GA 1983 566; Wendisch, in L/R<sup>24</sup> § 454 Rn. 16; Müller, in KMR § 454 Rn. 19; Treptow, NJW 1975, 1105; ders., NJW 1976, 222.

<sup>203</sup> BVerfGE 70, 297 (323) jedoch bezogen auf den Vollzug der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei Bestellung eines Pflichtverteidigers.

ein faires Verfahren meldete der 2. Senat ernsthafte Zweifel an der bis dato doch sehr restriktiven Handhabung eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers an. Dies gelte umso mehr, als der Verurteilte nicht immer in der Lage sei, die Besonderheiten des jeweiligen Sachverhalts zu erfassen, selbst Folgerungen aus der Beweislage zu ziehen und durch geeignetes Vorbringen zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen; all das sei für den Verurteilten allerdings von entscheidender Bedeutung.<sup>204</sup> Zwar äußert sich der Senat hier nicht ausdrücklich hinsichtlich eines etwaigen Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der Anhörung des Verurteilten, allerdings können die Forderungen des Bundesverfassungsgerichts nur dann erfüllt und die Interessen des Verurteilten sachgerecht wahrgenommen werden, sofern der Verteidiger bei der Anhörung selbst anwesend ist. Die bloße Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme erscheint kaum geeignet, die im Einzelfall möglicherweise bestehende intellektuelle Unterlegenheit des Mandanten während der Anhörung ausreichend zu kompensieren. Insofern kann die Äußerung des Senats durchaus in die Richtung verstanden werden, dass er hinsichtlich eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der Anhörung des § 454 StPO nicht gänzlich abgeneigt war und ein solches im Ergebnis vielleicht sogar befürwortet.<sup>205</sup>

Vermutlich aufgrund dieser ersten, vorsichtig positiven Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts änderte das Oberlandesgericht Düsseldorf<sup>206</sup> seine bisherige Rechtsprechung. Demnach sei die Anwesenheit des Verteidigers bei der Anhörung des Verurteilten jedenfalls dann geboten, wenn der Verurteilte von sich aus nicht in der Lage ist, im Anhörungstermin die Punkte, die zu seinen Gunsten sprechen, angemessen zusammenzufassen und vorzutragen. Dies gelte umso mehr, wenn es sich um einen Pflichtverteidiger handle.<sup>207</sup> Bemerkenswert ist die Interpretationsfähigkeit dieses eher allgemein gehaltenen Postulats. Wenngleich der Beschluss auf den ersten Blick – jedenfalls was den generellen Regelungsgehalt anbelangt – keine bahnbrechenden Neuerungen verspricht, erschließt sich dessen Dimension erst bei genauerem Hinsehen.

Im Rahmen der Anhörung des § 454 Abs. 1 StPO ist dem Verurteilten seitens des Gerichts ausreichend Gelegenheit zu geben, alle für die zu treffende Prognoseentscheidung relevanten Tatsachen und Rechtsfragen aus eigener Sicht darzustellen und gegebenenfalls Einwände gegen bereits vorliegende Ausführungen der Staatsanwaltschaft und der Justizvollzugsanstalt zu formulieren. Auch Anträge zur Sache können hier vorgebracht werden. Bereiten diese entscheidungsrelevanten Aspekte schon dem durchschnittlichen Juristen nicht gerade unerhebliche Probleme, so gilt dies umso für den in der Regel rechtsunkundigen Verur-

<sup>204</sup> BVerfGE 70, 297 (323).

<sup>205</sup> In diesem Sinne wohl auch *Wendisch*, in: L/R<sup>24</sup> § 454 Rn. 19.

<sup>206</sup> OLG Düsseldorf StV 1989, 355; 1996, 221; dem folgend *Fischer*, in: KK-StPO § 454 Rn. 19.

<sup>207</sup> OLG Düsseldorf StV 1989, 221.

teilen.<sup>208</sup> Diese Erkenntnis aber lässt die als vorsichtig formulierte Ausnahme des Oberlandesgerichts Düsseldorf zum tatsächlichen Regelfall werden. Ferner macht sie deutlich, dass die Anwesenheit des Verteidigers bei der Anhörung des § 454 Abs. 1 StPO notwendig erscheint.

d) BVerfG NStZ 1993, 355

Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht durch eine weitere Entscheidung<sup>209</sup> grundsätzlich klargestellt, dass der aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Grundsatz des fairen Verfahrens dem Verurteilten das Recht gibt, zu seiner mündlichen Anhörung im Verfahren zur Aussetzung eines Strafrestes einen Rechtsbeistand seines Vertrauens hinzuzuziehen. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich dabei um einen Wahl- oder einen Pflichtverteidiger handelt.

Soweit der Verurteilte von dem jedermann zu gewährenden Recht Gebrauch gemacht habe, sich durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vertreten zu lassen, verlange es die einem fairen Verfahren immanente Forderung nach verfahrensmäßiger Selbständigkeit des in einem justizmäßigen Verfahren beteiligten Strafgefangenen, ihm auch das Recht zuzubilligen, zur Wahrnehmung der ihm eingeräumten prozessualen Rechte auch zur mündlichen Anhörung im Entlassungsverfahren (§ 454 Abs. 1 Satz 3 StPO) einen Verteidiger seines Vertrauens hinzuzuziehen.<sup>210</sup> Für den Verurteilten könne bei einer Anhörung im Strafvollstreckungsverfahren, bei der es um Fragen der Strafaussetzung und damit um das faktische Ende seines Freiheitsentzuges geht, nichts anderes als für Angeklagte, Zeugen und Verletzte gelten.<sup>211</sup> Im Rahmen der Anhörung sei nämlich eine Auseinandersetzung mit den Stellungnahmen der Justizvollzugsanstalt und der Staatsanwaltschaft zu führen. Die der positiven Sozialprognose entgegenstehenden Umstände könnten dabei auch in Verfehlungen inner- und außerhalb des Vollzuges liegen, zu denen sich der Verurteilte zu verteidigen habe.<sup>212</sup> Hierbei könne der Verurteilte dann gegebenenfalls in die Gefahr geraten, sich mit bestimmten Äußerungen selbst zu belasten oder zumindest die zutreffende Sozialprognose als ungünstig erscheinen zu lassen.<sup>213</sup>

Erst ein unabhängiger, von ihm gewählter und zur Hilfe verpflichteter Rechtsbeistand ermögliche dem im Allgemeinen rechtsunkundigen und wenig handlungskompetenten Verurteilten eine sachgerechte und interessengerechte Wahrung und Ausübung seiner prozessualen Rechte und Möglichkeiten.<sup>214</sup> Indem die

<sup>208</sup> Hohmann, StV 1990, 413 (414).

<sup>209</sup> BVerfG NStZ 1993, 355.

<sup>210</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (356).

<sup>211</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (356).

<sup>212</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (356).

<sup>213</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (356).

<sup>214</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (357).

tatsächlich und rechtlich bedeutsamen Umstände vorgetragen würden, könne auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss genommen werden. Aus diesem Grunde werde der Tragweite des im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Grundsatzes des fairen Verfahrens nur eine Interpretation gerecht, die es in analoger Anwendung von §§ 163a Abs.1, 3 Satz 2, 168c Abs. 1, 5 StPO dem Verurteilten gestatte, bei seiner mündlichen Anhörung im Verfahren zur Aussetzung des Strafrests (§ 454 Abs. 1 Satz 3 StPO) einen Rechtsbeistand seines Vertrauens hinzuzuziehen; dem Verteidiger sei es daher stets erlaubt, an der mündlichen Anhörung teilzunehmen.<sup>215</sup> Gegen Ende des Beschlusses nimmt der 2. Senat noch einmal ausdrücklich Bezug auf die bisherige Rechtsprechung. Er weist darauf hin, dass es sich um eine von Verfassungs wegen nicht hinnehmbare Verkürzung der Wahrnehmung prozessualer Rechte und ihrer sachgerechten Ausübung handele, sofern der Verurteilte darauf verwiesen werde, dass sein Verteidiger schriftlich zu dem Ergebnis der mündlichen Anhörung unter Einschluss der Stellungnahme von Justizvollzugsanstalt und Staatsanwaltschaft Stellung nehmen kann.<sup>216</sup>

Die bis dahin in allen Punkten überzeugende Argumentation des 2. Senats nimmt jedoch an dieser Stelle einen unerwarteten Verlauf. Wenngleich es zu erwarten gewesen wäre, dass das Gericht, korrespondierend zu dem zuvor festgestellten Anwesenheitsrecht auch eine entsprechende Pflicht der Strafvollstreckungskammer zur Benachrichtigung des Verteidigers vom Anhörungstermin statuiert, geht das Gericht diesen letzten Schritt nicht. Im Gegenteil ist es der Ansicht, dass es nicht die Aufgabe des Gerichts sei, den Verteidiger vom anstehenden Anhörungstermin zu benachrichtigen. Vielmehr habe der Strafgefangene selbst dafür Sorge zu tragen, dass sein Rechtsbeistand zur Anhörung erscheint und dort seine Interessen vertritt.<sup>217</sup> Lediglich bei einer kurzfristig anberaumten Anhörung sei das Gericht verpflichtet, den Verteidiger zu benachrichtigen.<sup>218</sup> Dies ist unter zwei Gesichtspunkten nicht recht nachvollziehbar.

Das Bundesverfassungsgericht hebt selbst deutlich hervor, dass die Situation, in der sich der Verurteilte während der Anhörung im Rahmen des § 454 Abs. 1 Satz 3 StPO befinde, mit der des Angeklagten in der Hauptverhandlung und der des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren vergleichbar sei.<sup>219</sup> Jedenfalls für letztere gewährleistet die Regelung des § 168c StPO neben dem Anwesenheitsrecht in Absatz 1 in Absatz 5 auch eine grundsätzliche Pflicht des Gerichts zur Benachrichtigung des Verteidigers. Erkennt man diese Vergleichbarkeit der Situationen ohne Vorbehalte an, läge es auf der Hand, die für den Beschuldigten gesetzlich verbürgten Benachrichtigungsrechte auch für den Verurteilten zu

---

<sup>215</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (357).

<sup>216</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (357).

<sup>217</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (357).

<sup>218</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (357).

<sup>219</sup> BVerfG NStZ 1993, 355 (356).

übertragen und damit der vergleichbaren Interessenlage Rechnung zu tragen.<sup>220</sup> Für den Betroffenen macht es keinen Unterschied, ob ihm durch einen Beschluss der Strafvollstreckungskammer oder durch ein Urteil der Strafkammer (weiterhin) dauerhaft die Freiheit entzogen wird.<sup>221</sup> Über diese Vergleichbarkeit der Situationen hinaus hat es der Inhaftierte sogar noch schwerer als der in Freiheit befindliche Beschuldigte, da Letzterer jederzeit den Verteidiger selbst informieren kann.

Zum anderen gilt auch im Verfahren zur Reststrafenaussetzung: Nur eine gerichtliche Benachrichtigungspflicht vermag es zu gewährleisten, dass das Anwesenheitsrecht des Verteidigers nicht im Ergebnis aufgrund der fehlenden Kenntnis vom Anhörungstermin ausgehöhlt wird. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der 2. Senat eine Seite zuvor ausdrücklich darauf hinweist, dass man es „im allgemeinen mit rechtsunkundigen und wenig handlungskompetenten Verurteilten“<sup>222</sup> zu tun habe. Gleichwohl will er die Benachrichtigung und damit die rechtskundige und substantiierte Wahrnehmung ihrer Rechte in die Hand dieser „rechtsunkundigen und wenig handlungskompetenten Verurteilten“ legen. Auch dies erscheint wenig konsequent und mit dem Recht auf ein faires Verfahren schwer vereinbar.

Insgesamt sprechen also die besseren Argumente dafür, neben der Gewährung eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der Anhörung des § 454 Abs. 1 StPO auch eine damit korrespondierende Benachrichtigungspflicht nach Vorbild des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO anzunehmen.

## V. Bußgeldverfahren (§ 46 Abs. 1 OWiG)

### 1. Entwicklung des § 46 Abs. 1 OWiG

Mit Einführung des § 46 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) im Jahre 1968 hat der Gesetzgeber die bis dahin bestehende strenge Trennung von Bußgeldverfahren einerseits und Strafverfahren andererseits entschärft. Diese strikte Zweigleisigkeit hatte insbesondere in der praktischen Rechtsanwendung vor allem an den Nahtstellen zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu kaum lösbaren Schwierigkeiten geführt.<sup>223</sup> Aus diesem Grund wurde die neugefasste Regelung des § 46 OWiG auch als „grundsätzliche verfahrensrechtliche Lösung“ dieser Problematik bezeichnet.<sup>224</sup>

Noch das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten von 1952 enthielt keine dem heutigen § 46 OWiG entsprechende allgemeine dynamische Verweisung auf die Vorschriften der Strafprozessordnung. Es erklärte lediglich vereinzelte Bestimmun-

<sup>220</sup> So auch *Hohmann*, NStZ 1993, 555 (556).

<sup>221</sup> *Hohmann*, StV 1990, 413 (414).

<sup>222</sup> So ausdrücklich BVerfG NStZ 1993, 355 (356).

<sup>223</sup> Vergleiche hierzu *Lampe*, in: KK-OWiG § 35 Rn. 9 – 14.

<sup>224</sup> *Lampe*, in KK-OWiG § 46 Rn. 1.

gen der Strafprozessordnung für entsprechend anwendbar (siehe etwa §§ 30, 38, 42 Abs. 3, 44 Abs. 2, 55 Abs. 2, 56 Abs. 4, 59 Abs. 2 OWiG 1952). Diese Regelungs- oder Verweisungstechnik des OWiG 1952 erwies sich allerdings insbesondere im Regelungsbereich von Durchsuchung und Beschlagnahme als äußerst lückenhaft und daraus resultierend als durchweg problematisch. In der praktischen Rechtsanwendung hatte dies zur Konsequenz, dass die Vorschriften der Strafprozessordnung soweit möglich entsprechend angewendet wurden, um dadurch entstandene Lücken zu schließen und Zweifelsfragen zu klären.<sup>225</sup>

Der Gesetzgeber entzog dieser aufgrund der bis dato bestehenden Unvollkommenheit der gesetzlichen Verweisungstechnik entstandenen Behelfskonstruktion der Rechtspraxis durch eine Neuregelung des § 46 OWiG die Grundlage. Seitdem bestimmt § 46 OWiG für das gesamte Bußgeldverfahren grundsätzlich die sinngemäße Anwendung der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, insbesondere aber der Strafprozessordnung. Die bis dahin bestehende Rechtspraxis findet sich nunmehr also in der gesetzlichen Regelung wieder.

## 2. Anwendungsbereich des § 46 Abs. 1 OWiG

Das Gesetz erklärt für das Bußgeldverfahren die Vorschriften über das Strafverfahren für sinngemäß anwendbar. Zum Bußgeldverfahren im Sinne der Vorschrift zählen alle Verfahren, in denen begangene Ordnungswidrigkeiten verfolgt oder geahndet werden. Ferner umfasst ist auch das Verfahren nach rechtskräftigem Bußgeldbescheid, demnach das Vollstreckungs- und das Wiederaufnahmeverfahren, da sich die diese Bereiche regelnden siebte und neunte Abschnitte in dem mit dem Titel „Bußgeldverfahren“ überschriebenen zweiten Teil des OWiG befinden.<sup>226</sup> „Sinngemäße Anwendung der Vorschriften über das Strafverfahren“ meint in diesem Zusammenhang eine dem Wesen des Rechts der Ordnungswidrigkeiten angepasste Anwendung. Bestimmte Regelungen der Strafprozessordnung kommen bereits deshalb für eine Anwendung nicht in Betracht oder sind nicht in vollem Umfang auf das Bußgeldverfahren übertragbar, weil sie mit dem Wesen des Rechts der Ordnungswidrigkeiten nicht in Einklang zu bringen sind.<sup>227</sup> Zu den allgemeinen Gesetzen über das Strafverfahren zählen neben der Strafprozessordnung auch das Gerichtsverfassungsgesetz und der prozessuale Teil des Jugendgerichtsgesetz sowie das Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung, das Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, das Deutsche Richterergesetz und das Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen.<sup>228</sup>

<sup>225</sup> Siehe insoweit die Begründung des Entwurfs zum OWiG – BT-Drs. 5/1269 S. 31, 79, 80.

<sup>226</sup> Lampe, in: KK-OWiG § 46 Rn. 4.

<sup>227</sup> Näher dazu mit ausführlichen Beispielen Seitz, in: Göhler/Seitz § 46 Rn. 8.

<sup>228</sup> Bohnert, in: OWiG § 46 Rn. 4; Lampe, in: KK-OWiG § 46 Rn. 3; Seitz, in: Göhler/Seitz § 46 Rn. 1.



Für die hier im Fokus stehende Frage nach der entsprechenden Anwendbarkeit des § 168c StPO über den Verweis in § 46 Abs. 1 OWiG muss zunächst auf folgende Struktur des Bußgeldverfahrens hingewiesen werden. Die jeweils zuständige Verfolgungsbehörde gilt im Rahmen des Bußgeldverfahrens als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“. Sie ist daher bis zu dessen Abschluss sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht verantwortlich für die Durchführung des Ermittlungsverfahrens. Davon unbenommen bleibt der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, über § 42 OWiG die Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit zu übernehmen. Grundsätzlich ist die Staatsanwaltschaft in dem Verfahren der Verfolgungsbehörde also nicht beteiligt. Diese verfahrensbeherrschende Stellung der Verfolgungsbehörde resultiert unmittelbar aus § 46 Abs. 2 OWiG, wonach sie im Bußgeldverfahren dieselben Rechte und Pflichten hat wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten.<sup>229</sup> Obwohl die Regelung also die Verfolgungsbehörde in die Rolle der Staatsanwaltschaft einrücken lässt, wirkt sie dabei gleichzeitig aber auch insofern begrenzend, als dass die Verfolgungsbehörde eben nicht die Rolle des Gerichts einnimmt.<sup>230</sup>

Im Regelfall sind daher die jeweiligen Vorschriften der Strafprozessordnung, auf die verwiesen wird, dahingehend zu verstehen, dass an die Stelle der Staatsanwaltschaft im Bußgeldverfahren die zuständige Verwaltungsbehörde als Verfolgungsbehörde tritt. Vorschriften, die sich auf richterliche Handlungen im Strafverfahren beziehen, sind aus dem oben genannten Grund grundsätzlich nicht auf Handlungen der Verfolgungsbehörde im Bußgeldverfahren zu übertragen. Soweit der Verfolgungsbehörde im Bußgeldverfahren Befugnisse zustehen, die im Strafverfahren dem Richter vorbehalten sind, bleiben deswegen besondere Vorschriften notwendig. Solche enthält das OWiG beispielsweise in den §§ 35 Abs. 2, 52, 60, 105, 110.

### 3. Anwendbarkeit des § 168c StPO über § 46 Abs. 1 OWiG

Aus ihrer verfahrensbeherrschenden Stellung ergibt sich, dass die Verfolgungsbehörde im Gegensatz zur Polizei nach §§ 162 Abs. 1 StPO, 46 Abs. 1, 2 OWiG auch eine richterliche Untersuchungshandlung beantragen kann. Neben der Anordnung der Beschlagnahme oder Durchsuchung kommt hier vor allem eine richterliche Vernehmung von verfahrensrelevanten Personen in Betracht. Dies kann beispielsweise eine in Betracht zu ziehende Maßnahme sein, wenn der Betroffene bei der Verfolgungsbehörde nicht aussagt, gleichwohl aber die Möglichkeit besteht, dass er sich vor dem Richter zur Sache äußern wird. Gleiches kommt in Betracht, wenn zur Erforschung der Wahrheit die richterliche Vernehmung eines Zeugen unumgänglich ist.<sup>231</sup>

<sup>229</sup> Seitz, in: Göhler/Seitz Vor § 59 Rn. 2.

<sup>230</sup> Vergleiche Lampe, in: KK-OWiG § 46 Rn. 5.

<sup>231</sup> LG Zweibrücken NStZ 1993, 597.

Für die Teilnahme an der dann durchzuführenden richterlichen Vernehmung gilt über § 46 Abs. 1 OWiG § 168c StPO sinngemäß. Dies bedeutet im Einzelnen: Bei einer richterlichen Vernehmung des Betroffenen ist über §§ 168c Abs. 1 StPO in Verbindung mit 46 Abs. 1 StPO seinem Verteidiger und dem Vertreter der Verfolgungsbehörde die Teilnahme gestattet. Kein Anwesenheitsrecht bei der richterlichen Vernehmung hat demgegenüber die Staatsanwaltschaft, da sie am Verfahren grundsätzlich nicht beteiligt ist.<sup>232</sup> Auch im Bußgeldverfahren sind die Beteiligten im Regelfall von dem bevorstehenden Vernehmungstermin zu benachrichtigen. Ihnen steht ferner nach Abgabe der Erklärungen des Betroffenen ein Fragerecht zu. Eine Benachrichtigung kann auch hier unterbleiben, sofern dadurch der Untersuchungserfolg gefährdet würde. Eine Verlegung des Termins wegen Verhinderung der Teilnahme kann in keinem Fall beansprucht werden (siehe hierzu § 168c Abs. 5 StPO in Verbindung mit § 46 Abs. 1 OWiG).

Kommt es zu einer richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen, gewährt § 168c Abs. 2 StPO in Verbindung mit 46 Abs. 1 OWiG im gleichen Umfang der Verfolgungsbehörde, dem Betroffenen und seinem Verteidiger ein Anwesenheits- und Fragerecht. Nicht eindeutig geklärt ist auch im Rahmen des Bußgeldverfahrens, ob dem Betroffenen ein Anwesenheitsrecht bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbetroffenen zusteht.<sup>233</sup>

### **C. Richterliche Augenscheinseinnahme (§ 168d StPO)**

#### **I. Allgemeiner Regelungsgehalt des § 168d StPO**

Neben der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten sowie der von Zeugen und Sachverständigen, welche alle drei dem Regelungsbereich des § 168c StPO zuzuordnen sind, enthält die Strafprozessordnung mit § 168d eine weitere Vorschrift, die sich mit Anwesenheitsrechten und Benachrichtigungspflichten bei richterlichen Untersuchungshandlungen im Ermittlungsverfahren befasst: § 168d StPO betrifft die Einnahme richterlichen Augenscheins. Die Vorschrift sieht in Absatz 1 Satz 1 für die Einnahme richterlichen Augenscheins ein Anwesenheitsrecht sowohl des Beschuldigten als auch des Verteidigers sowie der Staatsanwaltschaft vor. Sie folgt damit weitestgehend den bekannten Regeln, die es auch bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen zu beachten gilt. Darüber hinaus enthält § 168d StPO mit Absatz 1 Satz 2 einen umfassenden Verweis auf § 168c Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 und 5 StPO. Hierdurch wird insbesondere die in § 168c Abs. 5 StPO geregelte und zur tatsächlichen Wahrnehmung der zuvor statuierten Beteiligungsrechte unabdingbare Benachrichtigungspflicht in den Regelungsbereich des § 168d Abs. 1 StPO integriert. Auch bei der Einnahme richterlichen Augenscheins bestünde ohne eine entsprechende Benach-

<sup>232</sup> Seitz, in: Göhler/Seitz § 46 Rn. 12, 16.

<sup>233</sup> Siehe hierzu die allgemeinen Ausführungen zu § 168c StPO im dritten Kapitel Gliederungspunkt E (S. 96 ff.).

richtigungspflicht des Gerichts die Gefahr, dass die zuvor verbrieften Rechte von den Berechtigten ohne Kenntnis des Termins faktisch nicht wahrgenommen werden könnten. Eine Teilnahme der Beteiligten bliebe auch hier dem Zufall überlassen. Dies würde die Teilnahmerechte in den allermeisten Fällen entwerten; die gewährten Rechte verkümmerten dadurch zu einem stumpfen Schwert.

Einen „Sonderfall des Beweisantragsrechts“<sup>234</sup> im Ermittlungsverfahren beinhaltet § 168d Abs. 2 StPO. Diese – im Jahre 1974 durch Art. 1 Nr. 49 des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens eingefügte – Vorschrift trifft eine Regelung für die in der Praxis verhältnismäßig selten auftretenden Fälle,<sup>235</sup> in denen bereits die richterliche Augenscheinseinnahme unter Hinzuziehung eines Sachverständigen durchgeführt wird. Der Gesetzgeber eröffnet dem Beschuldigten an dieser Stelle die Möglichkeit, die Ladung eines von ihm selbst benannten Sachverständigen zu beantragen (siehe § 168d Abs. 2 Satz 1 StPO), damit dieser ebenfalls an der vorgesehenen richterlichen Augenscheinseinnahme teilnehmen kann. Dieses Antragsrecht steht dem Beschuldigten auch dann zu, wenn er selbst oder sein Verteidiger an der Augenscheinseinnahme nicht teilnehmen wird.<sup>236</sup> Es ist damit unabhängig von deren eigener Teilnahme. Sollte der Richter dem gestellten Antrag nicht entsprechen, verbleibt dem Beschuldigten über Absatz 2 Satz 1 Halbsatz 2 immer noch die Möglichkeit, den Sachverständigen selbst laden zu lassen.<sup>237</sup>

Zweck der Hinzuziehung weiterer, vom Beschuldigten ausgewählter Sachverständiger ist es, die Tätigkeit der gerichtlich bestellten Sachverständigen zu ergänzen oder überprüfen zu lassen. Ferner erhält der von Seiten des Beschuldigten entsandte Sachverständige die Gelegenheit, Anknüpfungstatsachen für ein etwaiges späteres Gutachten festzustellen.<sup>238</sup> Über dieses im Anschluss zu erstellende Gutachten, das die gewonnenen Anknüpfungstatsachen aufgreifen und im Interesse des Beschuldigten aufarbeiten wird, kann der Sachverständige dann in einer späteren Hauptverhandlung vernommen werden. An dieser Stelle wird besonders deutlich, dass es sich bei der Entsendung eines eigenen Sachverständigen lediglich um eine vorbereitende Maßnahme handelt, mit welcher das Ziel verfolgt wird, den Sachverständigen in der späteren Hauptverhandlung über sein erstelltes Gutachten zu vernehmen. Der eigentliche Beweisantrag wird damit zwar erst in der Hauptverhandlung gestellt, der Grundstein für dessen Inhalt oder

<sup>234</sup> So ausdrücklich *Alsberg/Nüse/Meyer*, S. 340, gleichwohl mit dem Hinweis, dass es zwar nicht unmittelbar dem Beweis, sondern „nur der Vorbereitung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung“ diene und damit zum „Kreis der Beweisantragsrechte im weiteren Sinne“ zu zählen sei.

<sup>235</sup> *Erb*, in: L/R § 168d Rn. 8; zur Häufigkeit von Hinzuziehungen Sachverständiger in Ermittlungsverfahren siehe etwa *Barton StV* 1983, 73 f.

<sup>236</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168d Rn. 3.

<sup>237</sup> Näheres zur Ladung durch den Beschuldigten regeln §§ 38, 220 Abs.1 u. 2 StPO.

<sup>238</sup> Vergleiche *Alsberg/Nüse/Meyer* S. 341; *Erb*, in: L/R § 168d Rn. 8; *Wache*, in: KK-StPO § 168d Rn. 3; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168d Rn. 14.

auch für den späteren Erfolg jedoch schon durch die Hinzuziehung bei der Augenscheinseinnahme gelegt. Damit erscheint es mit *Alsberg/Nüse/Meyer*<sup>239</sup> treffend, die Regelung des § 168d Abs. 2 StPO zu dem Kreis der Beweisanträge im weiteren Sinne zu zählen.

Wenngleich sich die Hinzuziehung eigener Sachverständiger lediglich als den späteren Beweisantrag vorbereitende Maßnahme darstellt, kann es für das Teilnahmerecht des Sachverständigen im Ergebnis nicht darauf ankommen, dass der Beschuldigte den benannten Sachverständigen auch tatsächlich für die Hauptverhandlung vorschlagen will. Im frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens wird es regelmäßig noch gar nicht absehbar sein, ob es überhaupt zu einer Hauptverhandlung kommt oder das Verfahren auf andere Weise abgeschlossen, zum Beispiel eingestellt wird. Gerade in solchen unklaren Fällen hat der Beschuldigte ein legitimes Interesse daran, durch Einbringung zusätzlichen Sachverständigen auf die Einstellung des Ermittlungsverfahrens hinzuwirken.<sup>240</sup> Aber auch wenn es zu einem anschließenden gerichtlichen Verfahren kommt, steht es dem Beschuldigten frei, für die Hauptverhandlung auf (bestimmte) Sachverständige zu verzichten oder solche zu benennen, die im Ermittlungsverfahren noch gar nicht beteiligt waren und an der Augenscheinseinnahme dementsprechend nicht mitgewirkt haben.<sup>241</sup>

Auch in den Fällen, in denen die Einnahme richterlichen Augenscheins unter Hinzuziehung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen erfolgt, hat das Gericht den Beschuldigten entsprechend zu benachrichtigen. Der Beschuldigte ist nur dann in der Lage, seine Befugnis nach Absatz 2 Satz 1 wahrzunehmen, sofern er von der Hinzuziehung eines Sachverständigen Kenntnis erlangt hat. Unter diesem Gesichtspunkt kann es demgegenüber nicht ausreichend sein, wenn der Beschuldigte zwar von der bevorstehenden Augenscheinseinnahme unterrichtet, ihm die Notwendigkeit der Hinzuziehung des Sachverständigen aber verschwiegen wird. Vielmehr gebietet es der im Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes verankerte und in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK niedergeschriebene Grundsatz des fairen Verfahrens, die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO im Anwendungsbereich des § 168d StPO dahingehend zu verstehen, dass dem Beschuldigten über den Termin der bevorstehenden Augenscheinseinnahme hinaus auch mitzuteilen ist, dass und zu welchem Zweck zusätzlich Sachverständige hinzugezogen werden und welcher wissenschaftlichen Fachrichtung diese im Einzelnen zuzuordnen sind.<sup>242</sup> Nur so ist der Beschuldigte, gegebenenfalls mit Unterstützung seines Verteidigers, in die Lage versetzt zu beurteilen, ob die Hinzuziehung eines selbst gewählten Sachverständigen notwendig beziehungsweise

<sup>239</sup> *Alsberg/Nüse/Meyer*, S. 341.

<sup>240</sup> Vergleiche *Erb*, in: L/R § 168d Rn. 11.

<sup>241</sup> *Erb*, in: L/R § 168d Rn. 11; *Wache*, in: KK-StPO § 168d Rn. 3.

<sup>242</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168d Rn. 4; *Erb*, in: L/R § 168d Rn. 10; *Wache*, in: KK-StPO § 168d Rn. 4; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168d Rn. 14; *Alsberg/Nüse/Meyer*, S. 341.

auch erfolgsversprechend erscheint und welcher konkrete Sachverständige hierfür in Betracht kommt.<sup>243</sup>

Dem auf Ersuch des Beschuldigten geladenen und von ihm bestellten Sachverständigen ist nach Absatz 2 Satz 2 grundsätzlich die Teilnahme am Augenschein und an allen dazu erforderlichen Untersuchungen zu gestatten. Das Recht, eigene Sachverständige hinzuzuziehen, wäre ohne ein entsprechendes Recht zur Teilnahme an der Augenscheinseinnahme wertlos. Gleichwohl wird das Teilnahmerecht des Sachverständigen nicht schrankenlos gewährt. Durch die Anwesenheit des vom Beschuldigten ausgewählten Sachverständigen darf die Arbeit der richterlichen Sachverständigen nicht behindert oder gestört werden. Das (beschränkbare) Teilnahmerecht ist dem Sachverständigen unabhängig davon zu gewähren, ob der Beschuldigte oder dessen Verteidiger an der Augenscheinseinnahme teilnehmen.<sup>244</sup>

## II. Richterlicher Augenschein – Begrifflichkeit

### 1. Prozessuale Bedeutung des Begriffes „Augenschein“

Auch wenn der Begriff des Augenscheins auf den ersten Blick unmissverständlich scheint, sind hiervon im Gegensatz zu dessen wörtlichem Begriffsverständnis sinnliche Wahrnehmungen jedweder Art umfasst. Augenschein im Sinne des § 168d StPO meint damit neben optischen Wahrnehmungen auch solche, die durch die restlichen vier Sinne des Menschen erfolgen. Hierzu zählen neben der akustischen auch die Wahrnehmung von Gerüchen, Geschmäckern und die sonstige sensitive Wahrnehmung (Fühlen).<sup>245</sup> Der Begriff Augenschein ist als Oberbegriff für jede sinnliche Wahrnehmung des Menschen zu verstehen.<sup>246</sup> Taugliche Objekte einer richterlichen Augenscheinseinnahme sind demnach etwa Ablichtungen, Audiodateien, Videos, Schallplatten, Skizzen und Zeichnungen.<sup>247</sup>

Trotz der begrifflichen Ausdehnung auf alle fünf Sinne bedarf der Begriff des „Augenscheins“ unter strafprozessualen Gesichtspunkten einer Eingrenzung. Kommt es beim Verhör des Beschuldigten oder der Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen naturgemäß immer darauf an, was die Vernehmungsperson hört, gilt gleiches etwa auch wegen der Verlesungsmöglichkeit nach § 249 StPO Abs. 1 Satz 1 StPO für den Urkundsbeweis. Alle Beweismittel werden vom Richter durch seine Sinnesorgane wahrgenommen, so dass sie stets auch unter den Begriff des Augenscheins zu fassen wären. Bei einer derart allgemeinen Verwendung des Begriffes „Augenschein“ wäre deswegen nahezu jeder Beweis ein Augenscheinsbeweis, dem folglich die Einnahme richterlichen Augenscheins

<sup>243</sup> Vergleiche *Achenbach*, in: AK-StPO § 168d Rn. 4; *Erb*, in: L/R § 168d Rn. 10.

<sup>244</sup> *Erb*, in: L/R § 168d Rn. 15.

<sup>245</sup> BGHSt 18, 51 (53); *Meyer-Goßner*, StPO § 86 Rn. 1; *Volk*, StPO, § 21 Rn. 33.

<sup>246</sup> Vergleiche *Krause*, in: L/R § 86 Rn. 1.

<sup>247</sup> Vergleiche die Übersicht bei *Volk*, StPO, § 21 Rn 33 f.

mit entsprechenden Anwesenheitsrechten und Benachrichtigungspflichten vorausgehen müsste. Wollte man dies anerkennen, wären beispielsweise die speziellen Regelungen über (richterliche) Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren und damit auch § 168c StPO weitestgehend überflüssig. Besondere Voraussetzungen der Spezialnormen würden zugunsten einer steten Anwendbarkeit des § 168d StPO unterlaufen. Damit würde die Regelungstechnik des Gesetzgebers missachtet. Aus diesem Grund ist der Begriff des Augenscheins dahingehend einzugrenzen, als dass nur die Untersuchungshandlungen zur Augenscheinseinnahme zählen, die nicht zugleich als Zeugen-, Sachverständigen- oder Urkundsbeweis einer besonderen gesetzlichen Regelung zugeführt worden sind.<sup>248</sup>

## 2. Die Einnahme richterlichen Augenscheins im Sinne des § 168d StPO

Des Weiteren gilt § 168d StPO nur bei der Durchführung eines richterlichen Augenscheins im Ermittlungsverfahren.<sup>249</sup> Voraussetzung ist daher, dass sich der Richter mittels sinnlicher Wahrnehmung einen Eindruck von der Existenz oder Beschaffenheit eines Menschen, eines Körpers oder einer Sache verschafft. Darüber hinaus zählen hierzu die gerichtliche Feststellung der Lage von Örtlichkeiten oder Gegenständen sowie die Beobachtung einer Verhaltensweise oder eines wiederholbaren Vorganges.<sup>250</sup> Nimmt demgegenüber ein Dritter im Auftrag des Gerichts den Augenschein ein, um darüber später als Zeuge auszusagen (Augenscheinsgehilfe),<sup>251</sup> stellt sich dies nicht als richterlicher Augenschein im Sinne des § 168d StPO dar und ist deswegen auch nicht mit entsprechenden Teilnahmerechtigungen und Benachrichtigungspflichten verbunden. Gleiches gilt sofern ein Sachverständiger im Auftrag und in Abwesenheit des Gerichts Untersuchungshandlungen durchführt.<sup>252</sup> Davon zu unterscheiden sind stets die Fälle, in denen der Richter im Zusammenhang mit der Einnahme richterlichen Augenscheins Zeugen oder Sachverständige hinzuzieht und vernimmt. In diesen Fällen gilt die Regelung des § 168c StPO unmittelbar.<sup>253</sup>

Ferner ist in § 168d StPO ausdrücklich die Rede von der Einnahme richterlichen Augenscheins. Damit ist die Regelung weder unmittelbar noch entsprechend auf die polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Augenscheinseinnahme anwend-

<sup>248</sup> Krause, in: L/R § 86 Rn. 1; Meyer-Goßner, StPO § 86 Rn. 1

<sup>249</sup> Für kommissarische Augenscheinseinnahmen nach Eröffnung des Hauptverfahrens resultieren etwaige Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten aus §§ 224, 225 StPO; beim Wiederaufnahmeverfahren entsprechend aus der Regelung des § 369 Abs. 2 StPO.

<sup>250</sup> RGSt 47, 106; OLG Hamm VRS 34 (1968), 61; OLG Koblenz VRS 45 (1973), 50; Krause, in: L/R § 86 Rn. 2; Meyer-Goßner, StPO § 86 Rn. 2.

<sup>251</sup> Zum Begriff des Augenscheinsgehilfen Krause, in: L/R § 86 Rn. 4 ff.

<sup>252</sup> Krause, in: L/R § 168d Rn. 5; zur Anwendbarkeit des § 168d Abs. 1 S. 1 StPO bei der Öffnung eines Leichnams im Beisein des Richters RGSt 2, 153; Wache, in: KK-StPO § 168d Rn. 1; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 1947.

<sup>253</sup> Krause, in: L/R § 168d Rn. 5.

bar.<sup>254</sup> Gleichwohl steht es im Ermessen der zuständigen Strafverfolgungsbehörden, dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger die Anwesenheit zu gestatten und sie entsprechend vorher zu benachrichtigen oder einen vom Beschuldigten benannten Sachverständigen hinzuzuziehen. Ein Anspruch auf Teilnahme an der Augenscheinseinnahme haben die Verfahrensbeteiligten hier freilich nicht,<sup>255</sup> so dass die Teilnahme auch nicht gegen den Willen der zuständigen Strafverfolgungsbehörde, auch nicht mit Hilfe des Gerichts, durchgesetzt werden kann.

### III. Hinzuziehung eines eigenen Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft

Ändert man nun die Perspektive und betrachtet die Situation vom Standpunkt der ermittelnden Staatsanwaltschaft aus, gelangt man zu einer interessanten Frage: Darf auch die Staatsanwaltschaft – wie der Beschuldigte – neben den vom Gericht herangezogenen Sachverständigen die Hinzuziehung weiterer (eigener) Sachverständige beantragen, die unmittelbare Ladung veranlassen oder einen eigenen Sachverständigen zum Termin mitbringen, dem sodann die Teilnahme nach Absatz 2 Satz 2 zu gestatten wäre.

Dass der Staatsanwaltschaft ein solches Recht zusteht, dürfte der heute ganz herrschenden Auffassung entsprechen.<sup>256</sup> Gleichwohl wird sich eine eingehende Betrachtung dieser Problematik als lohnend erweisen; insbesondere vor dem Hintergrund, dass jedenfalls unmittelbar aus dem Wortlaut des § 168d Abs. 2 Satz 1 StPO keineswegs auf eine entsprechende Befugnis der Staatsanwaltschaft geschlossen werden kann.

Die Frage nach einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 168d Abs. 2 StPO auf die Hinzuziehung eines eigenen Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft, stellt sich bei näherer Betrachtung lediglich als ein Folgeaspekt einer anderen, vom verfahrensrechtlichen Standpunkt aus gesehen durchaus brisanteren Problematik dar. Namentlich geht es um die grundsätzliche Frage, ob die Staatsanwaltschaft überhaupt zur Auswahl eigener Sachverständiger im Ermittlungsverfahren befugt ist. Die Ausgangsfrage kann damit nicht isoliert untersucht werden. Erst wenn die Frage zugunsten einer generellen Auswahlbefugnis der Staatsanwaltschaft zu beantworten ist, kann und soll im Anschluss daran die Ausgangsfrage nach einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 168d Abs. 2 Satz 2 StPO aufgegriffen werden.

<sup>254</sup> Siehe *Krause*, in: L/R § 168d Rn. 3; *Meyer-Goßner*, StPO § 168d Rn. 1; *Plöd*, in: KMR § 168d Rn. 1; *Wache*, in: KK-StPO § 168d Rn. 2; *Wohlerts*, in: SK-StPO § 168d Rn. 4.

<sup>255</sup> *Meyer-Goßner*, StPO § 168d Rn. 2.

<sup>256</sup> Vergleiche etwa *Erb*, in: L/R § 168d Rn. 18; *Wache*, in: KK-StPO § 168d Rn. 8; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168d Rn. 9; *Wohlerts*, in: SK-StPO § 168d Rn. 5.

## 1. Rechtsstellung und Auswahl des Sachverständigen (§ 73 Abs. 1 Satz 1 StPO)

Alle hinzuzuziehenden Sachverständigen werden vom Richter ausgewählt. So jedenfalls sieht es die Strafprozessordnung in § 73 Abs. 1 Satz 1 vor.<sup>257</sup> Aufgrund der gesetzessystematischen Platzierung im ersten Buch der Strafprozessordnung, also im Rahmen der allgemeinen Vorschriften, liegt der Schluss nahe, dass diese organisatorische Entscheidung des Gesetzgebers gleichsam vor die Klammer gezogen ist und damit grundsätzlich in jedem Stadium des Strafverfahrens Geltung beansprucht.<sup>258</sup> Dieser Grundsatz gilt solange, bis sich aus dem Gesetz selbst Gegenteiliges ergibt.

Eine der richterlichen Auswahl ausdrücklich entgegenstehende anderweitige (staatsanwaltschaftliche) Befugnis zur Auswahl von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren findet sich im Gesetz – jedenfalls auf den ersten unbefangenen Blick – an keiner Stelle. Auch dem Wortlaut des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO ist kein Hinweis hinsichtlich einer etwaigen Beschränkung der richterlichen Auswahlbefugnis auf bestimmte Verfahrensstadien zu entnehmen. Dem zu Folge wäre die Auswahl eines Sachverständigen im Ermittlungsverfahren in gleichem Maße an eine richterliche Entscheidung gebunden wie etwa der Einsatz bestimmter Zwangsmittel. Mithin handelte es sich bei der Auswahl des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren dem Grunde nach um eine richterliche Untersuchungshandlung im Sinne des § 162 StPO.<sup>259</sup>

### a) Auswahlbefugnis aus §§ 161a Abs. 1 Satz 2, 73 Abs. 1 Satz 1 StPO

Bemerkenswerterweise entspricht diese Erkenntnis nicht der ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre.<sup>260</sup> Vielmehr wird hier überwiegend davon ausgegangen, dass sich für das Ermittlungsverfahren aus §§ 161a Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit 73 Abs. 1 Satz 1 StPO eine Befugnis der Staatsanwaltschaft zur Auswahl der Sachverständigen ergibt; der Grundsatz des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO beziehe sich ausschließlich auf das gerichtliche Verfahren.<sup>261</sup>

<sup>257</sup> „Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch den Richter. Er soll mit diesen eine Absprache treffen, innerhalb welcher Frist die Gutachten erstatten werden können.“ Vergleiche § 73 Abs. 1 StPO.

<sup>258</sup> So auch *Dippel*, S. 83; *Duttge*, NStZ 2003, 375 (376); *Krekeler*, AnwBl 1986, 62; *Sarstedt*, NJW 1968, 177.

<sup>259</sup> So ausdrücklich *Krauß*, ZStW 85 (1973), 320 (322).

<sup>260</sup> Ebenso LG Trier NJW 1987, 722; *Achenbach*, in: AK-StPO § 161a Rn. 7; *Erb*, in: L/R § 161a Rn. 25; *Krause*, in: L/R § 73 Rn. 2; *Meyer-Goßner*, StPO § 161a Rn. 12; *Plöd*, in: KMR § 161a Rn. 4; *Wache*, in: KK-StPO § 161a Rn. 10; *Wohlers*, in: SK-StPO § 161a Rn. 39; Schäfer Rn. 352; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 526; *Müller*, NJW 1976, 1063 (1067).

<sup>261</sup> *Lemke*, in: HK-StPO § 73 Rn. 1; *Meyer-Goßner*, StPO § 73 Rn. 1; *Pfeiffer*, StPO § 73 Rn. 1; *Senge*, in: KK-StPO § 73 Rn. 1; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 526; *Karpinski*, NJW 1968, 1173; *Lürken*, NJW 1968, 1161 (1164); *Tröndle*, JZ 1969, 374 (375); a.A. *Dippel*, S. 82 ff.; *Krauß*, ZStW 85 (1973), 320 (324); ; *Krekeler*, AnwBl. 1986, 62; *Sarstedt*, NJW 1968, 177 (178).



Dass dieses Ergebnis offensichtlich nicht ohne weiteres mit der Wertung des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO in Einklang zu bringen ist, wird dabei zwar anerkannt, aber im gleichen Atemzug nahezu floskelartig wieder abgetan. Im Einzelnen finden sich dazu Ausführungen wie: Die Vorschrift „meine“<sup>262</sup> nur das gerichtliche Verfahren oder sie „sei nicht so zu verstehen“,<sup>263</sup> dass Polizei und Staatsanwaltschaft die Auswahl des Sachverständigen vorher beim Richter beantragen müssten. Ob § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO tatsächlich in dieser Hinsicht einer einschränkenden Auslegung zugänglich ist und ob § 161a Abs. 1 Satz 1 StPO darüber hinaus die Befugnis der Staatsanwaltschaft enthält, im Ermittlungsverfahren Sachverständige auszuwählen, muss allerdings bezweifelt werden.

b) Wortlaut der §§ 73 Abs. 1 Satz 1 und 161a Abs. 1 Satz 2 StPO

Hinsichtlich des Wortlautes der Regelung des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO kann bezüglich seines Anwendungsbereiches auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Ihnen zu Folge ist die derzeitige Formulierung des Gesetzes im Ergebnis nicht in der Lage, die Unanwendbarkeit der Regelung im Vorverfahren zu begründen. Das Gegenteil ist der Fall: Der Wortlaut des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO spricht eher für dessen Anwendbarkeit in allen Stadien des Strafverfahrens, so dass die Auswahl der Sachverständigen unabhängig vom jeweiligen Verfahrens stadium stets in der Hand des Richters liegen muss.

Auch unmittelbar aus dem Wortlaut des § 161a Abs. 1 Satz 2 StPO ist eine solche Befugnis der Staatsanwaltschaft nicht zu entnehmen. Zwar setzt sie den Staatsanwalt in Absatz 1 Satz 1 in den Stand, Zeugen und Sachverständige im Zweifel auch gegen ihren Willen zu vernehmen, gibt ihm aber an dieser Stelle, was die Auswahl des Sachverständigen anbetrifft, keine eigenen Befugnisse.<sup>264</sup> Vielmehr stellt § 161a Abs. 1 Satz 2 StPO ausdrücklich klar, dass soweit nichts anderes bestimmt ist, die allgemeinen Vorschriften des siebenten Abschnitts des ersten Buches entsprechend anzuwenden sind. Demnach gilt auch hier der Grundsatz des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO entsprechend. Damit bleibt zu klären, was im konkreten Zusammenhang unter der „entsprechenden Geltung“ zu verstehen ist. Nur wenn „entsprechend“ im Sinne des § 161a Abs. 1 Satz 2 StPO in die Richtung zu verstehen sein sollte, dass an Stelle des Richters im betreffenden Abschnitt die Staatsanwaltschaft in dessen Befugnisse einrückt, ließe sich aus der Regelung eine Auswahlbefugnis der Staatsanwaltschaft herleiten.

Für die entsprechende Anwendung der §§ 72 ff. StPO kommen hinsichtlich des Regelungskomplexes Sachverständige im Ermittlungsverfahren nur die §§ 73 bis 84 in Betracht, da § 85 den Zeugenbeweis betrifft und die §§ 86 ff. den Augenschein regeln.<sup>265</sup>

<sup>262</sup> Tröndle, JZ 1969, 374 (375).

<sup>263</sup> Krause, in: L/R § 73 Rn. 2.

<sup>264</sup> Dippel, S. 82.

<sup>265</sup> Erb, in: L/R § 161a Rn. 24;

## c) Historischer Befund

Auch in der gesetzgeberischen Vergangenheit finden sich in „seltener Deutlichkeit“<sup>266</sup> gewichtige Hinweise für die alleinige Befugnis des Richters, im Ermittlungsverfahren Sachverständige auszuwählen. Der hier in Rede stehende § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO entspricht dabei nahezu wörtlich der Regelung des § 64 des Entwurfes einer Strafprozeßordnung von 1874. Letztere bildete damals den Gegenstand der Beratungen im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens. In den Motiven zum Entwurf von 1874 heißt es zu §§ 64 bis 76: „Die Sachverständigen sind Gehülfen des Richters; demzufolge werden sie vom Richter ausgewählt, und von diesem wird ihre Anzahl bestimmt (§ 64)“.<sup>267</sup> Im Zuge der weiteren Erörterungen führte Oberregierungsrat *Hanauer* aus, dass die Vorschrift die Auswahl und Vernehmung von Sachverständigen ausschließlich als richterliche Tätigkeit betrachte und keineswegs als eine vom Staatsanwalt oder dem Polizeibeamten zu leitende Maßregel.<sup>268</sup> Die Abgeordneten *Eysoldt* und *Reichensperger* stellten dabei nochmals klar, dass sich § 64 auf alle Stadien des Verfahrens beziehe, so dass auch im Vorverfahren die Ernennung von Sachverständigen ausschließlich dem Gericht anheim gegeben werden müsse.<sup>269</sup>

Wahrscheinlich auch aufgrund dieser eindeutigen Stellungnahmen finden sich in älteren rechtswissenschaftlichen Werken im besagten Kontext oftmals nur Erwähnungen des Richters, nicht dagegen der Staatsanwaltschaft oder gar der Polizei.<sup>270</sup> Zum damaligen Zeitpunkt ging man also überwiegend und in Übereinstimmung mit dem gesetzgeberischen Ideal des § 73 StPO davon aus, dass die Auswahlkompetenz auch im Ermittlungsverfahren in der Hand des Richters lag.

Insgesamt sprechen also auch diese historischen Befunde deutlich für eine Anwendbarkeit des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO in allen Stadien des Strafverfahrens und damit vor allem auch im Ermittlungsverfahren. Zwar könnte man gegen diese historisch bedingte Erkenntnis einwenden, dass ein Gesetz auch insoweit Selbstständigkeit erlangt, als es nur noch aus sich heraus auszulegen ist. Seinen Motiven käme damit nur eine helfende, keineswegs aber eine bindende Funktion zu.<sup>271</sup> Doch auch dieser selbstständigen Auslegung aus sich heraus zieht der Wortlaut des Gesetzes eine Grenze. Aus Letzterem ergibt sich für die hier in Rede stehende Problematik ein eindeutiges Ergebnis, nämlich die alleinige Auswahlkompetenz des Richters in allen Stadien des Strafverfahrens. Gleichwohl kann in bestimmten Ausnahmefällen die Gesetzesauslegung doch noch rechtsändernder Natur sein und im Widerspruch zu dem an sich klaren Wortlaut und in-

---

<sup>266</sup> *Dippel*, S. 83.

<sup>267</sup> Vergleiche *Krauß*, ZStW 85 (1973), 320 (324).

<sup>268</sup> *Hahn*, Materialien zur StPO, S. 614.

<sup>269</sup> *Hahn*, Materialien zur StPO, S. 614 und 615.

<sup>270</sup> Vergleiche etwa *Glaser*, Beiträge zum Beweis, S. 408; *von Kries*, StrafprozeßR, S. 383.

<sup>271</sup> *Dippel*, S. 84.

sofern unter Beiseiteschieben des Gesetzes erfolgen.<sup>272</sup> Das ist, auch außerhalb des Geltungsbereichs des Analogieverbots, im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG allerdings nur in sehr engen Grenzen denkbar; namentlich bei (seltenen) Fallgestaltungen, die der Gesetzgeber ersichtlich nicht bedacht hat und die vernünftigerweise auch nicht so hätten geregelt werden dürfen, wie es dem Wortlaut nach geschehen ist.<sup>273</sup> Ferner bei älteren Gesetzesbestimmungen, deren Regelung auf Rechtsvorstellungen beruht, die mit den aus neuen Gesetzen erkennbaren Rechtsvorstellungen nicht vereinbar sind und zu nicht zu rechtfertigenden Ergebnissen führen, so dass Rechtseinheit und Rechtsgleichheit dazu zwingen, das alte Recht mit dem Grundgedanken des neuen Rechts durch "rechtsändernde Auslegung" in Übereinstimmung zu bringen.<sup>274</sup>

Die Auswahl von Sachverständigen in allen Stadien des Strafverfahrens prinzipiell in die Hand des Richters zu legen, stellt sich allerdings nicht als eine solche Ausnahmesituation dar. Zum einen ist sie vom Gesetzgeber – wie oben dargelegt – bedacht und mit § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO gesetzlich ausgestaltet worden. Zum anderen stellt sich die Entscheidung, die Auswahl des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren in die Hand des (Ermittlungs-)Richters zu legen, auch nicht als offensichtlich unvernünftig dar. Ferner beruht die Anwendbarkeit des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO im Ermittlungsverfahren auch nicht auf überkommenen Rechtsvorstellungen, so dass eine rechtsändernde über die Wortlautgrenze des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO hinausreichende und damit das Ermittlungsverfahren vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausnehmende Auslegung vorliegend nicht in Betracht zu ziehen ist.

#### d) Systematische Konzeption der §§ 72 ff. StPO

Wie oben bereits ausgeführt, spricht auch die systematische Platzierung des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO im Zusammenhang mit den allgemeinen Vorschriften für dessen prinzipielle Anwendbarkeit in allen Stadien des Strafverfahrens; die Vorschrift ist gleichsam vor die Klammer gezogen.

Für die Anwendbarkeit des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO und gegen eine Auswahlbefugnis aus § 161a Abs. 1 Satz 2 StPO im Ermittlungsverfahren spricht des Weiteren die Regelung des § 82 StPO. Ihr zu Folge hängt es insbesondere im Vorverfahren von der Anordnung des Richters ab, ob die (ausgewählten) Sachverständigen ihr Gutachten schriftlich oder mündlich zu erstatten haben. Wollte man nun die Auswahl eines Sachverständigen im Ermittlungsverfahren in die Hand der Staatsanwaltschaft legen, wäre es unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung kontraproduktiv, die mit der Auswahl und Bestellung des Sachverständigen verbundene Entscheidung über Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des Gutachten gleichwohl in der Hand des Richters zu belassen. Zweifellos

<sup>272</sup> BGHSt 23, 176 (179).

<sup>273</sup> BGHZ 4, 153 (158); 13, 360 (367).

<sup>274</sup> Böttcher, in: L/R (GVG) § 1 Rn. 10 mit weiteren Nachweisen.

sinnvoller ist, wenn der zur Auswahl Befugte auch über die Form des anzufertigenden Gutachtens bestimmt. Anhaltspunkte die gegen die Anwendbarkeit des § 82 StPO im Rahmen des § 161a Abs. 1 Satz 2 StPO sprächen, finden sich naturgemäß nicht, da damit die Anwendbarkeit des § 82 StPO im Ermittlungsverfahren gänzlich ausgeschlossen wäre. In diesem Fall verbliebe der Regelung, die sich aber ausdrücklich nur auf das Ermittlungsverfahren bezieht, überhaupt kein Regelungsbereich – sie wäre damit schlichtweg überflüssig.

Andererseits darf an dieser Stelle nicht übersehen werden, dass das Strafgesetzbuch selbst in § 78c Abs. 1 Nr. 3 auf eine Auswahlbefugnis der Staatsanwaltschaft hindeutet und der Gesetzgeber an dieser Stelle offensichtlich selbst von einem Auswahlrecht der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren ausgeht.<sup>275</sup> Nur so lässt sich erklären, dass es eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt, wenn die Staatsanwaltschaft einen Sachverständigen beauftragt und der Beschuldigte hierüber entsprechend benachrichtigt wird. Die Regelung des § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB steht damit im genauen Gegensatz zum Anwendungsfall des § 82 StPO. Beide gesetzlichen Wertungen sind demnach kaum sinnvoll miteinander in Einklang zu bringen. Vom historischen Blickwinkel aus betrachtet ist jedoch anzumerken, dass § 82 StPO genau wie die übrigen Vorschriften des siebten Abschnitts schon in der Strafprozessordnung von 1877 enthalten waren. Demgegenüber geht § 78c StGB erst auf § 130 des Entwurfes von 1962 zurück und hat durch das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG), das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) sowie das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (WiKG) mehrere Änderungen erfahren. Sie ist mithin bedeutend jünger als die Regelung § 82 StPO.

Die entgegenstehende Regelung des § 78 Abs. 1 Nr. 3 StGB ließe sich also damit erklären, dass sich die Rechtswirklichkeit, die sich aufgrund der ganz überwiegenden Annahme einer Auswahlbefugnis der Staatsanwaltschaft entwickelt hatte, schon vor dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts so weit von dem Idealtypus des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO entfernt hatte, dass bei Erlass des § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB selbst der Gesetzgeber von einem Auswahlrecht der Staatsanwaltschaft ausging.<sup>276</sup> Allerdings hat sich die Anerkennung einer Auswahlbefugnis ausschließlich nach strafprozessualen Vorschriften zu richten, so dass eine außerprozessuale anderweitige Vorschrift, die einen möglicherweise verblendeten Hinweis auf eine entgegenstehende Deutung beinhaltet, nicht letztverbindlich über die (prozessuale) Befugnis entscheiden kann.

Insgesamt tendieren die gesetzessystematischen Anhaltspunkte also deutlich in Richtung einer ausschließlichen Befugnis des Richters zur Auswahl von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren.

<sup>275</sup> Vergleiche *Achenbach*, in: AK-StPO § 161a Rn. 7.

<sup>276</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 161a Rn. 7.

e) Teleologische Überlegungen zur Auswahlbefugnis der Staatsanwaltschaft

Freilich lassen sich für die Nichtbeachtung des Grundsatzes in § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO im Vorverfahren scheinbar gute Gründe anführen.<sup>277</sup> Erstens lässt sich die Entwicklung der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse für eine Auswahlbefugnis der Staatsanwaltschaft fruchtbar machen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO gab es entwicklungs- und erkenntnisbedingt weitaus weniger naturwissenschaftlichen Sachverstand als heute. Der Abstand zwischen dem, was ein Sachverständiger wusste, und der allgemeinen Bildung eines Staatsanwalts oder Richters war damals deswegen von vornherein nicht so eklatant wie heute.<sup>278</sup> Des Weiteren spielte die richterliche Voruntersuchung in der Vergangenheit in vielen umfangreichen Verfahren eine bedeutende Rolle. In Haftsachen musste der Staatsanwalt spätestens innerhalb von vier Wochen nach Erlass des Haftbefehls entweder den Beschuldigten aus der Untersuchungshaft entlassen oder die öffentliche Klage erheben. In dieser Konstellation kam es dann regelmäßig zum Antrag auf Voruntersuchung, so dass damit der Untersuchungsrichter Herr des Verfahrens war und, sofern jener einen Sachverständigen auswählte, dem Grundsatz des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO genügt war.<sup>279</sup> Seitdem haben sich allerdings zwei wesentliche Faktoren entscheidend geändert.

Erstens ist aufgrund der immer weiter voranschreitenden naturwissenschaftlich/technischen Forschung der zu deren Verständnis erforderliche Sachverstand so umfangreich geworden, dass dies selbst mit einer überragenden Allgemeinbildung des Richters oder Staatsanwalts nicht abgedeckt werden kann.<sup>280</sup> Um mit dieser rasanten Entwicklung regelungstechnisch Schritt halten zu können, wird naturgemäß auch die Regelungsdichte und -komplexität der Normen des Gesetzgebers umfangreicher. Dies verkompliziert letztlich auch ihre gerichtliche Durchsetzung. Beides macht heutzutage die Hinzuziehung von spezifischen Sachverständigen im Strafverfahren weitaus häufiger erforderlich,<sup>281</sup> als dies vor hundert Jahren der Fall war. Die sich stetig fortentwickelnde wissenschaftliche Durchdringung einer Vielzahl von Spezialgebieten verlangt die Einbeziehung der verfügbaren besonderen Sachkunde beziehungsweise der neu gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnisse in das Strafverfahren, um den Anforderungen an eine sachgerechte und den aktuellen Standards der wissenschaftlichen Erkenntnis genügende Entscheidung des Gerichts gerecht werden zu können.<sup>282</sup>

Zweitens wurde mit Abschaffung der richterlichen Voruntersuchung durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts die Stellung der Staatsanwaltschaft als Herrin des Verfahrens bis zur Erhebung der öffentlichen Klage ausge-

---

<sup>277</sup> Dippel, S. 84.

<sup>278</sup> Sarstedt, NJW 1968, 177.

<sup>279</sup> Sarstedt, NJW 1968, 177 (178).

<sup>280</sup> So auch Krause, in: L/R Vor § 72 Rn. 4.

<sup>281</sup> Näher dazu Barton, StV 1983, 73 ff.

<sup>282</sup> Krause, in: L/R Vor § 72 Rn. 4.

baut und gefestigt. Dabei ging man von der Überlegung aus, dass der Staatsanwalt genauso vorgebildet, praktisch auch genauso unabhängig und gewiss auch nicht weniger wohlwollend gegenüber dem Beschuldigten ist als der Untersuchungsrichter.<sup>283</sup> Gleichwohl bedachte man diese beiden veränderten Faktoren bei der Anpassung des Strafverfahrensrechts nicht in ausreichendem Maße. Wenn also heutzutage der Staatsanwalt arbeiten soll wie ein Untersuchungsrichter Ende des neunzehnten Jahrhunderts, müsste er wie dieser auch unmittelbar die Sachverständigen aussuchen dürfen; §§ 73 Abs. 1 Satz 1, 161a Abs. 1 Satz 2 StPO wurden dahingehend allerdings nie angepasst.<sup>284</sup>

Neben dem nahezu völligen Rückzug des Richters aus dem Vorverfahren spricht auch die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Sachverständigen schon „beim ersten Zugriff“<sup>285</sup> für die Anerkennung einer Auswahlkompetenz der Staatsanwaltschaft.<sup>286</sup>

Somit sprechen im Ergebnis zwar einige – teils durchaus gewichtige – Praktikabilitätsabwägungen für eine Auswahlbefugnis der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. Allerdings haben sie letztlich der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers in § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO im Range nachzustehen. Sowohl die grammatikalische Auslegung der §§ 73 Abs. 1 Satz 1, 161a Abs. 1 Satz 2 StPO sowie die Gesetzssystematik des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO und dessen historische Entwicklung kommen zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die richterliche Auswahlbefugnis uneingeschränkt in allen Stadien des Strafverfahrens gilt. Aus diesem Grund stellt sich die Auswahl eines Sachverständigen auch im Ermittlungsverfahren als richterliche Untersuchungshandlung im Sinne des § 162 StPO dar und gehört damit in den Aufgabenkreis des Ermittlungsrichters. Ferner führt die Anerkennung einer Auswahlbefugnis der Staatsanwaltschaft zu einer Verkennung der überragenden Bedeutung des Vorverfahrens für die Festlegung der Aufklärungslinie des gesamten Verfahrens, die durch das theoretische (aber kostenträchtige) Recht des Gerichts zur Bestellung eigener Sachverständige praktisch nicht mehr korrigiert werden kann.<sup>287</sup>

Mag dieses Ergebnis in der Rechtspraxis auch umständlich und deswegen unerwünscht sein, das Strafverfahrensrecht in seiner derzeit geltenden Form ist mit einem anderen Verständnis nur schwerlich in Einklang zu bringen.

## 2. Entsprechende Anwendung des § 168d Abs. 2 StPO auf die Staatsanwaltschaft

Geht man nun entgegen der ganz herrschenden Meinung von einer alleinigen Auswahlbefugnis des Ermittlungsrichters im Vorverfahren aus, muss auch die

<sup>283</sup> Sarstedt, NJW 1968, 177 (178).

<sup>284</sup> Sarstedt, NJW 1968, 177 (178).

<sup>285</sup> Dieser Notwendigkeit trägt das Gesetz für den Fall der Blutentnahme in § 81a Abs. 2 StPO Rechnung.

<sup>286</sup> Dippel, S. 84 Fn. 603.

<sup>287</sup> Achenbach, in: AK-StPO § 161a Rn. 7.

Ausgangsfrage nach einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 168d Abs. 2 StPO auf die Hinzuziehung eines eigenen Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft dementsprechend bewertet werden. Die oben bereits dargelegten Erwägungen zur Systemwidrigkeit eines staatsanwaltlichen Rechts zur Auswahl des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren sprechen gleichzeitig auch gegen ein entsprechendes Verständnis des § 168d Abs. 2 StPO.

Wenn es im Ermittlungsverfahren schon nicht in den Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft fällt, Sachverständige in eigener Verantwortung auszuwählen, besteht aus diesem Grund auch keine Notwendigkeit, die Regelung des § 168d Abs. 2 StPO in entsprechender Weise anzuwenden. Wenn die Staatsanwaltschaft schon nicht zur Auswahl befugt ist, kann sie erst Recht keinen Anspruch darauf haben, dass ein von ihr gewählter Sachverständige zum richterlichen Augenschein hinzugezogen beziehungsweise ihm die Anwesenheit gestattet wird. Gleichwohl steht es der Staatsanwaltschaft jeder Zeit frei, dem Richter einen Sachverständigen vorzuschlagen. Jener hat dann die Möglichkeit, den vorgeschlagenen Sachverständigen zu bestellen und die Augenscheinseinnahme unter Zuhilfenahme von dessen Sachverstand durchzuführen. Damit würde den Interessen der Staatsanwaltschaft hinreichend Rechnung getragen. Ferner wird diese Lösung auch der überragenden Bedeutung des Vorverfahrens für die Festlegung der Aufklärungslinie des gesamten Verfahrens gerecht, da durch die „gemeinsame Auswahl“ des Sachverständigen eine weitere gerichtliche Bestellung eigener Sachverständiger in der Hauptverhandlung überflüssig wird. In dieser Konstellation sind Gericht und Staatsanwaltschaft bei der Auswahl des Sachverständigen also faktisch als Einheit zu betrachten, so dass auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit keine entsprechende Anwendbarkeit des § 168d Abs. 2 StPO notwendig erscheint.<sup>288</sup> So lange im Rahmen dieser Einheit die Letztentscheidungskompetenz beim Ermittlungsrichter verbleibt, ist auch dem Grundsatz des § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO Genüge getan.

### **Drittes Kapitel. Die einzelnen Anwesenheitsrechte im Rahmen des § 168c StPO**

#### **A. Recht auf Anwesenheit des Beschuldigten**

Nach § 168c Abs. 2 StPO hat der Beschuldigte das Recht, bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen anwesend zu sein.<sup>289</sup> Das Anwesenheitsrecht des § 168c Abs. 2 StPO setzt also voraus, dass die Person den Status eines Beschuldigten im Sinne der Strafprozessordnung hat.

Auch wenn das Gesetz keine Legaldefinition der Beschuldigteneigenschaft enthält, so können ihm doch vereinzelt Hinweise darauf entnommen werden, dass es

<sup>288</sup> Vergleiche *Achenbach*, in: AK-StPO § 168d Rn. 8.

<sup>289</sup> Zu den Beschränkungsmöglichkeiten siehe die Ausführungen im vierten Kapitel (S. 111 ff.).

einen Beschuldigten geben muss, gegen den das Strafverfahren betrieben wird. Letzteres kann insbesondere aus § 157 StPO geschlossen werden, da hier der Ausdruck „Beschuldigter“ als Oberbegriff für alle Personen verwendet wird, gegen die das Strafverfahren betrieben wird, und zwar ohne Rücksicht auf den jeweiligen Verfahrensabschnitt.<sup>290</sup> Im Sinne einer Negativbestimmung kann hieraus ferner geschlossen werden, dass derjenige als „Beschuldigter im engeren Sinne“ bezeichnet werden kann, der sich noch nicht in der Rolle eines „Angeschuldigten“ oder der eines „Angeklagten“ befindet.<sup>291</sup> Weitere Hinweise auf den Beschuldigtenbegriff finden sich in den §§ 55, 60 Nr. 2 StPO.<sup>292</sup> Jedoch soll an dieser Stelle nicht näher auf die Problematik hinsichtlich des Beginns der Beschuldigteneigenschaft eingegangen werden, da dies nicht Gegenstand der hiesigen Bearbeitung sein kann. Für die hier im Mittelpunkt stehenden Beteiligungsrechte des § 168c StPO sei deshalb angenommen, dass Beschuldigter eines Strafverfahrens derjenige ist, gegen den wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung von einem Organ der Rechtspflege Strafverfolgungsmaßnahmen durchgeführt werden.<sup>293</sup>

## **B. Recht auf Anwesenheit der Staatsanwaltschaft**

Neben dem Beschuldigten stehen auch der Staatsanwaltschaft Beteiligungsrechte bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren zu. Wie sich aus § 168c Abs. 1 StPO ergibt, hat sie bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten neben dem Verteidiger ebenfalls das Recht auf Teilnahme. Gleiches gilt wegen § 168c Abs. 2 StPO bei der Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen. Die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft ist zurückzuführen auf ihre Stellung als dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege, das für Recht- und Ordnungsmäßigkeit, Gründlichkeit und Zuverlässigkeit des Ermittlungsverfahrens die Verantwortung trägt.<sup>294</sup>

## **C. Recht auf Anwesenheit des Verteidigers**

Nach § 168c Abs. 1 StPO ist dem Verteidiger bei der richterlichen Beschuldigtenvernehmung die Anwesenheit gestattet. Darüber hinaus steht dem Verteidiger nach § 168c Abs. 2 StPO auch bei der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen ein Anwesenheitsrecht zu.

<sup>290</sup> Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel, S. 21.

<sup>291</sup> Lesch, in: KMR Vor § 133 Rn. 2.

<sup>292</sup> Rogall, in: SK-StPO Vor § 133 Rn. 11.

<sup>293</sup> BGH StV 1990, 337; ferner Rogall, in: SK-StPO Vor § 133 Rn. 16. Zur Vertiefung eignen sich insbesondere die Ausführungen von Fincke, ZStW 95 (1983), S. 918 ff. sowie Geppert, in: FS-Schroeder, S. 675 ff.;

<sup>294</sup> BVerfG NJW 2009, 2612 (2613); Griesbaum, in: KK-StPO § 168c Rn. 3; Meyer-Göfner, StPO § 160 Rn. 1.



## I. Anwesenheitsrecht des (bestellten) Verteidigers

Die Vorschrift des § 137 StPO bestimmt, dass sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen kann. Sie konkretisiert damit Art. 6 Abs. 3 lit. c Halbsatz 2 EMRK.<sup>295</sup> Hiernach hat jede angeklagte Person mindestens das Recht, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen. Auch für den Verteidiger sieht § 168c Abs. 1 StPO ein prinzipiell uneingeschränktes Recht<sup>296</sup> zur Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren vor. Voraussetzung ist dabei stets, dass der Beschuldigte den besagten Verteidiger zu seinem Rechtsbeistand erwählt und ihn darüber hinaus mit der Wahrnehmung seiner prozessualen Rechte beauftragt hat. Dass zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde und ihm daher über § 168c Abs. 1 StPO das Recht zur Anwesenheit auch tatsächlich zusteht, hat der Verteidiger vor der Vernehmungshandlung glaubhaft zu machen und im Zweifel nachzuweisen. Die richterliche Vernehmungsperson ist daher etwa ermächtigt, sich vor Beginn der Vernehmung beziehungsweise vor Hinzuziehung des Verteidigers eine entsprechende Vollmachtsurkunde vorzeigen zu lassen. Ausreichend ist ferner, wenn das Bestehen des Mandats in anderer Weise glaubhaft gemacht werden kann.<sup>297</sup>

Das Anwesenheitsrecht nach § 168c StPO besteht unabhängig davon, ob es sich um einen vom Beschuldigten selbst gewählten (sogenannten Wahlverteidiger) oder um einen gerichtlich bestellten Verteidiger handelt. Es endet, sobald es für den Beschuldigten nicht mehr besteht, weil dessen Beschuldigteneigenschaft entfallen ist.<sup>298</sup> Wird das Verfahren nicht mehr gegen die besagte Person als Beschuldigte(r) geführt, bestehen mithin auch keine Anwesenheitsrechte des Verteidigers mehr. Ein bestehendes Anwesenheitsrecht des Verteidigers endet ebenfalls, wenn sich der Beschuldigte statt des bisherigen eines anderen Verteidigers bedient. Das Recht zur Anwesenheit und die damit einhergehende Benachrichtigungspflicht des Gerichts hängen damit vom Bestand des Mandatsverhältnisses ab. Auch die Beendigung des Mandats durch den Verteidiger führt demzufolge zum Entfall seiner Anwesenheitsrechte nach § 168c StPO.

## II. Pflicht zur Bestellung eines Verteidigers aus §§ 168c, 141 Abs. 3 StPO

Eine besondere Bedeutung kommt der Hinzuziehung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren zu, wenn dem Beschuldigten die Anwesenheit bei der Ver-

<sup>295</sup> Kühne, Strafprozessrecht, § 9 Rn. 165.

<sup>296</sup> Zur faktischen Beschränkung des Anwesenheitsrechts durch Absehen von der Benachrichtigung nach § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO siehe unten siebtes Kapitel Gliederungspunkt B. II. 2. b) (S. 167 ff.).

<sup>297</sup> Näher zur Bevollmächtigung Gubitz, JA 2007, 210.

<sup>298</sup> Allgemein zum Begriff des Beschuldigten Fincke, ZStW 95 (1983), 918 ff.; Lesch, JA 1995, 157 ff.; von Gerlach, NJW 1969, 776 ff.; von Heydebreck, Begründung der Beschuldigteneigenschaft, S. 1 ff.

nehmung des Zeugen oder Sachverständigen über § 168c Abs. 3 oder 4 StPO versagt wird; der Beschuldigte also nicht in eigener Person an der Vernehmungshandlung teilnehmen darf. Ob dann aus § 168c Abs. 2 StPO jedenfalls mittelbar über § 141 Abs. 3 StPO die Pflicht der Strafverfolgungsbehörden besteht, dem bis dahin unverteidigten Beschuldigten vor Vernehmungshandlung einen Verteidiger beizuordnen, war bis vor kurzem eine wenig beachtete Fragestellung.

### 1. Der bereits im Ermittlungsverfahren verteidigte Beschuldigte

Hat der Beschuldigte bereits im Ermittlungsverfahren einen Verteidiger hinzugezogen, stellt sich sein Ausschluss von der richterlichen Vernehmung von vornherein als weniger problematisch dar. Der Verteidiger ist sodann an Stelle des Beschuldigten in der Vernehmungssituation anwesend. Ob es sich um einen Wahl- oder Pflichtverteidiger handelt, spielt für sein Anwesenheitsrecht keine Rolle. Es reicht aus, wenn der Verteidiger gerade aufgrund des Ausschlusses auf Antrag der Staatsanwaltschaft hin nach § 141 Abs. 3 StPO<sup>299</sup> gerichtlich bestellt wird und dann an der Vernehmung teilnehmen kann.

Hierbei ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu beachten, dass die Bestellung des Verteidigers rechtzeitig vor der anstehenden Vernehmung erfolgt, damit er vor der Vernehmung noch die Möglichkeit hat, sich mit dem Mandanten zu besprechen.<sup>300</sup> Diese zeitliche Vorgabe ist der Erkenntnis geschuldet, dass das Institut der Pflichtverteidigung im Falle notwendiger Verteidigung einen bislang unverteidigten Beschuldigten so stellen soll wie denjenigen, der über einen Wahlverteidiger verfügt.<sup>301</sup> Durch die – in einer nicht zu unterschätzenden Anzahl von Fällen möglicherweise – erste Kontaktaufnahme mit dem Mandanten wird der gerade bestellte Verteidiger überhaupt erst in die Lage versetzt, in der Vernehmung sachkundige, insbesondere Kontroll- wie Situationsfragen stellen zu können.<sup>302</sup>

Die Staatsanwaltschaft beantragt die Beiordnung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren gemäß § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO dann, wenn aus ihrer Sicht in dem sich anschließenden gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 StPO notwendig sein wird. Der auf Antrag der Staatsanwaltschaft vom Vorsitzenden des Gerichts ausgewählte<sup>303</sup> und beigeordnete<sup>304</sup> Verteidiger ist dann selbst und losgelöst von der Anwesenheit des Beschuldigten über § 168c Abs. 2 StPO berechtigt, an der bevorstehenden richterli-

<sup>299</sup> Zur Entstehungsgeschichte des § 141 StPO *Lüderssen/Jahn*, in: L/R § 141 Vor Rn. 1.

<sup>300</sup> Vergleiche BGHSt 46, 93 (102).

<sup>301</sup> BVerfGE 9, 36 (38); BGHSt 43, 153 (155); *Lüderssen/Jahn*, in: L/R § 140 Rn. 6; *Schlottbauer*, StV 2001, 127 (128).

<sup>302</sup> *Bender/Nack/Treuer*, Rn. 610.

<sup>303</sup> Näheres zum Kreis der in Frage kommenden Verteidiger und zum Auswahlverfahren selbst regelt § 142 StPO.

<sup>304</sup> Zur Rechtsnatur der Bestellungsentscheidung *Lüderssen/Jahn*, in: L/R § 141 Rn. 27.

chen Vernehmung des Zeugen teilzunehmen. Im Unterschied zum Beschuldigten besteht zudem auch keine Möglichkeit, den zur Anwesenheit berechtigten Verteidiger von der Vernehmung auszuschließen. Über den genauen Vernehmungstermin ist der Verteidiger vorbehaltlich besonderer Ausnahmen wegen § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO zu benachrichtigen.

Allein durch Anwesenheit und aktive Teilnahme des Verteidigers ist gewährleistet, dass eigene Auffassungen, Eindrücke und Standpunkte des Beschuldigten in die Vernehmungssituation eingebracht und mit entsprechend formulierten Nachfragen beim Zeugen deutlich gemacht werden können. So kann ein einseitiges und möglicherweise zuungunsten des Beschuldigten ausfallendes Ergebnis der Vernehmung vermieden werden. Wird also der verteidigte Beschuldigte über § 168c Abs. 3 oder 4 StPO von der Vernehmung ausgeschlossen, aber gleichzeitig dem Verteidiger die tatsächliche Möglichkeit zur Teilnahme durch die Benachrichtigung nach Absatz 5 Satz 1 gewährt, kommt ein Verstoß gegen das unmittelbare Fragerecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und den Grundsatz des fairen Verfahrens von vornherein nicht in Betracht. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK sieht es ausdrücklich vor, dass die Befragung von Belastungszeugen auch über den Verteidiger erfolgen kann.

## 2. Der im Ermittlungsverfahren unverteidigte Beschuldigte

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der unverteidigte Beschuldigte über § 168c Abs. 3 oder 4 StPO von der richterlichen Vernehmung ausgeschlossen wird. Ohne die Anwesenheit eines Verteidigers ist es ihm in diesem Fall nicht möglich, eigene Interessen durch entsprechende Nachfragen und Anmerkungen in die bevorstehende Vernehmungssituation einzubringen. Daher stellt sich die Frage, ob dem Beschuldigten in dieser Situation zur Wahrung seiner Verteidigungsrechte ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden muss.

### a) BGHSt 46, 93

In einer Entscheidung von Juli 2000<sup>305</sup> hatte sich der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs erstmalig mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Pflicht der Strafverfolgungsbehörden zur Bestellung eines Verteidigers besteht, wenn der unverteidigte Beschuldigte von der richterlichen Vernehmung eines Zeugen im Ermittlungsverfahren ausgeschlossen wird.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Das Landgericht Ravensburg hatte den Angeklagten wegen Sexualdelikten zum Nachteil seiner Tochter zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Zentral für die Überführung des die Tat bestreitenden Angeklagten war die Aussage der Geschädigten vor dem Ermittlungsrichter. Bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung der Geschädigten hat dieser den nicht in Freiheit befindlichen und noch nicht vertei-

---

<sup>305</sup> BGH, Urt. vom 25. 7. 2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93.

digten Angeklagten nach § 168c Abs. 3 StPO von der Anwesenheit ausgeschlossen und zugleich angeordnet, dass eine Benachrichtigung von dem Vernehmungstermin zu unterbleiben habe. Eine Verteidigerbestellung vor der Vernehmung ist nicht erfolgt. Nachdem die Geschädigte in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO Gebrauch machte, wurde der Ermittlungsrichter daraufhin als Zeuge (vom Hörensagen) vernommen.<sup>306</sup> Hiergegen richtete sich die Revision des Angeklagten.

Der Bundesgerichtshof kommt zu folgender Quintessenz: Sollte im späteren gerichtlichen Verfahren ein Fall der notwendigen Verteidigung gemäß § 140 Abs. 1 oder 2 StPO vorliegen und erfolgt die bevorstehende richterliche Vernehmung eines Hauptbelastungszeugen zum Zwecke der Beweissicherung, hat die Staatsanwaltschaft vor der Vernehmung die Bestellung eines Verteidigers dann zu beantragen, wenn der Beschuldigte von dieser Vernehmung nach § 168c Abs. 3 oder 4 StPO ausgeschlossen wird.<sup>307</sup> Die Bestellung hat aus Sicht des Bundesgerichtshofes regelmäßig so zeitig zu geschehen, dass der Verteidiger Gelegenheit hat, sich vor der Vernehmung mit dem Beschuldigten zu besprechen.<sup>308</sup>

Ob diese einzelfallbezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofes der Problematik insgesamt gerecht wird oder ob über die der Entscheidung zugrunde liegenden Situation hinaus noch weitere Konstellationen denkbar sind, in denen beim Ausschluss des unverteidigten Beschuldigten zwingend ein Pflichtverteidiger bestellt werden muss, soll im Folgenden geklärt werden.

#### b) Der nicht verteidigte Beschuldigte

Ohne die Anwesenheit des Verteidigers ist es dem von der Vernehmung ausgeschlossenen Beschuldigten nicht möglich, seine Interessen in die bevorstehende Vernehmungssituation einzubringen. Es liegt auf der Hand, dass die dem Urteil zugrundeliegende Fallkonstellation nicht ohne Weiteres mit dem Recht des Beschuldigten auf eine konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vereinbar ist. Dies wird vom Bundesgerichtshof im Ergebnis auch vollkommen zu Recht herausgearbeitet.<sup>309</sup>

Vor diesem Hintergrund bleibt allerdings fraglich, ob dem Beschuldigten in dieser Situation nicht vielmehr grundsätzlich ein Verteidiger beizuordnen ist. Auf den Punkt gebracht stellt sich doch die Frage, ob nicht unabhängig von der Erwartung, dass ein Verteidiger im gerichtlichen Verfahren notwendig wird, die Staatsanwaltschaft in allen Fällen eines Ausschlusses über § 168c Abs. 3 oder 4

<sup>306</sup> Zur Zulässigkeit der Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeuge vom Hörensagen, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO Gebrauch macht, siehe BGHSt 21, 218 (219) und *Volk*, StPO, § 27 Rn. 9 f.

<sup>307</sup> BGHSt, 46, 93 (99); so inzwischen auch BGHSt 47, 233 (236); AG Hamburg StV 2004, 11 (12).

<sup>308</sup> BGHSt 46, 93 (102).

<sup>309</sup> BGHSt 46, 93 (101).

StPO einen Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu stellen hat beziehungsweise das Gericht eine solche Bestellung vorzunehmen hat. Zur Beantwortung dieser Frage kann es sich einerseits als zweckmäßig erweisen, die Grundidee des Instituts der notwendigen Verteidigung sowie auch die der Pflichtverteidigung nochmals im Hinblick darauf zu durchleuchten. In einem zweiten Schritt sollen dann die einschlägigen strafverfahrensrechtlichen Vorschriften darauf hin untersucht werden, ob aus ihnen nicht schon auf eine Pflicht zur Bestellung eines Verteidigers bei Ausschluss des Beschuldigten von der richterlichen Vernehmung eines Zeugen im Ermittlungsverfahren geschlossen werden kann. Nur wenn es hier insoweit nicht zu einem positiven Ergebnis kommt, müssen schließlich Art. 6 Abs. 3 lit. c und d der Europäische Menschenrechtskonvention bemüht und die entsprechenden Vorschriften des deutschen Strafverfahrensrecht einer konventionsgemäßen Auslegung zugeführt werden.

#### aa) Notwendige und Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren

Die Rechtsinstitute der notwendigen Verteidigung und der Pflichtverteidigung sind eng miteinander verwoben und dienen in erster Linie der Durchsetzung des Anspruchs des Beschuldigten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren. Sie sind ein fundamentaler Bestandteil des Rechts auf eine effektive und sachgerechte Verteidigung.<sup>310</sup> Das Institut der notwendigen Verteidigung ist daher auch eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>311</sup>

Aus diesem Grund sieht § 140 StPO für alle schwerwiegenden, sachlich und rechtlich komplizierten Fälle vor, dass ein Verfahren gegen den unverteidigten Angeklagten unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich und deswegen prinzipiell unzulässig ist. Es handelt sich daher um Situationen, in denen die Mitwirkung eines Verteidigers jedenfalls im Hauptverfahren zwingend notwendig ist. Das Gesetz bezeichnet sie daher in § 140 StPO auch als Fälle notwendiger Verteidigung. Während Absatz 1 der Vorschrift einzelne konkrete Sachverhalte vorgibt, in denen eine Verteidigung schon von Gesetzes wegen notwendig ist,<sup>312</sup> enthält Absatz 2 demgegenüber eine allgemeine Umschreibung sonstiger Fälle einer notwendigen Verteidigung.<sup>313</sup> Die aufgrund ihrer begrifflichen Weite schon als „generalklauselartig“ zu bezeichnende Regelung des § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO räumt dem zuständigen Richter bei der Bestellung eines Pflichtverteidigers einen Beurteilungsspielraum ein. Letzterer ist in § 140 Abs. 1 dagegen nicht vorgesehen. § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO erfasst mit seinen drei Vorausset-

<sup>310</sup> BVerfGE NJW 1984, 113.

<sup>311</sup> BVerfGE 46, 202 (210); *Volk*, StPO, § 11 Rn. 27.

<sup>312</sup> Nach dem Katalog des Absatz 1 ist die Verteidigung vor allem notwendig, wenn die Hauptverhandlung in erster Instanz vor dem Landgericht oder Oberlandesgericht stattfindet (Nr. 1), dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird (Nr. 2), gegen den Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a vollstreckt wird (Nr. 4) oder der Beschuldigte drei Monate ununterbrochen in einer Anstalt war (Nr. 5).

<sup>313</sup> *Kühne*, Strafprozessrecht, § 9 Rn. 187.

zungen bis auf die kleine und mittlere Alltagskriminalität im Ergebnis nahezu die meisten Strafsachen.<sup>314</sup>

Hat der Beschuldigte im Falle notwendiger Verteidigung noch keinen Verteidiger gewählt, bestellt ihm das zuständige Gericht gemäß § 141 StPO von Amts wegen einen Verteidiger.<sup>315</sup> Die Bestellung erfolgt nach § 141 Abs. 4 StPO stets durch den Vorsitzenden des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig wäre oder bei dem das Verfahren bereits anhängig ist. Soll die Beiordnung eines Verteidigers bereits im Ermittlungsverfahren vorgenommen werden, ist für die Bestellung demzufolge nicht der Ermittlungsrichter zuständig, sondern der Vorsitzende oder Einzelrichter des Gerichts, der für die Hauptverhandlung zuständig wäre; im Ergebnis also das Gericht, bei dem die Staatsanwaltschaft die Anklage zu erheben beabsichtigt.<sup>316</sup>

Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers ist grundsätzlich in jeder Lage des Strafverfahrens möglich.<sup>317</sup> Zwar wird im Falle notwendiger Verteidigung der Pflichtverteidiger in der Regel erst für die Hauptverhandlung bestellt (siehe § 141 Abs. 1 Halbsatz 2 StPO), gleichwohl besteht wegen § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO jederzeit die Möglichkeit, auch schon in früheren Stadien des Strafverfahrens, insbesondere also im Ermittlungsverfahren,<sup>318</sup> auf Antrag der Staatsanwaltschaft hin dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger zur Seite zu stellen. Aufgrund der Tatsache, dass die Rechtsprechung hinsichtlich der Bestellung eines Pflichtverteidigers von einem Antragsmonopol der Staatsanwaltschaft ausgeht, wird ein eigenes Antragsrecht des Beschuldigten überwiegend abgelehnt.<sup>319</sup> Ein diesbezüglicher Antrag des Beschuldigten wird als bloße Anregung an die Staatsanwaltschaft verstanden, ihrerseits einen Antrag auf Verteidigerbeiordnung an das zuständige Gericht zu stellen.<sup>320</sup>

Obwohl im Ermittlungsverfahren von einem Antragsmonopol der Staatsanwaltschaft ausgegangen wird, ist sie mit der Stellung entsprechender Beiordnungsanträge eher zurückhaltend.<sup>321</sup> Etwas überspitzt sprechen einige Strafverteidiger<sup>322</sup> in diesem Zusammenhang von einer „notorischen Weigerung“ der Staatsanwaltschaft, selbst auf die ausdrückliche Bitte des Beschuldigten hin, einen entspre-

<sup>314</sup> Volk, StPO, § 11 Rn. 28.

<sup>315</sup> Zur Rechtsnatur einer solchen Bestellung Lüderssen, in: FS-Dünnebier, S. 263.

<sup>316</sup> Lüderssen/Jahn, in: L/R § 141 Rn. 15.

<sup>317</sup> Julius, in: HK-StPO § 141 Rn. 2; Krekeler/Werner, in: AnwKommStPO § 141 Rn. 3; Lüderssen/Jahn, in: L/R § 141 Rn. 11; Wohlers, in: SK-StPO § 141 Rn. 3.

<sup>318</sup> Die Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren war statistisch gesehen in der Praxis mit etwa 12 Prozent bislang eher selten (vergleiche Vogtherr, S. 421).

<sup>319</sup> Näher hierzu Neuhaus, ZAP 1995, 147 (155 f.).

<sup>320</sup> So BGHSt 47, 233 (236); Laufhütte, in: KK-StPO § 141 Rn. 6; Meyer-Goßner, StPO § 141 Rn. 5; Sowada, NStZ 2005, 1; anderer Ansicht insoweit LG Bremen StV 1999, 532; Beckemper, NStZ 1999, 221 (225); Lüderssen/Jahn, in: L/R § 141 Rn. 24; Pfeiffer, StPO § 141 Rn. 2; Burhoff, Ermittlungsverfahren, Rn. 1332 f.; Dedy, S. 176 ff.

<sup>321</sup> Neuhaus, ZAP 1995, 147 (155); Sowada, NStZ 2005, 1; Weider, StV 1987, 317 (319).

<sup>322</sup> Hamm, in: FS-Lüderssen, S. 717 (725).

chenden Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers zu stellen.<sup>323</sup> An dieser Stelle muss der Staatsanwaltschaft jedoch zu Gute gehalten werden, dass die Strafprozessordnung grundsätzlich nicht von einer Pflicht zur Beiordnung im Ermittlungsverfahren ausgeht. Zwingend vorgeschrieben ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren nur in zwei Fällen: § 117 Abs. 4 Satz 1 StPO sieht zwingend die Bestellung nach dreimonatiger Untersuchungshaft und § 118 Abs. 2 Satz 3 im Rahmen der Haftprüfung vor.<sup>324</sup> In allen anderen Fällen kann die Staatsanwaltschaft die Beiordnung beantragen.

(1) § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO – Prognose der Staatsanwaltschaft

„Der Verteidiger kann auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden. Die Staatsanwaltschaft beantragt dies, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird.“ (§ 141 Abs. 3 Satz 1 und 2 StPO). Voraussetzung für einen Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO ist also, dass nach ihrer eigenen Auffassung im nachfolgenden Hauptverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 StPO notwendig sein wird. Durch diese deutungsfähige Formulierung des § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO könnte der unbefangene Betrachter nun zu dem Schluss gelangen, dass es, sollte die Staatsanwaltschaft die Mitwirkung eines Verteidigers im späteren Verfahren tatsächlich für erforderlich halten, gleichwohl noch im Ermessen des jeweiligen Staatsanwalts liegt, den Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers zu stellen. Dies hätte zur Konsequenz, dass auch in den Fällen, in denen im Hauptverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers unumgänglich und damit notwendig sein wird, für das Vorverfahren dennoch nicht ausnahmslos die Bestellung eines Verteidigers vorgesehen ist. Von der Formulierung des Gesetzes her zwar durchaus gedeckt, wird schnell deutlich, dass § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO nicht in diese Richtung zu verstehen sein soll. Dies zeigt die gesetzgeberische Entwicklung der Vorschrift in seltener Deutlichkeit.

Die rechtshistorische Entwicklung des § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO deutet unmissverständlich auf eine Pflicht der Staatsanwaltschaft hin, einen Beiordnungsantrag zu stellen, sollte es sich aus ihrer Sicht im späteren Verfahren aller Wahrscheinlichkeit nach um einen Fall notwendiger Verteidigung handeln. Das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) fügte im Jahre 1965 an den damals schon bestehenden Satz, dass der Verteidiger auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden kann (heutiger Satz 1 des Absatz 3), die Sätze an: „, Nach dem Abschluss der Ermittlungen (§ 169a Abs. 1) ist er (scil. der Pflichtverteidiger) auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu bestellen. Die Staatsanwaltschaft soll den Antrag (scil. auf Beiordnung eines Verteidigers) stellen, falls die Gewährung des Schlußgehörs in Betracht kommt und nach ihrer

<sup>323</sup> Sowada, NStZ 2005, 1.

<sup>324</sup> Beckemper, NStZ 1999, 221.

Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Verteidigung nach § 140 Abs. 1 notwendig sein wird.“ Damit wurde der bis zu diesem Zeitpunkt als „weiche“ Kannbestimmung formulierte § 141 Abs. 3 StPO in eine Sollbestimmung geändert.

Die aktuelle Fassung des § 141 Abs. 3 StPO geht zurück auf das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens (1. StVRG). In dessen Rahmen wurde die Formulierung „soll den Antrag stellen“ in ein gesteigertes „beantragt dies“ geändert. Hierdurch ist die Aufforderung an die Staatsanwaltschaft zu handeln und die Beiordnung zu beantragen ein weiteres Mal gesteigert worden. Durch die im Laufe der Zeit strenger gefasste Formulierung des § 141 StPO von einer Kann- über eine Soll- zu der im Indikativ Imperativ formulierten Muss-Bestimmung<sup>325</sup> liegt es auf der Hand, dass der Gesetzgeber die Mitwirkung des Verteidigers schon im Vorverfahren stärker ausbauen wollte. Diesem Gedanken folgend, besteht bei einer entsprechenden staatsanwaltschaftlichen Prognose ihrerseits nun die Pflicht, einen Antrag auf Bestellung eines Verteidigers nach § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO zu stellen.<sup>326</sup> Sobald sie also erwartet, dass im späteren Hauptverfahren ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegen wird, ist die Staatsanwaltschaft über § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO verpflichtet, den Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers zu stellen.<sup>327</sup>

Bei der Einschätzung, ob im späteren Verfahren ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegen wird, handelt es sich aber um eine Prognoseentscheidung. Hieran ändert auch die Intention des Gesetzgebers wenig, die Mitwirkung des Verteidigers bereits im Vorverfahren zu stärken. Die zu treffende Prognoseentscheidung oder der mit einer prognostischen Entscheidung zwangsläufig einhergehende Beurteilungsspielraum ist jedoch in den Fällen des § 140 Abs. 1 StPO von vornherein sehr stark begrenzt, also etwa, wenn das Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts eines Verbrechens oder einer Straftat durchgeführt wird, die zwingend beim Landgericht oder dem Oberlandesgericht anzuklagen ist. Demgemäß ließe sich das Ganze auch etwas vorsichtiger und im Einklang mit der Rechtswirklichkeit dahingehend formulieren, dass der von der Staatsanwaltschaft im Rahmen des § 141 Abs. 3 StPO zu treffenden Entscheidung allenfalls ein gewisses prognostisches Element anhaftet.<sup>328</sup> Im Übrigen stellt sich das prognostische Element als nichts weiter als ein Ausdruck der Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen dar, deren Auslegung grundsätzlich Sache der Gerichte ist. Berücksichtigt man jetzt noch den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG) sowie den unter

<sup>325</sup> Ausführlich dazu BGHSt 46, 93 (98 f.).

<sup>326</sup> BGHSt 46, 93 (99);

<sup>327</sup> Zur Frage ob es sich hierbei um eine ausschließliche Antragskompetenz der Staatsanwaltschaft handelt, oder ob auch der Beschuldigte selbst einen entsprechenden Antrag stellen kann, ausführlich *Klemke*, StV 2003, 413 (413 f.).

<sup>328</sup> *Klemke*, StV 2003, 413 (414).



rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zwingenden Parameter, dass das Gericht bei seiner Überprüfung der staatsanwaltlichen Entscheidung von dem sich aus den Akten ergebenden Ermittlungsstand und dem sich hieraus wiederum ergebenden Erkenntnishorizont der Staatsanwaltschaft auszugehen hat, ist die Entschließung der Staatsanwaltschaft auch in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar.<sup>329</sup>

Folgendes ist damit festzuhalten: Es kann durchaus Fallkonstellationen geben, in denen die Staatsanwaltschaft unabhängig davon, ob sich der Beschuldigte in Haft (§ 117 Abs. 4 Satz 1 StPO) oder auf freiem Fuße befindet, verpflichtet ist, einen Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren zu stellen. Diese Pflicht besteht darüber hinaus auch losgelöst davon, ob die Frist von drei Monaten des § 117 Abs. 4 Satz 1 StPO verstrichen ist.<sup>330</sup> Eine dieser Konstellationen ist der hier im Fokus stehende Fall: Der unverteidigte Beschuldigte wird von der richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren ausgeschlossen. Es kann aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden niemals völlig ausgeschlossen werden, dass die ermittelungsrichterliche Zeugenvernehmung nicht die einzige Gelegenheit für den Beschuldigten darstellt, in eigener Person Fragen an den Zeugen zu stellen oder durch einen Verteidiger stellen zu lassen. Ob es tatsächlich zu einer nochmaligen Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung kommt, ist zu diesem Zeitpunkt ungewiss. Zur Wahrung des unmittelbaren Fragerechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK muss die Staatsanwaltschaft somit jedenfalls dann einen Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers stellen, wenn im Ermittlungsverfahren ein Beschuldigter vorhanden, ihrerseits abzusehen ist, dass im Falle einer Anklage die Voraussetzungen des § 140 StPO voraussichtlich gegeben sein werden<sup>331</sup> oder der Beschuldigte von der Vernehmung ausgeschlossen werden soll.

## (2) § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO – Ermessen des Gerichts

Kommt die Staatsanwaltschaft zu dem Ergebnis, dass im späteren gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers erforderlich sein wird, stellt sie einen Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers nach § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO. Geht ein solcher Antrag der Staatsanwaltschaft während des Ermittlungsverfahrens beim nach § 141 Abs. 4 StPO zuständigen Gericht ein, hat es gemäß § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO über den Antrag zu befinden. Der heute wohl überwiegenden Ansicht zur Folge liegt die Beiordnung des Pflichtverteidigers dann immer noch im richterlichen Ermessen. In diese Richtung deutet jedenfalls ein direkter Vergleich zwischen § 141 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 StPO. Wenn erst nach Abschluss der Ermittlungen das Gesetz in Satz 3 die gerichtlich Bestimmung des Verteidigers

<sup>329</sup> Sowada, NSStZ 2005, 1 (4); Klemke, StV 2003, 413 (414); Roxin, JZ 2002, 898 (899); Wohlers, JR 2002, 294 (295); Neuhaus, JuS 2002, 18 (20); Teuter, StV 2005, 233 (235 ff.); abweichend und damit für einen gerichtlich nicht in vollem Umfang überprüfbaren Beurteilungsspielraum dagegen BGHSt 47, 233 (236).

<sup>330</sup> Hamm, in: FS-Lüderssen, S. 717 (723).

<sup>331</sup> Hamm, in: FS-Lüderssen, S. 717 (725).

auf Antrag der Staatsanwaltschaft hin für zwingend erachtet („ist er...zu bestellen“), ergibt sich daraus im Umkehrschluss, dass vor Abschluss der Ermittlungen die Bestellung des Pflichtverteidigers stets im Ermessen des Gerichts verbleibt.<sup>332</sup> Unterstützt wird diese systematische Erkenntnis durch die Formulierung „kann...bestellt werden“ in § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO.<sup>333</sup>

Wenngleich es sich also bei der gerichtlichen Entscheidung des § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO – jedenfalls solange die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen noch nicht abgeschlossen sind – um eine Ermessensentscheidung handeln dürfte, wäre es nur schwer nachvollziehbar, wenn das Gesetz der Staatsanwaltschaft einerseits eine Antragsverpflichtung auferlegt, andererseits dem Gericht auch in den Fällen, in denen es bei der Überprüfung der Entschließungsentscheidung der Staatsanwaltschaft zur gleichen Auffassung gelangt, ein uneingeschränktes Ermessen einräumt.<sup>334</sup> Wiederum vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber durch die Änderungen des § 141 Abs. 3 StPO die Mitwirkung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren ausbauen wollte, wäre dieses Ergebnis wenig überzeugend. Berücksichtigt man des Weiteren die Voraussetzungen, unter denen der Gesetzgeber im Katalog des § 140 StPO die Mitwirkung eines Verteidigers für unabdingbar hält, rechtfertigt sich der Schluss, dass in den Fällen des § 140 StPO eine gesetzliche Vermutung der Verteidigungsunfähigkeit des Beschuldigten besteht.<sup>335</sup> Diese angenommene Unfähigkeit zur eigenständigen Verteidigung wirkt sich nicht erst in der späteren Hauptverhandlung aus, sondern wird bereits im früheren Stadium des Ermittlungsverfahrens relevant. Schon hier wird der Beschuldigte häufig nicht in der Lage sein, seine Rechte und Interessen selbst in effektiver und sinnvoller Art und Weise wahrzunehmen. Aus diesem Grund erscheint die möglichst frühe Hinzuziehung eines rechtskundigen Strafverteidigers dringend geboten. Dies gilt umso mehr, weil Fehler im Ermittlungsverfahren in späteren Verfahrensabschnitten oftmals nicht wieder gutzumachen sind.<sup>336</sup> So kann etwa die Einstellung des Verfahrens durch die Strafverfolgungsbehörden in späteren Verfahrensstadien nicht mehr ohne Weiteres möglich sein. Gerade deshalb bedürfen die Rechte des Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren eines besonderen Schutzes.<sup>337</sup> Abgesehen von dieser „urteilsprägenden Kraft des Er-

<sup>332</sup> Vergleiche *Hamm*, in: FS-Lüderssen, S. 717 (725).

<sup>333</sup> Anders dagegen *Klemke*, StV 2003, 413 (414), wonach der Wortlaut des § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO Ausdruck der umfassenden gerichtlichen Prüfungskompetenz ist und keineswegs zwingend auf eine Ermessensvorschrift schließen lässt.

<sup>334</sup> So auch *Sowada*, NStZ 2005, 1 (4); *Klemke*, StV 2003, 413 (414).

<sup>335</sup> Vergleiche *Schlothauer*, StV 2001, 127 (128 Fn. 12.).

<sup>336</sup> *Laufhütte*, in: KK-StPO § 141 Rn. 3. Näher hierzu *Lange*, Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren; *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß.

<sup>337</sup> *Beckemper*, NStZ 1999, 221 (221).

mittlungsverfahrens“<sup>338</sup> sollte der Standard der Verteidigung im Übrigen nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Beschuldigten abhängen.<sup>339</sup>

Darüber hinaus fordert das Bundesverfassungsgericht, dass das Institut der Pflichtverteidigung im Falle notwendiger Verteidigung einen bislang unverteidigten Beschuldigten so stellen soll wie denjenigen, der über einen Wahlverteidiger verfügt.<sup>340</sup> Schon deshalb müsste sich ein von § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO eingeräumtes Ermessen schon dann auf Null reduzieren, wenn das Gesetz dem Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren Teilhaberechte gewährt, die auch von einem Verteidiger wahrgenommen werden können.<sup>341</sup> Letzteres ist insbesondere bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen im Ermittlungsverfahren der Fall: Wie § 168c Abs. 4 StPO zeigt, ist das grundsätzlich dem Beschuldigten gemäß § 168c Abs. 2 StPO zustehende Recht, bei Vernehmungen anwesend sein und auf diese Einfluss nehmen zu dürfen, auch dann gewährt, wenn der nicht am Ort der Vernehmung inhaftierte Beschuldigte einen Verteidiger hat und dieser an der Vernehmung teilnimmt. Auch § 168c Abs. 3 StPO, wonach dem Verteidiger im Unterschied zum Beschuldigten die Anwesenheit bei einer richterlichen Vernehmung nicht versagt werden darf, macht deutlich, dass das deutsche Strafverfahrensrecht dem Recht auf Verteidigung bei solchen Untersuchungshandlungen einen herausragenden Stellenwert beimisst.<sup>342</sup>

bb) § 168c StPO: nationale Ausgestaltung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

Der Ausschluss des unverteidigten Beschuldigten von der Vernehmungssituation ist vor allem unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens problematisch.<sup>343</sup> Insbesondere wenn die richterliche Zeugenvernehmung durch Aspekte der Beweissicherung für die spätere Hauptverhandlung – man spricht in diesem Zusammenhang auch oft von einer vorweggenommenen „kleinen Hauptverhandlung“ – motiviert ist, sind die in § 168c StPO verbrieften Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten als eine wichtige innerstaatliche Ausgestaltung des sogenannten unmittelbaren Fragerechts zu verstehen.<sup>344</sup> Letzteres gewährleistet die Europäische Menschenrechtskonvention in Art. 6 Abs. 3 lit. d ausdrücklich. Dieses unmittelbare Fragerecht stellt sich damit als ein überaus bedeutsamer Bestandteil des Grundsatzes des fairen Verfahrens dar. Da die Grundrechtsgewährleistung der Europäischen Menschenrechtskonvention weitgehend der des Grundgesetzes entspricht, hat das Bundesverfassungsgericht im Jahre

<sup>338</sup> *Neuhaus*, ZAP 1995, 147 (154); *ders.*, JuS 2002, 18 (20); siehe auch *Eisenberg*, NJW 1991, 1257 (1262); *Klemke*, StV 2002, 414 (415); *Schlothauer*, StV 1995, 158; *Sowada*, NStZ 2005, 1.

<sup>339</sup> *Sowada*, in: NStZ 2005, 1.

<sup>340</sup> BVerfGE 9, 36 (38).

<sup>341</sup> *Schlothauer*, StV 2001, 127 (128).

<sup>342</sup> Vergleiche *Schlothauer*, StV 2001, 127 (128).

<sup>343</sup> In diese Richtung zu Recht auch BGHSt 46, 93 ff.

<sup>344</sup> Siehe hierzu die Ausführungen in der Einleitung Gliederungspunkt B. (S. 3 f.).

2004<sup>345</sup> ausgeführt, dass andere gesetzliche Bestimmungen – folglich auch die Strafprozessordnung – im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention auszulegen sind. An diese Auffassung sind dementsprechend auch die einfachen Gerichte faktisch gebunden. Damit kommt der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht im Ergebnis zwar kein verfassungsrechtlicher, aber doch ein „übergesetzlicher“ Rang zu.<sup>346</sup>

Die detaillierte Ausgestaltung des unmittelbaren Fragerechts ist primär Aufgabe des nationalen Strafverfahrensrechts. Sie bleibt deswegen dem jeweiligen Gesetzgeber überlassen. Gleichwohl sind die einzelnen Vertragsstaaten über die Europäische Menschenrechtskonvention in der Pflicht, das unmittelbare Frage-recht in eigener Verantwortung gesetzlich auszugestalten und umzusetzen. Art. 6 Abs. 3 Buchst d EMRK stellt demnach auf europäischer Ebene eine Mindestanforderung dar, an der sich die jeweilige nationale Umsetzung messen lassen muss. Ob die im Einzelnen ausgestaltete nationale Regelung diesen (europäischen) Mindestanforderungen genügt oder ein Konventionsverstoß festzustellen ist, bemisst sich im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausschließlich danach, ob das (Straf-) Verfahren einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung in seiner Gesamtheit noch als fair zu bezeichnen ist.

Im Einzelnen gewährt Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK dem Beschuldigten das Recht auf eine konfrontative Befragung des Zeugen.<sup>347</sup> Das heißt, der Beschuldigte ist im Rahmen des § 168c Abs. 2 StPO nicht nur zur stillschweigenden Anwesenheit berechtigt, sondern er ist darüber hinaus in die Lage zu versetzen, dass er in eigener Person Fragen an Belastungszeugen stellen oder zumindest durch einen anwesenden Verteidiger stellen lassen kann. Im Vergleich zur oben angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>348</sup> fällt auf, dass Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK keineswegs zwischen „einfachen“ Belastungszeugen und Hauptbelastungszeugen differenziert. Vielmehr ist in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ganz allgemein von Belastungszeugen die Rede. Dem normalen Sprachgebrauch zur Folge ist Belastungszeuge aber jeder, der den Beschuldigten nicht entlastet, sondern dessen Aussage den Tatverdacht gegen den Beschuldigten in irgendeiner Art und Weise erhärtet. Somit kann dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK keine Beschränkung des unmittelbaren Fragerechts auf Hauptbelastungszeugen entnommen werden. Eine solche Differenzierung wäre im Übrigen auch nicht sachdienlich. In der Rechtswirklichkeit wird sich oftmals erst im Laufe des weiteren Verfahrens herausstellen, ob die Aussage der betreffenden Person den Tatverdacht gegen den Beschuldigten in besonderer Weise erhärtet (es sich also um einen

<sup>345</sup> BVerfGE 111, 307 (329).

<sup>346</sup> Näher zum Rangverhältnis zwischen der EMRK und einfachem Bundesrecht *Eisele*, JR 2004, 12 f.

<sup>347</sup> Hierzu lesenswert *Walther*, GA 2003, 204 ff.

<sup>348</sup> BGHSt 46, 93 (99).

Hauptbelastungszeugen handelt) oder die belastende Wirkung der Einzelaussage für sich genommen gering ist und sie ihr Gewicht erst aus einer Kombination mit den Aussagen anderer Zeugen erhält.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist das Recht auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK jedenfalls dann verletzt, wenn ein Angeklagter zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens Gelegenheit hatte, Belastungszeugen zu befragen oder durch seinen Verteidiger befragen zu lassen.<sup>349</sup> Dabei soll einer Befragung im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens in direkter Konfrontation mit dem Zeugen der Vorzug zu geben sein. Allerdings sei es für die Wahrung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK unerheblich, ob dem Beschuldigten eine Gelegenheit zur Ausübung des Fragerechts bereits im Ermittlungsverfahren oder erst zu einem späteren Zeitpunkt insbesondere in der Hauptverhandlung gewährt wurde.<sup>350</sup> Ferner könne Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK keineswegs das Recht auf wiederholtes Befragen eines Belastungszeugen entnommen werden, so dass auch die einmalige Gewährung einer kontradiktorischen Befragung, in welchem Verfahrensabschnitt auch immer, für dessen Wahrung ausreichend ist.<sup>351</sup> Falls im Ausnahmefall eine direkte Konfrontation mit dem Zeugen nicht in Betracht kommt, kann es darüber hinaus ausreichend sein, dass dem Angeklagten oder dessen Verteidiger die Gelegenheit eingeräumt wird, Fragen in schriftlicher Form zu stellen.<sup>352</sup>

Wird nun der Beschuldigte durch den Ermittlungsrichter von der Vernehmung über § 168c Abs. 3 oder 4 StPO ausgeschlossen, ist ihm dadurch zugleich die Möglichkeit genommen, in eigener Person den Zeugen zu befragen. Ob in diesem Ausschluss ein Verstoß gegen das unmittelbare Fragerecht des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu sehen ist, hängt nun entscheidend davon ab, ob sich für den Beschuldigten im weiteren Verfahren nochmals die Gelegenheit zu einer konfrontativen Befragung des Zeugen ergibt oder ob der Beschuldigte bereits über einen Verteidiger verfügt, der an der Vernehmung teilnehmen kann. Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK erachtet es nämlich für das Recht auf konfrontative Befragung als ausreichend, dass der Beschuldigte die Möglichkeit hat, „Fragen an Belastungszeugen stellen zu lassen“. Nochmals sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass damit auch nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK die persönliche Anwesenheit des Beschuldigten in der Vernehmungssituation nicht zwingend

<sup>349</sup> EGMR EuGRZ 1987, 147 (150) = NJW 1987, 3068 (Unterpertinger ./Österreich); EGMR StraFo 2000, 374 (375) (A. M. ./Italien) mit weiteren Nachweisen.

<sup>350</sup> *Schlothauer*, StV 2001, 127 (128).

<sup>351</sup> *Gollwitzer*, in: L/R Art. 6 MRK Rn. 220; *Schlothauer*, StV 2001, 127 (128).

<sup>352</sup> *Gollwitzer*, in: L/R Art. 6 MRK Rn. 230 Fn. 653; *Schlothauer*, StV 2001, 127 (128). Der EGMR StV 1990, 481 (482) (Kostovski ./Niederlande) schränkt dieses Recht bei anonymen Zeugen allerdings ein.

notwendig ist, soweit an seiner statt der Verteidiger bei der Vernehmung zugegen ist.<sup>353</sup>

Damit aber ist festzuhalten, dass Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nicht in jedem Fall die Bestellung eines Verteidigers rechtfertigen kann. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, ob sich im weiteren Verlauf für den Beschuldigten noch einmal die Gelegenheit ergibt, in eigener Person Fragen an den Zeugen stellen zu können oder durch einen Verteidiger stellen zu lassen. Beides war in der oben genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht der Fall. Weder hatte der Angeklagte in der Hauptverhandlung die Möglichkeit, in eigener Person oder durch seinen Verteidiger die Zeugin zu befragen – diese machte von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO Gebrauch – noch konnte an seiner statt ein Verteidiger bei der richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren mitwirken. Dass diese Situation mit Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nicht vereinbar ist und damit gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstößt, stellt der 1. Strafsenat zu Recht fest.<sup>354</sup>

c) BGHSt 47, 233

Bedauerlicherweise hat sich der Bundesgerichtshof in seiner ersten Entscheidung nicht hinsichtlich anderer denkbarer Konstellationen geäußert, in denen der unverteidigte Beschuldigte von der richterlichen Zeugenvernehmung ausgeschlossen wird und deshalb ebenfalls die Bestellung eines Pflichtverteidigers in Betracht zu ziehen ist. Das gesamte Ausmaß der Auswirkungen, welche Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK in Bezug auf § 141 Abs. 3 StPO und damit auf die frühe Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren haben kann, kommt in der Entscheidung deswegen nicht deutlich genug zum Vorschein.

Denkbar wäre etwa die Fallkonstellation, in der zwar für die Hauptverhandlung kein Fall der notwendigen Verteidigung prognostiziert wird, gleichwohl aber der unverteidigte Beschuldigte im Ermittlungsverfahren von der Vernehmungssituation ausgeschlossen wird. Auch hier muss die Beiordnung eines Pflichtverteidigers wegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK in Verbindung mit § 168c Abs. 2 StPO ernsthaft in Betracht gezogen werden, auch wenn die Voraussetzungen der §§ 141 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit 140 Abs. 1 und 2 StPO nicht erfüllt sind. Der 1. Strafsenat lässt es sogar ausdrücklich dahinstehen, ob es selbst bei prognostizierter notwendiger Verteidigung Fälle geben kann, in denen davon abgesehen werden darf, dem Beschuldigten einen Verteidiger zu bestellen.<sup>355</sup> Durchaus bemerkenswert ist hier zwar die diesbezüglich im Urteil gewählte (zaghafte) Negativformulierung, aus der sich möglicherweise der Schluss rechtfertigt, dass der

<sup>353</sup> Aus Art. 6 Abs. 3 Lit. d EMRK kann also nicht das Recht des Beschuldigten abgeleitet werden, in der Vernehmungssituation selbst anwesend sein zu müssen; vergleiche *Vogler*, in: IntKommEMRK Art. 6 Rn. 551.

<sup>354</sup> BGHSt 46, 93 (101).

<sup>355</sup> BGHSt 46, 93 (99).

Senat generell für die Bestellung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren ist, wenn dessen erforderliche Mitwirkung im Hauptverfahren prognostiziert wird.<sup>356</sup> Allerdings wird durch die Formulierung eben auch deutlich, dass die prognostizierte notwendige Verteidigung im Hauptverfahren für den Bundesgerichtshof das maßgebliche Kriterium bei der Beiordnung des Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren bleibt. Eine Beiordnungspflicht allein aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist für den 1. Strafsenat offensichtlich nicht erkennbar. Die weitaus interessantere Frage, ob allein der Ausschluss des Beschuldigten die Beiordnung rechtfertigt, obwohl im späteren Verlauf keine notwendige Verteidigung prognostiziert wird, bleibt unkommentiert und damit offen.

Möglicherweise aus diesem Grund wurde der 1. Strafsenat in seiner zweiten die Beschuldigtenvernehmung betreffenden Entscheidung<sup>357</sup> vermeintlich deutlicher. Hier heißt es jetzt wörtlich: „Die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, die Beiordnung eines Verteidigers zu beantragen (...) ist jedenfalls zu demjenigen Zeitpunkt begründet, zu dem gegen einen Beschuldigten ein als dringend zu bewertender Tatverdacht eines Verbrechens (...) angenommen wird und der Beschuldigte tatsächlich des Beistandes eines Verteidigers bedarf.“<sup>358</sup> Jedoch ist auch dieser zweite Vorstoß bezüglich der hier im Fokus stehenden Problematik nicht sonderlich erhellend, setzt er doch den als dringend zu bewertenden Tatverdacht eines Verbrechens voraus und orientiert sich daher wiederum an einem prognostizierten Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO.

In einer weiteren Entscheidung vom 5. Februar 2002<sup>359</sup> tritt diesmal allerdings der 5. Strafsenat den beiden durchaus als beschuldigtenfreundlich zu bezeichnenden Entscheidungen des 1. Strafsenats entschieden entgegen. Schon im Leitsatz ist die Rede von einer „eingeschränkten Notwendigkeit“ der Verteidigerbestellung, die dann zu veranlassen sei, wenn eine effektive Wahrnehmung der Verteidigungsinteressen des Beschuldigten die Mitwirkung eines Verteidigers schon vor Anklageerhebung „unerlässlich erfordert“. Diese gelte etwa für die Sicherung des Konfrontationsrechts. Die weitergehende Annahme, schon der Beginn eines dringenden Tatverdachts einer gewichtigen Straftat begründe eine Pflicht zur Verteidigerbestellung, wird demgegenüber abgelehnt.<sup>360</sup> Auffällig ist hier aber, dass der 5. Strafsenat mit den vorangegangenen Entscheidungen insoweit übereinstimmt, als er die Notwendigkeit der Verteidigerbestellung zur Sicherung des Rechts auf eine effektive Verteidigung aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK insbesondere mit Rücksicht auf eine effektive Wahrung des Fragerechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK generell anerkennt.<sup>361</sup>

---

<sup>356</sup> Kunert, NStZ 2001, 217.

<sup>357</sup> BGHSt 47, 176 ff.

<sup>358</sup> BGHSt 47, 172 (176).

<sup>359</sup> BGHSt 47, 233 ff.

<sup>360</sup> BGHSt 47, 233 (236).

<sup>361</sup> BGHSt 47, 233 (236).

## d) Fazit

Als Ergebnis kann also Folgendes festgehalten werden. Der an sich dem Gericht vor Abschluss der Ermittlungen (argumentum ex § 141 Abs. 3 Satz 3 StPO) von § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO gewährte Ermessensspielraum bei der Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren ist jedenfalls dann auf Null reduziert, wenn das Gericht die Beurteilung der Staatsanwaltschaft teilt und mit ihr im späteren Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers für erforderlich hält. Die Prüfungskompetenz des Gerichts bezieht und beschränkt sich darauf, ob die Prognose der Staatsanwaltschaft zutrifft.<sup>362</sup>

Darüber hinaus hat die Beiordnung des Pflichtverteidigers zwingend zu erfolgen, sobald beabsichtigt wird, den Beschuldigten von einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung auszuschließen und ein Grund von der Benachrichtigung eines (gegebenenfalls hypothetisch bestellten) Verteidigers gemäß § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO abzusehen, nicht besteht. In einer solchen Situation kann niemals mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die richterliche Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren nicht auch für den Beschuldigten die einzige Gelegenheit bleibt, in eigener Person Fragen zu stellen oder zumindest durch einen Verteidiger stellen zu lassen. In diesem Fall hat die Staatsanwaltschaft ungeachtet dessen, ob sie im Hauptverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers für zwingend erforderlich hält, einen entsprechenden Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers nach §§ 141 Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 2 StPO in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu stellen. Das mit dem Antrag befasste Gericht hat den Verteidiger beizuordnen. Die Beiordnung muss so rechtzeitig geschehen, dass der Verteidiger vor der Vernehmungssituation die Chance hat, mit seinem Mandanten Rücksprache zu nehmen. Nur durch eine solche Beiordnung wird dem Beschuldigten die Wahrung seiner Teilhaberechte aus § 168c StPO im Ermittlungsverfahren ermöglicht<sup>363</sup> und das Recht auf effektive Verteidigung sowie dem Recht auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3 lit. c und d EMRK in ausreichendem Maße berücksichtigt.

## D. Anwesenheitsrechte sonstiger Personen

### I. Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter des Beschuldigten

Im Verfahren gegen den jugendlichen Beschuldigten haben sowohl der Erziehungsberechtigte als auch der gesetzliche Vertreter gemäß § 67 Abs. 1 JGG in Verbindung mit § 168c Abs. 1 StPO ein Recht zur Anwesenheit bei dessen rich-

<sup>362</sup> Hamm, in: FS-Lüderssen, S. 717 (725).

<sup>363</sup> Anderer Ansicht ist insoweit noch BGHSt 29, 1 (5): Wenn schon im Vorverfahren keine generelle gesetzliche Pflicht zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers bestehe, so könne eine solche Pflicht erst recht nicht aus einzelnen Untersuchungshandlungen resultieren.



terlicher<sup>364</sup> Vernehmung im Ermittlungsverfahren. Das Jugendgerichtsgesetz verwendet dabei den allgemein gebräuchlichen Begriff der Eltern nicht.<sup>365</sup> Korrespondierend zu diesem Anwesenheitsrecht erstreckt § 67 Abs. 2 JGG auch die Benachrichtigungspflicht des Gerichts nach § 168c Abs. 5 StPO auf diesen erweiterten Kreis der Beteiligten.<sup>366</sup>

Das in § 67 Abs. 1 JGG verbrieft Anwesenheitsrecht entspricht inhaltlich dabei zwar weitestgehend dem Recht des Beschuldigten selbst, gleichwohl handelt es sich um ein eigenständiges Recht.<sup>367</sup> Mit Einführung dieser besonderen jugendstrafrechtlichen Regelung hat der Gesetzgeber das gesteigerte Schutzbedürfnis des mit allen prozessualen Rechten selbstständig ausgestatteten jugendlichen Beschuldigten anerkannt und ihm zur Stärkung seiner Rechte im gesamten Strafverfahren<sup>368</sup> die elterliche Fürsorge zugestanden.<sup>369</sup> § 67 JGG hat einerseits eine rechtsbegründende und andererseits eine rechtserweiternde Funktion. Für den Erziehungsberechtigten begründet § 67 JGG eine eigene Rechtsstellung im Verfahren gegen seinen Zögling. Vor dem Hintergrund des im Jugendstrafverfahren allgegenwärtigen „Erziehungsgedankens“ scheint dies durchaus konsequent und sinnvoll. Im Hinblick auf den gesetzlichen Vertreter des Jugendlichen erweitert § 67 JGG lediglich die ihm nach allgemeinem Strafverfahrensrecht ohnehin zustehenden prozessualen Rechte.<sup>370</sup>

Gerade aufgrund des besonderen Schutzbedürfnisses von Jugendlichen findet die Vorschrift mit Rücksicht auf das Volljährigkeitsalter gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 JGG keine Anwendung im Verfahren gegen Heranwachsende (§ 1 Abs. 2 Halbsatz 2 JGG) und zwar unabhängig davon, ob der konkrete Fall nach jugendstrafrechtlichen oder allgemeinen Vorschriften zu beurteilen ist. Des Weiteren gilt § 67 Abs. 1 JGG nicht für bereits volljährig erklärte Jugendliche; letztere haben als Volljährige ohnehin weder Erziehungsberechtigte noch gesetzliche Vertreter.<sup>371</sup> Entscheidend für die Feststellung, dass es sich bei dem Beschuldigten noch um einen Jugendlichen handelt, ist das Alter des Betroffenen im Zeitpunkt

<sup>364</sup> Ausführlich zu den Anwesenheitsrechten und Benachrichtigungspflichten bei der polizeilichen und der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung des Beschuldigten bei *Richmann*, S. 98 ff.; ferner *Rieke*, S. 159 ff.

<sup>365</sup> Näher zu den Begriffen der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter bei *Rieke*, S. 10 und *Schwer*, S. 3 ff.

<sup>366</sup> *Eisenberg*, JGG § 67 Rn. 11; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 17.

<sup>367</sup> *Brunner/Dölling*, JGG § 67 Rn. 5; *Wohlers*, SK-StPO § 168c Rn. 15; *Schwer*, S. 45.

<sup>368</sup> Die Vorschrift gilt für Jugendliche auch im Verfahren vor den für allgemeine Strafsachen zuständigen Gerichte (§ 104 Abs. 1 Nr. 9 JGG) mit der Ausnahmemöglichkeit aus Gründen der Staatssicherheit (§ 104 Abs. 3). Ferner kommt sie im vereinfachten Verfahren (§ 78 Abs. 3 Satz 2 JGG) sowie im Strafvollstreckungsverfahren (§ 83 Abs. 3 Satz 2 JGG) zur Anwendung. Zur Anwendbarkeit im Vorverfahren VfG Brandenburg, JR 2003, 192 (193).

<sup>369</sup> *Eisenberg*, NJW 1988, 1250; näher zu den Gründen für die Beteiligung des Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters am Jugendstrafverfahren *Richmann*, S. 45 ff.

<sup>370</sup> *Brunner/Dölling*, JGG § 67 Rn. 5; *Eisenberg*, JGG § 67 Rn. 3.

<sup>371</sup> *Eisenberg*, JGG § 67 Rn. 2; *Herz*, in: KurzKomm-JGG § 67 Rn. 1; *Ostendorf*, JGG § 67 Rn. 1; *Schoreit*, in: JGG-Komm § 67 Rn. 1.

der Hauptverhandlung und nicht das Alter zur Tatzeit.<sup>372</sup> Für die Anwendbarkeit des § 67 Abs. 1 JGG im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bedeutet dies, dass hier das Alter des Jugendlichen im Zeitpunkt der konkreten Ermittlungs- oder Vernehmungssituation maßgeblich ist. Im Falle einer richterlichen Vernehmung des jugendlichen Beschuldigten stünde demnach dessen Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern ein eigenes Anwesenheitsrecht selbst dann zu, wenn der Jugendliche bereits einen Tag später die Volljährigkeit erreicht.

#### 1. Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter i.S.v. § 67 Abs. 1 JGG

Der von § 67 Abs. 1 JGG angesprochene Personenkreis wird maßgeblich durch das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) sowie das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) bestimmt. Gleichwohl sind die dortigen Regelungen für das Jugendstrafverfahren keineswegs als abschließend zu verstehen. Das Gericht hat etwa nach § 2 Abs. 2 JGG in Verbindung mit § 244 Abs. 2 StPO auch einen zur gesetzlichen Vertretung nicht berechtigten Elternteil anzuhören, sofern dies zur Ermittlung entscheidungsrelevanter Umstände angezeigt erscheint.<sup>373</sup>

Erziehungsberechtigte sind der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs folgend die zur Personensorge Berechtigten. Die Personensorge wiederum stellt sich als Bestandteil der elterlichen Sorge dar. Bei der elterlichen Sorge handelt es sich um eine ambivalente Rechtsposition, bei der die elterliche Verantwortung für das Kind und der damit einhergehende Pflichtcharakter im Vordergrund stehen.<sup>374</sup> Erziehungsberechtigte sind in erster Linie die verheirateten leiblichen Eltern des Jugendlichen (Art. 6 Abs. 2 GG, § 1626 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB). Dabei sind grundsätzlich beide Elternteile zur Personensorge berechtigt, freilich verknüpft mit der Pflicht zum gegenseitigen Einvernehmen (§ 1626 Abs. 2 Satz 2 BGB am Ende). Ausnahmsweise steht die elterliche Sorge nach § 1626a Abs. 2 BGB allein der leiblichen Mutter zu, sofern bei einem unehelich geborenen Kind die leiblichen Eltern nicht eine der in Absatz 1 genannten Handlungen vornehmen und damit die Personensorge beider Elternteile begründen.<sup>375</sup> Nach § 1754 BGB sind Adoptiveltern den verheirateten leiblichen Eltern gleichgestellt.

Wird die Ehe der Eltern geschieden, ist hinsichtlich der Personensorgeberechtigung die Entscheidung des Familiengerichts zu beachten (§§ 1671, 1672 BGB). Ferner gehören zum Kreis der Personensorgeberechtigten und damit zu den Erziehungsberechtigten im Sinne des § 67 Abs. 1 JGG auch der gerichtlich bestellte Vormund (§§ 1773, 1793 BGB) und der Pfleger (§§ 1909, 1915 BGB).<sup>376</sup>

<sup>372</sup> BGH NJW 1956, 1607; Eisenberg, JGG § 67 Rn. 2; Ostendorf, JGG § 67 Rn. 1; Schoreit, in: JGG-Komm § 67 Rn. 1; Schnitzerling, UJ 1957, 367 (368).

<sup>373</sup> Eisenberg JGG § 67 Rn. 5.

<sup>374</sup> BVerfG NJW 1994, 1645 (1646); Diederichsen, in: Palandt § 1626 Rn. 1.

<sup>375</sup> Zu den Anforderungen des § 1626a Abs. 1 BGB und dessen Rechtsfolgen ausführlich Diederichsen, in: Palandt § 1626a Rn. 8 f.

<sup>376</sup> Ostendorf, JGG § 67 Rn. 3; Schoreit, in: JGG-Komm § 67 Rn. 7 f.

Auch sie fallen damit in den Anwendungsbereich des § 67 Abs. 1 JGG und sind damit über § 168c Abs. 1 StPO bei der richterlichen Vernehmung des jugendlichen Beschuldigten im Ermittlungsverfahren zur Anwesenheit berechtigt und vorher dementsprechend zu benachrichtigen.

Nicht geklärt ist dagegen die Frage, ob zu den Erziehungsberechtigten im Sinne des § 67 Abs. 1 JGG auch Personen zählen, denen das Erziehungsrecht mit ausdrücklicher gesetzlicher Befugnis freiwillig eingeräumt wurde. Hierzu zählen insbesondere Pflegepersonen, welche nach § 1688 Abs. 1 Satz 1 BGB berechtigt sind, „in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu entscheiden sowie den Inhaber der elterlichen Sorge“ – also den Personensorgeberechtigten – „in solchen Angelegenheiten zu vertreten.“<sup>377</sup> Nach § 1688 Abs. 2 BGB stehen jenen Pflegepersonen die Personen gleich, die im Rahmen der Heimerziehung (§ 34 SGB VIII) und der intensiven sozialpädagogischen Einzelbetreuung (§ 35 SGB VIII) die Erziehung und Betreuung eines Jugendlichen übernommen haben.

Personen, denen allein aufgrund privatrechtlicher Abmachung die Erziehung des Jugendlichen übertragen wurde (etwa Internatsleiter oder Ausbilder), gehören nicht zu den Erziehungsberechtigten im Sinne des § 67 Abs. 1 JGG.<sup>378</sup> Zwar sind letztere von der Begriffsdefinition des § 7 Abs. 1 Nr. 6 SGB VIII durchaus umfasst und deswegen zum Kreis der Erziehungsberechtigten im Sinne des Achten Sozialgesetzbuches zu zählen, gleichwohl können etwaige Beteiligungsrechte im Jugendstrafverfahren nicht in die Privatautonomie der Personensorgeberechtigten gestellt werden. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten muss über diese Beteiligungsrechte vielmehr vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst oder durch einen vergleichbaren hoheitlichen Akt entschieden werden. Eine bloße Erziehungsvereinbarung mit den Personensorgeberechtigten ist hier keinesfalls ausreichend. Bei § 7 Abs. 1 Nr. 6 SGB VIII handelt es sich daher lediglich um eine auf das Jugendhilferecht beschränkte Legaldefinition, die darüber hinaus nicht unbeschränkt auf das Jugendstrafverfahren zu übertragen ist und deshalb dort auch nicht zu einer Erweiterung der Verfahrensbeteiligten führen kann.

## 2. Verhältnis der Rechte zueinander (§ 67 Abs. 1 JGG – „soweit“)

Im Gesetz selbst wurde nicht ausdrücklich geregelt, in welchem Verhältnis die Rechte der Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters zu denen des jugendlichen Beschuldigten stehen. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die in § 67 Abs. 1 JGG verwendete Formulierung „Soweit der Beschuldigte ein Recht darauf hat, (...), steht dieses Recht auch dem Erziehungsberechtigten (...) zu.“

<sup>377</sup> Ausdrücklich gegen eine Einbeziehung OLG Hamburg NJW 1964, 605 (605); *Eisenberg*, JGG § 67 Rn. 6; *Richmann*, S. 65 f.; dafür *Herz*, in: *KurzKomm-JGG* § 67 Rn. 3; *Ostendorf*, JGG § 67 Rn. 4.

<sup>378</sup> So die ganz herrschende Meinung vergleiche OLG Hamburg NJW 1964, 605; *Eisenberg*, JGG § 67 Rn. 6; *Herz*, in: *KurzKomm-JGG* § 67 Rn. 3; *Ostendorf*, JGG § 67 Rn. 4; *Schoreit*, in: *JGG-Komm* § 67 Rn. 8; *Richmann*, S. 65 f.

Dieser Formulierung zur Folge scheinen die Rechte der Erziehungsberechtigten generell und damit auch ein hier im Fokus stehendes Anwesenheitsrecht streng akzessorisch zu sein, so dass ihr Bestand oder ihre Aufhebung allein von dem zugrunde liegenden Recht des jugendlichen Beschuldigten abhänge. Ein grundsätzlich bestehendes Anwesenheitsrecht hätte etwa über §§ 168c Abs. 3 StPO in Verbindung mit § 67 Abs. 1 JGG zu entfallen, wenn allein von der Anwesenheit des beschuldigten Jugendlichen, nicht aber der des gesetzlichen Vertreters eine Gefährdung des Untersuchungszwecks ausgehen würde.<sup>379</sup> Allerdings würde dieses Ergebnis der Intention des § 67 Abs. 1 JGG, dem Jugendlichen zur Stärkung seiner Rechte fürsorgerischen Beistand zu gewähren und den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern deswegen eine eigenständige Verfahrensposition einzuräumen, deutlich zuwiderlaufen. Gerade die prozessuale Eigenständigkeit der Beistandspersonen stärkt die Rechte des jugendlichen Beschuldigten in besonderem Maße, da sie unabhängig von seiner Person das Verfahren mit beeinflussen können und in der Regel an der fraglichen Tat nicht beteiligt sind.

Daraus folgt erstens, dass die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter bei richterlichen Vernehmungen des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren selbst über § 168c Absatz 1 StPO in Verbindung mit § 67 Abs. 1 JGG zur Anwesenheit berechtigt sind. Gleiches gilt zweitens auch für die richterliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen nach § 168c Abs. 2 StPO. Hier ist jedoch zu beachten, dass ein etwaiger Ausschluss der Beteiligten wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks nach Absatz 3 ausschließlich dann möglich ist, wenn die Ausschließungsgründe in der Person der Erziehungsberechtigten oder gesetzlichen Vertreter und nicht in der Person des Beschuldigten liegen.<sup>380</sup> Ferner besteht deren Anwesenheitsrecht auch dann fort, wenn der Beschuldigte selbst wegen einer Inhaftierung außerhalb des Gerichtsortes nach § 168c Abs. 4 StPO kein eigenes Anwesenheitsrecht besitzt.<sup>381</sup> Mit dem Anwesenheitsrecht der Erziehungsberechtigten korrespondiert eine entsprechende Pflicht des Gerichts, die Anwesenheitsberechtigten nach § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO zu benachrichtigen; andernfalls kann die effektive Wahrnehmung des Rechts nicht gewährleistet werden.<sup>382</sup> Dabei soll es nach § 67 Abs. 5 Satz 3 JGG ausreichen, einem von mehreren Erziehungsberechtigten die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und den Termin einer Vernehmung des Jugendlichen mitzuteilen.<sup>383</sup>

Gemäß § 67 Abs. 4 Satz 1 JGG können die Rechte den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern entzogen werden, sobald sie verdächtig sind, an der

<sup>379</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 21.

<sup>380</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 21; *Wohlerts*, in: SK-StPO § 168c Rn. 15.

<sup>381</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 21; *Wohlerts*, in: SK-StPO § 168c Rn. 15.

<sup>382</sup> *Eisenberg*, JGG § 67 Rn. 11; *Wohlerts*, in: SK-StPO § 168c Rn. 15; *ders.*, StV 2006, 228; unklar dagegen BGH StV 2006, 228.

<sup>383</sup> Anders *Schwer*, S. 54, der im Ergebnis Bedenken gegen diese Regelung hat und deswegen entgegen § 67 Abs. 5 Satz 3 JGG eine Benachrichtigung aller Erziehungsberechtigten für geboten hält.

Verfehlung des Jugendlichen beteiligt zu sein oder wegen einer solchen verurteilt sind.<sup>384</sup> Wird nur einer von ihnen der Beteiligung an der Verfehlung verdächtigt, so setzt die Entziehung der Rechte beider Erziehungsberechtigten oder Vertreter stets voraus, dass die Gefahr des Rechtsmissbrauchs besteht (§ 67 Abs. 4 Satz 2 JGG). Dabei muss sich die Missbrauchsgefahr gerade auf den Grund zum Entzug der Rechte aus Satz 1 beziehen, die eigene Stellung im Verfahren also für das Interesse des anderen Erziehungsberechtigten ausgenutzt werden.<sup>385</sup> Außerhalb des Anwendungsbereichs von Absatz 4 Satz 2 reicht demnach die anderweitige Gefahr des Missbrauchs der Rechte, etwa durch Beeinträchtigung der Ermittlungen für die Entziehung, nicht aus.<sup>386</sup>

## II. Einziehungs- und Verfallsberechtigte (§§ 432 ff. StPO)

Nach §§ 73 ff. StGB können Gegenstände, die im Zusammenhang mit Straftaten erlangt (*producta sceleris*), benutzt oder dazu bestimmt worden sind (*instrumenta sceleris*), eingezogen werden (§ 74 Abs. 1 StGB).<sup>387</sup> Entsprechende Vermögensvorteile (*Früchte des Verbrechens – scelere quaesita*) können für verfallen erklärt werden (§ 73 Abs. 1 StGB).<sup>388</sup> Das hierbei einzuhaltende Verfahren regeln die §§ 430 ff. StPO, wobei der Verfall wie die Einziehung zu behandeln ist.<sup>389</sup> Wird die Einziehung in Verbindung mit einem Strafverfahren gegen Personen verhandelt (sogenanntes subjektives Verfahren), gelten die §§ 430 bis 439 StPO, die insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass alle Personen an diesem Verfahren beteiligt werden, die möglicherweise einen Anspruch im Hinblick auf die einzuziehenden Sachen oder Werte besitzen.<sup>390</sup> Dabei kennt das Strafverfahrensrecht Einziehungs- und Verfallsbeteiligte im technischen Sinne (§ 433 StPO) frühestens mit Erhebung der öffentlichen Klage; erst von diesem Zeitpunkt an erlangen sie die umfassenden Befugnisse eines Angeklagten (§ 433 Abs. 1 Satz 1 StPO).<sup>391</sup>

Vor diesem Zeitpunkt hat der bloße Einziehungsbeteiligte im Ermittlungsverfahren nach § 432 Abs. 1 Satz 1 StPO zwar Anspruch auf rechtliches Gehör, gleichwohl aber nicht die umfassenden Befugnisse eines Beschuldigten.<sup>392</sup> Demgemäß steht dem bloßen Einziehungsbeteiligten bei der richterlichen Vernehmung von Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen kein eigenes Anwesenheitsrecht zu. Seine Teilnahme an der Vernehmungssituation steht damit im Er-

<sup>384</sup> Für eine Verfassungswidrigkeit im Hinblick auf Art. 6 GG *Rieke*, S. 279.

<sup>385</sup> *Ostendorf*, JGG § 67 Rn. 15.

<sup>386</sup> *Dallinger/Lackner*, JGG § 67 Rn. 28; *Eisenberg* JGG § 67 Rn. 18; *Richmann*, S. 45;

<sup>387</sup> Näher dazu *Herzog*, in: NK-StGB § 74 Rn. 6 ff.; *Wolters/Horn*, in: SK-StGB § 74 Rn. 2 ff.

<sup>388</sup> Vergleiche hierzu *Fischer*, StGB § 73 Rn. 7 ff.; *Herzog*, in: NK-StGB § 73 Rn. 9 ff.; *Wolters/Horn*, in: SK-StGB § 73 Rn. 2 ff.; ferner den Überblick bei *Wolters*, S. 19 ff.

<sup>389</sup> *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 1144.

<sup>390</sup> *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 1144; *Volk*, StPO, § 20 Rn. 13.

<sup>391</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 22.

<sup>392</sup> Vergleiche *Gössel*, in: L/R § 432 Rn. 1 ff.

messen des Richters. Anders stellt sich die Situation des Einziehungsbeteiligten dagegen dar, wenn er selbst nach § 432 Abs. 2 StGB richterlich vernommen wird. Hier kommt über § 432 Abs. 2 StPO wiederum die für Beschuldigte geltende Regelung des § 168c Abs. 1 StPO zur Anwendung, so dass hier der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet ist.<sup>393</sup>

### III. Verletzter- und Nebenklageberechtigter (§ 406f Abs. 2 StPO)

Bis zum Jahre 1987 enthielt das deutsche Strafverfahrensrecht mit Ausnahme der Nebenklage und einigen wenigen anderen Sonderregelungen keine formelle Beteiligung eines Verletzten am Strafverfahren. Insbesondere eine Beteiligung des Verletzten vor Erhebung der öffentlichen Klage war nicht vorgesehen. Damit waren die rechtlichen Möglichkeiten des Verletzten insgesamt sehr begrenzt.<sup>394</sup> Die nicht zur Nebenklage Befugten, also der überwiegende Teil der Verletzten, waren in dieser Eigenschaft – abgesehen etwa vom Klageerzwingungsverfahren – ohne nennenswerte Verfahrensbefugnisse.<sup>395</sup> Erst mit Einführung des vierten Abschnitts des Fünften Buches durch das Erste Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren (Opferschutzgesetz)<sup>396</sup> sind die Rechte des Verletzten im Strafverfahren insgesamt, vor allem aber auch im Ermittlungsverfahren, gravierend ausgeweitet worden.<sup>397</sup> Anzahl und systematische Stellung der ausgeweiteten Befugnisse machen unmissverständlich deutlich, dass dem Verletzten nach dem Willen des Gesetzgebers von nun an die Rolle eines selbständigen Prozesssubjekts zukommen soll. Dazu soll der Verletzte seine berechtigten Interessen im Verfahren selbstständig wahrnehmen und zu diesem Zweck – soweit dies angebracht erscheint – gestaltend auf das Verfahren einwirken können.<sup>398</sup> Diese Ausstattung mit Einzelbefugnissen<sup>399</sup> ist unabhängig davon, ob der Verletzte zur Nebenklage berechtigt ist oder zwar hierzu befugt ist, aber nicht die Absicht hat, diese Befugnis im späteren Hauptverfahren wahrzunehmen.<sup>400</sup>

Auch ohne als Privat- oder Nebenkläger aufzutreten, kann sich der Verletzte während des gesamten Verfahren eines Rechtsanwalts als Beistand und Vertreter bedienen (§§ 406f und g StPO). Wird nun der durch die Tat Verletzte als Zeuge richterlich vernommen, hat nach § 406f Abs. 2 StPO sein Rechtsanwalt ein Recht, bei der Vernehmung anwesend zu sein. Darüber hinaus ist nach § 406f

<sup>393</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 22.

<sup>394</sup> *Hilger*, in: L/R Vor § 406d Rn. 1. Einen Überblick über die Rechtsstellung des Verletzten gibt *Jung*, JR 1984, 309 ff.

<sup>395</sup> *Rieß*, Jura 1987, 281 (286).

<sup>396</sup> Erstes Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren vom 18. Dezember 1986 – BGBl. I, S. 2496.

<sup>397</sup> Dazu aus rechtsvergleichender Sicht *Schneider*, Jura 1989, 72 ff.

<sup>398</sup> *Hilger*, in: L/R Vor § 406d Rn. 2; *Rieß/Hilger*, NStZ 1987, 145 (155); *Dölling*, in: FS-Jung, S. 77; *Jung*, JuS 1987, 157 (158).

<sup>399</sup> Ausführlich zu einzelnen Befugnissen des Verletzten *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 245 ff.

<sup>400</sup> LG Baden-Baden NStZ-RR 2000, 52; *Hilger*, in: L/R Vor § 406d Rn. 2.

Abs. 3 StPO auf Antrag des Verletzten einer sonstigen Person seines Vertrauens die Anwesenheit bei der Vernehmung zu gestatten, sofern dies nicht mit einer Gefährdung des Untersuchungszwecks verbunden ist. Bei allen anderen richterlichen Vernehmungen, insbesondere also bei der Vernehmung des Beschuldigten, von Zeugen und von Sachverständigen, haben weder der Verletzte noch sein Rechtsanwalt einen Rechtsanspruch auf Teilnahme. Ihre Teilnahme liegt damit im Ermessen des jeweiligen Richters.

Ungleich größer sind diesbezüglich die Rechte des Nebenklageberechtigten. Wäre der Verletzte bei Erhebung der öffentlichen Klage berechtigt, sich dieser als Nebenkläger anzuschließen, gewährt § 406g Abs. 2 Satz 2 StPO seinem Rechtsanwalt ein umfassendes Anwesenheitsrecht bei richterlichen Vernehmungen und Augenscheinseinnahmen, soweit diese außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden. Dieses Anwesenheitsrecht steht gleichwohl unter dem Vorbehalt, dass der Untersuchungszweck durch seine Anwesenheit nicht gefährdet wird.<sup>401</sup> Dem nebenklageberechtigten Verletzten selbst steht dieses Recht hingegen nicht zu.<sup>402</sup> Seine Anwesenheit liegt damit weiterhin im Ermessen des Richters.<sup>403</sup>

#### IV. Zeugenbeistand

Bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen ist dessen Rechtsanwalt als Zeugenbeistand ebenso wie der nach § 68b StPO für die konkrete Vernehmung bestellte Beistand grundsätzlich berechtigt, an der richterlichen Vernehmung seines Mandanten teilzunehmen.<sup>404</sup> Geht es dagegen um die richterliche Vernehmung anderer Personen, wie etwa des Beschuldigten oder anderer Zeugen, oder auch die Einnahme richterlichen Augenscheins, hat der Zeugenbeistand keinen Anspruch auf Anwesenheit.<sup>405</sup> Vielmehr wird sich die Gewährung der Anwesenheit nach den unten noch näher zu behandelnden Kriterien für die Zulassung anderer Personen regelmäßig als ermessensfehlerhaft darstellen.

#### V. Andere Personen

§ 168c StPO und entsprechende andere Vorschriften regeln lediglich, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Anwesenheit bei einer richterlichen Vernehmungshandlung besteht. Allein aus ihrer Existenz heraus darf nicht auf ein gesetzliches Verbot der Anwesenheit anderer Personen geschlossen werden.<sup>406</sup> Vielmehr steht es im pflichtgemäßen Ermessen des jeweiligen Richters, auch anderen Personen die Teilnahme an der Vernehmungssituation zu gestatten.

<sup>401</sup> Hierzu näher *Hilger*, in: L/R § 406g Rn. 11; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 13.

<sup>402</sup> *Wache*, in: KK § 168c Rn. 12; *Pfeiffer*, StPO § 168c Rn. 3.

<sup>403</sup> *Hilger*, in: L/R § 406g Rn. 5.

<sup>404</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 24; *Pfeiffer*, StPO § 168c Rn. 3; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 12 f.; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 14.

<sup>405</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 24; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 14.

<sup>406</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 25; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 2; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 14; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 17.

Letztere Entscheidung wird der Richter treffen, wenn die betreffende Person ein berechtigtes und verfahrensbezogenes Interesse an der Teilnahme nachweisen kann und ihr keine schutzwürdigen Interessen Dritter entgegenstehen. Insbesondere darf die Teilnahme anderer Personen nicht dazu führen, dass berechtigte Interessen der zu Vernehmenden und anderer Anwesenheitsberechtigter beeinträchtigt werden.<sup>407</sup> In jedem Fall ermessensfehlerhaft ist damit die Zulassung solcher Personen, die lediglich ein allgemeines (berufliches) Interesse an der Informationsgewinnung besitzen, was vor allem bei Vertretern der Medien regelmäßig der Fall sein wird.<sup>408</sup>

Ebenfalls steht es dem Richter frei, einer anderen Person die Teilnahme an der Vernehmung nur partiell zu gestatten<sup>409</sup> beziehungsweise eine einmal getroffene Gestattungsentscheidung zu widerrufen.<sup>410</sup> Darüber hinaus kommt eine Zulassung nicht in Betracht, wenn durch sie der Untersuchungszweck im Sinne des § 168c Abs. 3 StPO gefährdet würde oder die Vernehmung damit im Ergebnis zu einer öffentlichen Verhandlung mutiert.

### **E. Richterliche Vernehmung von Mitbeschuldigten**

Bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten ist nach § 168c Abs. 1 StPO dem Verteidiger und der Staatsanwaltschaft die Anwesenheit gestattet. § 168c Abs. 2 StPO gewährt dem Beschuldigten wiederum ein Anwesenheitsrecht bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen. Gleiches gilt für die Staatsanwaltschaft und den Verteidiger. Auch sie haben ein Recht zur Anwesenheit in der fraglichen Vernehmungssituation. Demgegenüber trifft § 168c StPO keinerlei Aussage hinsichtlich etwaiger Anwesenheitsrechte des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten. Zwar ist allgemein anerkannt, dass der Ermittlungsrichter nach seinem Ermessen auch ihre Anwesenheit bei der Vernehmung zulassen kann,<sup>411</sup> jedoch ist eine solche im richterlichen Ermessen liegende Anwesenheit der Beteiligten nicht vergleichbar mit einem eigenen Recht zur Anwesenheit. Letzteres kann im Zweifelsfall auch gegen den Willen des Richters durchgesetzt werden; es kann nicht auf dem oben genannten Wege<sup>412</sup> beschränkt werden; die Anwesenheitsberechtigten sind im Vorfeld über die Vernehmung zu benachrichtigen und die Verletzung des Anwesenheitsrechts hat Konsequenzen für die Verwertbarkeit der so gewonnenen Protokolle.<sup>413</sup>

<sup>407</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 25; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 17.

<sup>408</sup> Hierzu etwa (auch im Hinblick auf den Schutz vor "öffentlichen Vorverurteilungen") BT-Drs. 10/4608, S. 17.

<sup>409</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 25; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 14.

<sup>410</sup> *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 14; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 14; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 17.

<sup>411</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 14a; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 14.

<sup>412</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt D. V. (S. 95 f.).

<sup>413</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt D. I. bis III (S. 181 ff.).



Der Mitbeschuldigte wird in § 168c StPO weder als zu vernehmende Person noch als Inhaber eines Anwesenheitsrechts bei der Vernehmung anderer Personen erwähnt.<sup>414</sup> Dies ist deswegen bemerkenswert, als die Gewährung eines Anwesenheitsrechts bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten für die Verfahrensposition des Beschuldigten von großer Bedeutung sein kann. Die Gewährung eines Anwesenheitsrechts ist stets verbunden mit bestimmten Befugnissen innerhalb der Vernehmungssituation. Zu nennen ist hier etwa das Fragerecht, das Recht, Vorhalte zu machen oder Protokollierungen zu beanstanden.<sup>415</sup> Über diese Mitwirkungsrechte erhalten sowohl der Beschuldigte als auch der Verteidiger die Möglichkeit, aktiv auf das Ergebnis der Vernehmung einzuwirken und die eigenen Standpunkte in die Vernehmungssituation einzubringen. Genau wie die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen kann auch die Vernehmung eines Mitbeschuldigten zu einem für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendem Beweisergebnis führen und wegen deren Protokollierung für die anschließende Hauptverhandlung von richtungsweisender Bedeutung sein. Die Nichtgewährung eines Anwesenheitsrechts hätte zur Folge, dass der Beschuldigte und sein Verteidiger keine Gelegenheit bekämen, auf das Zustandekommen dieses Beweisergebnisses Einfluss zu nehmen.

Angesichts der potentiellen Bedeutung für den weiteren Gang des Verfahrens stellt sich somit die Frage, ob die Regelung des § 168c Abs. 2 StPO, die ausweislich ihres insoweit klaren Wortlauts nur für die richterliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen gilt, entsprechend auf die richterliche Vernehmung eines Mitbeschuldigten anzuwenden ist. Hierbei erscheint es von vornherein sinnvoll, neben einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 168c Abs. 2 StPO auch die Absätze 3 bis 5 in den Anwendungsbereich mit einzubeziehen. Begnügt man sich lediglich mit einer analogen Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO, so stünden dem Beschuldigten und seinem Verteidiger im Rahmen der Mitbeschuldigtenvernehmung umfassendere Rechte zu, als dies bei der gesetzlich geregelten Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen der Fall wäre.

Eine entsprechende Anwendbarkeit des § 168c Abs. 2 StPO hätte zur Folge, dass der Beschuldigte und sein Verteidiger bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten ebenfalls zur Anwesenheit berechtigt und dementsprechend auch vorher zu benachrichtigen wären. Über § 168c Abs. 3 bis 5 wäre dieses Anwesenheitsrecht jedoch in gleichem Maße beschränkbar, wie es bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen der Fall ist. Während der Vernehmung stünden den Anwesenheitsberechtigten auch die entsprechenden Mitwirkungsrechte zu. Die Gewährung eines Anwesenheitsrechts ohne die dazugehörigen

---

<sup>414</sup> So auch von *Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 685.

<sup>415</sup> Ausführlich hierzu Gliederungspunkt F. Bei der Ausübung des Fragerechts bei Mitbeschuldigten ist jedoch der Grundsatz des § 240 Abs. 2 Satz 2 StPO zu beachten, wonach das Fragerecht gegenüber den anderen Mitbeschuldigten nicht unmittelbar ausgeübt werden darf.

Mitwirkungsrechte bliebe für den Beschuldigten und seinen Verteidiger in vielen Situationen weitestgehend ohne Nutzen. Zwar ist die aufgeworfene Fragestellung schon seit Inkrafttreten des § 168c StPO im Jahre 1975 in der Literatur kontrovers diskutiert worden,<sup>416</sup> der Bundesgerichtshof hatte sich allerdings erst zwanzig Jahre später im Jahre 1997 mit dieser Frage zu beschäftigen.<sup>417</sup> In seiner Entscheidung lehnt der 4. Strafsenat eine analoge Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO auf die richterliche Vernehmung eines Mitbeschuldigten deshalb ab, weil es seiner Ansicht nach bereits an einer für die Analogiebildung notwendigen Gesetzeslücke fehle.<sup>418</sup> Im Übrigen sieht er nach Sinn und Zweck der Regelung auch keine Veranlassung für eine analoge Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO.<sup>419</sup>

Mit dieser ablehnenden Entscheidung setzt sich der 4. Strafsenat in Widerspruch zu einem Beschluss des Karlsruher Oberlandesgerichts.<sup>420</sup> Dieses hatte zwei Jahre zuvor in einem obiter dictum den Standpunkt vertreten, dass sich der Anwendungsbereich des § 168c Abs. 2 StPO durchaus auch auf die richterliche Vernehmung eines Mitbeschuldigten beziehe.<sup>421</sup> Gleichwohl ist die neuere Rechtsprechung der Ansicht des Bundesgerichtshofs gefolgt.<sup>422</sup> Dementsprechend lehnt sie die Ausdehnung des Anwesenheitsrechts auf die Vernehmung des Mitbeschuldigten ab. Auch das Bundesverfassungsgericht hat diese ablehnende Haltung der Rechtsprechung für mit der Verfassung vereinbar erklärt.<sup>423</sup>

Im Folgenden soll nun der Versuch unternommen werden, die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO nachzuweisen und gleichzeitig anhand dessen, die Ausgangsentscheidung des Bundesgerichtshofs einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Hierbei gilt es zu beachten, dass die analoge Anwendung einer Norm nur dann vorgenommen werden darf, wenn für eine bestimmte Situation keine eigene Regelung existiert und somit eine Regelungslücke festgestellt werden kann. Diese Regelungslücke darf ferner vom Gesetzge-

---

<sup>416</sup> Für eine analoge Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO OLG Karlsruhe StV 1996, 302 (303); *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 4; *Rieß*, in: L/R<sup>25</sup> § 168c Rn. 14; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 12; *Beulke*, StPO, Rn. 156; *Endriss*, in: FS-Rieß, S. 69 ff.; *Fezer*, JZ 1997, 1019 f.; *Krause*, NJW 1975, 2283 f.; *ders.*, StV 1984, 169 (171); *Küpper/Mosbacher*, JuS 1998, 690 ff.; *Rieß*, StV 1996, 304 ff.; *ders.* NStZ 1997, 353 ff.; *Roxin/Schünemann*, StrafverfahrensR, § 39 Rn. 31; *Schulz*, StraFo 1997, 294 ff.; *Schwaben*, NStZ 2002, 288 (291 f.); *Sieg*, MDR 1986, 285; dagegen *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 14; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 11; *Meyer-Gößner*, StPO § 168c Rn. 1; *ders.*, in: L/R<sup>23</sup> § 168c Rn. 17, 20; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 1; *Zöllner*, in: HK-StPO § 168c Rn. 3; *Gründler*, MDR 1986, 903; *Ranft*, StrafprozessR, Rn. 409; *Schäfer*, StPO, Rn. 356; *Theisen*, JR 1996, 436 f.; *ders.*, JR 1998, 168 f.

<sup>417</sup> BGHSt 42, 391.

<sup>418</sup> BGHSt 42, 391 (395).

<sup>419</sup> BGHSt 42, 391 (396).

<sup>420</sup> OLG Karlsruhe StV 1996, 302.

<sup>421</sup> OLG Karlsruhe StV 1996, 302 (303).

<sup>422</sup> BGH StV 2002, 584; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2003, 238 f.

<sup>423</sup> BVerfG NJW 2007, 204 (205).

ber auch nicht absichtlich belassen worden sein, sondern sie muss sich als unbeabsichtigt darstellen. Nur in diesem Fall kann von einer planwidrigen Regelungslücke gesprochen werden. Denn wenn der Gesetzgeber für eine bestimmte Situation keine gesetzliche Regelung schafft, kann dies auch darin begründet liegen, dass der Normgeber diesen bestimmten Fall gerade nicht gesetzlich regeln wollte. Nur wenn eine solche Negativregelung nicht festgestellt werden kann, darf die vom Gesetzgeber unbeabsichtigte Regelungslücke durch Bildung einer Analogie zu einer vergleichbaren Regelung geschlossen werden.

### I. Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke

Für den hier im Mittelpunkt stehenden Fall bedeutet dies, dass § 168c Abs. 2 StPO nur dann in entsprechender Weise auf die richterliche Vernehmung eines Mitbeschuldigten angewendet werden darf, wenn es der Gesetzgeber bei Schaffung des § 168c StPO nicht mit Bedacht unterlassen hat, dem Beschuldigten und dessen Verteidiger bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten ein Anwesenheitsrecht zu gewähren. Sollte sich die Regelungslücke dagegen als absichtliche Aussparung des Gesetzgebers darstellen, wäre dies als qualifiziertes Schweigen und damit ebenfalls als eine Regelung im Sinne einer Negativregelung zu verstehen. Die vermeintliche Gesetzeslücke wäre damit jedenfalls nicht planwidrig, sondern vom Gesetzgeber bewusst belassen. Eine solche Entscheidung des Gesetzgebers, dem Beschuldigten und seinem Verteidiger gerade kein Anwesenheitsrecht bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten zu gewähren, stünde einer entsprechenden Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO von vornherein entgegen.

#### 1. Regelungslücke

Bei der Frage nach einer Regelungslücke ist zunächst der Wortlaut der existierenden Regelung zu betrachten. Wie bereits oben dargelegt, gewährt § 168c Abs. 2 StPO ausdrücklich dem Beschuldigten, seinem Verteidiger und der Staatsanwaltschaft ein Anwesenheitsrecht nur bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen. Der Mitbeschuldigte wird demgegenüber mit keinem Wort – weder als Inhaber eines Anwesenheitsrechts noch als zu vernehmende Person – erwähnt.<sup>424</sup> In § 168c Abs. 1 StPO ist hingegen die Rede von dem „Beschuldigten“. Solange sich das Ermittlungsverfahren also nur gegen eine Person richtet, hat diese Person als Beschuldigter die dort genannten Rechte. Richten sich die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden dagegen gegen mehrere Personen, so ist jede dieser Personen für sich genommen Beschuldigter. Im Verhältnis zueinander und in ihrer Gesamtheit sind sie demgegenüber Mitbeschuldigte. Wenn in § 168c Abs. 1 StPO also „der Beschuldigte“ erwähnt wird, ist damit grundsätzlich jeder Beschuldigte eines Strafverfahrens gemeint.<sup>425</sup> Gibt es demnach in ei-

<sup>424</sup> So zu Recht auch BGHSt 42, 391 (395).

<sup>425</sup> Von Dellingshausen, in: FS-Stree/Wessels, S. 685.

nem Verfahren mehrere (Mit-)Beschuldigte, gewährleistet § 168c Abs. 1 StPO, dass bei jeder richterlichen Vernehmung eines (Mit-)Beschuldigten jeweils auch dessen Verteidiger und der Staatsanwaltschaft ein Anwesenheitsrecht zusteht. Gleiches gilt wegen § 168c Abs. 2 StPO bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen. Auch hier hat jeder (Mit-)Beschuldigte sowie dessen Verteidiger und die Staatsanwaltschaft ein Recht zu Anwesenheit. Es kann also zu der Situation kommen, dass bei der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen gleich mehrere Beschuldigte und deren Verteidiger ein Recht zur Anwesenheit besitzen. Dementsprechend ist auch jeder einzelne der Beteiligten entsprechend vorher zu benachrichtigen (§ 168c Abs. 5 Satz 1 StPO).

Hinsichtlich etwaiger Anwesenheitsrechte des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung von anderen (Mit-)Beschuldigten trifft § 168c StPO demgegenüber keinerlei Aussage. Diese Konstellation ist damit schlichtweg nicht geregelt. Folglich ist bereits an dieser Stelle festzustellen, dass die Regelung des § 168c StPO zu etwaigen Anwesenheitsrechten des Beschuldigten bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten schweigt; sie ist demnach an dieser Stelle lückenhaft.<sup>426</sup>

## 2. Planwidrigkeit der Regelungslücke

Für die Zulässigkeit einer Analogie kommt es nun entscheidend darauf an, dass sich die festgestellte Regelungslücke auch als vom Gesetzgeber unbeabsichtigt und damit im Ergebnis als planwidrig darstellt. Um eine solche Planwidrigkeit feststellen zu können, muss der Wille des Gesetzgebers bei Erlass des § 168c StPO näher untersucht werden.

Die Regelung des § 168c StPO geht zurück auf Art. 1 Nr. 49 des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens. Eine Neuregelung der Anwesenheitsrechte bei richterlichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren war deshalb notwendig geworden, weil die entsprechenden Vorschriften über die richterliche Voruntersuchung, auf welche § 169 StPO a.F. bis Ende 1974 für richterliche Vernehmungen im Ermittlungsverfahren verwies, mit der Beseitigung der richterlichen Voruntersuchung durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens entfielen.<sup>427</sup> Neben anderen Aspekten war somit auch hinsichtlich etwaiger Anwesenheitsrechte bei richterlichen Vernehmungshandlungen im Ermittlungsverfahren ein entsprechendes Regelungsbedürfnis entstanden.<sup>428</sup> Bis zum Inkrafttreten des § 168c StPO stellte sich die Situation des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen im Wesentlichen wie folgt dar: § 169 Abs. 2 StPO a.F. verwies auf die entsprechende Vorschrift innerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung (§ 193 Abs. 2 StPO a.F.).

<sup>426</sup> So schon Krause, NJW 1975, 2283.

<sup>427</sup> Achenbach, in: AK-StPO § 168c Rn. 1; Krause, NJW 1975, 2283.

<sup>428</sup> Vergleiche BT-Drs. 7/551 S. 76 und hierzu: Achenbach, in: AK-StPO § 168c Rn. 1; von Dellingshausen, in: FS-Stree/Wessels, S. 691 ff; Zaczyk, NStZ 1987, 535.

Hiernach hatten der Beschuldigte und sein Verteidiger ein Anwesenheitsrecht bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen nur dann, wenn dem Erscheinen der fraglichen Auskunftsperson in der Hauptverhandlung für längere Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit, andere nicht zu beseitigende Hindernisse oder eine unzumutbar große Entfernung entgegenstanden (§ 193 Abs. 2 StPO a.F.). Ferner war es erforderlich, dass der Beschuldigte bereits als solcher vernommen worden war oder sich in Untersuchungshaft befand (§ 169 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F.). Durch das Erfordernis einer vorherigen richterlichen Vernehmung oder Inhaftierung des Beschuldigten sollte formal eindeutig geklärt werden, dass es sich bei der Person, der Anwesenheitsrechte bei anstehenden richterlichen Vernehmungen gewährt werden sollten, auch tatsächlich um einen Beschuldigten handelt.<sup>429</sup> Eine Regelung, die dem Beschuldigten und seinem Verteidiger ein Anwesenheitsrecht bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten gewährte, bestand auch nach dem alten Rechtszustand nicht.

Mit der Einführung des „neuen“ § 168c StPO sollten alle nach dem bisherigen Rechtszustand bestehenden Einschränkungen der Anwesenheitsrechte beseitigt und dem Beschuldigten und seinem Verteidiger vielmehr grundsätzlich die Anwesenheit gestattet werden; die Rechte der Beteiligten sollten so eine erhebliche Erweiterung erfahren.<sup>430</sup> Der Gesetzgeber hielt diese Erweiterung „schon deswegen“ für angemessen, weil die Niederschrift über eine richterliche Vernehmung anders als eine Niederschrift über eine staatsanwaltschaftliche Vernehmung nach Maßgabe des § 251 Abs. 1 StPO a.F. „zum Zwecke des Beweises in der Hauptverhandlung verlesen werden kann“.<sup>431</sup>

Auch wenn die Gesetzesbegründung, die im Einzelnen regelte, unter welchen Voraussetzungen die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder eines Mitbeschuldigten durch Verlesung einer Niederschrift über eine Vernehmung ersetzt werden konnte, § 251 Abs. 1 StPO a.F. anspricht, muss dennoch festgestellt werden, dass darüber hinaus ein etwaiges Anwesenheitsrecht des Beschuldigten oder seines Verteidigers bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten nicht ausdrücklich erwähnt wird.<sup>432</sup> Der kurze Verweis auf § 251 Abs. 1 StPO a.F. ist demnach die einzige Stelle, in der der Gesetzgeber die Verfahrensposition von Mitbeschuldigten – wenn auch entfernt und im Ergebnis nur mittelbar – anspricht. Gleichwohl misst der Bundesgerichtshof eben dieser Erwähnung die Aussagekraft bei, schon der bloße Verweis auf § 251 Abs. 1 StPO spreche dafür, dass der Gesetzgeber das Problem rund um die Anwesenheit bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten sehr wohl erkannt habe, da in § 251 Abs. 1 StPO neben Zeugen und Sachverständigen eben auch der Mitbeschuldigte genannt

<sup>429</sup> Von Dellingshausen, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (691); Welp, JZ 1980, S. 134 Fn. 5.

<sup>430</sup> BT-Drs. 7/551, S. 39 und 76.

<sup>431</sup> BT-Drs. 7/551, S. 76.

<sup>432</sup> Krause, NJW 1975, 2283; Schulz, StraFo 1997, 294 (295).

werde.<sup>433</sup> Wenn der Gesetzgeber auf der einen Seite § 251 Abs. 1 StPO nenne und auf der anderen Seite den Mitbeschuldigten in der Regelung des § 168c StPO an keiner Stelle erwähne, zeige dies, dass er den Mitbeschuldigten bewusst nicht in die Regelung des § 168c StPO einbeziehen wolle.<sup>434</sup> Darüber hinaus lasse auch der Umstand, dass § 168c StPO aus den §§ 169 Abs. 2, 193 Abs. 2 StPO a.F. entwickelt wurde und diese den Mitbeschuldigten ebenfalls nicht erwähnten, nicht die Vermutung zu, dass der Gesetzgeber den Mitbeschuldigten bei der Schaffung des § 168c StPO übersehen habe.<sup>435</sup> Bereits aus diesen Gründen lehnt der Bundesgerichtshof das Vorliegen einer Gesetzeslücke ab.<sup>436</sup> Die Urteilsgründe rechtfertigen deswegen den Schluss, dass der Bundesgerichtshof die Nichterwähnung des Mitbeschuldigten in § 168c Abs. 2 StPO im Sinne eines qualifizierten Schweigens und damit als eine Negativregelung versteht, die einer Erfassung des Mitbeschuldigten durch § 168c Abs. 2 StPO entgegensteht.

Diese Argumentationskette des 4. Strafsenats vermag indes nicht zu überzeugen. Wie schon von *Dellingshausen* im Jahre 1993 zutreffend feststellte, wird in der Entwurfsbegründung zu § 168c StPO nur in äußerster Kürze auf die Verlesbarkeit von richterlichen Protokollen nach § 251 Abs. 1 StPO a.F. Bezug genommen.<sup>437</sup> Wegen einer bloßen Nennung des § 251 Abs. 1 StPO a.F. sogleich auf eine entsprechende Intention des Gesetzgebers im Rahmen eines anderen Regelungszusammenhangs zu schließen, ist als Begründung gegen die Annahme eines Anwesenheitsrecht nicht überzeugend. Immerhin befasste sich § 251 Abs. 1 StPO a.F. mit bestimmten Beweisvorgängen im Stadium der Hauptverhandlung, während § 168c Abs. 2 StPO bestimmte Teilnahmerechte im Ermittlungsverfahren zum Gegenstand hat. Will man dennoch aus der Erwähnung des § 251 Abs. 1 StPO a.F. einen Hinweis auf die Ausgestaltung eines Anwesenheitsrechts bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten gewinnen, so muss eines berücksichtigt werden: Die Erwähnung des § 251 Abs. 1 StPO a.F. erfolgt ausschließlich deswegen im Zusammenhang mit der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, weil sich die Reformgesetzgebung im Hinblick auf die Erweiterung von Anwesenheitsrechten nahezu ausschließlich mit solchen befasste, die bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen bestanden.<sup>438</sup> Anwesenheitsrechte bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten waren im Rahmen der Reformgesetzgebung demgegenüber nicht von größerer Bedeutung, da das Anwesenheitsrecht des Verteidigers in dieser Situation bereits einhellig anerkannt war und nicht ernsthaft bezweifelt wurde.<sup>439</sup> Nach dem soeben Gesagten liegt also eher der Schluss nahe, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass er mit

<sup>433</sup> BGHSt 42, 391 (395).

<sup>434</sup> BGHSt 42, 391 (395); *Gründler*, MDR 1996, 903.

<sup>435</sup> BGHSt 42, 391 (395 f.)

<sup>436</sup> BGHSt 42, 391 (395); so bereits *Theisen*, JR 1996, 436.

<sup>437</sup> *Von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (693).

<sup>438</sup> *Von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (693).

<sup>439</sup> So zu Recht *von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (694).

der Vernehmung des Beschuldigten (§ 168c Abs. 1 StPO) und der von Zeugen und Sachverständigen (§ 168c Abs. 2 StPO) alle relevanten Fälle richterlicher Vernehmungen im Ermittlungsverfahren einer Regelung zugeführt hatte.<sup>440</sup> Ebenfalls zutreffend bemerkt *von Dellingshausen* daher, dass der Reformgesetzgeber, wenn er die Problematik rund um den Mitbeschuldigten gesehen hätte, angesichts der erstrebten erheblichen Erweiterung der Anwesenheitsrechte des Beschuldigten und der erkannten Bedeutung richterlicher Vernehmungen für das weitere Verfahren die entsprechenden Rechte des Mitbeschuldigten zumindest erwähnt hätte.<sup>441</sup> Das aber mit der Nichtgewährung eines Anwesenheitsrechts bei der Vernehmung des Mitbeschuldigten eine ebenfalls wichtige Konstellation nicht gesetzlich normiert wurde, scheint damit vom Gesetzgeber schlichtweg übersehen worden zu sein. Hierfür spricht auch die Folgeregelung des § 168d StPO, in dem es um das Anwesenheitsrecht und die Benachrichtigungspflicht des Beschuldigten und des Verteidigers bei der Einnahme richterlichen Augenscheins geht. Wenn dem Beschuldigten und seinem Verteidiger nach § 168d Abs. 1 StPO bei jeder Einnahme richterlichen Augenscheins grundsätzlich ein Anwesenheitsrecht zusteht, wird damit „die legislatorische Grundkonzeption erkennbar, dem Beschuldigten für alle richterlichen Ermittlungshandlungen im Ermittlungsverfahren, ein Anwesenheitsrecht zu sichern.“<sup>442</sup> Ein Grund, gerade die Vernehmung des Mitbeschuldigten von dieser Grundkonzeption auszunehmen, ist nicht überzeugend.<sup>443</sup>

Aus diesen Gründen kann die festgestellte Gesetzeslücke schon als planwidrig verstanden werden. Entgegen der Meinung des Bundesgerichtshofs kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Nichterwähnung des Mitbeschuldigten in § 168c Abs. 2 StPO als qualifiziertes Schweigen verstanden wissen wollte.<sup>444</sup> Eine Negativregelung liegt somit nicht vor. Die Situation der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten ist damit einer entsprechenden Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO prinzipiell zugänglich.

## II. Vergleichbarkeit der Interessenlagen

Eine planwidrige Regelungslücke im Wege der Analogiebildung zu einer anderen Regelung zu schließen, setzt allerdings auch voraus, dass die fraglichen Fallkonstellationen oder die betroffenen Interessenlagen vergleichbar sind und deswegen unter sachlichen Gesichtspunkten gleich behandelt werden müssen. Diese notwendige Vergleichbarkeit der Interessenlagen resultiert aus der Erkenntnis, dass die Bildung einer Analogie letztlich nichts anderes ist als unmittelbar angewendetes Verfassungsrecht. Die entsprechende Anwendung einer Norm stellt

<sup>440</sup> *Sieg*, MDR 1986, 285; *von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (694).

<sup>441</sup> *Sieg* MDR 1986, 285; *von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (694).

<sup>442</sup> So ausdrücklich *Rieß*, StV 1996, 304 (305).

<sup>443</sup> *Rieß*, StV 1996, 304 (305).

<sup>444</sup> So auch *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 14, der dennoch im Ergebnis eine entsprechende Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO ablehnt.

sich als eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) dar; hiernach darf wesentlich Gleiches nicht sachwidrig ungleich behandelt werden.<sup>445</sup>

Hintergrund des § 168c StPO ist die Erkenntnis, dass sich die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens in unterschiedlicher Art und Weise, insbesondere auch über die Verlesungsmöglichkeiten des § 251 Abs. 1 und 2 StPO hinaus, in tatsächlicher Hinsicht auf die nachfolgende Hauptverhandlung auswirken können. Die im Ermittlungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse, wozu auch (richterliche) Vernehmungsprotokolle zählen, stellen die Parameter dar, die sowohl für den weiteren Verlauf des Ermittlungsverfahrens als auch den Verlauf des nachfolgenden Hauptverfahrens bestimmend sein können. Den Ermittlungsergebnissen kommt damit insbesondere eine für die Hauptverhandlung richtungsweisende Tendenz zu. Lediglich das Unmittelbarkeits- (§§ 250 ff. StPO) und das Mündlichkeitsprinzip (§§ 261, 264 StPO) wirken in dieser Hinsicht begrenzend. Sie verlangen, dass bestimmte Beweisergebnisse in der Hauptverhandlung selbst zu erzielen und außerhalb der Hauptverhandlung gewonnene Beweise nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind.

Vor diesem Hintergrund ist der Regelungszweck des § 168c StPO zu erblicken: Um die aus den Ermittlungen herrührenden Ergebnisse auszugleichen und zu vermeiden, dass bereits im vorbereitenden Verfahren, möglicherweise unter Verletzung insbesondere des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) und unter Außerachtlassung des Gebots der Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem, eine für den weiteren Verfahrenslauf möglicherweise vorentscheidende Beweislage herbeigeführt werden kann, ohne dass dem Beschuldigten, beziehungsweise seinem Verteidiger zuvor die Gelegenheit eingeräumt wurde, auf das Zustandekommen dieser Beweislage Einfluss zu nehmen, gewährt § 168c StPO über die dort verbrieften Anwesenheitsrechte den sonstigen Beteiligten die Möglichkeit zur aktiven Einflussnahme auf die Ermittlungs- beziehungsweise Vernehmungshandlungen.<sup>446</sup> Ferner geben sie dem Beschuldigten und dessen Verteidiger die Möglichkeit, sich einen umfassenden Informationsstand zu beschaffen, der weit über das Recht zur Akten- und Protokolleinsicht hinausreicht.<sup>447</sup> § 168c StPO soll so bereits im Ermittlungsverfahren eine effektive Verteidigung ermöglichen.<sup>448</sup>

Rückt man nun die Situation in den Vordergrund, die bei einer richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten vorliegt, ist Folgendes festzustellen: Auch über die richterliche Vernehmung des Mitbeschuldigten wird ein Protokoll gefertigt. Letzteres ist unter Beweisgesichtspunkten eines der entscheidenden Ergebnisse der Vernehmung. Genau wie das Protokoll über die richterliche Verneh-

<sup>445</sup> Krause, NJW 1975, 2283 mit Hinweis auf *Maunz-Dürig*, GG, Art. 3 Rn. 401.

<sup>446</sup> So BGHSt 26, 332 (334).

<sup>447</sup> Schulz, StraFo 1997, 294 (295).

<sup>448</sup> Hilger, NStZ 1989, 283.



mung eines Zeugen oder Sachverständigen können die Protokolle über die Vernehmung von Mitbeschuldigten ebenfalls wegen §§ 251 Abs. 1 und 2, 254 StPO unter bestimmten Voraussetzungen zu Beweis Zwecken in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Die erneute Vernehmung der Auskunftsperson in der Hauptverhandlung kann so ersetzt werden. Mitbeschuldigte im Sinne des § 251 StPO sind solche Auskunftspersonen, die zum Zeitpunkt der Protokollierung den Status eines Mitbeschuldigten hatten.<sup>449</sup> Demnach sind auch die richterlichen Protokolle früherer Mitbeschuldigter, die im Zeitpunkt der Verwertung wegen Erledigung oder Abtrennung des gegen sie geführten Verfahrens nicht mehr als Mitangeklagte am Verfahren teilnehmen und die nunmehr bei Abwesenheit in der Hauptverhandlung als Zeugen zu hören wären, unter den Voraussetzungen des § 251 StPO verlesbar.<sup>450</sup> Eine Verlesung zu Beweis Zwecken nach § 251 StPO ist allerdings nur dann zulässig, wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat und alle Beteiligten der Verlesung zustimmen (Absatz 1 Nr. 1) oder der Mitbeschuldigte entweder verstorben ist oder in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann (Absatz 1 Nr. 2). Ferner ist die Verlesung richterlicher Protokolle zulässig, wenn dem Erscheinen des Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen (Absatz 2 Nr. 1) oder alle Beteiligten der Verlesung zustimmen.

Insbesondere bei Mitbeschuldigten ist die Gefahr, dass sie sich dem späteren Hauptverfahren durch Flucht oder sonstiges Verbergen entziehen, erheblich größer, als dies bei Zeugen und Sachverständigen der Fall ist.<sup>451</sup> Ist der Aufenthaltsort einer solchen Auskunftsperson unbekannt, kann sie in der Hauptverhandlung schwerlich vernommen werden. Aus diesem Grund wäre eine Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls nach § 251 Abs. 2 StPO damit zulässig. Die ermittelungsrichterliche Vernehmung dieses Mitbeschuldigten ist demzufolge die einzige Möglichkeit des Beschuldigten und seines Verteidigers, auf das Zustandekommen der Aussage und des Protokolls aktiv Einfluss zu nehmen. Nach dem zuvor Gesagten besteht also auch bei der richterlichen Vernehmung von Mitbeschuldigten im Ermittlungsverfahren grundsätzlich die nicht zu unterschätzende Gefahr einer Vorwegnahme der Hauptverhandlung.<sup>452</sup> Als Ausgleich für eine etwaige Abwesenheit des Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung sollte dem Beschuldigten und seinem Verteidiger deswegen die Anwesenheit bei der vorweggenommenen Vernehmung im Ermittlungsverfahren gesetzlich zugestanden werden.

---

<sup>449</sup> BGHSt 10, 186 (189); *Sander/Cirener*, in: L/R § 251 Rn. 13; *von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, 685 (687).

<sup>450</sup> BGHSt 10, 186 (189); BGH NStZ 1984, 464; *Meyer-Goßner*, StPO § 251 Rn. 4; *Larsen*, in: FS-Müller, S. 3 (4).

<sup>451</sup> *Von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (687).

<sup>452</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 10.

Bei einer gemeinsamen Hauptverhandlung gegen mehrere Personen dürfen ferner frühere Erklärungen eines Mitangeklagten, die dieser im Rahmen einer richterlichen Vernehmung getätigt hat, nach § 254 StPO zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden.<sup>453</sup> Für die Verwertbarkeit soll es sogar nicht von Bedeutung sein, ob der Mitangeklagte die frühere Aussage als Zeuge oder als Mitbeschuldigter gemacht hat.<sup>454</sup> Das so verlesene Protokoll ist gegen andere Mitangeklagte verwertbar, sofern sich das Geständnis auch auf tatsächliche Vorgänge bezieht, mit denen der Anklagevorwurf gegen den Mitangeklagten in einem inneren Zusammenhang steht.<sup>455</sup> Auch diese zusätzliche Verlesungsmöglichkeit spricht dafür, dass die dem Protokoll zugrunde liegende Aussage prinzipiell im Beisein des Beschuldigten und seines Verteidigers erfolgen sollte.

Unter inhaltlichen Gesichtspunkten kann die Aussage des Mitbeschuldigten bei einer richterlichen Vernehmung zudem von weitaus größerer Bedeutung für den Beschuldigten sein als die Aussage von Zeugen und Sachverständigen.<sup>456</sup> Zwar führt der 1. Strafsenat als Argument gegen eine analoge Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO an, dass der Mitbeschuldigte im Gegensatz zu einem Zeugen oder Sachverständigen gerade keiner Wahrheitspflicht unterliege und sich deswegen ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei dessen Vernehmung negativ auf das Interesse der Allgemeinheit an Wahrheitsfindung und effektiver Strafrechtspflege auswirken würde.<sup>457</sup> Bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten bestehe, insbesondere wenn es sich um die erste Vernehmung handele, typischerweise eine Konfliktsituation und die Gefahr einer Beeinträchtigung, Verfälschung und Abstimmung von Aussagen.<sup>458</sup> Einer solchen Befürchtung kann jedoch durch eine umfassende Analogie, die neben § 168c Abs. 2 StPO auch die Absätze 3 bis 5 erfasst, wirksam entgegengetreten werden.<sup>459</sup> Speziell, was die Abstimmung von Aussagen anbetrifft, muss zudem beachtet werden, dass ein solches Verhalten aus Sicht der Verteidigung nicht von vornherein als unzulässig betrachtet werden kann. Eine Koordinierung der Verteidigungsstrategie einschließlich des Verteidigungsverhaltens ist auch im Hinblick auf etwaige Einlassungen der Beschuldigten möglich, ohne dass dies zugleich den Bereich des Zulässigen überschreiten würde.<sup>460</sup> Außerdem verbleibt der Staatsanwaltschaft bei entsprechenden Befürchtungen stets die Möglichkeit, die Vernehmung des Mitbeschuldigten

<sup>453</sup> BGHSt 22, 372 (374).

<sup>454</sup> BGH NJW 1952, 1027.

<sup>455</sup> BGHSt 3, 149 (153); 22, 372; *Diemer*, in: KK-StPO § 254 Rn. 8; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; anders dagegen *Roxin/Schünemann*, StrafverfahrensR, § 46 Rn. 19; *Schneidewin*, JR 1951, 481 (486).

<sup>456</sup> Hierzu auch *Prittwitz*, NStZ 1981, 463.

<sup>457</sup> BGHSt 42, 391 (396).

<sup>458</sup> BGHSt 42, 391 (396); in die gleiche Richtung *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 14.

<sup>459</sup> *Rieß*, StV 1996, 304 (306); *Schulz*, StraFo 1997, 294 (296); *Sieg*, MDR 1986, 285.

<sup>460</sup> Näher zur Zulässigkeit der sogenannten Sockelverteidigung OLG Frankfurt NStZ 1981, 145; *Ostendorf*, JZ 1979, 252 (254); *Richter*, NJW 1993, 2152 (2153).

selbst durchzuführen (§ 163a Abs. 1 StPO). Hierbei hätte dann weder der (Mit-)Beschuldigte noch sein Verteidiger ein Recht zur Anwesenheit.<sup>461</sup> Etwasige Gefährdungen des Untersuchungszwecks können so vermieden werden.

Das Anwesenheitsrecht des (Mit-)Beschuldigten kann im Übrigen auch positive Auswirkungen auf die vom Bundesgerichtshof genannten Interessen an Wahrheitsfindung und effektiver Strafrechtspflege haben. So kann es sich etwa auch auf die Verteidigungsposition des (Mit-)Beschuldigten nachteilig auswirken, wenn der Mitbeschuldigte eine Tatbeteiligung gänzlich bestreitet und den (Mit-)Beschuldigten der alleinigen Täterschaft bezichtigt oder wenn er den Versuch unternimmt, den eigenen Tatbeitrag zu Lasten des (Mit-)Beschuldigten herunterzuspielen.<sup>462</sup> Hätte der Mitbeschuldigte seine Aussage dagegen im Beisein des (Mit-)Beschuldigten und dessen Verteidiger zu machen, kann deren Anwesenheit für sich genommen schon eine psychologische Barriere darstellen, die der Vernommene vor einer gänzlich falschen, teilweise falschen oder unvollständigen Aussage zu überwinden hätte. Demnach kann der Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers eine jedenfalls im Ansatz bestehende positive Auswirkung auf den Wahrheitsgehalt der Aussage nicht abgesprochen werden. Dieser Effekt käme dann auch der Wahrheitsfindung und der Effektivität der Strafrechtspflege insgesamt zu Gute. Das Argument, das der Bundesgerichtshof gegen die Ausweitung des Anwesenheitsrecht anführt, kann demnach im gleichem Maße auch für eine analoge Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO fruchtbar gemacht werden.<sup>463</sup>

Darüber hinaus sprechen auch rein pragmatische Erwägungen für die entsprechende Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO. Es sind durchaus Situationen denkbar, in denen es vom Zufall abhängig ist, ob eine Person zum selben Tatgeschehen als verdächtiger Zeuge oder als Mitbeschuldigter vernommen wird. Wie ein Teil der Literatur<sup>464</sup> und das Oberlandesgericht Karlsruhe<sup>465</sup> zu Recht anmerken, ist es kaum einzusehen, dass die Anwesenheit und Teilnahme bei der richterlichen Vernehmung dieser Person von der oftmals zufälligen Qualifizierung als Zeuge (dann § 168c Abs. 2 StPO) oder Mitbeschuldigter abhängig sein soll. Im Zweifel läge das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten sogar im Belieben der Staatsanwaltschaft. Dies wäre namentlich dann der Fall, wenn sie durch eine Verfahrenstrennung oder -verbindung aus einem Zeugen einen Mitbeschuldigten

---

<sup>461</sup> Siehe hierzu zweites Kapitel Gliederungspunkt B. I. (S. 28 ff.).

<sup>462</sup> So auch *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 4; *Rieß*, in: L/R<sup>25</sup> § 168c Rn. 14; *Fezer*, JZ 1997, 1019; *Krause*, NJW 1975, 2283; *Küpper/Mosbacher*, JuS 1990, 690 (692 ff.); *Schulz*, StraFo 1997, 294 (296); *Sieg*, MDR 1986, 285; *von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, 685 (696).

<sup>463</sup> *Schulz*, StraFo 1997, 294 (296).

<sup>464</sup> Vergleiche *Schulz*, StraFo 1997, 294 (296); *Sieg*, MDR 1986, 285; *von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (697 f.).

<sup>465</sup> OLG Karlsruhe StV 1996, 302 (303).

oder umgekehrt machen würde.<sup>466</sup> Zwar wäre bei solchen manipulierten und von sachfremden Erwägungen getragenen Rollenwechseln die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes ein probates Mittel, um entsprechenden Aktivitäten der Staatsanwaltschaft Einhalt zu gebieten,<sup>467</sup> jedoch wird die Beweislage für ein solches manipulatives Verhalten in vielen Fällen schwierig sein.<sup>468</sup>

Wenn an mancher Stelle gegen die entsprechende Anwendbarkeit des § 168c Abs. 2 StPO bei der Vernehmung Mitbeschuldigter die rein praktische Erwägung angeführt wird, dass die Anerkennung eines solchen Anwesenheitsrechts eine erhöhte Anzahl von Terminbenachrichtigungen (§ 168c Abs. 5 Satz 1 StPO analog) mitsichbringt, so sei erwidert, dass dies ebenso der Fall ist bei einer Zeugenvernehmung im Verfahren mit mehreren Beschuldigten und es daher keineswegs eine Besonderheit bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten darstellt.<sup>469</sup>

### III. § 168c Abs. 2 StPO analog – Widerspruch zum Untersuchungsverfahren

Zu guter Letzt führt der 4. Strafsenat als Begründung gegen eine entsprechende Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO die nach seinem Verständnis widersprüchliche Argumentation des Oberlandesgerichts Karlsruhe<sup>470</sup> und einiger Autoren<sup>471</sup> an. Letztere treten zwar einerseits für ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und des Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten ein, halten aber andererseits ein vergleichbares Recht bei der Verhandlung im Haftprüfungsverfahren des Mitbeschuldigten nach geltendem Recht für nicht konstruierbar.<sup>472</sup> Das Hauptargument für die unterschiedliche Handhabung soll dabei die besondere Situation im Haftverfahren sein. In der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten innerhalb des Haftprüfungsverfahrens gehe es in erster Linie um das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts und das Bestehen von Haftgründen. Diese beiden Punkte betreffen aber immer nur den einzelnen Mitbeschuldigten, dessen Inhaftierung gerade überprüft werde. Dementsprechend gehe es hier ausschließlich um die Entscheidung, ob der Haftbefehl gegen den jeweiligen Mitbeschuldigten aufzuheben sei.<sup>473</sup> Der Sinn und Zweck von Vernehmungen im Rahmen des Haftverfahrens unterscheide sich daher maßgeblich von einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung im Sinne des § 168c StPO.<sup>474</sup>

<sup>466</sup> Schulz, StraFo 1997, 294 (296); Sieg, MDR 1986, 285; von Dellingshausen, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (697 f.).

<sup>467</sup> In diese Richtung abzielend von Dellingshausen, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (696 f.).

<sup>468</sup> Schulz, StraFo 1997, 294 (296).

<sup>469</sup> Rieß, in: L/R<sup>24</sup> § 168c Rn. 14; von Dellingshausen, in: FS-Stree/Wessels, 685 (699).

<sup>470</sup> OLG Karlsruhe StV 1996, 302 (303).

<sup>471</sup> So von Dellingshausen, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (700 ff.).

<sup>472</sup> OLG Karlsruhe StV 1996, 302 (303) unter Hinweis auf von Dellingshausen, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (703).

<sup>473</sup> OLG Karlsruhe StV 1996, 302 (303).

<sup>474</sup> OLG Karlsruhe StV 1996, 302 (303) unter Hinweis auf von Dellingshausen, in: FS-Stree/Wessels, S. 685 (702 f.).

In der Sache völlig zu Recht erkennt der 4. Strafsenat, dass es inkonsequent erscheint, ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten grundsätzlich anzunehmen, gleichwohl hiervon bei der richterlichen Verhandlung/Vernehmung im Haftverfahren eine Ausnahme zu machen.<sup>475</sup> Hätte der Gesetzgeber die Existenz des Mitbeschuldigten bei Schaffung des § 168 c StPO nicht bedacht, müsse dies konsequenterweise auch für die Vernehmung im Haftverfahren gelten.<sup>476</sup> Denn gerade bei der Beurteilung der Haftfrage werde entscheidend auf den dringenden Tatverdacht abgestellt und damit der Tatvorwurf selbst erörtert, so dass hier unter dem Gesichtspunkt der effektiven Verteidigung ein besonderes Informationsinteresse des (Mit-)Beschuldigten bestehen könne.<sup>477</sup> Bedauerlicherweise zieht der 4. Strafsenat aus seiner eigenen Argumentation nicht den naheliegenden Schluss, dass die Auffassung, im Haftprüfungsverfahren sei ein entsprechendes Anwesenheitsrecht des Beschuldigten nicht denkbar, an dieser Stelle fehl geht.<sup>478</sup>

Genau wie das Protokoll über eine ermittelungsrichterliche Vernehmung in der späteren Hauptverhandlung verwertet werden kann, gilt Gleiches für richterliche Protokolle, die im Rahmen des Haftprüfungsverfahrens erstellt werden.<sup>479</sup> Da die im Protokoll enthaltene Aussage eines Mitbeschuldigten ebenfalls in die spätere Hauptverhandlung eingeführt werden kann, ist dem Beschuldigten und seinem Verteidiger wegen des Grundsatzes einer effektiven Verteidigung auch bei der richterlichen Vernehmung im Haftprüfungsverfahren ein Anwesenheitsrecht zuzugestehen. Genau wie bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung des Zeugen wird den Beteiligten so die Möglichkeit gegeben, durch etwaige Mitwirkungshandlungen das Ergebnis der Verhandlung aktiv zu beeinflussen.<sup>480</sup> Folglich ist es notwendig und im Hinblick auf § 168c Abs. 2 StPO konsequent, wenn dem Beschuldigten und seinem Verteidiger auch bei der Verhandlung während der Haftprüfung oder der Haftbeschwerde eines Mitbeschuldigten ein Anwesenheitsrecht zusteht.<sup>481</sup>

#### IV. Fazit

Dem Beschuldigten und seinem Verteidiger auf der einen Seite zwar die Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen zu ermöglichen, ihnen diese aber andererseits bei der in vielen Fällen noch bedeut-

---

<sup>475</sup> BGHSt 42, 391 (396).

<sup>476</sup> BGHSt 42, 391 (396).

<sup>477</sup> BGHSt 42, 391 (397).

<sup>478</sup> Die Quintessenz des 4. Strafsenats lautet dagegen: „Wenn das Gesetz für richterliche Vernehmungen im Haftverfahren kein Anwesenheitsrecht des Mitbeschuldigten vorsieht, spricht dies daher ebenfalls dafür, ein solches, auch für sonstige richterliche Vernehmung nicht zuzulassen.“, vergleiche BGHSt 42, 391 (397).

<sup>479</sup> *Larsen*, in: FS-Müller, S. 3 (14); *Rieß*, StV 1996, 304 (307); *Schulz*, StraFo 1997, 294 (296).

<sup>480</sup> Vergleiche *Larsen*, in: FS-Müller, S. 3 (12 f.)

<sup>481</sup> So auch *Larsen*, in: FS-Müller, S. 3 (14); *Schulz*, StraFo 1997, 294 (298).

sameren Vernehmung von Mitbeschuldigten zu verwehren, ist inkonsequent und im Hinblick auf den Grundsatz eines fairen Verfahrens nicht akzeptabel.<sup>482</sup> Beide Situationen sind derart ähnlich, dass eine Ungleichbehandlung unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht überzeugend ist.<sup>483</sup> Die in beiden Situationen vorherrschende Interessenslage ist somit vergleichbar. Demnach ist die festgestellte Regelungslücke durch eine entsprechende Anwendung der § 168c Abs. 2 bis 5 StPO zu schließen. Der Beschuldigte und sein Verteidiger erhalten in analoger Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO ein Anwesenheitsrecht bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten. Der Verteidiger hat dementsprechend auch über § 147 Abs. 3 StPO ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht hinsichtlich der Niederschrift über die Vernehmung des Mitbeschuldigten. Führt die Anwesenheit des Beschuldigten zu einer Gefährdung des Untersuchungszwecks, so kann er entsprechend § 168c Abs. 3 StPO von der Vernehmung ausgeschlossen werden. Diese Ausschlussmöglichkeit gilt indes nicht für den Verteidiger. Er hat vielmehr auch bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten ein unbeschränktes Anwesenheitsrecht. Sowohl der Beschuldigte als auch sein Verteidiger sind entsprechend § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO von der bevorstehenden Vernehmung des Mitbeschuldigten zu benachrichtigen. Dies gilt nicht, soweit ein Absehen von der Benachrichtigungspflicht wegen Gefährdung des Untersuchungserfolgs entsprechend § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO möglich ist. Für den inhaftierten Beschuldigten gilt darüber hinaus § 168c Abs. 4 StPO entsprechend.

---

<sup>482</sup> Nach *Sieg*, MDR 1986, 285 „entbehrt es jeder inneren Logik, dem Beschuldigten bei Vernehmungen des Mitbeschuldigten generell die Anwesenheit zu versagen...“

<sup>483</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 12; *Fezer*, JR 1997, 1019 (1020); *Krause*, NJW 1975, 2283.

## **Viertes Kapitel. Einschränkung von Anwesenheitsrechten (§ 168c Abs. 3 und 4 StPO)**

### **A. Ausschluss des Beschuldigten nach § 168c Abs. 3 StPO**

Das in § 168c Abs. 2 StPO vorgesehene Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen wird in Absatz 3 bestimmten Einschränkungen unterworfen. Nach § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO kann der Richter „einen Beschuldigten von der Anwesenheit bei der Verhandlung ausschließen, wenn dessen Anwesenheit den Untersuchungszweck gefährden würde“. Diese Ausschließungsmöglichkeit gilt dem Wortlaut des Gesetzes folgend ausschließlich für den Beschuldigten und nicht für den Verteidiger. Letzterem kommt damit ein, jedenfalls nach Absatz 3, unbeschränkbares Anwesenheitsrecht zu.<sup>484</sup> Aufgrund der dem Verteidiger zuerkannten Stellung im Strafverfahren, wonach es der besondere Status von Rechtsanwälten als Mittler zwischen Öffentlichkeit und den Gerichten rechtfertigt, von ihnen zu erwarten, dass sie zu einer ordentlich funktionierenden (Straf-)Justiz beitragen und dadurch das Vertrauen in die Justiz aufrechterhalten,<sup>485</sup> dürfte deren Teilnahme an der Vernehmung dem gesetzgeberischen Leitbild entsprechend auch nicht zu einer Gefährdung des Untersuchungszwecks führen. Damit ist die schrankenlose Gewährung eines Anwesenheitsrechts von Strafverteidigern folgerichtig und nicht zu beanstanden.

Für die persönliche Anwesenheit des Beschuldigten ist demgegenüber die Frage entscheidend, ob sie mit einer Gefährdung des Untersuchungszwecks verbunden ist. Eine Legaldefinition des Untersuchungszwecks findet sich an keiner Stelle. Möglicherweise kann aber § 168c StPO selbst darüber Aufschluss geben, was sich hinter dem Begriff Untersuchungszweck verbirgt. Bemerkenswerterweise ist nämlich die vom Gesetzgeber in den jeweiligen Absätzen des § 168c StPO verwendete Terminologie nicht einheitlich.

Während in § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO für die Möglichkeit von der Benachrichtigung absehen zu können, eine „Gefährdung des Untersuchungserfolgs“ maßgeblich ist, bildet in Absatz 3 Satz 1 die „Gefährdung des Untersuchungszwecks“ das entscheidende Ausschlusskriterium. Wenngleich einerseits vom Untersuchungserfolg und andererseits vom Untersuchungszweck die Rede ist, ist bei beiden verwendeten Begrifflichkeiten eine gewisse Kongruenz nicht von der Hand zu weisen. Der Untersuchungserfolg im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO wird gemeinhin als die Gewinnung einer wahrheitsgemäßen Aussage angesehen, die in einem späteren Abschnitt des Strafverfahrens verwertet werden kann.<sup>486</sup> Über dieses Verständnis des Untersuchungserfolgs können Rückschlüsse

<sup>484</sup> Griesbaum, in: KK-StPO § 168c Rn. 6; Joecks, StPO § 168c Rn. 3; Walther, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 6.

<sup>485</sup> EGMR NJW 2004, 3317 (3318); 2006, 2901 (2906); vergleiche auch § 1 BRAO.

<sup>486</sup> BGHSt 29, 1 (3); BayObLG NJW 1978, 232 (233); Meyer-Goßner, StPO § 168c Rn. 5.

auf die Bedeutung des Untersuchungszwecks in Absatz 3 Satz 2 gezogen werden. Wenn der mit einer richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren beabsichtigte Untersuchungserfolg in der Gewinnung einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage erblickt wird, dann gibt dieses gewünschte Resultat gleichzeitig auch den Zweck der richterlichen Vernehmung und damit der Untersuchung vor: Zweck einer jeden richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren ist damit die Gewinnung eben dieser Aussage. Mit dieser Intention muss die Untersuchungshandlung durchgeführt werden, bestimmt sich der Zweck doch immer über das gewünschte erhoffte Ergebnis. Folglich sind die Begriffe Untersuchungszweck (§ 168c Abs. 3 Satz 1 StPO) und Untersuchungserfolg (§ 168c Abs. 5 Satz 2 StPO) inhaltlich kongruent.<sup>487</sup>

Maßgebliches Kriterium für einen Ausschluss des Beschuldigten ist also die drohende Gefährdung des Untersuchungszwecks. Die Frage, wann eine Gefährdung des Untersuchungszwecks im Sinne des § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO vorliegt, beantwortet das Gesetz selbst nicht.<sup>488</sup> Auch die Entstehungsgeschichte des § 168c StPO ergibt hierüber keinen Aufschluss.<sup>489</sup> Die für sich genommen recht konturenlos gehaltene Formulierung des Satz 1 wird in § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO allerdings dadurch konkretisiert, dass hier als Beispiel für eine Gefährdung des Untersuchungszwecks die Befürchtung angeführt wird, der Zeuge werde in Gegenwart des Beschuldigten nicht die Wahrheit sagen. Ein solches Verhalten liefe dem Zweck der Vernehmung, namentlich der Gewinnung einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage, klar zuwider. Mit der beispielhaften Konkretisierung des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO gibt der Gesetzgeber den ersten größeren Bereich zu erkennen, der seiner Meinung nach für den Untersuchungszweck eine potentielle Gefährdung bedeuten kann. Es geht um das alleine durch die Anwesenheit des Beschuldigten beeinflusste Aussageverhalten von Zeugen, welches sich im am Ende in einer nicht wahrheitsgemäßen Aussage niederschlagen kann und dadurch den Zweck der Untersuchung ernsthaft gefährdet.

Unabhängig vom Beispielfall des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO sind durch die persönliche Anwesenheit des Beschuldigten aber auch anderweitige Gefährdungen des Untersuchungszwecks denkbar. Zum einen können diese Gefahren im Verhalten des Beschuldigten selbst begründet sein. Zu denken wäre hier an mögliche Verdunkelungshandlungen, die der Beschuldigte im Anschluss an und bedingt durch die Vernehmung vornehmen könnte. Letztere bilden damit den zweiten größeren Bereich, der in gleichem Maße eine Gefahr für den Untersuchungszweck darstellen kann. Zum anderen kann auch eine drohende zeitliche Verzögerung

<sup>487</sup> Ebenfalls einen inhaltlichen Unterschied verneinend *Meyer-Goßner*, JR 1980, 254 (255); *Zaczyk*, NStZ 1987, 535 (536).

<sup>488</sup> Vergleiche BGHSt 29, 1 (3) allerdings zur gleichformulierten Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO.

<sup>489</sup> BT-Drs. 7/551 S. 76; BT-Drs. 7/2600 S. 6; BR-Drs. 117/73 S. 76 spricht lediglich allgemein von drohenden Verdunkelungsmaßnahmen des Beschuldigten.



rung, die mit einer Hinzuziehung des Beschuldigten zur Vernehmung verbunden sein kann, als eine potentielle Gefahr für den Untersuchungszweck angesehen werden.

Ogleich hier unterschiedliche Gefahren für den Untersuchungszweck erkennbar werden, ist die Ausschließungsmöglichkeit des § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO in Anbetracht der Bedeutung, die dem Anwesenheitsrecht als Grundlage für die Ausübung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten zukommt, restriktiv zu interpretieren und dementsprechend in ihren Voraussetzungen eng auszulegen.<sup>490</sup> Ist durch die Anwesenheit des Beschuldigten nur bei Teilen der Vernehmung eine Gefährdung des Untersuchungszwecks zu erwarten, hat sich der Ausschluss möglichst auf die gefährdeten Teile zu beschränken und ist in den übrigen Vernehmungsteilen daher nicht angezeigt.<sup>491</sup> In Anbetracht einer restriktiven Handhabung der Ausschließung ist es ferner erforderlich, dass im konkreten Anwendungsfall aufgrund zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte zu besorgen ist, dass gerade die Anwesenheit des Beschuldigten eine konkrete Gefährdung des Untersuchungszwecks zur Folge haben würde.<sup>492</sup> Eine lediglich abstrakte Möglichkeit oder Befürchtung, die Anwesenheit des Beschuldigten werde den Untersuchungszweck in irgendeiner Art und Weise gefährden, reicht demnach für einen Ausschluss nach § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO keinesfalls aus. Der vernehmende Richter hat die konkreten Anhaltspunkte, die in der konkreten Situation auf eine Gefährdung des Untersuchungszwecks hindeuten, darzulegen und die Ausschließungsentscheidung entsprechend zu begründen.

#### I. Verändertes Aussageverhalten von Zeugen (§ 168c Abs. 3 Satz 2 StPO)

Als gesetzlich typisierten Unterfall einer Gefährdung des Untersuchungszwecks nennt § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO die Befürchtung, dass ein Zeuge in Gegenwart des Beschuldigten nicht wahrheitsgemäß aussagen werde.<sup>493</sup> Durch den Abbau etwaiger psychologischer Hemmungen, die einer wahrheitsgetreuen Aussage im Beisein des Beschuldigten entgegenstehen könnten, kann der Ausschluss des Beschuldigten in dieser Situation der Wahrheitsermittlung unmittelbar dienen.<sup>494</sup> Vor einem Ausschluss des Beschuldigten bleibt jedoch zu bedenken, dass seine Anwesenheit – insbesondere die damit verbundene uneingeschränkte Gewährleistung seines Fragerechts (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 240 Abs. 2 StPO) – für die Wahrheitsermittlung auch förderlich sein kann. So können etwa gezielte Nachfragen des Beschuldigten dazu beitragen, dass sich der Zeuge an Geschehnisse erinnert, die ohne die Nachfrage im Verborgenen geblieben wären. Zwar

<sup>490</sup> Erb, in: L/R § 168c Rn. 16; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 19; Grünwald, S. 56 f.

<sup>491</sup> Erb, in: L/R § 168c Rn. 16; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 20;

<sup>492</sup> Achenbach, in: AK-StPO § 168c Rn. 6; Erb, in: L/R § 168c Rn. 15, 17; Griesbaum, in: KK-StPO § 168c Rn. 6; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 20.

<sup>493</sup> Erb, in: L/R § 168c Rn. 15; Meyer-Goßner, StPO § 168c Rn. 4; Pfeiffer, StPO § 168c Rn. 2; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 20.

<sup>494</sup> Becker, in: L/R § 247 Rn. 14.

kann ein vergleichbarer Effekt möglicherweise auch durch die Anwesenheit des Verteidigers ausgelöst werden, allerdings hat jener die Tatsituation ebenfalls nicht unmittelbar miterlebt – der Beschuldigte möglicherweise hingegen schon. Die in der Rechtspraxis kaum vorstellbare Befürchtung, ein Sachverständiger werde in Gegenwart des Beschuldigten nicht die Wahrheit sagen, reicht nicht für einen Ausschluss des Beschuldigten von der Vernehmungssituation aus.<sup>495</sup>

Der Ermittlungsrichter hat stets eine Prognoseentscheidung dahingehend zu treffen, wie sich die zu vernehmende Person bei Anwesenheit des Beschuldigten wohl verhalten wird und inwiefern ihr Aussageverhalten durch dessen Anwesenheit beeinflusst werden könnte. Auch hier müssen stets konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass schon die bloße Anwesenheit des Beschuldigten das Aussageverhalten des Zeugen negativ beeinflussen könnte. Dabei reicht der Umstand, dass ein Zeuge nicht bereit ist, in Anwesenheit des Beschuldigten auszusagen, für sich genommen nicht aus, um den Beschuldigten von der Vernehmung auszuschließen.<sup>496</sup> Die Anwesenheitsrechte im Strafverfahren stehen nicht zur Disposition anderer Verfahrensbeteiligter, Zeugen oder Sachverständigen. In Anbetracht der Bedeutung des Anwesenheitsrechts des Beschuldigten für die Effektivität seiner Verteidigung, insbesondere aber vor dem Hintergrund des Rechts auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK wäre eine solche faktische Dispositionsbefugnis mit den Grundprinzipien des deutschen Strafverfahrens nicht zu vereinbaren.

#### 1. Angedrohte Zeugnisverweigerung als Fall des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO

Eine andere denkbare Reaktion des vernommenen Zeugen auf die Anwesenheit des Beschuldigten könnte allerdings darin liegen, dass er sich zur Ausübung eines ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrechts veranlasst sieht. Mit anderen Worten: Der zeugnisverweigerungsberechtigte Zeuge macht seine Aussage vor dem Ermittlungsrichter davon abhängig, ob diese in Gegenwart des Beschuldigten zu erfolgen hat oder nicht. Sollte der Beschuldigte in der Vernehmungssituation anwesend sein, macht der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch und schweigt. Das Ziel der richterlichen Vernehmung, eine wahrheitsgemäße und verwertbare Aussage zu erlangen, bliebe damit unerreicht.

Die Motive für ein solches Verhalten des Zeugen können unterschiedlicher Art sein. In ihrer Gesamtheit stellen sie einen bunt gefächerten Strauß von Beweggründen dar. Diese reichen von Angst vor dem Beschuldigten über den Willen, Letzteren zu schonen, bis zum Bemühen, neuen Unfrieden zwischen den Betroffenen zu vermeiden.<sup>497</sup> Ob allerdings eine diesbezügliche Erwartung des Richters ausreicht, um den Beschuldigten von der Vernehmungssituation nach Absatz 3

<sup>495</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 15.

<sup>496</sup> BGHSt 51, 150 (156); *Wohlens*, in: SK-StPO § 168c Rn. 20; *Eisele*, JR 2007, 303.

<sup>497</sup> *Peters*, JR 1978, 174.

auszuschließen, wird kontrovers diskutiert.<sup>498</sup> Zwar wird diese Frage regelmäßig im Zusammenhang mit dem Unterlassen der Benachrichtigung gemäß § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO aufgeworfen, gleichwohl handelt es sich der Sache nach vorrangig um eine Frage der Ausschließungsbefugnis nach Absatz 3 Satz 2.<sup>499</sup>

Zur Beantwortung dieser Frage ist es zunächst erforderlich, sich nochmals die Ausgangssituation zu vergegenwärtigen. Wird der Beschuldigte wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks über § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO von der Teilnahme an der Vernehmung ausgeschlossen, hat er grundsätzlich wegen des in § 240 Abs. 2 StPO normierten Fragerechts im späteren Hauptverfahren erneut Gelegenheit, den Zeugen selbst zu befragen. Insbesondere hierdurch bleibt dem Beschuldigten das Recht auf konfrontative Befragung (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) erhalten. Diese Möglichkeit der persönlichen Befragung entfällt jedoch, wenn sich der Zeuge in der anschließenden Hauptverhandlung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, keine weiterführenden Angaben macht und seine im Ermittlungsverfahren getätigte Aussage auch nicht wiederholt. Für den Angeklagten stellt ein solches Verhalten eine prekäre Verfahrenssituation dar, die seine Verteidigungsbemühungen nicht unwesentlich erschwert.

Zwar verbietet die Regelung des § 252 StPO nach überwiegender Ansicht die Verlesung und die darauf beruhende Verwertung<sup>500</sup> von Protokollen vorangegangener Vernehmungen in gleichem Maße wie die Einführung des Vernehmungsinhalts durch die Vernehmung der jeweiligen Verhörspersonen als Zeugen vom Hörensagen,<sup>501</sup> gleichwohl bleibt es nach dieser Ansicht zulässig, den Ermittlungsrichter in der Hauptverhandlung als Zeugen vom Hörensagen zu vernehmen, vorausgesetzt er hat den Zeugen bei dessen Vernehmung im Ermittlungsverfahren über sein Zeugnisverweigerungsrecht ordnungsgemäß belehrt.<sup>502</sup> Auf diesem Umweg kann die Aussage des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen dann doch in die Hauptverhandlung eingeführt und verwertet werden, ohne dass der Beschuldigte auch nur einmal die Gelegenheit hatte, den Zeugen persönlich zu befragen.<sup>503</sup> Sollte der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren noch keinen Verteidiger gehabt haben, der an seiner Stelle an der richterlichen Vernehmung

<sup>498</sup> Dafür etwa BayObLG NJW 1978, 223; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 3; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 6; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 6; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 5; dagegen *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 6; *Peters*, JR 1978, 174; ausdrücklich offengelassen in BGHSt 29, 1 (4).

<sup>499</sup> So auch *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 16a.

<sup>500</sup> Zur Existenz eines über die Verlesung hinausgehenden Verwertungsverbotes BGHSt 2, 99 (105); *Meyer-Goßner*, StPO § 252 Rn. 12; *Pfeiffer*, StPO § 252 Rn. 1; *Sander/Cirener*, in: L/R § 252 Rn. 7.

<sup>501</sup> *Eisele*, JR 2004, 12 (13).

<sup>502</sup> BGHSt 2, 99 (106); 20, 384 f.; zum Teil wird aber auch die Vernehmung des Ermittlungsrichters als unzulässig erachtet, da eine Differenzierung nach Verhörspersonen mit dem Schutzzweck des § 252 StPO nicht vereinbar sei – so etwa *Eisenberg*, NStZ 1988, 488 ff.; *Sander/Cirener*, in: L/R § 252 Rn. 10.

<sup>503</sup> *Eisele*, JR 2004, 12 (13).

des Zeugen teilnehmen konnte, ist ein auf § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO gestützter Ausschluss im Hinblick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens eine verfahrensrechtlich untragbare Situation und im Ergebnis ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.<sup>504</sup>

## 2. BayObLG JR 1977, 133

In einem Urteil aus dem Jahr 1977<sup>505</sup> befindet es das Bayerische Oberste Landesgericht jedoch für zulässig, dass von einer Benachrichtigung des Beschuldigten von der anstehenden richterlichen Vernehmung seiner ehemaligen Ehefrau nach § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO abgesehen werden kann, wenn zu befürchten ist, die Zeugin werde andernfalls von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO Gebrauch machen.<sup>506</sup> Zwar geht es vorliegend um das Absehen von der Benachrichtigung nach § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO, gleichwohl ist damit im Kern auch die Ausschließungsmöglichkeit nach Absatz 3 Satz 2 berührt. Die Nichtbenachrichtigung ist an dieselben Voraussetzungen gebunden und kommt zudem faktisch einem Ausschluss von der Vernehmungssituation gleich. Auf diese Ähnlichkeit der Situationen weist das Bayerische Oberste Landesgericht selbst ausdrücklich hin.<sup>507</sup>

Das Gericht geht bei seinen Überlegungen richtigerweise davon aus, dass als „Untersuchungserfolg“ im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO die Gewinnung einer wahrheitsgemäßen Aussage anzusehen ist, die dann gegebenenfalls in einem späteren Stadium des Strafverfahrens durch Verlesung des Vernehmungsprotokolls oder durch Einvernahme des Ermittlungsrichters als Zeugen verwertet werden kann.<sup>508</sup> Eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs könne demzufolge auch darin liegen, dass der Zeuge bei Anwesenheit des Beschuldigten von seinem Zeugnisverweigerungsrecht deshalb Gebrauch macht, weil begründete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er andernfalls Repressalien des Beschuldigten ausgesetzt sein würde; dies ergebe sich aus Sinn und Zweck der Bestimmung.<sup>509</sup> Als weiteres Argument wird die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>510</sup> zu § 247 Satz 1 StPO angeführt. Hiernach soll ein Ausschluss des Angeklagten zulässig sein, sofern ein Zeuge unter dem Druck der Anwesenheit des Angeklagten androht, von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.<sup>511</sup>

<sup>504</sup> Näher zur Pflicht des Gerichts in diesem Fall einen Pflichtverteidiger zu bestellen siehe oben drittes Kapitel Gliederungspunkt C. II. 2. (S. 75 ff.).

<sup>505</sup> Urteil des BayObLG v. 27.7.1977 – RReg. 5 St 138/77, JR 1977, 133.

<sup>506</sup> BayObLG JR 1977, 173 (174).

<sup>507</sup> BayObLG JR 1977, 173 (174).

<sup>508</sup> BayObLG JR 1977, 173 (174).

<sup>509</sup> BayObLG JR 1977, 173 (174).

<sup>510</sup> BGHSt 22, 18 (21); so jetzt auch BGHSt 46 142, 143; BGH NStZ 1997, 402; 2001, 608; StV 1997, 511 (512); *Becker*, in: L/R § 247 Rn. 16; *Diemer*, in: KK-StPO § 247 Rn. 5; *Frister*, in: SK-StPO § 247 Rn. 24; *Meyer-Goßner*, StPO § 247 Rn. 4; im Ergebnis wohl auch schon *Hanack*, JZ 1972, 81.

<sup>511</sup> BayObLG JR 1977, 173 (174) unter Hinweis auf BGHSt 22, 18 (21).

## a) Sinn und Zweck des § 168c Abs. 3 StPO

Wenn das Bayerische Oberste Landesgericht als Argument für eine Ausschließungsmöglichkeit zunächst Sinn und Zweck des § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO anführt, ist es unabdingbar dieses Argument auch inhaltlich zu füllen. Leider sucht man eine sachliche Auseinandersetzung mit dem Regelungszweck des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO im Urteil vergebens. Der bloße Verweis auf Sinn und Zweck einer Norm ersetzt keinesfalls eine sachliche Argumentation. Sinn und Zweck des § 168c Abs. 3 StPO ist es doch, potentielle Gefährdungen des Untersuchungszwecks zu verhindern und den Zeugen am Ende zu einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage zu veranlassen. In Gefahr gerät dieses Ziel immer dann, wenn als Resultat der Vernehmung eine Aussage zu befürchten ist, die nicht der Wahrheit entspricht und damit das wahre Tatgeschehen unzutreffend wiedergibt; kurzum, es geht um die Gefahr der Verdunklung. Gleichwohl muss bei der Ermittlung einer wahrheitsgemäßen Aussage stets berücksichtigt werden, dass das deutsche Strafverfahrensrecht die Wahrheitsermittlung nicht um jeden Preis verfolgt. Dies tritt insbesondere durch die Zuerkennung von Zeugnis- (§ 52 StPO) und Auskunftsverweigerungsrechten (§ 53 StPO) deutlich zu Tage.<sup>512</sup> Bei der Wahrnehmung eines Zeugnisverweigerungsrechts geht es aber nicht um Verdunklung, sondern um einen verfahrensrechtlich vorgesehenen und damit gesetzlich anerkannten Fall, in dem die Wahrheitsermittlung hinter das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen aus Art. 2 Abs. 1 GG zurückzutreten hat. Es handelt sich demzufolge um einen gesetzlich anerkannten Fall der Nichtaufklärung.<sup>513</sup> Letzterer aber ist mit der Befürchtung einer unwahrheitsgemäßen Aussage nicht vergleichbar. Berücksichtigt man diese Wertung des Gesetzgebers, so wird deutlich, dass die drohende Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht als Gefährdung des Untersuchungszwecks verstanden werden sollte. Folglich ist die Anwendbarkeit des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO in dieser Situation keineswegs aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift abzuleiten.

## b) BGHSt 22, 18

Auch der Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>514</sup> zu § 247 Satz 1 StPO ist durchaus kritisch zu betrachten, da die den beiden Entscheidungen jeweils zugrunde liegenden Situationen nicht vergleichbar sind. Zum einen wurde der Angeklagte in der Situation, die der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, nur zeitweise aus dem Sitzungssaal entfernt und am Ende durch den Vorsitzenden über den wesentlichen Inhalt der Aussage in Kenntnis gesetzt. Anschließend hatte er Gelegenheit sich zur Aussage zu äußern und Fragen zu veran-

<sup>512</sup> Ausführlich zur Entstehungsgeschichte sowie zum Zweck der Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte *Ignor/Bertheau*, in: L/R § 52 Rn. 1 ff. sowie *Rogall*, in: SK-StPO § 52 Rn. 2 ff.

<sup>513</sup> Vergleiche *Peters*, JR 1978, 174.

<sup>514</sup> Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. Dezember 1967 – 2 StR 616/67, BGHSt 22, 18 ff.

lassen. Zum anderen war sein Verteidiger während der gesamten Aussage zugegen, so dass das Recht des Angeklagten auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gewahrt blieb. All jenes war in der Situation, die das Bayerische Oberste Landesgericht zu entscheiden hatte, nicht der Fall. Weder ging es dort um einen lediglich partiellen Ausschluss von der Vernehmungssituation noch wurde der Beschuldigte über den wesentlichen Inhalt der Aussage in Kenntnis gesetzt. Ferner hatte der Beschuldigte auch keinen Verteidiger, der an der richterlichen Vernehmung der Ehefrau teilnehmen konnte. Vielmehr wurde die Aussage in die Hauptverhandlung eingeführt, ohne dass der Beschuldigte auch nur einmal die Gelegenheit hatte, unmittelbar oder mittelbar auf den Entstehungsprozess der Aussage Einfluss zu nehmen. Ein solches Vorgehen ist mit dem Recht auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK schlichtweg unvereinbar. Dementsprechend trägt auch der Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 247 Satz 1 StPO nicht dazu bei, die generelle Anwendbarkeit des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO auch auf die Fälle auszuweiten, in denen ein Zeuge bei Anwesenheit des Beschuldigten die Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht androht. Vielmehr erkennt der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs selbst den eng auszulegenden Ausnahmecharakter des § 247 Satz 1 StPO an und betont zugleich, dass der „gerügte Mangel hier ausnahmsweise unschädlich“ ist.<sup>515</sup> Auf diesen Ausnahmecharakter deutet auch die Entscheidung<sup>516</sup> des Bundesgerichtshofs vom 2. Mai 1979 hin. An dieser Stelle lässt es der 2. Strafsenat unter Hinweis auf BayObLG JR 1977, 173ff. ausdrücklich offen, ob die drohende Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht schon eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs darstellt und deshalb den Ausschluss des Beschuldigten rechtfertigt.<sup>517</sup>

### 3. Fazit

Besteht die konkrete Gefahr, dass sich ein Zeuge bei einer richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren im Beisein des Beschuldigten nicht äußern und von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen wird, rechtfertigt dies gleichwohl nicht den Ausschluss des Beschuldigten von der Vernehmungssituation nach § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO. Die Wahrnehmung eines gesetzlich verbrieften Zeugnisverweigerungsrechts kann nicht mit einer Gefährdung des Untersuchungszwecks (§ 168c Abs. 3 Satz 1 StPO) beziehungsweise mit der Gefahr einer wahrheitswidrigen Aussage des Zeugen (§ 168c Abs. 3 Satz 2 StPO) gleichgesetzt werden. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen gesetzlich anerkannten Fall der Nichtaufklärung, der nicht zum Ausschluss des Beschuldigten berechtigt.

---

<sup>515</sup> BGHSt 22, 18 (20).

<sup>516</sup> Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. Mai 1979 – 2 StR 99/79, BGHSt 29, 1 ff.

<sup>517</sup> BGHSt 29, 1 (4).

## II. Verhalten des Beschuldigten selbst

Eine weitere Gefährdung des Untersuchungszwecks kann auch im Verhalten des Beschuldigten selbst begründet liegen. Ein Ausschluss des Beschuldigten von der Vernehmungssituation soll namentlich immer dann in Betracht zu ziehen sein, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Beschuldigte seine Anwesenheit oder vielmehr sein durch die Anwesenheit erlangtes Wissen dazu missbrauchen würde, durch Verdunkelungshandlungen wie das Beseitigen oder die Verfälschung von Beweismitteln oder die unzulässige Beeinflussung von Zeugen oder Sachverständigen die Ermittlung des Sachverhalts zu erschweren.<sup>518</sup> Eine Gefährdung des Untersuchungszwecks im Sinne des § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO soll jedoch nicht schon durch die bloß theoretische oder auf vage Vermutungen gestützte Möglichkeit von Verdunkelungshandlungen ausgelöst werden.<sup>519</sup>

Ob diese Umstände einen Ausschluss des Beschuldigten tatsächlich rechtfertigen, darf mit Blick auf den Sinn und Zweck des § 168c Abs. 3 StPO und entgegen der wohl herrschenden Meinung bezweifelt werden. Da der Verteidiger von der Vernehmung nicht ausgeschlossen werden kann<sup>520</sup> und dieser im Anschluss an die Vernehmung zur Unterrichtung seines Mandanten sowohl berechtigt als auch verpflichtet ist, gelangen die in der Vernehmung erlangten Informationen ohnehin auf rechtmäßige Art und Weise in die Hand des Beschuldigten. Was bleibt, ist lediglich ein zeitlich kurz bemessener Informationsvorsprung der Strafverfolgungsbehörden, der jedoch in Anbetracht der heutigen telekommunikativen Möglichkeiten nicht überbewertet – wenn nicht gar vernachlässigt werden sollte. Berücksichtigt man dies, ist der Ausschluss des Beschuldigten schon nicht geeignet,<sup>521</sup> eine drohende Gefahr für den Untersuchungszweck abzuwenden. Im Ergebnis stellt sich der Ausschluss des Beschuldigten vielmehr als eine unverhältnismäßige Beschränkung seiner Verteidigungsrechte dar<sup>522</sup> und ist deswegen abzulehnen. Hinzu kommt, dass auch eine Schlechterstellung des unverteidigten gegenüber dem verteidigten Beschuldigten keinen sachlich legitimen Grund für eine Einschränkung des Anwesenheitsrechts darstellt.<sup>523</sup>

Für einen Ausschluss ebenso wenig ausreichend ist die Befürchtung, der Beschuldigte könnte durch die Kenntnis des Inhalts der Zeugenaussage zu einer

<sup>518</sup> BGHSt 29, 1 (3); *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 6; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 15; *Krehl*, in: HK-StPO § 168c Rn. 3; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 3; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 6.

<sup>519</sup> Vergleiche *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 15; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 3; *Pfeiffer*, StPO § 168c Rn. 2; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 22.

<sup>520</sup> So etwa *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 15; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 6; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 20; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 5; *Schlothauer*, StV 2001, 127 (128).

<sup>521</sup> Im Übrigen dürften Verdunkelungshandlungen, die der Beschuldigte nach der Vernehmung vornehmen könnte, nicht mehr zu einer Gefährdung des konkreten Untersuchungszwecks führen, da der Untersuchungserfolg mit Abschluss der Vernehmung bereits eingetreten ist. Näher hierzu siebtes Kapitel Gliederungspunkt B. I. 2. (S. 161 ff.).

<sup>522</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 20.

<sup>523</sup> So auch *Grünwald*, S. 56; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 20.

Anpassung der eigenen Einlassung bewogen werden. Dies resultiert aus der Erkenntnis, dass wegen § 147 Abs. 3 StPO ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht des Verteidigers besteht und dieser ohnehin berechtigt – wenn nicht gar verpflichtet – wäre, den Beschuldigten über deren Inhalt und damit auch über die in seiner Abwesenheit getätigte Zeugenaussage zu informieren.<sup>524</sup> Somit könnte dem Beschuldigten die Kenntnis des Aussageinhalts trotz des ergangenen Ausschlusses von der Vernehmungssituation wiederum auf Dauer nicht vorenthalten werden.<sup>525</sup>

### III. Gefährdung des Untersuchungszwecks durch zeitliche Verzögerung

Die Frage, ob eine Gefährdung des Untersuchungszwecks im Sinne des § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO auch durch eine zu erwartende zeitliche Verzögerung der Vernehmung angenommen werden kann und deswegen den Ausschluss des Beschuldigten rechtfertigt, stellt sich in gleichem Maße bei der Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 StPO.<sup>526</sup> Die dortigen Ausführungen gelten für den Ausschluss des Beschuldigten nach § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO entsprechend.

### IV. Entsprechende Anwendung des § 247 Satz 4 StPO

Ordnet der vernehmende Richter den Ausschluss des Beschuldigten nach § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO an, stellt sich im Anschluss an die Vernehmung die Frage, ob dem Beschuldigten nachträglich der wesentliche Inhalt der Aussage mitzuteilen ist. Wird der Angeklagte in der Hauptverhandlung etwa von der Vernehmung eines Zeugen oder Mitangeklagten ganz oder teilweise ausgeschlossen (§ 247 Satz 1 StPO), sieht das Strafverfahrensrecht in § 247 Satz 4 StPO ausdrücklich vor, dass der Vorsitzende den Angeklagten im Anschluss an die Vernehmung über deren wesentlichen Inhalt zu unterrichten hat.<sup>527</sup> Diese gesetzlich vorgeschriebene Unterrichtungspflicht soll dazu dienen, dem Angeklagten hinsichtlich der in seiner Abwesenheit durchgeführten Verhandlungsteile nachträglich rechtliches Gehör zu gewähren<sup>528</sup> und ihn dadurch weitestgehend so zu stellen, wie er ohne seine Entfernung gestanden hätte.<sup>529</sup> Aus diesem Grund gehört zum wesentlichen Inhalt, über den der Vorsitzende den Angeklagten zu unterrichten hat, alles, was der Angeklagte wissen muss, um sich sachgerecht verteidigen zu können.<sup>530</sup>

<sup>524</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 15.

<sup>525</sup> Näher hierzu *Lüderssen/Jahn*, in: L/R § 147 Rn. 126 ff.

<sup>526</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im siebten Kapitel Gliederungspunkt B. I. (S. 160 ff.).

<sup>527</sup> Hierzu und zur Form der Unterrichtung ausführlich *Becker*, in: L/R § 247 Rn. 42 ff.

<sup>528</sup> *Becker*, in: L/R § 247 Rn. 42.

<sup>529</sup> BGHSt 3, 384 (386); 38, 260; BGH NJW 1988 429 (430); BGH NStZ-RR 1998, 261; BGH StV 1997, 511 (512).

<sup>530</sup> BGH NStZ 1983, 181; BGH NStZ-RR 2002, 70; BGH StV 1993, 287; 2008, 174 (175); *Becker*, in: L/R § 247 Rn. 44; *Diemer*, in: KK-StPO § 247 Rn. 15; *Frister*, in: SK-StPO § 247 Rn. 72; *Julius*, in: HK-StPO § 247 Rn. 11; *Meyer-Göbner*, StPO § 247 Rn. 16; *Paulus*, in: KMR § 247 Rn. 24; *Sommer*, in: AnwKommStPO § 247 Rn. 14.



Dadurch, dass § 168c Abs. 3 StPO weder eine entsprechende Regelung für eine nachträgliche Unterrichtung des Beschuldigten vorsieht noch einen Verweis auf § 247 Satz 4 StPO enthält, könnte man zu dem Schluss gelangen, dass eine nachträgliche Unterrichtung hier auch nicht zwingend zu erfolgen hat und deswegen grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Richters verbleibt.<sup>531</sup> Angesichts der Bedeutung des Anwesenheitsrechts ist eine nachträgliche Unterrichtung jedoch in Orientierung am Rechtsgedanken des § 274 Satz 4 StPO als zwingend erforderlich anzusehen.<sup>532</sup> Dies erscheint umso wichtiger, als dass sich keine Begründung dafür anführen lässt, den unverteidigten gegenüber dem verteidigten Beschuldigten zu benachteiligen. Hat doch der unverteidigte Beschuldigte keinerlei Möglichkeit über einen anwesenden Verteidiger Aussageinhalte oder sonstige Einzelheiten aus der Vernehmungssituation in Erfahrung zu bringen.

## **B. Nicht auf freiem Fuß befindlicher Angeklagter (§ 168c Abs. 4 StPO)**

### **I. Verteidigter und unverteidigter Beschuldigter**

Derjenige Beschuldigte, der sich im Zeitpunkt der Vernehmung nicht in Freiheit befindet – der also entweder in Untersuchungshaft sitzt oder (vorläufig) untergebracht ist – besitzt im Gegensatz zu dem bis 1975 geltenden Rechtszustand<sup>533</sup> in gleichem Maße einen Anspruch auf Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen im Ermittlungsverfahren wie der auf freiem Fuß befindliche Beschuldigte.<sup>534</sup> Geschuldet ist dies im Wesentlichen der Erkenntnis, dass auch der inhaftierte Beschuldigte bis zu seiner Verurteilung den Status der Unschuldigkeit genießt und deswegen auch im Hinblick auf etwaige Anwesenheitsrechte gegenüber dem auf freien Fuß befindlichen Beschuldigten nicht ohne weiteres schlechter gestellt werden darf. Gleichwohl kann auch der inhaftierte Beschuldigte beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen wie jeder andere Beschuldigte nach § 168c Abs. 3 StPO von der Vernehmungssituation ausgeschlossen werden.

Der inhaftierte Beschuldigte ist also ebenfalls vom Termin zu benachrichtigen und auf sein Verlangen hin zur Vernehmung vorzuführen.<sup>535</sup> Auch im Fall der Inhaftierung handelt es sich weiterhin um ein Anwesenheitsrecht und keineswegs um eine Anwesenheitspflicht; die Teilnahme ist ausschließlich vom Willen des

---

<sup>531</sup> So etwa *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 16; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 3; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 6; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 6; andere Ansicht dagegen *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 6 sowie *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 26 (Anwendung geboten).

<sup>532</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 6; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 26.

<sup>533</sup> Vergleiche §§ 193 Abs. 4, 224 Abs. 2 StPO a.F.; zur Änderung im Einzelnen siehe den Regierungsentwurf zum 1. StVRG, BT-Drs. 7/551 S. 76.

<sup>534</sup> *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 8.

<sup>535</sup> Der Beschuldigte wird also aus der Justizvollzugsanstalt an den entsprechenden Vernehmungsort verbracht, so dass er an der Vernehmung teilnehmen kann.

Beschuldigten abhängig und eine Vorführung gegen seinen Willen unzulässig.<sup>536</sup> Die Anwesenheit des inhaftierten Beschuldigten kann auch nicht durch den Einsatz von Zwangsmitteln herbeigeführt werden. Sofern der Beschuldigte wirksam auf die Ausübung des Anwesenheitsrechts verzichtet hat, kann die Vernehmung auf der anderen Seite damit auch in seiner Abwesenheit durchgeführt werden.<sup>537</sup> Ein etwaiges Bemühen des Ermittlungsrichters, den inhaftierten Beschuldigten doch noch zu einer Teilnahme zu bewegen, ist nicht gefordert.

Ogleich des gesetzlich verbrieften Anwesenheitsrechts des Inhaftierten differenziert § 168c Abs. 4 StPO mit seiner Negativformulierung dennoch zwischen inhaftierten und unverteidigten sowie inhaftierten und verteidigten Beschuldigten. Diese Differenzierung dürfte jedoch seit dem 1. Januar 2010 nicht mehr von praktischer Relevanz sein, da mit Einführung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO<sup>538</sup> dem sich in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden muss. Interessant dürften damit nur noch solche Konstellationen sein, in denen der Beschuldigte erst kurz zuvor inhaftiert wurde und nun eine richterliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen stattfindet. In diesen Fällen ist mit der richterlichen Vernehmung abzuwarten, bis eine Verteidigerbestellung erfolgt ist.

Da § 168c Abs. 4 StPO bis zum jetzigen Zeitpunkt diesbezüglich nicht angepasst wurde, soll der Vollständigkeit halber noch auf die Gesichtspunkte eingegangen werden, die sich aus der fortbestehenden Differenzierung zwischen unverteidigten und verteidigtem Beschuldigten ergeben. Bei Letzteren ist das Anwesenheitsrecht in räumlicher Hinsicht begrenzt. Handelt es sich um einen unverteidigten Beschuldigten, kann er sein Anwesenheitsrecht unabhängig davon ausüben, ob die Vernehmung an der Gerichtsstelle des Verwahrortes stattfindet oder nicht. Dies resultiert aus dem Umkehrschluss des § 168c Abs. 4 StPO. Hiernach hat der verteidigte Beschuldigte einen Anspruch auf Teilnahme an der Vernehmungssituation nur in den Fällen, in denen die Vernehmung an der Gerichtsstelle des Ortes stattfindet, in dem er sich in Haft befindet oder untergebracht ist. Findet die Vernehmung dagegen an einer Gerichtsstelle außerhalb des Haftortes statt, ist an Stelle des Beschuldigten lediglich dessen Verteidiger über § 168c Abs. 2 StPO zur Anwesenheit berechtigt.<sup>539</sup> Ferner ist das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten auch auf die Gerichtsstelle, respektive auf das konkrete Dienstgebäude des die Vernehmung durchführenden Richters, beschränkt.<sup>540</sup> Findet die Vernehmung zwar im räumlichen Bereich des Verwahrortes, jedoch

<sup>536</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 18; *Krehl*, in: HK-StPO § 168c Rn. 4; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 8; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 8.

<sup>537</sup> *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 5; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 8.

<sup>538</sup> Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009 – BGBl. I, S. 2274.

<sup>539</sup> Dazu auch *Lüderssen/Jahn*, in: L/R § 137 Rn. 21.

<sup>540</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 22.

nicht innerhalb des Dienstgebäudes des vernehmenden Richters statt, hat der inhaftierte Beschuldigte demgemäß kein Recht zur Anwesenheit.<sup>541</sup>

Diese örtliche Beschränkung des Anwesenheitsrechts des inhaftierten aber verteidigten Beschuldigten ist zum einen den rein logistischen Schwierigkeiten geschuldet, die mit einer Vorführung und der damit einhergehenden Überstellung des Inhaftierten verbunden sind.<sup>542</sup> Zum anderen soll durch die Regelung des § 168c Abs. 4 StPO den aus der Überstellung eines inhaftierten Beschuldigten resultierenden besonderen Fluchtgefahren Rechnung getragen werden.<sup>543</sup> Jene beiden Faktoren stellen sich im Ergebnis auch als so gewichtig dar, dass sie diese Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) zwischen unverteidigten und verteidigten Beschuldigten rechtfertigen.

## II. §§ 168c Abs. 4, 141 Abs. 3 StPO – Beiordnung eines Verteidigers

Aufgrund der besonderen Situation des inhaftierten und unverteidigten Beschuldigten und im Hinblick auf mögliche Komplikationen, die durch seine Überstellung an den Vernehmungsort entstehen können, konnte auch schon vor Einführung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO die Bestellung eines Verteidigers in Betracht gezogen werden.<sup>544</sup> Hierdurch wäre die Notwendigkeit entfallen, dem inhaftierten Beschuldigten selbst die Anwesenheit bei der Vernehmung durch eine Vorführung ermöglichen zu müssen. Der verteidigte Beschuldigte hatte – und hat dies nach der aktuellen Fassung des § 168c Abs. 4 StPO immer noch – einen Anspruch auf Teilnahme nur dann, wenn die Vernehmung an der Gerichtsstelle des Ortes stattfand, in dem er sich in Haft befand. Wurde also rechtzeitig vor der Vernehmung ein Verteidiger bestellt, konnte dieser sodann wegen § 168c Abs. 2 StPO an der Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen teilnehmen. Auch wenn die Bestellung eines Verteidigers schon im Ermittlungsverfahren unter den Voraussetzungen des § 141 Abs. 3 StPO möglich war, blieb in dieser besonderen Situation Folgendes zu beachten: Zwar wäre mit der Bestellung eines Verteidigers die Notwendigkeit der Vorführung des inhaftierten Beschuldigten entfallen, allerdings stellte der Wegfall der Vorführung für sich genommen keinen hinreichenden Grund für die Beiordnung eines Verteidigers dar. Entscheidend für die Bestellung war ausschließlich § 141 Abs. 3 StPO mit den dort aufgeführten Gründen. Das Vermeiden von logistischen Schwierigkeiten bei der Gefangenenüberstellung zählte nicht zu diesen Gründen. Ein mit der Beiordnung verbundener Verlust des Anwesenheitsrechts des Beschuldigten und der daraus wiederum resultierende Wegfall seiner Vorführung wären bloße Folge der Beiordnung gewesen und konnten damit nicht selbst als Grund für eine Bestellung herangezogen

<sup>541</sup> Vergleiche hierzu BGHSt 1, 269 (271), wonach dem Beschuldigten bei einer Vernehmung in der Wohnung des Zeugen schon nach altem Recht kein Anwesenheitsrecht zustand.

<sup>542</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 19.

<sup>543</sup> *Wohlerts*, in: SK-StPO § 168c Rn. 24.

<sup>544</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 8; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 18; *Meyer-Göbner*, StPO § 168c Rn. 4; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 8; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 8.

gen werden. Erfolgte die Beiordnung des Verteidigers demnach allein mit der Intention, den inhaftierten Beschuldigten nicht an den Ort der Vernehmung überführen zu müssen, war sie unzulässig. Zugegebenermaßen dürfte dieses Ergebnis schon damals rein dogmatischer Natur gewesen sein, da in der vorliegenden Situation die Voraussetzungen des § 141 Abs. 3 wegen § 140 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 StPO fast immer vorgelegen haben werden.

### III. § 168c Abs. 4 StPO – Rechtsbegrenzung oder Rechtsentfall

§ 168c Abs. 4 StPO soll beim inhaftierten und verteidigten Beschuldigten lediglich den Anspruch auf Ermöglichung der Ausübung seines Anwesenheitsrechts in räumlicher Hinsicht einschränken.<sup>545</sup> Liegen die Voraussetzungen des Absatzes 4 demnach vor, führe dies nicht dazu, dass der Beschuldigte das Anwesenheitsrecht als solches verliert.<sup>546</sup> Die Konsequenz sei vielmehr darin zu erblicken, dass er keinen Anspruch mehr darauf habe, dass ihm die Anwesenheit unter allen denkbaren Umständen ermöglicht wird.<sup>547</sup> Die auf den ersten Blick recht spitzfindig anmutende Unterscheidung zwischen einem zwar bestehenden aber in örtlicher Hinsicht beschränkten Anwesenheitsrecht und einem vollständigen Verlust des Anwesenheitsrechts, verdankt ihre Relevanz dem Umstand, dass vom Bestand des Anwesenheitsrechts eines Beteiligten auch dessen Benachrichtigung vom bevorstehenden Vernehmungstermin nach § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO abhängig ist.<sup>548</sup> Denn „vom Termin sind (nur) die zur Anwesenheit Berechtigten vorher zu benachrichtigen“. An dieser Stelle sei dazu nur Folgendes angemerkt: Der Wortlaut des § 168c Abs. 4 StPO [(...) so steht ihm ein Anspruch auf Anwesenheit nur bei solchen Terminen zu, die (...)] deutet eher in die Richtung, dass in allen anderen Fällen eben kein Anspruch und damit im Ergebnis auch kein subjektives Recht auf Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung besteht. Eine Benachrichtigung wäre dementsprechend nicht erforderlich. Gleichwohl geht die überwiegende Ansicht<sup>549</sup> davon aus, dass der inhaftierte und verteidigte Beschuldigte über Ort und Zeit der Vernehmung zu benachrichtigen ist, solange ein Absehen von der Benachrichtigungspflicht nach Absatz 5 nicht in Betracht kommt.

### IV. Einschränkende Anwendung des § 168c Abs. 4 StPO

Unabhängig von dieser im Folgenden noch näher zu behandelnden Problematik stellt sich die Frage, ob es dem inhaftierten und verteidigten Beschuldigten in

<sup>545</sup> BGH MDR 1976, 814; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 9.

<sup>546</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 24.

<sup>547</sup> Vergleiche BGH MDR 1976, 814; *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 7; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 18; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 8 f.; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 23; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 6.

<sup>548</sup> Hierzu ausführlich sechstes Kapitel Gliederungspunkt D. III. (S. 144 ff.).

<sup>549</sup> So die wohl überwiegende Auffassung, vergleiche hierzu *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 35 mit weiteren Nachweisen; anders dagegen *Plöd*, in: KMR § 168c Rn 5.

bestimmten Situationen trotz der Ausschlussmöglichkeit des § 168c Abs. 4 StPO ermöglicht werden muss, an der fraglichen Vernehmung teilzunehmen. Die Hinzuziehung des Beschuldigten steht auch hier grundsätzlich im richterlichen Ermessen. Es steht dem Vernehmungsrichter somit grundsätzlich frei, die Anwesenheit des Beschuldigten bei einer Vernehmung, die entweder nicht an der Gerichtsstelle des Verwahrungsortes oder aber an einer außergerichtlichen Stelle des Verwahrungsortes stattfindet, zuzulassen. Darüber hinaus kann es aber Konstellationen geben, in denen das richterliche Ermessen in Anbetracht der ratio legis des § 168c Abs. 4 StPO soweit reduziert ist, dass dieser Beschuldigte im Ergebnis doch seine Hinzuziehung und Vorführung verlangen kann. Wird die Ratio des § 168c Abs. 4 StPO zum einen in den mit der Überstellung des Inhaftierten verbundenen Schwierigkeiten und zum anderen in der erhöhten Fluchtgefahr gesehen, dann dürfte die Vorschrift trotz Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen gleichwohl unanwendbar sein, wenn die in Rede stehenden Erschwernisse augenscheinlich nicht drohen. Zu denken wäre hier etwa an Fälle, in denen ein anderer Häftling in derselben Haftanstalt als Zeuge zu vernehmen ist oder zwischen der außerhalb der Gemeinde liegenden Haftanstalt und der Gerichtsstelle ein regelmäßiger Vorführungsdienst zum fraglichen Gericht besteht.<sup>550</sup>

### C. Kontaktsperre (§§ 31 ff. EGGVG)

#### I. Hintergrund und Regelungsgehalt der Kontaktsperre

Bei einer angeordneten Kontaktsperre handelt es sich in strafverfahrensrechtlicher Hinsicht um die Unterbrechung jedweder Verbindung eines Straf- oder Untersuchungsgefangenen zu anderen Gefangenen und der Außenwelt einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit den jeweiligen Verteidigern (§ 31 Abs. 1 Satz 1 EGGVG).<sup>551</sup> Die Kontaktsperre dient demnach vornehmlich der Isolierung des Gefangenen. Den unmittelbaren Anlass zum Erlass des sogenannten Kontaktsperregesetzes<sup>552</sup> gab der aufsehenerregende Fall der Entführung des Arbeitgeberpräsidenten Dr. Hanns Martin Schleyer durch Terroristen der Roten Armee Fraktion (RAF) während des „deutschen Herbstes“<sup>553</sup> im Jahre 1977. Dabei hatten die Entführer sowohl die drei eskortierenden Polizeibeamten als auch den Chauffeur Schleyers durch zahlreiche Schüsse getötet und Schleyer selbst verschleppt. Anschließend machten sie die Freilassung des Entführten von der Erfüllung bestimmter Forderungen abhängig und drohten bei Nichterfüllung mit der Ermordung Schleyers. Im Zentrum der Forderungen stand

<sup>550</sup> Erb, in: L/R § 168c Rn. 19; ähnlich wohl auch Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 24.

<sup>551</sup> Böttcher, in: L/R § 31 EGGVG Rn. 5.

<sup>552</sup> Die §§ 31 bis 34, §§ 35 bis 38 gehen zurück auf Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 30.09.1977 – BGBl. I, S. 1877; hierzu auch Jung, JuS 1977, 846 f. Eine Zusammenfassung zur strafrechtlichen Antiterrorgesetzgebung der siebziger Jahre findet sich bei Vogel, NJW 1978, 1217 (1219 f.)

<sup>553</sup> Näher zum Begriff des „deutschen Herbstes“ Aust, Der Baader Meinhof Komplex, 5. Kapitel.

insbesondere die Freilassung von mehreren Terroristen, die sich zum damaligen Zeitpunkt in Untersuchungs- oder Strafhaft befanden.<sup>554</sup>

Um zu verhindern, dass die inhaftierten Terroristen untereinander und über dritte Personen, zu denen auch ihre Verteidiger gezählt wurden, mit der Außenwelt kommunizieren konnten, ließ der Bundesjustizminister die Landesjustizminister durch den Generalbundesanwalt bitten, jeglichen Kontakt der Inhaftierten mit der Außenwelt einschließlich ihren Verteidigern und ohne Rücksicht auf §§ 119 Abs. 3, 148 Abs. 1 StPO zu unterbinden; Rechtsgrundlage hierfür war zunächst der Rechtsgedanke des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB).<sup>555</sup> Anschließend wurde das entsprechende Rechtsinstitut in den §§ 31 ff. EGGVG gesetzlich fixiert<sup>556</sup> und vom Bundesverfassungsgericht<sup>557</sup> für mit dem Grundgesetz vereinbar befunden.

Zweck dieser äußerst einschneidenden Maßnahme war es, die jeweiligen Häftlinge so weit wie möglich sowohl von anderen Mithäftlingen als auch von der Außenwelt zu isolieren, um so eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit einer Person abzuwenden. Weiteren Entführungen und Freipressungsversuchen inhaftierter Mitglieder der Roten Armee Fraktion sollte mit dieser Maßnahme entgegengewirkt werden. Das Kontaktsperregesetz war der schwierigen Situation im „deutschen Herbst“ gewissermaßen „auf den Leib“ geschneidert. Vor diesem Hintergrund erklären sich auch die als äußerst hoch anzusehenden Voraussetzungen, die vor Erlass einer Kontaktsperre festzustellen sind. Die entscheidenden Voraussetzungen der Kontaktsperre sind, dass bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die Gefahr von einer terroristischen Vereinigung ausgeht (§ 31 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 EGGVG) und dass die betroffenen Häftlinge wegen Straftaten nach § 129a StGB – auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1 StGB – rechtskräftig verurteilt oder gegen sie ein Haftbefehl wegen des Verdachts einer solchen Tat besteht (Satz 2 Halbsatz 1). Alternativ kommt die Verurteilung wegen einer anderen Straftat oder die Inhaftierung wegen Verdachts einer anderen Straftat in Betracht, sofern der dringende Tatverdacht besteht, dass die in Rede stehende Tat im Zusammenhang mit einer Tat nach § 129a StGB begangen wurde (Satz 2 Halbsatz 2). Dreh- und Angelpunkt ist damit, dass die von der Kontaktsperre betroffenen Personen wegen Bildung einer

<sup>554</sup> Umfassende Abhandlung über den Entführungsfall Schleyer: Dokumentation der Bundesregierung zur Entführung von Hanns Martin Schleyer.

<sup>555</sup> *Böttcher*, in: L/R Vor § 31 EGGVG Rn. 2; zustimmend insoweit auch *Lange*, NJW 1978, 784; kritisch zur Anwendbarkeit des § 34 StGB dagegen *Amelung*, NJW 1978, 623 f.

<sup>556</sup> Zur Entstehungsgeschichte im Einzelnen *Schoreit*, in: KK-StPO § 31 EGGVG Rn. 2 ff; zur Änderung des Kontaktsperregesetzes durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 4. Dezember 1985 – BGBl I, S. 2141 *Krekeler*, NJW 1986, 417 f.

<sup>557</sup> BVerfGE 49, 24 (53), zuvor auch schon BVerfGE 46, 1 ff. zur Verfassungsgemäßheit der auf dem Rechtsgedanken des § 34 StGB angeordneten Isolierungen einzelner Gefangener; hierzu ausführlich *Amelung*, NJW 1978, 623 f; kritisch dagegen *Krekeler*, AnwBl 1979, 212 (215); *ders.*, NJW 1986, 417 (418).

terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) verurteilt oder per Haftbefehl (dringender Tatverdacht) gesucht wurden.

## II. Einschränkungen des allgemeinen Verfahrensrechts – § 34 EGGVG

Durch die Anordnung der Kontaktsperre und der damit verbundenen faktischen Isolation<sup>558</sup> gelten für die betroffenen inhaftierten Beschuldigten nach § 34 Abs. 1 und 3 EGGVG fortan ergänzend die Einschränkungen des § 34 Abs. 3 Nr. 1 bis 8 EGGVG. Im Einzelnen sieht die Regelung des § 34 Abs. 3 EGGVG unter anderem<sup>559</sup> folgende Modifikationen vor: Wird die Kontaktsperre gegen einen Untersuchungsgefangenen verhängt, der bereits über einen Wahl- oder beigeordneten Verteidiger verfügt, so berührt die Kontaktsperre dessen verfahrensrechtliche Position nur insofern, als dass ab diesem Zeitpunkt und während der gesamten Dauer der Sperre ein unmittelbarer schriftlicher oder mündlicher Kontakt zwischen dem Verteidiger und seinem inhaftierten Mandanten (§ 148 StPO) nicht mehr möglich ist.<sup>560</sup> Ist der inhaftierte Beschuldigte dagegen noch unverteidigt, wird ihm losgelöst von §§ 140, 141 StPO von Amts wegen für die Dauer der Kontaktsperre ein Verteidiger bestellt (§ 34 Abs. 3 Nr. 1 EGGVG).<sup>561</sup> § 34 Abs. 3 Nr. 1 EGGVG dürfte in diesen Fällen auch *lex specialis* gegenüber § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO sein.

Bei den dennoch im weiteren Verlauf des Ermittlungsverfahrens<sup>562</sup> mit bestimmten Einschränkungen (vergleiche § 34 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 EGGVG) durchzuführenden (richterlichen) Untersuchungshandlungen darf der inhaftierte Beschuldigte nicht mehr anwesend sein. Die Abwesenheit des Beschuldigten gilt nach § 34 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 Halbsatz 1 EGGVG ausdrücklich und entgegen §§ 168c Abs. 2, 168d Abs. 1 StPO auch bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen sowie bei der Einnahme richterlichen Augenscheins. Unberührt von der Kontaktsperre bleibt dagegen das in §§ 168c Abs. 2, 168d Abs. 1 StPO verbrieft Anwesenheitsrecht des Verteidigers, da dieser die Rechte seines Mandanten weiterhin wahrnimmt und aufgrund der Isolierungssituation nicht in Kontakt zu ihm treten kann. Die Anwesenheit des Verteidigers berührt den Re-

<sup>558</sup> Zu Art und Reichweite der trotz Anordnung der Kontaktsperre weiterhin bestehenden Kontaktmöglichkeiten und den davon betroffenen Personen siehe *Böttcher*, in: L/R § 31 EGGVG Rn. 5.

<sup>559</sup> Ausführlich hierzu *Böttcher*, in: L/R § 34 EGGVG Rn. 4 ff.

<sup>560</sup> *Böttcher*, in: L/R § 34 EGGVG Rn. 5; *Schoreit*, in: KK-StPO § 34 EGGVG Rn. 4; *Krekeler*, AnwBl 1979, 212 (215).

<sup>561</sup> Der Rechtsausschuss des Bundestages ging insoweit davon aus, dass für den unverteidigten Untersuchungshäftling die Sach- und Rechtslage aufgrund der angeordneten Kontaktsperre und der damit verbundenen Unterbrechung schwierig ist; vergleiche hierzu den entsprechenden Bericht des Rechtsausschusses in BT-Drs. 8/945 S. 2.

<sup>562</sup> Der Umkehrschluss aus § 34 Abs. 4 EGGVG macht deutlich, dass eine angeordnete Kontaktsperre das Strafverfahren nicht unterbricht, so dass die Strafverfolgungsbehörden ihre bereits begonnenen Ermittlungen fortführen und auch neue Ermittlungsansätze verfolgen dürfen; vergleiche hierzu *Schoreit*, in: KK-StPO § 34 EGGVG Rn. 19.

gelungsbereich der Kontaktsperre lediglich dann, wenn bei der fraglichen Untersuchungshandlung ein ebenfalls von der angeordneten Kontaktsperre erfasster Mithäftling seines Mandanten anwesend ist. In diesem Fall schließt § 34 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 Halbsatz 2 EGGVG ebenfalls die Anwesenheit des Verteidigers aus. Die Vernehmung hat sodann in Abwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers zu erfolgen.

Jedoch muss auch in dieser besonderen Situation der verfassungsrechtlich garantierte Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör gewahrt bleiben, welcher durch den Verlust des an sich bestehenden Anwesenheitsrechtes nach § 34 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 Halbsatz 1 EGGVG eine signifikante Verkürzung erfährt. Aus diesem Grund bestimmt § 34 Abs. 3 Satz 2 EGGVG, dass Ermittlungshandlungen der in Satz 1 bezeichneten Art, unter anderem also auch richterliche Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen sowie die Einnahme richterlichen Augenscheins, nur erlaubt sind, wenn erstens der inhaftierte Beschuldigte selbst oder sein Verteidiger deren Vornahme ausdrücklich verlangt und zweitens diejenige Person, deren Anwesenheit nach Satz 1 ausgeschlossen ist, auf ihre Anwesenheit verzichtet.<sup>563</sup>

Auch die Vernehmung des von der Kontaktsperre betroffenen inhaftierten Beschuldigten ist während der Dauer der Kontaktsperre durch § 34 Abs. 3 Nr. 3 EGGVG nur unter erschwerten Umständen möglich. Eine solche Vernehmung findet während der Kontaktsperre nur dann statt, wenn sowohl der Gefangene als auch sein Verteidiger auf die Anwesenheit des Verteidigers, welche bei der richterlichen Vernehmung über § 168c Abs. 1 StPO eigentlich garantiert ist, verzichten. Wird ein entsprechender Verzicht von den Parteien nicht erklärt, hat die Vernehmung solange zu unterbleiben, bis die Kontaktsperre aufgehoben wird.<sup>564</sup>

### III. Praktische Bedeutung der Kontaktsperre

Die Regelungen der §§ 31 ff. EGGVG entstammen einer Epoche der Bundesrepublik Deutschland, die bis zum heutigen Zeitpunkt als einmalig in der deutschen Geschichte angesehen werden kann. Die Aktivitäten der Roten Armee Fraktion und die damit verbundenen Geschehnisse im „deutschen Herbst“ brachten den gesamten deutschen Staatsapparat und damit auch die Justiz sowie die Strafverfolgungsbehörden in eine außergewöhnliche Lage und im Ergebnis wohl auch an ihre Belastungsgrenze – der Staat befand sich in gewisser Weise in einem Ausnahmezustand.<sup>565</sup> Vor dem Hintergrund dieser Ausnahmesituation<sup>566</sup> ist

<sup>563</sup> Gedacht war hier an die mögliche Konstellation, dass der inhaftierte Beschuldigte ein Interesse an der Durchführung weiterer Untersuchungshandlung hat, um etwa einen sonst drohenden Beweisverlust zu verhindern, und zu diesem Zweck auf sein Anwesenheitsrecht verzichtet; siehe hierzu den Bericht des Rechtsausschusses in BT-Drs. 8/946, S. 6.

<sup>564</sup> Vergleiche *Böttcher*, in: L/R § 34 EGGVG Rn. 11, *Schoreit*, in: KK-StPO § 34 EGGVG Rn. 8.

<sup>565</sup> Hierzu auch *Böckenförde*, NJW 1978, 1881 ff.; zu aktuellen „Terrorismusproblematik“ *Zapfe*, HFR 2008, 188 ff.



das Kontaktsperregesetz im Jahre 1977 geschaffen worden und bisher nur ein einziges Mal zur Anwendung gelangt. Bis heute ist eine mit den damaligen Verhältnissen vergleichbare Gefahrenlage nicht mehr aufgetreten, so dass die praktische Bedeutung der §§ 31 ff. EGGVG für die Rechtsstellung und die Anwesenheitsrechte des Beschuldigten bei richterlichen Vernehmungshandlungen im Ermittlungsverfahren gering ist. Gleichwohl sollen sie an dieser Stelle der Vollständigkeit halber erwähnt sein, denn das Kontaktsperregesetz ist auch heute noch Bestandteil des geltenden deutschen Rechts. Sieht man im Kontaktsperregesetz gesetzlich konkretisiertes und rechtsstaatlich präzisiertes allgemeines Notstandsrecht,<sup>567</sup> stellt das Kontaktsperregesetz ein mahnendes Beispiel dafür dar, dass sich der Rechtsstaat auch in angespannten und schwierigen Lagen, die ihn bis in die Grundfesten erschüttern, behaupten kann.<sup>568</sup>

---

<sup>566</sup> Der Deutsche Herbst dürfte im Ergebnis wohl eine der schwersten Krisen in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland darstellen – zum Ablauf und den Geschehnissen ausführlich *Botzat/Kiderlen/Wolff*, Ein deutscher Herbst.

<sup>567</sup> *Böttcher*, in: L/R Vor § 31 Rn. 15; *Vogel*, NJW 1978, 1217 (1228).

<sup>568</sup> *Vogel*, NJW 1978, 1217 (1228).

## **Fünftes Kapitel. Befugnisse der nach § 168c StPO zur Anwesenheit Berechtigten**

### **A. Grundsatz**

Die Regelung des § 168c StPO gewährt den dort genannten Personen auf den ersten Blick lediglich das Recht zur Anwesenheit bei der fraglichen richterlichen Vernehmungssituation. Von diesem Recht umfasst ist damit grundsätzlich die körperliche Anwesenheit in der Örtlichkeit, in der auch die Vernehmung durchgeführt wird.

Was die Anwesenheitsrechte bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen im Ermittlungsverfahren anbetrifft, enthält § 168e StPO eine Sonderregelung.<sup>569</sup> Grundsätzlich in diesem Zusammenhang über § 168c Abs. 2 StPO gewährleistete Anwesenheitsbefugnisse werden unter bestimmten Voraussetzungen<sup>570</sup> durch § 168e StPO modifiziert. So kann etwa die körperliche Anwesenheit durch die Möglichkeit der audiovisuellen Wahrnehmung von einem anderen Ort aus ersetzt werden.<sup>571</sup> In technischer Hinsicht dürfte diese audiovisuelle Wahrnehmung der Vernehmungssituation durch Verwendung einer entsprechenden Übertragungsvorrichtung ohne größeren Aufwand möglich sein. Im Übrigen kann eine Ohrknopfverbindung zum Ermittlungsrichter gewährleisten, dass die nach § 168c Abs. 2 StPO zur Anwesenheit Berechtigten jederzeit auf den Gang der Vernehmung (mittelbar) Einfluss nehmen können.<sup>572</sup>

Beabsichtigen die (ausgeschlossenen) Verfahrensbeteiligten dagegen von ihrem Fragerecht<sup>573</sup> Gebrauch zu machen, muss die Möglichkeit eines unmittelbaren sprachlichen Austausches zwischen dem Zeugen und den Beteiligten geschaffen werden.<sup>574</sup> Dieses Erfordernis resultiert direkt aus § 168e Satz 3 StPO. Hiernach bleiben die Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten trotz der vorgenommenen räumlichen Trennung unberührt. Ausweislich des Wortlautes von § 168e StPO gilt dieser ausschließlich für die richterliche<sup>575</sup> Vernehmung von Zeugen

---

<sup>569</sup> Eingefügt durch das Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes (Zeugenschutzgesetz) vom 30. 4. 1998 – BGBl I, S. 820.

<sup>570</sup> Namentlich wenn die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen besteht, sollte er in Gegenwart der Anwesenheitsberechtigten vernommen werden, vergleiche § 168e Satz 1 StPO; ausführlich hierzu *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168e Rn. 5 f.

<sup>571</sup> *Erb*, in: L/R § 168e Rn. 1.

<sup>572</sup> *Wegner*, ZRP 1997, 404 (407 f.).

<sup>573</sup> Hierzu ausführlich im folgenden Gliederungspunkt B. I. 2. (S. 131 f.).

<sup>574</sup> *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168e Rn. 7; zur Besonderheit des § 168e Satz 4 in Verbindung mit § 241a StPO bei unter 16 jährigen Zeugen im folgenden Gliederungspunkt B. I. 3. (S. 132 f.).

<sup>575</sup> Für die polizeiliche und die staatsanwaltschaftliche Vernehmung von Zeugen fehlt es schon an den für den Ausschluss erforderlichen Anwesenheitsrechten der Verfahrensbeteiligten.

und damit weder für die Vernehmung des Beschuldigten noch für die von Sachverständigen.<sup>576</sup>

## B. Fragerecht und andere Mitwirkungsbefugnisse

### I. Das Fragerecht

#### 1. Vom bloßen Anwesenheits- zum aktiven Teilnahmerecht

In früherer Zeit war es durchaus nicht unumstritten, ob den zur Anwesenheit Berechtigten über das Recht zur bloßen körperlichen Anwesenheit bei der Vernehmungssituation hinaus auch weitergehende aktive Mitwirkungsbefugnisse zustanden. Zur Vorgängervorschrift des § 191 StPO a.F. ist teilweise die Auffassung vertreten worden, die Prozessbeteiligten hätten weiter kein Recht als nur bei der Vernehmungshandlung anwesend zu sein.<sup>577</sup> Gleichwohl ist dieses enge Verständnis schon damals abgelehnt worden, da ein derart eingeschränktes Recht den Beteiligten lediglich die Rolle „stummer Personen“ zuerkennt und für sie deswegen „eine zwecklose Vergeudung an Mühe und Zeit“ darstelle.<sup>578</sup>

Etwas großzügiger war da schon die Auffassung, die Beteiligten hätten neben dem Recht auf Anwesenheit auch die Möglichkeit, selbst Anträge zu stellen.<sup>579</sup> Hierdurch wurde das rein passiv verstandene Teilnahmerecht erstmalig um eine aktive Handlungsbefugnis ergänzt beziehungsweise erweitert. Die Berechtigten waren damit nicht nur mehr zur stillen Teilnahme verdammt, sondern konnten durch die Stellung von Anträgen aktiv gestaltend auf die Vernehmungssituation einwirken, wengleich dieses Gestalten lediglich mittelbar über die Antragsstellung möglich war.

#### 2. Das unmittelbare Fragerecht

Am weitreichendsten und demnach am freundlichsten für den Beschuldigten war auch damals schon die Annahme, dass die aus § 191 StPO a. F. Berechtigten neben dem Recht auf körperliche Anwesenheit auch das Recht auf Stellung von Anträgen sowie ein unmittelbares Fragerecht hatten.<sup>580</sup> Hiermit wurde es den Berechtigten ermöglicht, selbst und unmittelbar auf das Geschehen der Vernehmung einzuwirken. Insbesondere der Beschuldigte erhielt hierdurch die Möglichkeit, entweder in eigener Person oder durch seinen Verteidiger seine eigenen Auffassungen, Eindrücke und Standpunkte in die Vernehmungssituation einzu-

<sup>576</sup> Erb, in: L/R § 168e Rn. 5.

<sup>577</sup> So etwa Geyer, Strafprozeßrecht, S. 439.

<sup>578</sup> So ausdrücklich Horn, ZStW 29 (1909), 74 (77).

<sup>579</sup> Vergleiche Puchelt, StPO § 191 Anm. 3; Stenglein, StPO § 191 Anm. 4.

<sup>580</sup> Horn, ZStW 29 (1909), 74 (78) mit weiteren Nachweisen, der sich an dieser Stelle auch ausdrücklich gegen ein mittelbares Fragerecht der Berechtigten ausspricht; so auch V. Kries, StrafprozeßR, S. 376.

bringen und durch entsprechend gefasste und formulierte Nachfragen beim Zeugen deutlich zu machen.

Im Rahmen des heute geltenden Rechts dürfte weithin Einigkeit<sup>581</sup> darin bestehen, dass der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten sowie seinem Verteidiger bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren ein unmittelbares Fragerecht zukommt. Letzteres ist mit dem Anwesenheitsrecht naturgemäß verbunden.<sup>582</sup> Damit steht das Recht, die vernommene Person zu befragen und ihr gegebenenfalls Vorhaltungen zu machen, in entsprechender Anwendung des § 240 Abs. 2 StPO dem Staatsanwalt, dem Beschuldigten, dem Verteidiger und dem Vertreter des als Nebenkläger Anschlussberechtigten zu.<sup>583</sup> Die Beschränkung auf ein bloßes Recht zur körperlichen Anwesenheit ohne die Möglichkeit, selbst durch Fragen unmittelbar gestaltend auf die Vernehmungssituation Einfluss zu nehmen, wäre mit der Intention des § 168c StPO unvereinbar.<sup>584</sup>

Des Weiteren kann nunmehr aus dem Gesetz selbst auf die Existenz eines solchen Fragerechts geschlossen werden. So ordnet die Regelung des § 168e Satz 3 StPO an, dass bei einer getrennten Vernehmung und damit trotz Beschränkung der körperlichen Anwesenheit die „übrigen Mitwirkungsbefugnisse“ hiervon unberührt bleiben.<sup>585</sup> Sollte man dagegen den Anwendungsbereich des § 168c StPO dahingehend verstehen, dass den Beteiligten lediglich die körperliche Anwesenheit zugestanden werden soll, wäre die Klarstellung des § 168e Satz 3 StPO ohne Regelungsgehalt und damit überflüssig. Diese gesetzgeberische Konstruktion des § 168e Satz 3 StPO spricht demnach deutlich für die Annahme eines (unmittelbaren) Fragerechts.

### 3. Fragerecht nach richterlichem Ermessen

Wenngleich heute weitgehende Einigkeit über die Existenz eines Fragerechts herrscht, reicht diese Einigkeit nicht bis in dessen rechtliche Ausgestaltung hinein. Vereinzelt findet sich in der Literatur die Auffassung, dass das Fragerecht der Anwesenheitsberechtigten lediglich in das Ermessen des die Vernehmung durchführenden Richters gestellt ist.<sup>586</sup> Gleichwohl dürfte dieses eingeschränkte Verständnis des Fragerechts mit der Gewährleistung des Rechts auf eine konf-

<sup>581</sup> BGHSt 26, 332 (335); *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 3; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 31; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 15; *Pfeiffer*, StPO § 168c Rn. 4; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 1 f.; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 2; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 38; *Dahs*, Rn. 283; *von Dellingshausen*, in: FS-Stree/Wessels, S. 686.

<sup>582</sup> *Pfeiffer*, StPO § 168c Rn. 3.

<sup>583</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 31; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 1; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 15; *V. Kries*, StrafprozeßR S. 376; *Nelles*, StV 1986, 74 (76).

<sup>584</sup> So auch *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 30.

<sup>585</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 30.

<sup>586</sup> So ausdrücklich *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 2 bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen.

rontative Befragung durch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK<sup>587</sup> kaum in Einklang zu bringen sein.<sup>588</sup>

Eine Limitierung erfährt das Fragerecht der Beteiligten durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung (§§ 240 ff. StPO). Ungeeignete und sachfremde Fragen können vom Vernehmungsrichter entsprechend § 241 Abs. 2 StPO zurückgewiesen werden.<sup>589</sup> Insbesondere aber was die Befragung von Zeugen unter 16 Jahren anbetrifft, ordnet § 241a Abs. 1 StPO für die Hauptverhandlung an, dass solche Zeugen grundsätzlich vom Vorsitzenden Richter selbst befragt werden und Letzterer auf Verlangen der Beteiligten weitere Fragen stellen muss (§ 241a Abs. 2 Satz 1 StPO). Eine unmittelbare Befragung durch die Beteiligten liegt stets im richterlichen Ermessen, vorausgesetzt durch die unmittelbare Befragung ist kein Nachteil für das Wohl der Zeugen zu befürchten (§ 241a Abs. 2 Satz 2 StPO). Entsprechendes gilt damit auch für deren Vernehmung im Ermittlungsverfahren.<sup>590</sup>

Die Ausgestaltung des Fragerechts der nach § 168c StPO zur Anwesenheit berechtigten Verfahrensbeteiligten ist zu unterscheiden von denjenigen der Personen, die keine zwingenden Anwesenheitsrechte haben. Hierzu zählen beispielsweise Ehegatten oder polizeiliche Ermittlungsbeamte. Bei diesen Personen liegt schon die Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmungshandlung im Ermessen des Ermittlungsrichters. Erst Recht muss dann auch deren Recht zur Befragung als im richterlichen Ermessen liegend betrachtet werden, so dass es ihnen einerseits zwar gewährt, andererseits aber auch jederzeit wieder entzogen werden kann.<sup>591</sup> Wie die Ermessensentscheidung über die Anwesenheit selbst ist dabei die Entscheidung im Wesentlichen an der Vermeidung einer Gefährdung des Untersuchungszwecks und an der Gewährung eines fairen Verfahrens auszurichten.<sup>592</sup>

<sup>587</sup> Zur Bedeutung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK siehe oben Kapitel 3 Gliederungspunkt C. II. 2. b) bb) (S. 83 f.); ferner *Wohlers*, in: FS-Trechsel, S. 813 ff.

<sup>588</sup> Vergleiche *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 38.

<sup>589</sup> *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 15; *Krehl*, in: HK-StPO § 168c Rn. 1; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 2; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 38.

<sup>590</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 31; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 15; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 2; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 2; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 38; anders dagegen *Burhoff*, Ermittlungsverfahren, Rn. 1887 dem zufolge § 241a StPO ausschließlich in der Hauptverhandlung gelte, gleichwohl dessen Schutzzweck auch bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren Berücksichtigung finden müsse. Ablehnend zu Recht *Erb*, in: L/R § 168c Fn. 94, wonach es zumindest zweifelhaft erscheine, wie man der Schutzrichtung von § 241a StPO anders Rechnung tragen könne als durch Anwendung der Vorschrift, gegen die auch sonst sachliche Bedenken nicht erkennbar seien.

<sup>591</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 30; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 15; *Krehl*, in: HK-StPO § 168c Rn. 1; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 39.

<sup>592</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 39.

## II. Sonstige Mitwirkungsrechte

Die Existenz und derzeitige Fassung des § 168e Satz 3 StPO hat über die Anerkennung eines Fragerechts hinaus auch Bedeutung für die Frage, ob den Beteiligten neben dem Fragerecht noch weitere Mitwirkungsbefugnisse zustehen. Immerhin impliziert die in der Mehrzahl gefasste Formulierung die Existenz mehrerer „Befugnisse“. Ob der Gesetzgeber bei Schaffung des § 168e StPO durch die Verwendung des Begriffs "Mitwirkungsbefugnisse" eine diesbezügliche Aussage treffen wollte, ist nicht endgültig geklärt und muss durchaus kritisch betrachtet werden.<sup>593</sup> In der Begründung zum entsprechenden Gesetzesentwurf<sup>594</sup> ist insoweit zwar die Rede von einer Klarstellung, nähere Ausführungen oder gar Beispiele von sonstigen Mitwirkungsbefugnissen sucht man dort allerdings vergeblich.

Aus der Funktion des § 168c StPO als originäres Anwesenheits- beziehungsweise Teilnahmerecht lässt sich aber folgern, dass neben der eigenen Teilnahme und dem Recht, selbst Fragen stellen zu dürfen, auch die Möglichkeit umfasst sein muss, auf Fragen eines anderen Anwesenheitsberechtigten adäquat reagieren zu können. Auch hier muss wiederum die Intention des § 168c StPO Berücksichtigung finden. Diese liegt darin zu verhindern, dass ein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeigeführt werden kann, ohne dass der Beschuldigte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluss zu nehmen. Eine denkbare Reaktion auf solche Fragen wäre etwa, diese sofort als unzulässig zu beanstanden. Gleiches gilt auch für zweifelhafte Fragen oder Maßnahmen des Ermittlungsrichters selbst.<sup>595</sup> Der gemeinsame Oberbegriff für eine solche sonstige Befugnis wäre dann das „Beanspruchungsrecht“ für unzulässige Fragen oder Maßnahmen der übrigen Anwesenheitsberechtigten.

---

<sup>593</sup> Erb, in: L/R § 168c Rn. 31a.

<sup>594</sup> BT-Drs. 13/7165, S. 9.

<sup>595</sup> Vergleiche dazu Dahs, Rn. 305; weitergehend zum Ganzen auch Walther, GA 2003 204 ff.

## Sechstes Kapitel. Pflicht zur Benachrichtigung gem. § 168c Abs. 5 StPO

### A. Grundsatz § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO

Während sich in § 168c Abs. 1 bis 4 StPO die Anwesenheitsrechte der Beteiligten und ihre möglichen Beschränkungen finden, enthält Absatz 5 Satz 1 mit seiner Benachrichtigungspflicht die praktisch notwendige Voraussetzung dafür, dass die Anwesenheitsrechte auch tatsächlich wahrgenommen werden können. Folglich stellt die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO die faktische Seite<sup>596</sup> der dazugehörigen Anwesenheitsrechte dar. Die Benachrichtigung soll demnach ebenfalls dazu beitragen, dass im Ermittlungsverfahren unter Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) kein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeigeführt werden kann, ohne dass der Beschuldigte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluss zu nehmen.<sup>597</sup> Um Letzteres zu vermeiden, ist es für die Berechtigten von zentraler Bedeutung zu erfahren, zu welcher Zeit und an welchem Ort die bevorstehende richterliche Vernehmung des Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen stattfindet. Ohne Kenntnis von Zeit und Ort der Vernehmung hinge die Wahrnehmung der Teilnahmerechte von einer zufälligen Kenntniserlangung der Berechtigten ab. Die entsprechende Benachrichtigung ist damit in vielen Fällen die entscheidende Voraussetzung dafür, dass die Anwesenheitsrechte im Ermittlungsverfahren nicht bloß theoretisch bestehen, sondern auch faktisch wahrgenommen werden können.<sup>598</sup> Das Verhältnis zwischen der Benachrichtigungspflicht und dem Anwesenheitsrecht kann derart verstanden werden, dass die Benachrichtigung die Brücke zum Anwesenheitsberechtigten bildet, der auf diesem Weg die nötigen Informationen zur Inanspruchnahme seines Rechts erhält.<sup>599</sup>

Zu diesem Zweck konstituiert § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO die Pflicht des vernehmenden Richters, die zur Anwesenheit berechtigten Verfahrensbeteiligten von dem anstehenden Termin vorher zu benachrichtigen. Da die Benachrichtigung über die bevorstehende Vernehmung somit auch den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör gewährleistet, kann sie auch bei der Vernehmung eines Zeugen, dem von den Strafverfolgungsbehörden absolute Vertraulichkeit zugesichert worden ist, ausschließlich unter den Voraussetzungen des Absatz 5 Satz 2 unterbleiben.<sup>600</sup> Diese zwingende Vorschrift kann auch nicht dadurch umgangen

<sup>596</sup> So ausdrücklich *Zaczyk*, NJW 1987, 535.

<sup>597</sup> BVerfG NJW 2006, 672 (673); BGHSt 26, 332 (335); BGH StV 2003, 540 (541); *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 28; *Endriss*, in: FS-Rieß, S. 70; *Fezer*, NStZ 2009, 524 (525).

<sup>598</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 9; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 32; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 16; *Monka*, in: OnlineKomm-StPO § 168c Rn. 5; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 28; *Fezer*, StrafprozeßR, Fall 3 Rn. 48; *Welp*, JZ 1980, 134 (135); *Wohlers*, GA 2003, 895 (897).

<sup>599</sup> *Zaczyk*, NStZ 1987, 535 (536).

<sup>600</sup> BVerfG NJW 2006, 672 (673); *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 16.

werden, dass das Verfahren, in dem die anonyme Vernehmung erfolgt, „gegen Unbekannt“ geführt wird.<sup>601</sup>

§ 168c Abs. 5 StPO geht ebenfalls auf das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens zurück. In dessen Rahmen hat auch die Benachrichtigungspflicht eine neue Ausgestaltung<sup>602</sup> erfahren. Sie entspricht damit heute, jedenfalls was den Gesetzeswortlaut anbetrifft, im Wesentlichen der für die kommissarische Vernehmung im Hauptverfahren geltenden Benachrichtigungspflicht des § 224 Abs. 1 Satz 1 StPO.<sup>603</sup> Die Neugestaltung sollte den bis dahin geltenden Rechtszustand merkbar erweitern und die Benachrichtigungspflicht damit im Ergebnis ausdehnen.<sup>604</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt galt nach § 169 Abs. 1 StPO a.F. in Verbindung mit § 192 Abs. 2 Satz 1 und 2 StPO a.F., dass die zur Anwesenheit berechtigten Personen nur dann von der anstehenden Vernehmung benachrichtigt werden mussten, „soweit dies ohne Aufenthalt für die Sache“ erfolgen konnte.<sup>605</sup>

Gleichwohl gilt die derzeitige Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO keineswegs absolut. Auch sie wird über Satz 2 gewissen Beschränkungen unterworfen. Wäre eine Benachrichtigung mit einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs verbunden, darf sie nach § 168c Abs. 5 Satz 2 unterbleiben. Demgegenüber kommt § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO lediglich eine klarstellende Funktion zu, demzufolge die Berechtigten keinen Anspruch auf Terminverlegung haben.

## **B. Organisatorische und inhaltliche Anforderungen an die Benachrichtigung**

§ 168c Abs. 5 Satz 1 StPO konstituiert zwar die Pflicht des Gerichts zur Benachrichtigung der Verfahrensbeteiligten, gleichwohl enthält sie keinerlei Aussage darüber, welche organisatorischen Vorkehrungen hierbei zu treffen sind, wie die Benachrichtigung inhaltlich ausgestaltet werden und in welcher Form die Benachrichtigung ergehen soll. Ferner stellt sich die grundlegende Frage, ob die Pflicht des Absatzes 5 Satz 1 nur in den klassischen Konstellationen anwendbar ist, in denen die Vernehmungssituation dem durchführenden Richter schon längere Zeit im Voraus bekannt ist (zukünftig stattfindende Vernehmungen), oder ob darüber hinaus auch solche Konstellationen vom Anwendungsbereich des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO erfasst sind, in denen der zu Vernehmende der Ver-

<sup>601</sup> BGH NStZ 2003, 671 (672); *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 16.

<sup>602</sup> Zur vorherigen Ausgestaltung und zu den Änderungsmotiven des Gesetzgebers BGHSt 26, 332 (334); *Meyer-Göbner*; JR 1977, 258; zur Entstehungsgeschichte des aktuellen § 168c Abs. 5 StPO BT-Drs. 7/551, S. 76, 144; 7/2600; *Welp*, JZ 1980, 134 (135).

<sup>603</sup> Hierzu ausführlich *Gmel*, in: KK-StPO § 224 Rn. 1 ff. sowie *Jäger*, in: L/R § 224 Rn. 1 ff.

<sup>604</sup> BGHSt 26, 332 (335); *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 9; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 32; *Welp*, JZ 1980, 134 (135).

<sup>605</sup> Unter Aufenthalt im Sinne des § 192 Abs. 2 Satz 2 StPO verstand man gemeinhin jede unsachgemäße Verzögerung im Fortgang der Sache; siehe hierzu *Kohlhaas*, in: L/R<sup>21</sup> § 193 Rn. 6; *Schwarz/Kleinknecht*<sup>25</sup>, StPO § 193 Rn. 1b.



nehmungsperson bereits zugeführt wurde oder gerade zugeführt wird (äußerst kurzfristig stattfindende Vernehmungen).

### I. Zeitraum zwischen Benachrichtigung und Vernehmung

Unter organisatorischen beziehungsweise zeitlichen Gesichtspunkten stellt sich zunächst einmal die Frage, wie groß der Zeitraum zwischen der Benachrichtigung und dem eigentlichen Vernehmungstermin zu bemessen ist. Die Strafprozessordnung sieht in § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO lediglich vor, dass die Benachrichtigung „vorher“ (scil. vor der Vernehmung) zu erfolgen hat. Eine nähere zeitliche Präzisierung wird nicht vorgenommen, so dass „vorher“ im Sinne des Absatzes 5 Satz 1 immer abhängig von der konkreten Situation gedeutet werden muss. Situationsabhängig meint in diesem Zusammenhang erstens: Wann ist die (unmittelbar) bevorstehende Vernehmung dem vernehmenden Richter bekannt geworden? Und zweitens: Wie viel Zeit verbleibt bis dahin noch?

In Anbetracht der Bedeutung, welche die Anwesenheitsrechte des § 168c Abs. 1 und 2 StPO für die daraus Berechtigten und den weiteren Verlauf der Ermittlungen aufweisen, kann es als gesichertes Erkenntnis betrachtet werden, dass eine Benachrichtigung unmittelbar vor der anstehenden Vernehmungssituation jedenfalls dann nicht ausreichend ist, wenn die Vernehmung schon von längerer Hand geplant und dem Richter somit bekannt war. Die terminologische Ungenauigkeit des Gesetzgebers darf nicht derart missinterpretiert werden, dass es den Strafverfolgungsbehörden durch bloßes Zuwarten ermöglicht wird, bestehende Anwesenheitsrechte praktisch leerlaufen zu lassen. Ein solches zeitliches Taktieren wäre mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens nicht vereinbar. Vielmehr sind vor diesem Hintergrund alle Anwesenheitsberechtigten so früh wie möglich zu benachrichtigen,<sup>606</sup> so dass der Berechtigte den Termin unter normalen Umständen und in zumutbarer Weise wahrnehmen kann.<sup>607</sup>

Neben der Möglichkeit, den Ort der Vernehmung auch tatsächlich in der zur Verfügung stehenden Zeit erreichen zu können, ist angesichts des Grundsatzes der Effektivität der Verteidigung ein Weiteres zu berücksichtigen. Die zu benachrichtigenden Personen, insbesondere aber der Beschuldigte und sein Verteidiger, sollten im Vorfeld der Vernehmung ausreichend Zeit erhalten, um sich auf die Vernehmung vorbereiten zu können. Der Zeitraum zwischen Benachrichtigung und Vernehmung sollte vom Richter dementsprechend wohlwollend bemessen werden. Nur ein derart großzügiges Verständnis von „vorher“ im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO vermag der richtungsweisenden Bedeutung der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren insgesamt gerecht zu werden.

Die Benachrichtigungspflicht wirkt sich damit im Umkehrschluss auch auf die Terminierung der Vernehmung aus. Soweit eine Pflicht zur Benachrichtigung

<sup>606</sup> Griesbaum, in: KK-StPO § 168c Rn. 16; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 28.

<sup>607</sup> Erb, in: L/R § 168c Rn. 32.

besteht, ist die Vernehmungssituation terminlich so anzusetzen und die Anwesenheitsberechtigten hiervon so zeitig zu unterrichten, dass ihnen auch tatsächlich die Gelegenheit zur Teilnahme eingeräumt wird.<sup>608</sup> Etwaige mit der Benachrichtigung zusammenhängende zeitliche Verzögerungen des Verfahrensablaufs sind dabei grundsätzlich zu akzeptieren.<sup>609</sup> Dies wird umso deutlicher, wenn Absatz 5 Satz 2 das Absehen von einer Benachrichtigung an die ausschließliche Bedingung knüpft, dass hierdurch der Untersuchungserfolg gefährdet würde. Begrenzt werden die Auswirkungen der Benachrichtigungspflicht auf die Terminierung der Vernehmung letztlich nur über § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO. Demzufolge haben die Anwesenheitsberechtigten keinen Anspruch auf eine Terminverlegung.

## II. Inhaltliche Ausgestaltung und äußere Form der Benachrichtigung

Eine besondere Form der Benachrichtigung ist gesetzlich nicht vorgesehen. Im Regelfall sind die Berechtigten daher vom Ermittlungsrichter schriftlich zu benachrichtigen. Eine amtliche Zustellung kann sich in den Fällen als nützlich erweisen, in denen der Nachweis des Zugangs der Benachrichtigung erforderlich ist. In dringenden Fällen, daher vor allem in Fällen einer äußerst kurzfristig stattfindenden Vernehmung, kann die Benachrichtigung auch fernschriftlich, telegraphisch oder telefonisch vorgenommen werden; im letzteren Fall ist sie aktenkundig zu machen.<sup>610</sup>

Inhaltlich muss die Benachrichtigung derart bestimmt sein, dass die Berechtigten mit zumutbarem Aufwand die genaue Zeit und die Örtlichkeit erfahren können, in der die Vernehmungshandlung durchgeführt werden soll.<sup>611</sup>

## III. Benachrichtigung bei kurzfristigen Vernehmungen

Wie oben bereits angesprochen, stellt sich die grundsätzliche Frage, ob von der Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO grundsätzlich nur die klassischen Vernehmungskonstellationen erfasst sind, in denen der Ermittlungsrichter von der anstehenden Vernehmung schon längere Zeit im Voraus Kenntnis erlangt hat (zukünftig stattfindende Vernehmungen).<sup>612</sup> Neben diesen klassischen Konstellationen sind namentlich auch solche denkbar, in denen die zu vernehmende Person dem Ermittlungsrichter bereits zugeführt wurde oder gerade zugeführt wird (kurzfristig stattfindende Vernehmungen), ohne dass der Richter im Vorfeld von der Vernehmung Kenntnis hatte. Hier stellt sich für den Richter die

<sup>608</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 16; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 32; *Krehl*, in: HK-StPO § 168c Rn. 5; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 20.

<sup>609</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 32; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 28.

<sup>610</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 51.

<sup>611</sup> Zu den inhaltlichen Anforderungen, welche an die Benachrichtigung über eine im Ausland durchgeführte Vernehmung zu stellen sind, siehe sechstes Kapitel Gliederungspunkt G. (S. 148 ff.).

<sup>612</sup> So ausdrücklich BGH StV 2006, 228 wenn auch in einem obiter dictum; im Ergebnis wohl auch *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5.

entscheidende Frage, wie im weiteren Verlauf mit den nach § 168c StPO zur Anwesenheit Berechtigten zu verfahren ist und welche Auswirkungen dies auf die bevorstehende Vernehmungssituation hat. Sollte § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO auch auf diese Konstellationen anwendbar sein,<sup>613</sup> dürfte mit der Vernehmung des Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen erst begonnen werden, wenn die nach § 168c Abs. 1 oder 2 StPO Berechtigten benachrichtigt sind und ihnen darüber hinaus die Möglichkeit eingeräumt wurde teilzunehmen oder aber ein Grund für das Absehen von der Benachrichtigung nach Absatz 5 Satz 2 festgestellt worden ist.

#### 1. BGH StV 2006, 228

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs neigt diesbezüglich zu der Auffassung, dass die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO ausschließlich auf in der Zukunft liegende Termine (scil. Vernehmungssituationen) anwendbar sei.<sup>614</sup> Hierfür führt er sowohl den Wortlaut („vorher“) als auch den Sinn und Zweck des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO an.<sup>615</sup> Finde die Vorführung des zu Vernehmenden bereits statt und ergebe sich erst während der Vernehmung durch die Bestellung eines Verteidigers dessen Berechtigung zur Teilnahme, unterliege dies nicht dem Anwendungsbereich des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO; eine entsprechende Benachrichtigung und ein damit verbundenes Zuwarten sei deswegen nicht zwingend erforderlich.<sup>616</sup> Gleichwohl gibt der 4. Strafsenat zu bedenken, dass sich eine solche Pflicht möglicherweise aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens ergeben könnte.<sup>617</sup> Letzteres war allerdings für die konkrete Entscheidung unerheblich, da sich die Revision hierauf nicht gestützt hatte.

#### 2. Wortlaut des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO

Ein solch enges Verständnis der Benachrichtigungspflicht unterliegt aber gerade im Hinblick auf den Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO grundlegenden Bedenken. Der Wortlaut des Absatzes 5 Satz 1 lässt lediglich den Schluss zu, dass die Benachrichtigung vorher, also der richterlichen Vernehmungshandlung zeitlich vorgelagert, erfolgen muss. Zuzugestehen ist dem 4. Strafsenat die Erkenntnis, dass der Wortlaut durchaus ein zukünftiges Element beinhaltet. Eine daraus resultierende Beschränkung des Anwendungsbereichs auf zukünftig stattfindende Vernehmungen lässt sich dem Wortlaut gleichwohl nicht entnehmen. Vielmehr muss erwogen werden, dass – wenn es sich vorliegend um eine Situation handelt, in der bereits die Vorführung stattfindet oder die Anwesenheitsrechte nach § 168c StPO erst während der Verneh-

<sup>613</sup> Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 29; ders., StV 2006, 228 (229).

<sup>614</sup> BGH StV 2006, 228.

<sup>615</sup> BGH StV 2006, 228.

<sup>616</sup> BGH StV 2006, 228.

<sup>617</sup> BGH StV 2006, 228.

mung entstehen – dem zukünftigen Element des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO auf andere Weise Rechnung getragen werden muss.

### 3. Sinn und Zweck des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO

Wenn der 4. Strafsenat seine einschränkende Anwendung des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO auch aus dessen Ratio herzuleiten versucht, so ist auch dies kritisch zu würdigen. Sinn und Zweck der Benachrichtigungspflicht ist es doch, dass die verbrieften Anwesenheitsrechte im Ermittlungsverfahren nicht bloß theoretisch bestehen, sondern auch faktisch wahrgenommen werden können.<sup>618</sup> Damit zielt die Regelung eben gerade auch darauf ab, die Anwesenheitsrechte der Verfahrensbeteiligten zu stärken.<sup>619</sup>

Für den Problemkreis der kurzfristig stattfindenden Vernehmungen bedeutet dies, dass auch hier mit einer Vernehmung nur dann begonnen werden darf, wenn die Anwesenheitsberechtigten zuvor benachrichtigt worden sind und ihnen die Möglichkeit zugestanden wurde, dieser Benachrichtigung auch tatsächlich nachzukommen. Resultieren das Anwesenheitsrecht und die damit verbundene Benachrichtigungspflicht aus dem Umstand, dass eine Verteidigerbestellung erst während der Vernehmung erfolgt ist, muss die Vernehmungshandlung unterbrochen und der Berechtigte entsprechend § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO benachrichtigt werden. Auch hier muss den Benachrichtigten die tatsächliche Gelegenheit gegeben werden, der Benachrichtigung nachkommen zu können.<sup>620</sup> Die Vernehmungshandlung ist während dieses oftmals von tatsächlichen Gegebenheiten abhängigen Zeitraums auszusetzen.<sup>621</sup> Nur ein solch weites Verständnis der Benachrichtigungspflicht trägt der Ratio des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO Rechnung, die tatsächliche Durchsetzung der gesetzlich zugestandenen Anwesenheitsrechte zu gewährleisten. Zudem ist auch nur ein solches Verständnis der Benachrichtigungspflicht geeignet, etwaigen Umgehungsversuchen Einhalt zu gebieten. Teilt man nämlich die Ansicht, wonach die Benachrichtigung bei kurzfristig stattfindenden oder bereits laufenden Vernehmungen nicht erfolgen muss, können die Beteiligungsrechte des § 168c StPO dadurch unterwandert werden, dass alle richterlichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren kurzfristig durchgeführt werden und damit nicht mehr in den Anwendungsbereich des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO fallen.

<sup>618</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 9; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 32; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 16; *Monka*, in: OnlineKomm-StPO § 168c Rn. 5; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 28; *Fezer*, StrafprozeßR, Fall 3 Rn. 48; *Welp*, JZ 1980, 134 (135); *Wohlers*, GA 2003, 895 (897).

<sup>619</sup> *Wohlers*, SK-StPO § 168c Rn. 1; *ders.*, StV 2006, 228 (229); vergleiche auch *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 1 wonach „das Gesetz durch die effektive Gewährung rechtlichen Gehörs sicherstellt, dass der Beschuldigte und sein Verteidiger bereits im Ermittlungsverfahren die Möglichkeit haben, der Gewinnung einseitiger (...) Beweisergebnisse wirksam entgegenzutreten.“

<sup>620</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 38.

<sup>621</sup> So wohl auch *Wohlers*, StV 2006, 228 (229).

Sollten die Anwesenheitsberechtigten dagegen wirksam auf die Ausübung ihres Rechts verzichtet<sup>622</sup> haben, die Benachrichtigung selbst aus tatsächlichen Gründen faktisch nicht (mehr) möglich sein oder für den Fall weiteren Zuwartens die Gefahr bestehen, dass eine Aussage überhaupt nicht mehr erlangt werden kann (damit also der Untersuchungserfolg gefährdet würde, vergleiche § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO), darf mit der Vernehmung begonnen oder mit der bereits begonnenen Vernehmung trotz Abwesenheit der Berechtigten fortgefahren werden.<sup>623</sup>

## C. Zu benachrichtigende Personen

### I. Anwesenheitsberechtigte

Die Pflicht zur Benachrichtigung gemäß Absatz 5 Satz 1 erstreckt sich grundsätzlich auf alle Personen, denen nach den Absätzen 1 und 2 einen Anspruch auf Anwesenheit bei der Vernehmungshandlung zusteht.<sup>624</sup> Im Einzelnen erhalten damit die Staatsanwaltschaft, der Beschuldigte sowie dessen Verteidiger eine Terminsachricht. Nach dem hiesigen Verständnis einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 168c Abs. 2 bis 5 StPO auf die Vernehmung eines Mitbeschuldigten sind von dessen bevorstehender Vernehmung auch der Beschuldigte und sein Verteidiger zu benachrichtigen. Richtet sich das Ermittlungsverfahren gegen einen jugendlichen Beschuldigten, sind wegen §§ 67 Abs. 1 JGG, 168c Abs. 1 und 2 StPO neben den soeben genannten Beteiligten auch der Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter des Beschuldigten von der bevorstehenden Vernehmung zu benachrichtigen. Auch der Rechtsbeistand eines zum Anschluss als Nebenkläger berechtigten Verletzten ist wegen § 406g Abs. 2 Satz 3 in Verbindung mit § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO entsprechend zu benachrichtigen.<sup>625</sup>

### II. Sonstige Personen

Von den Personen, die zur Anwesenheit berechtigt sind, zu unterscheiden, sind solche Personen, denen die Anwesenheit bei der Vernehmungshandlung gestattet werden kann. Ihre Teilnahme liegt im richterlichen Ermessen.<sup>626</sup> Wenn aber schon ihre Teilnahme im Ermessen des vernehmenden Richters liegt, muss dasselbe für deren Benachrichtigung gelten.<sup>627</sup> Die Benachrichtigung des Einziehungsinteressenten liegt ebenfalls im Ermessen des Ermittlungsrichters, da die-

<sup>622</sup> Auf die Benachrichtigung kann wirksam verzichtet werden; er kann, solange die Untersuchungshandlung noch nicht stattgefunden hat kann der bereits erklärte Verzicht widerrufen werden, vergleiche *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 33; *Jäger*, in: L/R § 223 Rn. 23; Nr. 121 Abs. 4 RiStBV.

<sup>623</sup> Vergleiche *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 28; *ders.*, StV 2006, 228 (229).

<sup>624</sup> *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 16; *Joecks*, StPO § 168c Rn. 5; *Pfeiffer*, StPO § 168c Rn. 4; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 15; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 7.

<sup>625</sup> Vergleiche *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 34.

<sup>626</sup> Ausführlich hierzu oben drittes Kapitel Gliederungspunkt D. V. (S. 95 ff.).

<sup>627</sup> So auch *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 36.

ser wegen § 432 Abs. 1 Satz 1 StPO zwar einen Anspruch auf rechtliches Gehör, nicht jedoch die umfassenderen Befugnisse eines Beschuldigten besitzt. Anders zu beurteilen ist die Situation des Einziehungsinteressenten dagegen dann, wenn er selbst nach § 432 Abs. 2 StGB richterlich vernommen wird. Hier kommt über § 432 Abs. 2 StPO wiederum die für Beschuldigte geltende Regelung des § 168c Abs. 1 StPO zur Anwendung, so dass in diesem Fall der Staatsanwaltschaft und seinem Verteidiger die Anwesenheit gestattet ist.<sup>628</sup> Dies wiederum ist grundsätzlich auch mit einer entsprechenden Benachrichtigungspflicht gemäß § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO verbunden.<sup>629</sup>

#### **D. Wegfall der Benachrichtigungspflicht**

Vom Grundsatz, dass die nach § 168c StPO zur Anwesenheit Berechtigten vor der richterlichen Vernehmungshandlung entsprechend zu benachrichtigen sind, gibt es einige gewohnheitsrechtliche Ausnahmen, auf die sich jedoch im Gesetzestext selbst kein Hinweis findet.

##### **I. Bei Verzicht auf die Anwesenheit**

Zunächst ist es gemeinhin anerkannt, dass auf die Anwesenheit – respektive auf das gesetzlich vorgesehene Anwesenheitsrecht – wirksam verzichtet werden kann. Es steht den Berechtigten grundsätzlich frei, ob sie an der jeweiligen Vernehmung teilnehmen oder nicht; § 168c Abs. 1 und 2 StPO können keineswegs in Richtung einer Anwesenheitspflicht verstanden werden.<sup>630</sup>

Wird dem Gericht ein entsprechender Verzicht erklärt, so bedarf es im weiteren Verfahrensverlauf seinerseits auch keiner weiteren Benachrichtigung über Ort und Zeit der bevorstehenden Vernehmung. Da aber der einmal erklärte Verzicht auf das Anwesenheitsrecht bis zu dem Zeitpunkt zurückgenommen werden kann, in dem die Vernehmungshandlung noch nicht stattgefunden hat, lebt die Benachrichtigungspflicht des Absatzes 5 Satz 1 mit Rücknahme des Verzichts wieder auf. Die Benachrichtigung ist vom Ermittlungsrichter sodann nachzuholen. Gleichwohl muss in dieser besonderen Situation darauf geachtet werden, dass ein Anspruch auf Terminverlegung (Absatz 5 Satz 3 StPO) nicht besteht. Vor diesem Hintergrund kann es sich daher im Interesse einer effektiven Verteidigung als nützlich erweisen, die Rücknahme des Verzichts mit einem Antrag auf Terminsmitteilung zu verbinden.<sup>631</sup> Das Risiko, dass ein erst erklärter und später widerrufener Verzicht auf das Anwesenheitsrecht im Ergebnis zu einer Überschneidung mit anderen Terminen der Beteiligten führt, ist grundsätzlich der Sphäre des jeweiligen Beteiligten zuzurechnen. Die ausschließlich im Ermessen

<sup>628</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 22.

<sup>629</sup> Näher zum Einziehungsbeteiligten oben drittes Kapitel Gliederungspunkt D. II. (S. 93).

<sup>630</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 18; *Krehl*, in: HK-StPO § 168c Rn. 4; *Wache*, in: KK-StPO § 168c Rn. 8; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 8.

<sup>631</sup> *Dahs*, Rn. 253; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 33.

des Richters liegende Entscheidung über eine etwaige Terminverlegung bleibt hiervon unberührt

## II. Bei Ausschluss von der Vernehmung gemäß § 168c Abs. 3 StPO

Zu klären ist des Weiteren, wie in der Situation mit der Benachrichtigung zu verfahren ist, sofern im Zeitpunkt der Benachrichtigung bereits klar ist, dass der Beschuldigte von der bevorstehenden richterlichen Vernehmung eines Zeugen wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks gemäß § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO ausgeschlossen wird. Hier stellt sich die Frage, ob der Beschuldigte dennoch von der bevorstehenden Vernehmung zu benachrichtigen ist – möglicherweise mit dem Hinweis, dass seine Teilnahme wegen § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO ausgeschlossen ist – oder ob eine etwaige Benachrichtigung generell unterbleiben kann. Für die weitere Diskussion ist zunächst eine Unterscheidung von zentraler Bedeutung. In dieser besonderen Konstellation gefährdet nicht die Benachrichtigung für sich genommen schon den Untersuchungserfolg, denn dann läge ohnehin ein Fall des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO und damit eine gesetzliche Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht vor.<sup>632</sup> Vorliegend geht es darum, dass erst die durch die Benachrichtigung ermöglichte Anwesenheit des Beschuldigten eine Gefährdung des Untersuchungszwecks mit sich bringt.

Der Bundesgerichtshof geht in diesem Fall davon aus, dass eine gesetzliche Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht vorliegt.<sup>633</sup> Sollte der Beschuldigte über § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO von der Anwesenheit ausgeschlossen werden, gehöre er nicht mehr zum Kreis der Anwesenheitsberechtigten und habe damit auch keinen Anspruch auf Benachrichtigung.<sup>634</sup> Letztere könne folglich unterbleiben.<sup>635</sup>

Gegen ein solches Verständnis sprechen aber schon gesetzessystematische Erwägungen. Während § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO den Ausschluss von der Vernehmungssituation zum Regelungsgegenstand hat, beschäftigt sich Absatz 5 Satz 1 ausschließlich mit der Benachrichtigungspflicht. Es handelt sich somit grundsätzlich um zwei eigenständige Regelungskomplexe. Damit aber sind der Ausschluss des Beschuldigten und das Absehen von der Benachrichtigung zwei unabhängig voneinander vorzunehmende Maßnahmen. Dies kann im Zweifel dazu führen, dass der Beschuldigte zwar von der Vernehmung ausgeschlossen wird, trotzdem aber über Zeit und Ort der Vernehmung benachrichtigt werden muss. Hätte demgegenüber der Ausschluss nach Absatz 3 Satz 1 immer auch zur Folge, dass eine Benachrichtigung des Ausgeschlossenen entbehrlich wird, würde der Anwendungsbereich des Absatzes 5 Satz 1, jedenfalls was den anwesenheitsberechtigten Beschuldigten anbetrifft, drastisch verkürzt.

<sup>632</sup> Näher hierzu *Schäfer/Sander*, Strafverfahren, Rn. 360.

<sup>633</sup> BGHSt 31, 140 (142).

<sup>634</sup> BGHSt 31, 140 (142).

<sup>635</sup> BGHSt 31, 140 (142).

Ferner sprechen auch Aspekte des fairen Verfahrens gegen ein solches einschränkendes Verständnis. Mit dieser Verkürzung der Benachrichtigungspflicht werden potentielle Gegenmaßnahmen des Beschuldigten in gravierendem Maße beschränkt. Durch die Nichtbenachrichtigung wird dem Betroffenen namentlich die Möglichkeit vorenthalten, rechtzeitig mit einer Gegenvorstellung aufzuzeigen, dass seine Anwesenheit keineswegs mit einer Gefährdung des Untersuchungszwecks verbunden ist und somit gar kein Grund für einen Ausschluss gemäß § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO vorliegt.<sup>636</sup> Des Weiteren stellt die Nichtbenachrichtigung in diesem Fall eine Verkürzung des Rechtsschutzes gegen die Ausschließungsentscheidung des Richters dar, da die fehlende Kenntnis von der Vernehmung den Beschuldigten hindert, gegen die richterliche Entscheidung (einfache) Beschwerde nach § 304 StPO<sup>637</sup> einzulegen.<sup>638</sup>

Folglich ist der Beschuldigte, der wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks von der Vernehmung ausgeschlossen wird, gleichwohl von dieser zu benachrichtigen. Gleichzeitig ist er auf die Ausschließungsentscheidung hinzuweisen, so dass dem unverteidigten Beschuldigten die Hinzuziehung eines (dann anwesenheitsberechtigten) Verteidigers ermöglicht wird.<sup>639</sup> Sollte sich der Beschuldigte in dieser Situation keines Wahlverteidigers bedienen, ist ihm zur Wahrung des Rechts auf konfrontative Befragung (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) zwingend ein Pflichtverteidiger zu bestellen.<sup>640</sup>

### III. Bei verteidigtem und inhaftierten Beschuldigten (§ 168c Abs. 4 StPO)

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz, dass die nach § 168c Abs. 1 und 2 StPO Berechtigten vor der Vernehmung zu benachrichtigen sind, wird bei inhaftierten Beschuldigten diskutiert, die bereits über einen Verteidiger verfügen. Wie bereits ausführlich erörtert, hat der inhaftierte und verteidigte Beschuldigte nur dann einen Anspruch auf Teilnahme an der Vernehmungssituation, wenn die Vernehmung an der Gerichtsstelle des Ortes stattfindet, in dem er sich in Haft befindet oder untergebracht ist.<sup>641</sup>

Nach § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO sind die zur Anwesenheit Berechtigten vorher zu benachrichtigen. Voraussetzung für die Benachrichtigung ist damit ein bestehendes Anwesenheitsrecht des jeweiligen Beteiligten. An dieser Stelle wirkt sich nun die oben<sup>642</sup> bereits angerissene Fragestellung aus, ob § 168c Abs. 4 StPO für

<sup>636</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 37; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 30.

<sup>637</sup> Die einfache Beschwerde ist im Fall der Ausschließung nach § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO das statthafte Rechtsmittel, vergleiche *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 21; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 37; *Engelhardt*, in: KK-StPO § 304 Rn. 1; *Meyer-Göfner*, StPO § 168c Rn. 3 f.; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 4.

<sup>638</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 37.

<sup>639</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 29.

<sup>640</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt C. II. 2. (S. 75 ff.).

<sup>641</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt B. I. (S. 121 ff.).

<sup>642</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt B. III. (S. 124 ff.).



den inhaftierten und verteidigten Beschuldigten bei Vernehmungen außerhalb der Gerichtsstelle des Haftortes zu einem vollständigen Verlust des Anwesenheitsrechts oder lediglich zu einer Rechtsbegrenzung in räumlicher Hinsicht führt. In dieser Situation kommt es also für die Benachrichtigung des Beschuldigten entscheidend auf die dem § 168c Abs. 4 StPO zugrunde liegende rechtliche Rechtskonstruktion an. Auf der einen Seite wird ein weiterhin bestehendes Anwesenheitsrecht des inhaftierten Beschuldigten angenommen, das lediglich unter geographischen Gesichtspunkten auf die Gerichtsstelle des Haftortes beschränkt sei. § 168c Abs. 4 StPO schränke nur den Anspruch auf Ermöglichung der Ausübung seines Anwesenheitsrechts in räumlicher Hinsicht ein.<sup>643</sup> Die Konsequenz daraus sei, dass der Beschuldigte keinen Anspruch mehr darauf habe, dass ihm die Anwesenheit unter allen denkbaren Umständen ermöglicht wird.<sup>644</sup> Lagen demnach die Voraussetzungen des Absatzes 4 vor, führe dies folglich nicht zu einem Verlust des Anwesenheitsrechts als solchem.<sup>645</sup> Der inhaftierte und verteidigte Beschuldigte müsse damit auch über Ort und Zeit einer Vernehmung unterrichtet werden, die nicht an der Gerichtsstelle des Haftortes stattfindet, solange ein Absehen von der Benachrichtigungspflicht nach § 168c Absatz 5 Satz 2 StPO nicht in Betracht kommt.<sup>646</sup>

Auf der anderen Seite wird davon ausgegangen, dass der Ausschluss des Beschuldigten über § 168c Abs. 4 StPO zu einem gänzlichen Verlust des Anwesenheitsrechts führe.<sup>647</sup> Das Anwesenheitsrecht des inhaftierten und verteidigten Beschuldigten bestehe tatsächlich nur in den Fällen, in denen die Vernehmung an der Gerichtsstelle des Ortes stattfindet, in dem er sich in Haft befindet. Bei allen anderen richterlichen Vernehmungen entfalle das Anwesenheitsrecht und der Beschuldigte brauche damit auch nicht mehr von der bevorstehenden richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen benachrichtigt zu werden – er sei schließlich nicht mehr „zur Anwesenheit Berechtigter“ im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO.<sup>648</sup>

Der Wortlaut des § 168c Abs. 4 StPO [(...) so steht ihm ein Anspruch auf Anwesenheit nur bei solchen Terminen zu, die (...)] deutet eher in die Richtung, dass das Anwesenheitsrecht als solches tatsächlich nur in den Fällen besteht, in denen die Vernehmung an der Gerichtsstelle des Ortes stattfindet, in dem sich der Beschuldigte in Haft befindet. Nur hier ist er ein Anwesenheitsberechtigter im Sin-

<sup>643</sup> BGH MDR 1976, 814; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 9.

<sup>644</sup> Vergleiche BGH MDR 1976, 814; *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 7; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 18; *Griesbaum* in: KK-StPO § 168c Rn. 8 f.; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 23; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 6.

<sup>645</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 24.

<sup>646</sup> So die wohl überwiegende Auffassung, vergleiche *Alsberg/Nüse/Meyer*, S. 509; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 2244; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 35 mit weiteren Nachweisen.

<sup>647</sup> *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 5.

<sup>648</sup> In diese Richtung jedenfalls *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 5, der die Benachrichtigung des Verteidigers in diesen Fällen für ausreichend erachtet.

ne des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO. Schon aus der im Vergleich zu § 168c Abs. 3 StPO abweichenden Regelungstechnik – Absatz 3 gewährt dem Ermittlungsrichter eine Ermessensentscheidung, während Absatz 4 die Teilnahme des Beschuldigten schon „tatbestandlich“ verwehrt – kann der Schluss gezogen werden, dass der Beschuldigte in allen anderen Fällen keinen Anspruch und damit im Ergebnis kein subjektives Recht auf Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen besitzt. Damit aber ist er kein Anwesenheitsberechtigter im Sinne des Absatzes 5 Satz 1 und unterliegt damit auch nicht der Benachrichtigungspflicht.<sup>649</sup>

Auch der Einwand, mit der Benachrichtigung werde dem Beschuldigten erst die Möglichkeit gegeben, seinen Verteidiger zu instruieren und gegebenenfalls darauf zu drängen, auch die Gründe geltend zu machen, die für die persönliche Teilnahme des Mandanten sprechen, kann letztlich nicht überzeugen.<sup>650</sup> Die Benachrichtigung des Verteidigers gemäß § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO wird nahezu immer die Folge haben, dass sich dieser mit seinem Mandanten vor der Vernehmung bespricht, um das nähere Vorgehen zu besprechen. Im Rahmen dieser Vorbesprechung besteht dann auch die Möglichkeit, Gründe, die für das persönliche Erscheinen des Beschuldigten sprechen, zu erörtern. Damit besteht für die persönliche Benachrichtigung des Beschuldigten auch unter diesem Gesichtspunkt keine Notwendigkeit. Der inhaftierte und verteidigte Beschuldigte muss somit grundsätzlich nicht nach § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO benachrichtigt werden, wenn die Vernehmung nicht an der Gerichtsstelle des Haftortes stattfindet.

### **E. (Praktische) Undurchführbarkeit der Benachrichtigung**

Im alltäglichen Geschäft der Strafverfolgungsbehörden kommt es nicht selten zu der Situation, in der die Benachrichtigung des jeweiligen Anwesenheitsberechtigten schon allein aus rein tatsächlichen Gründen, also unter praktischen Gesichtspunkten, nicht möglich ist. Zu denken ist hier an Fälle, in denen sich der Beschuldigte auf der Flucht befindet oder sein Aufenthaltsort in sonstiger Weise unbekannt und selbst mit zumutbarem Ermittlungsaufwand nicht herauszufinden ist.<sup>651</sup> Eine Benachrichtigung kann hier von vornherein unterbleiben.<sup>652</sup>

### **F. Terminsverlegung § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO**

Den Anwesenheitsberechtigten steht bei terminlicher Verhinderung wegen § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO grundsätzlich kein Anspruch auf Terminverlegung

<sup>649</sup> So auch *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 5.

<sup>650</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 35.

<sup>651</sup> Was im konkreten Fall noch als zumutbarer Ermittlungsaufwand verstanden werden kann und deswegen vor einem Absehen von der Benachrichtigung zu leisten ist, hängt von den Umständen der jeweiligen Situation ab.

<sup>652</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 38.

zu.<sup>653</sup> Dieser unmissverständlichen Aussage des Gesetzgebers zuwiderlaufend soll nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht<sup>654</sup> dennoch ein solcher Anspruch dem Grundsatz nach bestehen. Im Wege einer „fürsorgekonformen Auslegung“ des § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO soll einem Antrag auf Terminverlegung grundsätzlich zu entsprechen sein, es sei denn, es sprächen gewichtige Anzeichen für eine Verzögerungsabsicht.<sup>655</sup> Ein solches Verständnis ist jedoch wenig überzeugend. Die Entscheidung des Gesetzgebers wird durch die Formulierung des § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO deutlich erkennbar. Die Beteiligten haben hiernach keinen Anspruch auf Terminverlegung. Allerdings liegt es im Ermessen des Richters, in begründeten Fällen einem Verlegungsgesuch nachzukommen und den anberaumten Termin zu verschieben. Ausweislich der Gesetzesformulierung ist ein solches Vorgehen jedoch die Ausnahme. Diese Ausnahme gleichsam in ihr Gegenteil zu verkehren und aus ihr den Regelfall zu machen, ist mit dem Wortlaut des § 168c Abs. 5 Satz 3 StPO nicht in Einklang zu bringen.

Gleichwohl bedeutet die gesetzliche Entscheidung gegen einen Terminverlegungsanspruch nicht, dass der Ermittlungsrichter einem begründeten Anliegen der Beteiligten nicht nachkommen darf; eine Verlegung ist damit zulässig.<sup>656</sup> Aus der gesetzgeberischen Entscheidung für eine grundsätzliche Benachrichtigungspflicht (§ 168c Abs. 5 Satz 1 StPO) kann gefolgert werden, dass der Ermittlungsrichter dennoch gehalten ist, den Anwesenheitsberechtigten auch die faktische Ausübung ihrer Rechte zu ermöglichen.<sup>657</sup> Damit sollten die Termine für die Vernehmung so angesetzt werden, dass sie von den Anwesenheitsberechtigten auch tatsächlich wahrgenommen werden können.<sup>658</sup> Kommt es hierbei dennoch zu einer terminlichen Kollision, sollte insbesondere begründeten Vertagungsanträgen des Verteidigers nachgekommen werden, solange die aus der Terminverlegung resultierende zeitliche Verzögerung für das weitere Verfahren akzeptabel ist und die Teilnahme des Verteidigers an der Vernehmung aus Gründen der Effektivität der Verteidigung im konkreten Fall geboten erscheint.<sup>659</sup> Angesichts der Bedeutung des Anwesenheitsrechts für den weiteren Verlauf des Verfahrens

<sup>653</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. XX; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 147; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 20; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 17; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 38; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 9.

<sup>654</sup> So etwa *Hegmann*, S. 235 f.; im Ergebnis muss wohl auch *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 39 in diese Richtung verstanden werden.

<sup>655</sup> *Hegmann*, S. 236.

<sup>656</sup> Zu Recht sieht *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 47 es als ermessensmissbräuchlich an, wenn richterliche Untersuchungshandlungen ohne zwingenden Grund an verschiedenen Orten zeitlich derart eng terminiert werden, dass eine gleichzeitige Anwesenheit unmöglich ist oder sonst ohne Notwendigkeit der Termin so bestimmt wird, dass eine bereits bekannte Verhinderung eines Anwesenheitsberechtigten ausgenutzt wird.

<sup>657</sup> Vergleiche *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 20; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 9.

<sup>658</sup> *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 9.

<sup>659</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 16; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 47; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 20; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 9; *Dahs*, Rn. 253.

gilt dies umso mehr bei solchen richterlichen Vernehmungen, die auf eine direkte Verwertbarkeit des Protokolls im Hauptverfahren abzielen und bei denen der Verlegung keine vorrangigen Gründe entgegenstehen.<sup>660</sup>

Ein Anspruch auf Terminverlegung besteht auch hier ausweislich des klaren Wortlauts des § 168c Abs. 5 Satz 3 nicht.

### G. Vernehmungen im Wege der Rechtshilfe durch ausländische Stellen

Schwierig gestaltet sich die Frage der Benachrichtigung vor allem auch in den Fällen mit Auslandsbezug. Denn Strafverfolgung beschränkt sich in der heutigen Zeit nicht mehr nur auf innerstaatliche Sachverhalte, sondern sie reicht oftmals über die eigenen Staatsgrenzen hinaus.<sup>661</sup> Weist ein Fall einen solchen Auslandsbezug auf, müssen die deutschen Strafverfolgungsbehörden zur Aufklärung des Sachverhalts gegebenenfalls exterritorial und damit außerhalb des eigenen Hoheitsgebietes ermitteln, obwohl ihre eigenen Ermittlungskompetenzen grundsätzlich nur innerhalb der Bundesrepublik Deutschland bestehen.

Um auch in Fällen mit Auslandsbezug die notwendige Ermittlungsarbeit leisten zu können, beschreiten die deutschen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte hierzu entweder den Weg der internationalen Rechtshilfe<sup>662</sup> oder sie bedienen sich darüber hinaus anderer neuer Formen<sup>663</sup> internationaler Zusammenarbeit.<sup>664</sup> Der häufigste Fall der zwischenstaatlichen Rechtshilfe ist das Ersuchen um die Vernehmung von im Ausland befindlicher Zeugen, da diese nicht zum Erscheinen in Deutschland verpflichtet werden können.<sup>665</sup> Auch Zwangsmaßnahmen wie die Verhängung eines Ordnungsgeldes dürfen nicht angedroht, jedenfalls aber wegen Art. 8 des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens (EuRhÜbk) nicht vollstreckt werden.<sup>666</sup> Die Gegenmeinung<sup>667</sup> scheint in Anbetracht der Tatsache, dass es sich bei den Zeugenpflichten (Erscheinen zur Vernehmung, wahrheitsgemäße Aussage, Beeidung der Aussage auf Verlangen) um primär staatsbürgerliche Pflichten handelt, welche die Strafprozessordnung ihrerseits voraussetzt<sup>668</sup> und keineswegs selbst begründet, wenig überzeugend.<sup>669</sup>

<sup>660</sup> OLG München StV 2000, 352 (353); *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 16; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 47; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 20; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 2; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 36; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 9.

<sup>661</sup> Vergleiche *Perron*, ERA-Forum, S. 61; *Gless* spricht insoweit auch von einer „zunehmend international arbeitsteiligen Strafverfolgung“, vergleiche JR 2008, 317 f.

<sup>662</sup> Ausführlich hierzu *Lagodny*, in: IRS Vor § 59 IRG Rn. 1 ff.

<sup>663</sup> Im Einzelnen hierzu *Ambos*, Internat. StrafrR, § 12 Rn. 19 ff.; *Hecker*, EuropäischesStR, § 2 Rn. 64; *Satzger*, IntStR, § 10 Rn. 24 ff.; *Vogel*, JZ 2001, 937 (938 ff.).

<sup>664</sup> Vergleiche *Gless*, JR 2008, 317 (318).

<sup>665</sup> OLG Düsseldorf NJW 1991, 2223; *Ahlbrecht*, in: IntStR in der Praxis, Rn. 1031.

<sup>666</sup> *Ahlbrecht*, in: IntStR in der Praxis, Rn. 1032.

<sup>667</sup> So aber wohl *Witzki*, in: Grützner/Pötz/Kreß, IRG, § 59 Rn. 23.

<sup>668</sup> BVerfGE 49, 280(284); BVerfG NJW 1988, 897 (898); OLG Köln NJW 1981, 2480; *Meyer-Goßner*, StPO Vor § 48 Rn. 5 mit weiteren Nachweisen.

<sup>669</sup> Vergleiche *Ahlbrecht*, in: IntStR in der Praxis, Rn. 1032.

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen ist ein Bereich, in dem die transnationale Zusammenarbeit eine lange Tradition besitzt. Unter Rechtshilfe in Strafsachen versteht man jedwede Unterstützung<sup>670</sup>, die dem um Rechtshilfe ersuchenden vom ersuchten Staat für ein ausländisches Strafverfahren gewährt wird.<sup>671</sup> Das damit notwendig verbundene Zusammentreffen zweier – im schlechtesten Fall sich widersprechender – Rechtsordnungen birgt auch in der heutigen Zeit ein nicht zu unterschätzendes Konfliktpotential. Während zwar einerseits die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen einem solchen Rechtshilfeersuchen stattzugeben ist, häufig in zahlreichen zwischenstaatlichen Verträgen<sup>672</sup> und nationalen Gesetzen<sup>673</sup> geregelt ist, beschränkt sich andererseits die Regelung der Frage, in welcher konkreten Art und Weise die Ersuche zu erledigen sind, oft auf eine pauschale Verweisung auf das Recht des ersuchten Staates.<sup>674</sup>

Für die hier im Fokus stehenden richterlichen Vernehmungshandlungen im Ermittlungsverfahren bietet sich in diesen Fällen insbesondere der Weg über die internationale Rechtshilfe an.<sup>675</sup> Hierzu ersuchen die deutschen Strafverfolgungsbehörden die zuständige ausländische Stelle, bestimmte Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen und die dadurch gewonnen Erkenntnisse zu übersenden.<sup>676</sup> Rein praktisch wickelt das Bundesamt für Justiz den weltweiten Rechtshilfeverkehr der Bundesrepublik Deutschland ab. In dessen Zuständigkeitsbereich fallen demnach sowohl sämtliche eingehende Rechtshilfeersuche ausländischer Strafverfolgungsbehörden als auch alle ausgehenden Ersuche deutscher Gerichte und Staatsanwaltschaften. Die Durchführung der einzelnen Maßnahmen erfolgt dabei in enger Zusammenarbeit mit den jeweils betroffenen Bundesländern, deren Gerichten und den entsprechenden Staatsanwaltschaften.<sup>677</sup>

Im Falle einer richterlichen Vernehmung des Beschuldigten, eines Zeugen oder Sachverständigen bedeutet dies, dass die deutsche Behörde die ausländische Be-

---

<sup>670</sup> Hierzu gehören unter anderem der zwischenstaatliche Auslieferungsverkehr, die Unterstützung bei der Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen und die sogenannte „kleine“ Rechtshilfe. Bei letzter handelt es sich um einen Sammelbegriff, zu dem alle denkbaren Unterstützungshandlungen zu zählen sind, die nach dem nationalen Recht des ersuchten Staates zulässig sind.

<sup>671</sup> Hecker, EuropäischesStR, § 2 Rn. 62.

<sup>672</sup> Eine detaillierte Übersicht zu den bestehenden bilateralen Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und anderen Staaten findet sich bei Kutsch, IntStRZusa, S. 363 ff.

<sup>673</sup> Für die Bundesrepublik Deutschland etwa das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) vom 23. Dezember 1982 – BGBl. I, S. 1537.

<sup>674</sup> Nagel, NStZ 1998, 148.

<sup>675</sup> Eine solche Maßnahme zählt zum Bereich der sogenannten kleinen Rechtshilfe, vergleiche Hecker, Europäisches StR, § 2 Rn. 62.

<sup>676</sup> Sollte die fragliche Ermittlungshandlung dort bereits in einem eingeleiteten Strafverfahren durchgeführt worden sein, so richtet sich das Rechtshilfeersuchen auf Übermittlung des Ergebnisses der Maßnahme.

<sup>677</sup> [http://www.bundesjustizamt.de/cln\\_108/nn\\_2036868/DE/Themen/Gerichte\\_\\_Behoerden/Rechtshilfe\\_\\_node.html?\\_\\_nnn=true](http://www.bundesjustizamt.de/cln_108/nn_2036868/DE/Themen/Gerichte__Behoerden/Rechtshilfe__node.html?__nnn=true) (zuletzt abgerufen am 28. November 2011).

hörde um die Veranlassung einer richterlichen Vernehmung der fraglichen Person ersucht. Da aber eine richterliche Vernehmung im Ausland regelmäßig nach dem dort geltenden Recht durchgeführt wird,<sup>678</sup> kommt das ausländische Recht auch dann zur Anwendung, wenn Zweck der Vernehmung die Erlangung eines nach deutschem Strafverfahrensrecht verlesbaren Protokolls ist. Demzufolge muss das im Ausland für entsprechende Vernehmungen zuständige Organ nicht unbedingt eine Richterposition innehaben oder das Landesrecht nicht zwingend vorsehen, dass alle Personen, denen nach deutschem Strafverfahrensrecht ein Anwesenheitsrecht zusteht, über den Termin im Ausland informiert und bei der Vernehmung anwesend sein müssen.<sup>679</sup> Schon das Reichsgericht<sup>680</sup> stellte daher fest, dass man in diesen Fällen entweder „auf die Beobachtung der deutschen Verfahrensvorschriften verzichten und sich mit einer dem Recht des Vernehmungsortes entsprechenden Vernehmung genügen müsse oder das Beweismittel unbenutzt lassen will“.<sup>681</sup> Hiermit wird deutlich zum Ausdruck gebracht, mit welchen verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten eine Kooperation zwischen zwei nationalen Strafverfolgungsbehörden verbunden sein kann. Schlagwortartig ließe sich also formulieren: Die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung nach ausländischem Recht kompensiert gewissermaßen die Nichtanwendbarkeit des deutschen Rechts.<sup>682</sup>

Damit kommt es also für die Benachrichtigungspflicht des deutschen Gerichts (§ 168c Abs. 5 Satz 1 StPO) entscheidend darauf an, wie es um die Anwesenheitsrechte bei der ersuchten Vernehmungshandlung nach dem jeweiligen ausländischen Verfahrensrecht bestellt ist.

#### I. Ausländisches Recht erlaubt Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten

Wird die Vernehmungshandlung auf Ersuchen der deutschen Behörden hin durch eine ausländische Stelle vorgenommen, ist eine Benachrichtigung der Verfahrensbeteiligten nach § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO unstreitig dann erforderlich, sofern das ausländische Verfahrensrecht die Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten erlaubt.<sup>683</sup> In diesen Fällen ist das Rechtshilfeersuchen mit der an die ausländische Stelle gerichtete Bitte zu verbinden, die ersuchende Behörde so rechtzeitig von dem Termin zu benachrichtigen, dass sie die Anwesenheitsberechtigten

<sup>678</sup> BGH StV 2005, 255; Nagel, NStZ 1998, 148.

<sup>679</sup> Gless, JR 2008, 317 (319 f.).

<sup>680</sup> Urteil vom 30. März 1912 – 1 StR 178/12.

<sup>681</sup> RGSt 46, 50 (53) sowie in Anlehnung hieran auch BGHSt 7, 15 (16).

<sup>682</sup> Böse, ZStW 114 (2002), 148 (150); Ausführlich zur Kompensation bei Grundrechtseingriffen durch ausländische Hoheitsträger Scheller, S. 170 ff.

<sup>683</sup> BGH StV 2005, 255 für einen Fall, in dem eine Zeuge in der Türkei von einem türkischen Richter vernommen wurde, ohne dass der Beschuldigte und sein Verteidiger zuvor benachrichtigt wurden. Dies wäre jedoch auch nach türkischem Verfahrensrecht (Art. 217 Abs. 1 türkStPO) erforderlich gewesen. Übereinstimmend insoweit auch Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 35.

informieren und ihnen so die Gelegenheit zur Teilnahme ermöglichen kann.<sup>684</sup> Was in diesem Kontext unter rechtzeitig zu verstehen ist, hängt wiederum insbesondere von den gegebenen geographischen Umständen ab. Jedenfalls hat die Benachrichtigung des Beschuldigten oder seines Verteidigers durch die rechtshilfeersuchende Behörde so zeitig zu erfolgen, dass eine Anreise zum Ort der Vernehmung unter normalen Umständen möglich und zumutbar ist. Neben dem zeitlichen Aspekt spielt natürlich auch die geographische Bestimmtheit der Benachrichtigung eine wichtige Rolle. Im Hinblick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens und das Recht auf eine effektive Verteidigung sind hier weitergehende Anforderungen zu stellen. Eine Benachrichtigung über eine im Ausland durchgeführte Zeugenvernehmung, die neben dem fraglichen Land oder einer Stadt keine detaillierteren Angaben über die genaue Örtlichkeit der Vernehmung beinhaltet, kann der Bedeutung der Anwesenheitsrechte nicht gerecht werden. Abhängig von der flächenmäßigen Ausdehnung und den vorherrschenden Siedlungsstrukturen hängt hier die Teilnahme an der Vernehmung von den „detektivischen Fähigkeiten“ des Anwesenheitsberechtigten ab. Dies ist angesichts der Bedeutung der Teilnahmerechte ein kaum erträglicher Zustand. Es ist daher zu verlangen, dass die um Rechtshilfe ersuchende Behörde ihr Ersuchen mit der Bitte verbindet, der ersuchte Staat möge neben der beantragten Maßnahme und dem dafür anvisierten Zeitpunkt auch den genauen Ort der Vernehmung respektive die postalische Anschrift des konkreten Vernehmungsgebäudes mitteilen. Diese Information hat dann die ersuchende Behörde den nach § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO zu benachrichtigenden Verfahrensbeteiligten mitzuteilen.

## II. Rechtshilfe innerhalb der Europäischen Union

Vergleichbares gilt freilich für Rechtshilfeersuche innerhalb der Europäischen Union. In einem einheitlichen Wirtschaftsraum ohne bestehende Binnengrenzen müssen vor allem die bestehenden Verfahren des zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehrs so effizient ausgestaltet werden, dass sie die unzähligen grenzüberschreitenden Sachverhalte ohne größere Schwierigkeiten bearbeiten können.<sup>685</sup> Gerade in Anbetracht der stark anwachsenden Zahl grenzüberschreitender Sachverhalte hatte sich das einher gebrachte Rechtshilfesystem in vielen Fällen als zu unflexibel und starr erwiesen.<sup>686</sup> Aus diesem Grund ist die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82 AEUV) ein integraler Bestandteil des in Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 67 Abs. 1 AEUV formulierten Ziels der Schaffung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“. Als Gegenstand der

<sup>684</sup> Gless, JR 2008, 317 (321); Griebbaum, in: KK-StPO § 168c Rn. 21; Meyer-Goßner, StPO § 168c Rn. 8; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 35.

<sup>685</sup> Vergleiche Hecker, EuropäischesStR, § 12 Rn. 2.

<sup>686</sup> Vergleiche Satzger, IntStR, § 10 Rn. 24; Schomburg, ZRP 1999, 237 (238); Schübel, NStZ 1997, 105 (106); Prägnant stellt Fätkinhauer die Situation dar: „Die Verbrecher reisen mit Überschallgeschwindigkeit in der Concorde, die Polizei folgt ihnen im Porsche, und die Justiz besteigt die Postkutsche“, vergleiche Fätkinhauer, Kriminalist 94, S. 257 (258).

justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wird in Art. 82 Abs. 1 Satz 2 lit. d AEUV unter anderem die Erleichterung der Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden im Rahmen der Strafverfolgung angeführt, welche zugleich die zwischenstaatliche Rechtshilfe sowie die Koordinierung justizieller Aktivitäten erfasst.<sup>687</sup>

### 1. Entwicklung der Rechtshilfevereinbarungen der Europäischen Union

Den Ausgangspunkt für den innereuropäischen Rechtshilfeverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten bildet das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (EuRhÜbk).<sup>688</sup> Hierin verpflichten sich die Mitgliedsländer, einander in allen Verfahren hinsichtlich strafbarer Handlungen Rechtshilfe zu leisten – siehe Art. 1 Abs. 1 EuRhÜbk. Daneben bilden die zahlreichen existierenden bi- oder multilateralen Rechtshilfeabkommen mit ihren unterschiedlichen Inhalten ein schwierig zu durchdringendes Normendickicht.<sup>689</sup> Aufbauend auf dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen nebst Zusatzprotokoll,<sup>690</sup> weitete das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union<sup>691</sup> (EU-RhÜbk) aus dem Jahr 2000 den bis dato bestehenden Kooperationsstandard aus.<sup>692</sup> Das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union trat erst fünf Jahre später im Jahre 2004 in Kraft.

Im Jahr 2008 beschloss der Rat den auf Art. 31 EUV a.F. gestützten Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen und schuf damit die Europäische Beweisanordnung (EBA).<sup>693</sup> Diese beruht ebenfalls auf dem aus anderen Rechtsgebieten bekannten Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Gleichwohl betrifft sie ausschließlich die dort aufgeführten Beweismittel, so dass Rechtshilfeersuchen, die auf die Erlangung sonstiger Beweismittel, etwa auch die Vernehmung von Verdächtigen oder Zeugen, weiterhin in den Formen

<sup>687</sup> Hecker, EuropäischesStR, § 12 Rn. 5.

<sup>688</sup> ETS Nr. 30; Umgesetzt durch das Gesetz zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, BGBl. II 1964, S. 1386; Einzelheiten bei Kreß, ZStW 116 (2004), 445 (468 f.);

<sup>689</sup> Perron, ZStW 112 (2000), 202 (205); ders., in: Europa als Rechtsgemeinschaft, S. 148 f.; Schomburg, DRiZ 1999, 107 (108 ff.); ders., ZRP 1999, 237 f.

<sup>690</sup> Zusatzprotokoll zum EuRhÜbk vom 17. März 1978, ETS Nr. 99; BGBl. II 1990, S. 124.

<sup>691</sup> ABIEU 2000, Nr. C 197, S. 1; Umgesetzt durch das Gesetz zur Umsetzung des Übereinkommens vom 29. Mai 2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, BGBl. I 2005, S. 2189; ausführlich zu den einzelnen Neuerungen Ambos, IntStR, § 12 Rn. 21 ff. sowie Hecker, EuropäischesStR, § 12 Rn. 8.

<sup>692</sup> Hecker, EuropäischesStR, § 12 Rn. 8.

<sup>693</sup> ABLEU 2008 Nr. L 350, S. 72, in Kraft getreten am 19. Januar 2009; hierzu ausführlich Roger, GA 2010, 27 (33 ff.).



und Verfahren des bestehenden Rechtshilfeinstrumentariums abzuwickeln sind; so ist es ausdrücklich in Art. 4 Abs. 2 lit. a des Rahmenbeschlusses formuliert.<sup>694</sup>

## 2. Derzeitige Konzeption der Rechtshilfe nach dem EU-RhÜbk

Während Art. 3 Nr. 1 EuRhÜbk noch vorsah, dass der ersuchte Staat Rechtshilfesuche in einer Strafsache in der nach seinen eigenen Rechtsvorschriften vorgesehen Form erledigen lässt, gilt heute der Grundsatz, dass jedenfalls zwischen den Mitgliedstaaten der europäischen Union Rechtshilfeersuchen jeweils nach dem Recht des ersuchenden Staates zu erledigen sind. So sieht Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk ausdrücklich vor, dass der ersuchte Staat bei Fällen, in denen Rechtshilfe geleistet wird, grundsätzlich die vom ersuchenden Staat ausdrücklich angegebene Formvorschriften und Verfahren einzuhalten hat. Eine Einschränkung wird lediglich für die Fälle vorgenommen, in denen das Übereinkommen selbst Gegenteiliges bestimmt oder die angegebenen Formvorschriften und Verfahren den Grundprinzipien des Rechts des ersuchten Staates zuwiderlaufen.<sup>695</sup>

Für die richterliche Vernehmung des Beschuldigten und der eines Zeugen oder Sachverständigen bedeutet Art. 4 Abs. 1 Eu-RhÜbk, dass das um Rechtshilfe ersuchte Mitgliedsland die Vernehmung auch tatsächlich durch einen Richter vornehmen lassen muss und hierbei die deutsche Verfahrensvorschrift des § 168c StPO zu beachten ist. Damit gelten sowohl die in den Absätzen 1 und 2 verbrieften Anwesenheitsrechte der Beteiligten als auch die in den Absätzen 3 und 4 vorgesehen Beschränkungen sowie die in Absatz 5 kodifizierte Benachrichtigungspflicht.<sup>696</sup> Allerdings muss das um Rechtshilfe ersuchende Land auf die zu beachtenden Form- und Verfahrensvorschriften ausdrücklich hinweisen. Ferner kommen über Art. 4 Abs. 2 EU-RhÜbk auch die dabei zu beachtenden Fristen zur Anwendung. Daher muss das ersuchende Land in seinem Rechtshilfesuch darauf hinwirken, dass das ersuchte Land die Vernehmung terminlich so ansetzt, dass die zur Anwesenheit Berechtigten vorab benachrichtigt werden (§ 168c Abs. 5 Satz 1 StPO) und zur Vernehmung anreisen können.<sup>697</sup>

III. Ausländisches Recht sieht keine Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten vor  
Räumt die ausländische Rechtsordnung den Verfahrensbeteiligten dagegen kein Anwesenheitsrecht ein, soll auch deren Benachrichtigung durch die deutschen Behörden im Falle einer dortigen Vernehmung nach der wohl überwiegenden Ansicht<sup>698</sup> unterbleiben können. Diese ungeschriebene Ausnahme von der nach

<sup>694</sup> Vergleiche *Hecker*, EuropäischesStR, § 12 Rn. 11.

<sup>695</sup> So legte beispielsweise Griechenland ein Veto ein, da die Regelung in Art. 4 EU-RhÜbk nicht mit Art. 97 der griechischen Strafprozessordnung übereinstimme.

<sup>696</sup> So auch *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 5a; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 35; im Ergebnis wohl auch *Meyer-Gofßner*, StPO § 168c Rn. 8.

<sup>697</sup> BGH NStZ 2007, 417.

<sup>698</sup> BGH NStZ 1985, 376 (377); *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 21; *Meyer-Gofßner*, StPO § 168c Rn. 8; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 10; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 7.

deutschem Strafverfahrensrecht zwingend vorgeschriebenen Benachrichtigungspflicht kann und muss einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

Die Bindung der deutschen (Strafverfolgungs-)Behörden an das nationale Recht ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Ordnung und stellt insoweit einen grundlegenden Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland dar.<sup>699</sup> Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG bedarf die Ausübung jeglicher staatlichen Hoheitsgewalt der demokratischen Legitimation über das Staatsvolk. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die gesetzliche Bindung von Exekutive und Judikative an die gesetzgebende Gewalt eines fremden Staates keine dem Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG vergleichbare Legitimationskraft entfalten kann.<sup>700</sup> Damit können sich die Rechts- und Benachrichtigungspflichten der deutschen Strafverfolgungsorgane auch nicht nach einer ausländischen Rechtsordnung bemessen.<sup>701</sup> Die nationale und damit für die deutschen Strafverfolgungsbehörden bindende Regelung in der hier fraglichen Situation ist demnach ausschließlich § 168c Abs. 5 StPO. Letztere ist jedenfalls insoweit unmissverständlich, als dass eine Benachrichtigung der nach den Absätzen 1 und 2 Berechtigten grundsätzlich erforderlich ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist über § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO lediglich dann vorgesehen, wenn die Benachrichtigung den Untersuchungserfolg gefährden würde. Dass den nach deutschem Recht zur Anwesenheit Berechtigten nach der ausländischen Rechtsordnung die Teilnahme an der Vernehmung versagt bleibt, stellt für sich genommen allerdings keine Gefährdung des Untersuchungserfolgs im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO dar. Es rechtfertigt dementsprechend auch kein Absehen von der Benachrichtigung. Vielmehr stellt sich die Nichtzulassung zur Vernehmung aus Sicht der deutschen Rechtsordnung lediglich als ein rein tatsächliches Hindernis dar, welches der Anwesenheit im Wege steht.<sup>702</sup> Ließe man jedes rein tatsächliche Hindernis, das der Anwesenheit der Berechtigten entgegensteht, für ein Absehen von der Benachrichtigung ausreichen, könnte eine solche etwa auch dann ausbleiben, wenn der Beschuldigte erkrankt und dadurch transportunfähig geworden ist.<sup>703</sup> Ein solches Vorgehen wird, soweit ersichtlich, zu Recht an keiner Stelle ernsthaft in Erwägung gezogen. Gleiches sollte demnach auch für den Fall der kommissarischen Auslandvernehmung gelten.

Die Benachrichtigungspflicht nach Absatz 5 Satz 1 muss darüber hinaus stets auch unter einem weiteren Aspekt betrachtet werden. Sie soll auch dazu beitragen, dass im Ermittlungsverfahren kein unter Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeige-

<sup>699</sup> Maurer, Staatsrecht I, § 8 Rn. 13.

<sup>700</sup> Böse, ZStW 114 (2002), 148 (149).

<sup>701</sup> Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 35.

<sup>702</sup> Böse, ZStW 114 (2002), 148 (168); Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 35.

<sup>703</sup> Vergleiche Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 35.

führt werden kann, ohne dass der Beschuldigte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluss zu nehmen.<sup>704</sup> Falls nun der ausländische Staat das Rechtshilfeersuchen bewilligt und die erbetene Maßnahme, etwa eine Zeugenvernehmung, vornimmt, wird das so gewonnene Beweismaterial, die protokollierte Aussage, an den ersuchenden Staat übermittelt.<sup>705</sup> Dort angekommen, soll das Protokoll über die im Ausland durchgeführte richterliche Vernehmung nach § 251 Abs. 1 StPO in der Hauptverhandlung verlesen und somit als Beweismittel in das deutsche Strafverfahren eingeführt werden können, ohne dass der Angeklagte oder sein Verteidiger die Möglichkeit hatten, auf das Ergebnis der Zeugenaussage Einfluss zu nehmen.<sup>706</sup>

Zur Kompensation dieser nach deutschem Recht gravierenden Verkürzung der Rechte des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren hat die um Rechtshilfe ersuchende Strafverfolgungsbehörde wenigstens darauf hinzuwirken, dass die Wahrnehmung des aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK resultierenden unmittelbaren Fragerechts jedenfalls mittelbar ermöglicht wird.<sup>707</sup> Mittelbare Wahrnehmung des unmittelbaren Fragerechts meint in diesem Zusammenhang, dass dem Rechtshilfeersuchen ein Fragenkatalog des Beschuldigten beziehungsweise seines Verteidigers beigelegt wird. Auf diesem Weg wird es dem vernehmenden ausländischen Richter doch noch ermöglicht, die für die Verteidigung des Beschuldigten wichtigen Gesichtspunkte in die Vernehmungssituation einzubringen. Ein solcher Fragenkatalog kann aber nur dann angefertigt und dem ersuchten Staat übermittelt werden, wenn die nach deutschem Recht zur Anwesenheit Berechtigten von der Vernehmung im Ausland benachrichtigt werden und ihnen darüber hinaus ein adäquater Zeitraum für die Ausarbeitung der Fragen zugestanden wird.

Folglich kann von einer Benachrichtigung der nach deutschen Verfahrensrecht zur Anwesenheit Berechtigten auch dann nicht abgesehen werden, wenn die ausländische Rechtsordnung den Verfahrensbeteiligten kein dem § 168c Abs. 1 oder 2 StPO vergleichbares Anwesenheitsrecht einräumt.

---

<sup>704</sup> BVerfG NJW 2006, 672 (673); BGHSt 26, 332 (335); BGH StV 2003, 540 (541); *Endriss*, in: FS-Rieß, S. 70; *Fezer*, NSTZ 2009, 524 (525); *Wohlens*, in: SK-StPO § 168c Rn. 28.

<sup>705</sup> *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 f.

<sup>706</sup> Näher hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt F. (S. 205 ff.).

<sup>707</sup> Vergleiche hierzu BGH StV 1982, 153 (154); BGH MDR 1983, 796; BGH NSTZ 1985, 376 (377); *Wohlens*, in: SK-StPO § 168c Rn. 35; *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 (169); *Nagel*, S. 285 f.; *Rose*, S. 252.

## **Siebtes Kapitel. Einschränkung der Benachrichtigungspflicht (§ 168c Abs. 5 Satz 2 StPO)**

Nach § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO unterbleibt die Benachrichtigung der Anwesenheitsberechtigten, wenn sie den Untersuchungserfolg gefährden würde.<sup>708</sup> Das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 168c Abs. 3 StPO ermächtigt das Gericht damit nicht, infolgedessen auch von der Benachrichtigung des Beschuldigten abzusehen.<sup>709</sup> Die Gefährdungsklausel bezieht also ausschließlich auf die Benachrichtigungspflicht und lässt das Anwesenheitsrecht als solches unberührt.<sup>710</sup> An dieser Stelle stellt sich zunächst die Frage, welche Regulationsstruktur § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO aufweist. Hierbei ist fraglich, ob Nichtbenachrichtigung bei einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs im Ermessen des Richters liegt oder die Benachrichtigung zwingend zu unterbleiben hat.

### **A. Normenstruktur des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO**

Ausgangspunkt für eine Bestimmung der Regulationsstruktur des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO ist zunächst einmal dessen Wortlaut. Wenn die Benachrichtigung nach Satz 1 zu einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs führt, „unterbleibt“ sie. Die Qualifizierung des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO als gebundene Entscheidung liegt somit nahe. Vereinzelt findet sich in Teilen des Schrifttums dennoch der Hinweis auf eine bestehende Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Frage, ob Absatz 5 Satz 2 dem Richter trotz seines insoweit deutlichen Wortlauts dennoch ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum einräumt.<sup>711</sup> Um etwaig entstehenden Missverständnissen vorzubeugen, sollen deshalb vorab die terminologischen Begrifflichkeiten geklärt werden.

#### **I. Gebundene Entscheidung, Ermessen und Beurteilungsspielraum**

In den meisten Fällen ist eine gesetzliche Regelung so konstruiert, dass es sich um eine gebundene Entscheidung handelt. Der Entscheidungsträger muss hier zwingend, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm vorliegen, die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge herbeiführen.<sup>712</sup> In Ausnahmefällen kann dem durch die fragliche Norm bestimmten Entscheidungsträger entweder auf der Tatbestands- (dann Beurteilungsspielraum) oder auf der Rechtsfolgenseite (dann Ermessen) ein bestimmter Entscheidungsspielraum eingeräumt sein.

Von einem Beurteilungsspielraum wird immer dann gesprochen, wenn der Normengeber der zur Entscheidung berufenen Stelle eine eigenständige Entscheidungsfreiheit zugesteht, weil aufgrund atypischer Sachumstände eine abstrakte

<sup>708</sup> § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO stimmt wörtlich überein mit § 224 Abs. 1 Satz 2 StPO.

<sup>709</sup> BGH StV 2011, 336; *Meyer-Göfner*, StPO § 168c Rn. 5; hierzu auch die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt D. II. (S. 143 ff.).

<sup>710</sup> *Welp*, JZ 1980, 134 (136).

<sup>711</sup> So ausdrücklich *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 30.

<sup>712</sup> Vergleiche *Maurer*, AllgVerwR, § 7 Rn. 2.

Regelung im Gesetz meist nicht möglich oder nicht ausreichend wäre. Dabei beschränkt sich der Beurteilungsspielraum auf die Tatbestandsebene. Ein Beurteilungsspielraum des Entscheidungsträgers kommt vor allem bei prognostischen Entscheidungen vor. Hierbei handelt es sich um solche Entscheidungssituationen, bei denen Wertungen und Diagnosen zugrunde gelegt werden müssen. Das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums wird zumeist durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite gekennzeichnet.<sup>713</sup>

Ermessen dagegen ist ein Aspekt, der sich allein auf die Rechtsfolgenseite einer Norm beschränkt. Es betrifft also die Frage, ob bei Vorliegen aller gesetzlichen Voraussetzungen eine bestimmte Entscheidung getroffen werden muss oder kann. Ermessen hat der Entscheidungsträger demzufolge, wenn ihm trotz Vorliegens aller tatbestandlichen Voraussetzungen einer Rechtsnorm, „Spielraum für eine eigene Entscheidung“ verbleibt.<sup>714</sup> Begriffe wie „kann“, „darf“ oder „ist berechtigt“ deuten zumeist auf einen bestehenden Ermessensspielraum hin.

## II. Wortlaut des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO

Die im Indikativ Imperativ formulierte Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht deutet auf den ersten Blick auf eine gebundene Entscheidung des Ermittlungsrichters hin. Der gesetzliche Auftrag an Letzteren lautet demnach: Liegen die Voraussetzungen für eine Nichtbenachrichtigung vor, hat sie zu unterbleiben.<sup>715</sup> Anhaltspunkte für die Einräumung eines Ermessensspielraums trotz Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen finden sich nicht.<sup>716</sup>

Die Pflicht des Ermittlungsrichters, von der grundsätzlich erforderlichen Benachrichtigung abzusehen, hängt damit ausschließlich davon ab, ob er in der Benachrichtigung eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs sieht. Wann eine solche Gefährdung im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO angenommen werden kann, wird nicht einheitlich beantwortet<sup>717</sup> und ist deswegen zunächst vom Richter im Einzelfall zu entscheiden.<sup>718</sup> Hierbei handelt es sich typischerweise um eine prognostische Entscheidung auf der Tatbestandsseite, bei der eine Bewertung der Auswirkung der Benachrichtigung auf die bevorstehende Vernehmungssituation vorzunehmen ist. Damit aber spricht der Wortlaut des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO deutlich für die Annahme eines Beurteilungsspielraums. Dies

<sup>713</sup> Siehe hierzu *Wank*, S. 50 f.

<sup>714</sup> Vergleiche *Wank*, S. 50.

<sup>715</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 13; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 29 und 49; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 16; *Dölp*, NStZ 1990, 117; *Fezer*, JZ 1973, 355 f.; *Wohlens*, GA 2003, 895 (897 f.).

<sup>716</sup> Abzulehnen ist deswegen die Ansicht, wonach die Benachrichtigung unterbleiben *darf* (scil.: Ermessensspielraum), wenn sie den Untersuchungserfolg gefährden würde. So ausdrücklich aber *Meyer-Gößner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 8.

<sup>717</sup> Hierzu ausführlich unten siebtes Kapitel Gliederungspunkt B. (S. 158 ff.).

<sup>718</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 49; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17.

stellt nun auch der Bundesgerichtshof ausdrücklich fest.<sup>719</sup> Missverständlich formuliert, in der Sache aber ebenfalls auf einen Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsebene hindeutend, waren insoweit noch die BGH StV 2003, 540 vorangegangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.<sup>720</sup> Damit handelt es sich auch entgegen einer in der Literatur zumindest terminologisch unglücklich formulierten Auffassung<sup>721</sup> keineswegs um eine echte Ermessensausübung, sondern um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsebene.

Damit gilt für den Ermittlungsrichter, dass er von der Benachrichtigung des Anwesenheitsberechtigten abzusehen hat, wenn diese seiner Meinung nach zu einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs führen würde. Das Absehen von der Benachrichtigung und die diese Entscheidung tragenden wesentlichen Gründe sind von ihm als wesentliche Förmlichkeiten im Sinne des § 168a Abs. 1 StPO in der Akte zu vermerken.<sup>722</sup> Dies resultiert allein schon aus dem Umstand, dass das im Hauptverfahren erkennende Gericht über die Verwertbarkeit des gewonnenen Beweisergebnisses zu entscheiden hat. Ihm ist deswegen die Nachprüfung zu ermöglichen, ob der Ermittlungsrichter beim Absehen von der Benachrichtigung den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum eingehalten hat.<sup>723</sup> Das Schweigen des Ermittlungsrichters zum Unterbleiben der Ladung des Beschuldigten zum Termin einer Zeugenvernehmung kann nicht so gedeutet werden, dass er konkludent eine Entscheidung gemäß § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO getroffen hat.<sup>724</sup>

## **B. Gefährdung des Untersuchungserfolg als zentrales Merkmal**

Maßgebliches Kriterium für ein Absehen von der Benachrichtigung ist damit die Befürchtung, dass die Benachrichtigung „den Untersuchungserfolg gefährden würde“ (Absatz 5 Satz 2). Neben der Frage, was der Gesetzgeber unter dem Begriff „Untersuchungserfolg“ verstanden wissen wollte, ist vor allem klärungsbedürftig, wann von dessen Gefährdung ausgegangen werden kann und dementsprechend die Benachrichtigung zu unterbleiben hat.

Da der Begriff des „Untersuchungserfolgs“ im Gesetz nicht legaldefiniert wird und auch sonst keine Hinweise auf dessen inhaltliche Ausgestaltung zu finden sind, ist dessen Bedeutung vor dem Gesamtzusammenhang des § 168c StPO zu sehen. Dieser liegt darin, dass die Niederschriften über richterliche Vernehmungen im Ermittlungsverfahren nach Maßgabe des § 251 Abs. 2 StPO in die spätere

<sup>719</sup> So jetzt auch BGH StV 2003, 540 (541); so auch schon Fezer, JZ 1983, 355 (356).

<sup>720</sup> BGHSt 29, 1 (3); BGH StV 1999, 357 (358) sowie BGHSt 31, 140 (142) der wohl am ehesten noch als echtes Ermessen zu verstehen ist: „Dies setzt jedoch eine entsprechende Entschließung des Ermittlungsrichters voraus, (...)“.

<sup>721</sup> Peters, Strafprozess, § 28 Abschn. 4 Rn. 1; Schlüchter, Strafverfahren, Rn. 75.3.

<sup>722</sup> BGH StV 2003, 540 (541); OLG Schleswig StV 2008, 401; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 30.

<sup>723</sup> BGH NStZ 2003, 671; Griesbaum, in: KK-StPO § 168c Rn. 17.

<sup>724</sup> OLG Schleswig StV 2008, 401; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 30.

Hauptverhandlung eingeführt werden können.<sup>725</sup> Durch die Beantragung einer richterlichen Vernehmung (§ 162 Abs. 1 Satz 1 StPO) beabsichtigt die Staatsanwaltschaft letztlich, die „Hieb- und Stichfestigkeit“ der darin gewonnenen Aussage für das weitere Strafverfahren zu erreichen. Untersuchungserfolg im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO und beabsichtigtes Ziel der richterlichen Vernehmung ist damit die Gewinnung einer wahrheitsgemäßen Aussage, die in einem späteren Abschnitt des Strafverfahrens verwertet werden kann.<sup>726</sup>

Bedauerlicherweise bleibt der Gesetzgeber die Antwort auf die Frage schuldig, unter welchen Umständen von einer Gefährdung dieses Untersuchungserfolgs auszugehen ist.<sup>727</sup> Der Bundesgerichtshof begnügt sich diesbezüglich mit dem pragmatischen Hinweis, dass nicht allgemein gesagt werden könne, unter welchen Umständen der Untersuchungserfolg gefährdet sei. Dies sei stets nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu beurteilen.<sup>728</sup> Obwohl also an dieser Stelle in der Rechtsprechung jeweils eine konkrete Einzelfallbetrachtung erfolgt, haben sich mittlerweile einzelne Fallgruppen herauskristallisiert, innerhalb derer die Gefährdung des Untersuchungserfolgs ernsthaft diskutiert und angenommen wird.

Geht man davon aus, dass die Gewinnung einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage den Untersuchungserfolg darstellt, sind insbesondere zwei Fallgruppen denkbar, in denen die bloße Benachrichtigung des Berechtigten diesen Erfolg ernsthaft in Gefahr bringen könnte. Die erste potentielle Gefahr liegt im zeitlichen Moment der Benachrichtigung und dessen möglicher Auswirkung auf die Gewinnung einer Aussage (Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Zeitablauf).<sup>729</sup> Demgegenüber liegt die zweite denkbare Gefährdung des Untersuchungserfolgs in dem Umstand, dass die mit der Benachrichtigung verbundene Kenntnis von der bevorstehenden Vernehmungshandlung die benachrichtigte Person dazu veranlassen könnte, die Gewinnung einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage zu erschweren oder gar zu verhindern (materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs).<sup>730</sup>

---

<sup>725</sup> Zu den unterschiedlichen Einführungsmöglichkeiten siehe die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt C. II. (S. 177 ff.).

<sup>726</sup> BGHSt 29, 1 (3); BGH StV 1999, 357; 2003, 540 (541); BayObLG NJW 1978, 232 (233); *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 8; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 31; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 9.

<sup>727</sup> Vergleiche BGHSt 29, 1 (3).

<sup>728</sup> Vergleiche BGHSt 29, 1 (3).

<sup>729</sup> Hierzu ausführlich unten siebtes Kapitel Gliederungspunkt B. I. (S. 160 ff.).

<sup>730</sup> *Welp*, JZ 1980, 134 spricht hier treffend auch von einer „materiellen Gefährdung“. Näher zur materiellen Gefährdung des Untersuchungserfolgs unten siebtes Kapitel Gliederungspunkt B. II. (S. 163 ff.).

## I. Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Zeitablauf

Schon vor Einführung des § 168c StPO durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrens 1975 war die Benachrichtigungspflicht nach den §§ 192 Abs. 2 Satz 1, 193 StPO a. F. davon abhängig, ob sie „ohne Aufenthalt für die Sache“ erfüllt werden konnte.<sup>731</sup> Unter „Aufenthalt“ verstand man die „unsachgemäße Verzögerung im Fortgang der Sache“.<sup>732</sup> Die Benachrichtigung der Anwesenheitsberechtigten durfte also nur dann unterbleiben, wenn sie ihren Zweck, die Anwesenheit faktisch zu ermöglichen, wegen des äußerst kurzen Zeitfensters ohnehin nicht mehr erreichen konnte.<sup>733</sup>

Auch nach § 224 Abs. 1 StPO a. F. war eine Benachrichtigung der Berechtigten nur dann unabdingbar, „soweit dies nicht wegen Gefahr im Verzug untunlich ist“. Im Rahmen dieser im Vergleich zu §§ 192 Abs. 2 Satz 1, 193 StPO a.F. noch gesteigerten Formulierung sollte für das Absehen von der Benachrichtigung weder die bloße zeitliche Verzögerung noch die Notwendigkeit genügen, einen bereits festgesetzten Termin für die Hauptverhandlung verlegen zu müssen.<sup>734</sup> Diese eindeutig auf ein Element der zeitlichen Verzögerung abstellenden Gesetzesformulierungen können als Ursprung dafür angesehen werden, dass das mit der Benachrichtigung verbundene Element der zeitlichen Verzögerung auch heute im Rahmen des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO eine zentrale Rolle spielt.<sup>735</sup> An dieser Stelle sei nochmal ausdrücklich erwähnt, dass ein Absehen von der Benachrichtigung voraussetzt, dass der Untersuchungserfolg gerade durch die Benachrichtigung und nicht etwa durch die Anwesenheit des zu Benachrichtigenden gefährdet wird.<sup>736</sup> Demnach ist auch hinsichtlich einer zeitlichen Verzögerung die Gefährdung des Untersuchungserfolgs, dass also gerade hierdurch der Gewinn einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage in Gefahr gerät, das entscheidende und ausschließliche Kriterium, um von der Benachrichtigung absehen zu können.

### 1. Benachrichtigung führt zur bloßen zeitlichen Verzögerung

Das gesetzliche Erfordernis der Benachrichtigung führt in der Praxis des Ermittlungsverfahrens regelmäßig dazu, dass eine bevorstehende richterliche Vernehmung so terminiert werden muss, dass die zur Anwesenheit Berechtigten und dementsprechend nach § 168c Absatz 5 Satz 1 StPO zu benachrichtigenden Verfahrensbeteiligten auch faktisch die Möglichkeit haben, an der Vernehmung teil-

<sup>731</sup> *Welp*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 43 Fn. 120.

<sup>732</sup> *Kohlhaas*, in: L/R<sup>21</sup> § 193 Rn. 6; *Schwarz/Kleinknecht*<sup>25</sup>, StPO § 193 Anm. 1b; *Welp*, JZ 1980, 134 (135).

<sup>733</sup> Vergleiche *Löwe*, StPO, § 191 Anm. 6; *Welp*, JZ 1980, 134 (135).

<sup>734</sup> Vergleiche etwa RGSt 1, 210 (211); 43, 336 (337 f.); BayObLGSt 1, 113 (116); *Sax*, in: KMR § 224 Rn. 4; *Welp*, JZ 1980, 134 (135).

<sup>735</sup> Näher zu der Frage, ob neben der Gefährdung durch eine zeitliche Verzögerung auch eine materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs zu einem Absehen von der Benachrichtigung berechtigt, siehe unten siebtes Kapitel Gliederungspunkt B. II. (S. 163 ff.).

<sup>736</sup> *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 8.



nehmen zu können. Sähe man demgegenüber von der Benachrichtigung ab, könnte die Vernehmung naturgemäß sehr viel schneller vorgenommen werden. Die Benachrichtigung ist demzufolge also grundsätzlich mit einer zeitlichen Verzögerung des weiteren Verfahrens verbunden. Diese zeitliche Verzögerung führt in den meisten Fällen gleichwohl nicht zu Nachteilen für den Untersuchungserfolg. Zwar findet die Vernehmung zu einem späteren Zeitpunkt statt, jedoch wird sie hierdurch unter inhaltlichen Gesichtspunkten in der Regel nicht beeinträchtigt. Auch bei einer zeitlich verzögerten Vernehmung ist daher das Resultat – und damit der Untersuchungserfolg – regelmäßig eine wahrheitsgemäße und verwertbare Aussage der Auskunftsperson.

Da sich folglich die bloße zeitliche Verzögerung als solche in der Regel nicht negativ auf die Vernehmungssituation auswirkt, kann sie allein auch keine Gefährdung des Untersuchungserfolgs im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO bewirken. Daher kann die bloße zeitliche Verzögerung auch nicht als Begründung dafür herangezogen werden, um von der Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO abzusehen und die Vernehmung in Abwesenheit der Anwesenheitsberechtigten vorzunehmen.<sup>737</sup>

## 2. Zeitliche Verzögerung gefährdet den Untersuchungserfolg

Von den Konstellationen, in denen die Benachrichtigungspflicht lediglich zu einer für den Untersuchungserfolg unerheblichen zeitlichen Verzögerung führt, sind Situationen zu unterscheiden, in denen der zeitliche Aufschub der Vernehmung eine Beeinträchtigung des weiteren Ermittlungsverfahrens zur Folge haben kann. Gemeint sind Fälle, in denen die mit einer Benachrichtigung regelmäßig verbundene Verzögerung des Verfahrens die Erlangung einer Aussage gefährdet. Wichtig ist auch hier, dass die zeitliche Verzögerung gerade zu einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs im Sinne des § 168c StPO führt.

Zweifelhaft scheint daher von vornherein die Auffassung, die ein Absehen von der Benachrichtigung schon für statthaft hält, sofern lediglich die weitere Sachverhaltsaufklärung durch den mit der Benachrichtigung verbundenen Zeitverlust erschwert würde. Dies soll der Fall sein, wenn die Aussage und damit der Untersuchungserfolg die Grundlage für weitere eilbedürftige Ermittlungen darstellt.<sup>738</sup> Besteht aber der zu erzielende Untersuchungserfolg im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO in der Gewinnung einer wahrheitsgemäßen und in späteren Verfahrensabschnitten verwertbaren Aussage, kann eine Gefährdung dieses Erfolges nur aus solchen Umständen resultieren, die geeignet sind, das durch die Zeugenvernehmung erst noch zu gewinnende Beweisergebnis zu beeinflussen.<sup>739</sup>

<sup>737</sup> So ausdrücklich BT-Drs. 7/551, S. 76; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17; *Meyer-Gößner*, StPO § 168c Rn. 5; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 16; *Zöllner*, in: HK-StPO § 168c Rn. 8; *Meyer-Gößner*, JR 1977, 258.

<sup>738</sup> So aber ausdrücklich *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 40.

<sup>739</sup> BGH NSTZ 1999, 417.

Mit Abschluss der Zeugenvernehmung steht aber zugleich das hierdurch gewonnene Beweisergebnis fest. Damit ist zugleich der in § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO angesprochene und auf die konkrete richterliche Vernehmungshandlung bezogene Untersuchungserfolg eingetreten.<sup>740</sup> Durch die Verzögerung nachfolgender Ermittlungshandlung kann dieser konkrete Untersuchungserfolg aber nicht mehr gefährdet werden.<sup>741</sup> Ein Absehen von der Benachrichtigung ist deshalb unzulässig, wenn durch sie lediglich die weitere Sachverhaltsaufklärung erschwert würde.<sup>742</sup>

Eine Gefährdung des Untersuchungserfolges durch eine zeitliche Verzögerung ist eher denkbar, wenn sich etwa ein lebensbedrohlich erkrankter Belastungszeuge bereits im Sterben befindet oder wenn die Abreise eines Zeugen ins Ausland unmittelbar bevorsteht.<sup>743</sup> Hier droht die zeitliche Verzögerung die Vernehmung insgesamt zu vereiteln, so etwa beim Tod des Zeugen, oder wesentlich zu erschweren, so bei der Abreise des Zeugen ins Ausland. Die Vernehmung eines solchen Zeugen ist hier so eilbedürftig, dass mit ihr nicht weiter abgewartet werden kann.<sup>744</sup> Die Erlangung einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage als zu erzielender Untersuchungserfolg wäre andernfalls gefährdet. Es droht ein vollständiger Beweisverlust. Aus der gewählten Formulierung der „Gefährdung des Untersuchungserfolgs“ kann jedoch entnommen werden, dass der Zeitverlust keineswegs zu einem vollständigen Verlust der Aussage führen muss. Für ein Absehen von der Benachrichtigung reicht es bereits aus, wenn die Erlangung der Aussage durch den Zeitverlust merkbar erschwert würde.<sup>745</sup>

Doch auch in diesen Situationen muss angesichts der Bedeutung des § 168c StPO für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens das Absehen von der Benachrichtigung stets die ultima ratio darstellen. Vielmehr muss auch hier mit zumutbarem Aufwand der Versuch unternommen werden, den Anwesenheitsberechtigten durch eine kurzfristige Benachrichtigung gegebenenfalls unter Zuhilfenahme eines modernen Kommunikationswegs, in der Regel durch Benutzung des Mobiltelefons und bei Nichterreichenden gegebenenfalls auch durch Hinterlassen einer Sprachnachricht auf dem Anrufbeantworter, die Möglichkeit der Teilnahme einzuräumen.<sup>746</sup> Im Hinblick auf die Möglichkeit, dass sich der Betroffene vielleicht zufällig in der Nähe aufhält oder einen in der Nähe befindlichen bekannten Rechtsanwalt per Mobiltelefon mit der Wahrnehmung des Termins beauftragen

<sup>740</sup> BGH NStZ 1999, 417.

<sup>741</sup> BGH NStZ 1999, 417.

<sup>742</sup> So auch *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 16.

<sup>743</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 10; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 39 ff.; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 7f.; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 32; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 8; *Fezer*, StrafprozeßR, Fall 3 Rn. 48.

<sup>744</sup> Vergleiche etwa *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 10; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 40; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 8; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 34.

<sup>745</sup> Vergleiche *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 40.

<sup>746</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 40.

kann, dürfte eine Benachrichtigung, die zwar im Regelfall zu spät kommt, immer noch besser sein als gar keine Benachrichtigung.<sup>747</sup>

Nach dem eben Gesagten dürfte die Fallkonstellation, dass bei einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Zeitablauf nicht einmal der Versuch einer kurzfristigen Benachrichtigung zu unternehmen ist, im Zeitalter moderner Kommunikationsmittel äußerst selten und damit vorwiegend theoretischer Natur sein.<sup>748</sup>

## II. Materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs

Zweite mögliche Fallgruppe, in der eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs ernsthaft erwogen und ein Absehen von der Benachrichtigungspflicht diskutiert wird, ist folgende Situation: Die mit der Benachrichtigung verbundene Kenntnis von der bevorstehenden Vernehmungshandlung könnte die benachrichtigte Person dazu veranlassen, die Gewinnung einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage zu erschweren oder gar zu verhindern. Hier geht es also augenscheinlich nicht um ein zeitliches Element, sondern um Situationen, in denen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die zu benachrichtigende Person die Kenntnis vom bevorstehenden Vernehmungstermin dazu missbrauchen würde, das Ergebnis dieser Vernehmung durch unerlaubte Einwirkungen zu stören.<sup>749</sup>

Ob neben der zeitlichen Verzögerung auch eine solche „materielle“ Gefährdung des Untersuchungserfolgs in das Regelungsmodell des § 168c Abs. 5 StPO einzubeziehen ist und dementsprechend zu einem Absehen von der Benachrichtigungspflicht berechtigt, wird insbesondere was die Benachrichtigung des Verteidigers betrifft kontrovers diskutiert.

### 1. Materielle Gefährdung – Fall des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO

Ein beachtlicher Teil der Autoren<sup>750</sup> sowie die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>751</sup> verstehen die „Gefährdung des Untersuchungserfolgs“ derart, dass auch eine solche „materielle“ Gefährdung vom Anwendungsbereich des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO erfasst ist. Demzufolge soll es für ein Absehen von der Benachrichtigung des Beschuldigten ausreichen, wenn zu befürchten ist, dass dieser die Kenntnis vom genauen Vernehmungstermin dazu ausnutzen wird, auf das

<sup>747</sup> So ausdrücklich und zu Recht *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 40.

<sup>748</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 40; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 18; *Zaczyk*, NStZ 1987, 535 (538).

<sup>749</sup> BGHSt 29, 1; 32, 129; BGH NJW 1980, 2088; BayObLG NJW 1978, 223; *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 11; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 44 f.; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 8; *Ernesti*, JR 1982, 221 (222); *Krause*, StV 1984, 169 (172); *Meyer-Goßner*, JR 1980, 254 (255); *Nelles*, StV 1986, 74 (75); *Rengier*, Jura 1981, 299 (306); *Welp*, JZ 1980, 134.

<sup>750</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 45; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 8; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 16; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 1154.

<sup>751</sup> BGHSt 29, 1; 32, 129; BGH NJW 1980, 2088; BGH NStZ 1999, 417; BGH NJW 2003, 3142 (3143); BayObLG NJW 1978, 223.

Ergebnis dieser Vernehmung in rechtswidriger Art und Weise Einfluss zu nehmen. Zu denken ist hier etwa an Fälle, in denen im Vorfeld der Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen deren Aussageverhalten beeinflusst wird oder sonstige Verdunkelungshandlungen begangen werden.<sup>752</sup> Auch in diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs sich nur auf die konkrete Vernehmungssituation bezieht und deswegen eine Beeinträchtigung nachfolgender Ermittlungshandlungen nicht relevant ist.<sup>753</sup>

## 2. Materielle Gefährdung – kein Fall des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO

Diesem erweiterten Verständnis des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO folgt ein Teil der Literatur<sup>754</sup> nicht. Ihrem Verständnis zur Folge beschränkt sich der Anwendungsbereich des Absatz 5 Satz 2 auf die Fälle der Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch eine zeitliche Verzögerung. Eine unter materiellen Gesichtspunkten drohende Gefährdung des Untersuchungserfolgs soll demgegenüber nicht in den Anwendungsbereich des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO fallen.

### a) Wortlaut und historische Entwicklung des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO

§ 168c Abs. 5 Satz 2 StPO<sup>755</sup> sowie die im Wortlaut identische Regelung des § 224 Abs. 1 Satz 2 StPO sind mit dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrens in die Strafprozessordnung eingefügt worden. Ein entsprechendes Regelungsbedürfnis war entstanden, weil die bisherigen Regelungen auf die Vorschriften über die gerichtliche Voruntersuchung verwiesen, diese aber im Zuge des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens abgeschafft werden sollte. Bis zu dessen Inkrafttreten stellte sich die Ausgestaltung der Anwesenheitsrechte wie folgt dar: Bei einer richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen sah das Gesetz Anwesenheitsrechte des Beschuldigten und seines Verteidigers sowohl im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren (§ 169 Abs. 2, 193 Abs. 2 StPO a. F.)<sup>756</sup> als auch in der gerichtlichen Voruntersuchung (§ 193 Abs. 2 StPO a. F.) und nach Erhebung der Anklage (§ 224 StPO a. F.) vor. Diese Anwesenheitsrechte wurden schon damals von einer entsprechenden Benachrichtigungspflicht flankiert.

<sup>752</sup> Vergleiche *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17; *Wohlerts*, in: SK-StPO § 168c Rn. 33.

<sup>753</sup> BGH NSTZ 1999, 417.

<sup>754</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 11; *Wohlerts*, in: SK-StPO § 168c Rn. 33; *Alsberg/Nüse/Meyer*, S. 509; *Dahs*, Rn. 304; *Fezer*, StrafprozeßR, Fall 3 Rn. 48; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 523; *Grünwald*, in: FS-Dünnebieber, 347 (361); *Krause*, StV 1984, 169, 172; *Nelles*, StV 1986, 74 (75); *Schäfer/Sander*, Strafverfahren, Rn. 360; *Welp*, JZ 1980 134 ff.; *ders.*, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 43; *Zaczyk*, NSTZ 1987, 535 ff.

<sup>755</sup> Ausführlich zur historischen Entwicklung des § 168c StPO oben erstes Kapitel (S. 8 ff.).

<sup>756</sup> Das Anwesenheitsrecht während des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens war geknüpft an die Voraussetzung, dass der Beschuldigte bereits richterlich vernommen war oder sich in Untersuchungshaft befand (§ 169 Abs. 2 Satz 2 StPO a. F.) Dies ist zurückzuführen auf das Bestreben des Gesetzes, über die Konfrontation mit dem Richter die Beschuldigten-eigenschaft als die Anwesenheitsrechte auslösendes Kriterium formal eindeutig festzulegen, vergleiche *Kohlhaas*, in: L/R<sup>22</sup> § 169 Rn. 3a.

aa) Stufenverhältnis bei §§ 167 Abs. 2, 193 und 224 Abs. 1 Satz 1 StPO a.F.

Ausgangspunkt war die richterliche Vernehmung im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren. In dessen Rahmen ergab sich die Pflicht des Ermittlungsrichters zur Benachrichtigung aus §§ 167 Abs. 2, 193 StPO a. F. Auch diese Benachrichtigungspflicht unterlag allerdings schon einer Einschränkung: Die Benachrichtigung der Anwesenheitsberechtigten war davon abhängig, ob sie ohne Aufenthalt für die Sache erfolgen konnte.<sup>757</sup> Unter dem Nomen „Aufenthalt“ verstand man in diesem Zusammenhang eine „unsachgemäßen Verzögerung im Fortgang der Sache“.<sup>758</sup> Eine Benachrichtigung der Anwesenheitsberechtigten durfte daher nur dann unterbleiben, wenn sie ihren Zweck, die Anwesenheit faktisch zu ermöglichen, wegen des äußerst kurzen Zeitfensters bis zur Vernehmung ohnehin nicht mehr erreichen konnte.<sup>759</sup> Demgegenüber ließ dieser eindeutig auf eine zeitliche Dimension der Benachrichtigung abspielende Wortlaut schon damals für etwaige materielle Gefährdungen keinen Interpretationsspielraum.

Auch nach Abschluss des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens und der im Anschluss erfolgten Anklageerhebung waren weiterhin unter bestimmten Voraussetzungen richterliche Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen möglich. Dabei waren auch hier die anwesenheitsberechtigten Verfahrensbeteiligten grundsätzlich von der bevorstehenden Vernehmungshandlung zu benachrichtigen. Ein Absehen von der Benachrichtigung war nach § 224 Abs. 1 Satz 1 StPO a. F. nur dann erlaubt, soweit die Benachrichtigung wegen Gefahr im Verzug untunlich war. Hierbei handelt es sich augenscheinlich um eine im Vergleich zum staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren abweichende Formulierung. Dabei fällt auf, dass die Formulierung „wegen Gefahr im Verzug untunlich“ wesentlich schneidiger ist als „ohne Aufenthalt für die Sache“. Diese Schneidigkeit in der Formulierung des § 224 Abs. 1 Satz 1 StPO a. F. macht deutlich, dass der Gesetzgeber hier im Vergleich zu §§ 167 Abs. 2, 193 StPO a. F. noch stärker auf ein gefährdendes zeitliches Moment abstellte.

Aus diesem Grund sollte für das Absehen von der Benachrichtigung gemäß § 224 Abs. 1 Satz 1 StPO a. F. weder die bloße zeitliche Verzögerung der Vernehmungshandlung noch die Notwendigkeit genügen, einen bereits festgesetzten Hauptverhandlungstermin verlegen zu müssen.<sup>760</sup> Beide Fälle berechtigten damit nicht zum Absehen von der Benachrichtigung. Rechtsprechung und Lehre haben deshalb § 224 Abs. 1 Satz 1 StPO im Vergleich zu §§ 167 Abs. 2, 193 StPO a.F. als eine das zeitliche Element noch deutlicher in den Vordergrund stellende Ausschlussklausel verstanden. Zwischen §§ 167 Abs. 2, 193 StPO a.F. und § 224

<sup>757</sup> Welp, Zwangsbefugnisse für die StA, S. 43 Fn. 120.

<sup>758</sup> Schwarz/Kleinknecht<sup>25</sup>, StPO § 193 Anm. 1b; Welp, JZ 1980, 134 (135).

<sup>759</sup> Vergleiche Löwe, StPO, § 191 Anm. 6; Welp, JZ 1980, 134 (135).

<sup>760</sup> Vergleiche etwa RGSt 1, 210 (211); 43, 336 (337 f.); BayObLGSt 1, 113 (116); Sax, in: KMR § 224 Rn. 4; Welp, JZ 1980, 134 (135).

Abs. 1 Satz 1 StPO bestand demnach ein Stufenverhältnis. Innerhalb dessen befand sich §§ 167 Abs. 2, 193 StPO a.F. auf der unteren Stufe.

Folglich überrascht es wenig, wenn die damals einhellige Meinung sowohl zur Ausschlussklausel des §§ 167 Abs. 2, 193 StPO a.F. als auch zu § 224 Abs. 1 Satz 1 StPO a. F. so beschaffen war, dass in beiden Fällen allein eine drohende zeitliche Verzögerung zum Absehen von der Benachrichtigungspflicht führen konnte.<sup>761</sup> Ein Absehen von der Benachrichtigungspflicht aufgrund einer potentiellen „materiellen Gefährdung“ wurde demgegenüber nicht ernsthaft erwogen.

bb) Gesetzgeberische Entstehung des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO

Der Regierungsentwurf zu § 168c Abs. 5 StPO lautete: „Von den Terminen sind die zur Anwesenheit Berechtigten vorher zu benachrichtigen, soweit dies ohne Gefährdung des Untersuchungserfolges geschehen kann.“<sup>762</sup> Aus dem vormalig gebrauchten „ohne Aufenthalt für die Sache“ wurde damit „ohne Gefährdung des Untersuchungserfolges“. In Anbetracht der neu gewählten Formulierung merkt der Regierungsentwurf in der Begründung ausdrücklich an, dass diese inhaltlich dem alten Recht (scil. §§ 192 Abs. 2 Satz 2 und 3 sowie § 193 Abs. 3 und 5 StPO a. F.) entspräche.<sup>763</sup> Das Absehen von der Benachrichtigung soll nach der Neufassung des Gesetzes gleichwohl erst dann möglich sein, wenn die Benachrichtigung selbst zu einer Gefährdung des Untersuchungserfolges führen würde.<sup>764</sup> Wenn nun die Bundesregierung im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zwischen ihrer Fassung des § 168c Abs. 5 StPO und § 224 Abs. 1 a. F. StPO eine „weitgehende Übereinstimmung“<sup>765</sup> feststellt, dann muss „Gefährdung des Untersuchungserfolges“ offenbar so zu verstehen sein, dass nur eine solche Gefährdung zum Absehen von der Benachrichtigung berechtigt, die durch die zeitliche Verzögerung der Sache bewirkt wurde.<sup>766</sup>

Seine endgültige Ausgestaltung erhielt § 168c Abs. 5 StPO dann angeregt durch ein Votum des Bundesrates.<sup>767</sup> Durch die Aufteilung des ersten Satzes von Absatz 5 in zwei Sätze wurde das Absehen von der Benachrichtigungspflicht und damit die gesetzgeberische Entscheidung, dass es sich beim Absehen von der Benachrichtigung um eine enge Ausnahme vom Regelfall des Satz 1 handelt, deutlicher herausgearbeitet.<sup>768</sup> Inhaltlich sollte sich durch diese letzte Überarbei-

<sup>761</sup> *Welp*, JZ 1980, 134 (135).

<sup>762</sup> BT-Drs. 7/551, S. 8.

<sup>763</sup> BT-Drs. 7/551, S. 76.

<sup>764</sup> BT-Drs. 7/551, S. 76.

<sup>765</sup> BT-Drs. 7/551, S. 155.

<sup>766</sup> Vergleiche *Welp*, JZ 1980, 134 (135).

<sup>767</sup> BT-Drs. 7/551, S. 144.

<sup>768</sup> BT-Drs. 7/2600, S. 6.

tung demgegenüber nichts ändern. Die Veränderung erfolgte damit allein aus redaktionellen Gründen.<sup>769</sup>

Aus der Entstehungsgeschichte des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO wird somit deutlich, dass die Gefährdung des Untersuchungserfolgs nur durch eine zeitliche Verzögerung hervorgerufen werden kann und eine Gefährdung unter materiellen Gesichtspunkten daneben keine Rolle spielt.<sup>770</sup>

#### b) Systematische Überlegungen

Die aus der Entstehungsgeschichte gewonnene Erkenntnis soll nun im Folgenden anhand von gesetzsystematischen Kriterien überprüft werden. Die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO bezieht sich ihrem insoweit eindeutigen Wortlaut nach („von den Terminen sind die zur Anwesenheit Berechtigten...“) auf alle richterlichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren. Damit ist neben der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (Absatz 2) auch die Vernehmung des Beschuldigten selbst (Absatz 1) vom Anwendungsbereich der Benachrichtigungspflicht erfasst. Folglich sind auch die Staatsanwaltschaft sowie die Verteidigung zwingend von der anstehenden Vernehmung zu benachrichtigen.

Da die Benachrichtigungspflicht des Satz 1 für alle richterlichen Vernehmungshandlungen gilt, muss Gleiches auch für die sogenannte Gefährdungsklausel des Satz 2 gelten. Eine Benachrichtigung kann auch in diesen Fällen unterbleiben, wenn sie zu einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs führen würde. Ließe man darüber hinaus im Rahmen des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO auch eine materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs für das Absehen von der Benachrichtigung ausreichen, hätte dies ernstzunehmende Auswirkungen für das Anwesenheitsrecht der Staatsanwaltschaft, insbesondere aber für das unbeschränkte Anwesenheitsrecht des Verteidigers.

#### aa) Auswirkungen auf das Anwesenheitsrecht des Verteidigers

Das in § 168c Abs. 2 StPO konstituierte Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen wird nicht schrankenlos gewährt. Für den Fall, dass die Teilnahme des Beschuldigten den Zweck der Untersuchung materiell gefährden würde (siehe Absatz 3 Satz 2), wird es in Absatz 3 Satz 1 bestimmten Beschränkungen unterworfen. Ausweislich des klaren Wortlautes gilt der beschränkende Absatz 3 ausschließlich für den Beschuldigten. Ein Ausschluss des Verteidigers wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks ist demgegenüber nicht vorgesehen. § 168c Abs. 1 StPO statuiert damit ein prinzipiell uneingeschränktes Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der richterlichen Beschuldigtenvernehmung.<sup>771</sup> Dieses uneingeschränkte

<sup>769</sup> Siehe hierzu die Protokolle zur 29. sowie zur 30. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags vom 20. März 1974 und 24. April 1974.

<sup>770</sup> Vergleiche *Welp*, JZ 1980, 134 (135).

<sup>771</sup> Vergleiche etwa BGHSt 29, 1 (5); 32, 115 (119 f.).

Anwesenheitsrecht folgt unmittelbar aus der Verfassung. Es stellt somit einen der zentralen Aspekte eines rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Strafverfahrens dar.<sup>772</sup> Ein Ausschluss des Verteidigers von der Vernehmungssituation kommt dementsprechend nur unter den strengen Voraussetzungen der §§ 138a bis d StPO in Betracht.

Ließe man eine materielle Gefährdung des Untersuchungserfolges im Rahmen des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO ausreichen, um von der Benachrichtigung des Verteidigers abzusehen, hielte man die richterliche Vernehmung des Beschuldigten damit vor dessen Verteidiger geheim. Mit anderen Worten: Wäre nach dem jeweiligen Stand der Ermittlungen zu befürchten, dass die Benachrichtigung (und Anwesenheit) des Verteidigers die Gewinnung einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage des Beschuldigten gefährden würde, stünde dies im Ergebnis eine partiellen Vereitelung des verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich verbrieften Anwesenheitsrechts des Verteidigers gleich,<sup>773</sup> ohne dass zugleich die Voraussetzungen der §§ 138a ff. StPO festgestellt werden müssten.

Die Abwesenheit des Verteidigers hätte vor allem Auswirkungen auf etwaige Verteidigungsbemühungen. Dem strafverfahrensrechtlich nicht bewanderten Beschuldigten wird es in der Regel kaum möglich sein, mit seinen gesetzlich zugestanden Rechten sachgemäß umzugehen und sie effektiv einzusetzen. Dem Beschuldigten in dieser so wichtigen Verfahrenssituation unter Berufung auf eine „materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs“, demnach also auf überwiegende Belange der Strafverfolgung, den Beistand seines Verteidigers faktisch vorzuenthalten, ist unter dem oben genannten Gesichtspunkt nicht hinnehmbar.<sup>774</sup> Eine solch einschneidende Maßnahme ist abseits der §§ 138a ff. StPO nicht vorgesehen und sollte deswegen auch nicht durch die „Hintertür“ des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO zugelassen werden.

Die Gewährung eines materiell unbeschränkten Anwesenheitsrechts und die Erkenntnis, dass die Benachrichtigungspflicht dessen faktische Seite darstellt, deuten vielmehr auf ein Stufenverhältnis zwischen dem eigentlichen Recht und der korrespondierenden Benachrichtigung hin.<sup>775</sup> Hieraus wiederum folgt, dass Einschränkungen der Benachrichtigungspflicht nicht so vorgenommen werden dürfen, dass sie sich gleichsam auch als Einschränkungen des Anwesenheitsrechts selbst umformulieren ließen.<sup>776</sup> Im Gegenteil: Einschränkungen der Benachrichtigungspflicht können sich ausschließlich aus dessen eigenem Sachzusammenhang ergeben, namentlich aus der technischen Umsetzung des zugrundeliegenden Rechts.<sup>777</sup>

<sup>772</sup> Hierzu ausführlich BVerfGE 38, 105 ff. und oben sechstes Kapitel Gliederungspunkt A. (S. 135 f.).

<sup>773</sup> Welp, JZ 1980, 134 (136).

<sup>774</sup> Welp, JZ 1980, 134 (136).

<sup>775</sup> Zaczyk, NStZ 1987, 535 (536).

<sup>776</sup> Zaczyk, NStZ 1987, 535 (537).

<sup>777</sup> Zaczyk, NStZ 1987, 535 (537).



Bezieht sich § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO ausschließlich auf die Benachrichtigungspflicht, so ist dem Verteidiger die Anwesenheit bei der Vernehmung zu gestatten, auch wenn von seiner Benachrichtigung wegen Gefährdung des Untersuchungserfolgs abgesehen werden durfte. Erfährt der Verteidiger also auf anderem Wege von dem Termin, hat er das unbeschränkte Recht auf Teilnahme. Diese auf den ersten Blick merkwürdig anmutende Situation erklärt sich aber dann, wenn man die Ausnahmemöglichkeit des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO auf Gefährdungen durch zeitliche Verzögerungen beschränkt. Mit der zufälligen Anwesenheit des Verteidigers ist die im Vorfeld der Vernehmung prognostizierte Gefahr der Verzögerung gegenstandslos geworden und steht somit der Anwesenheit des Verteidigers nicht mehr entgegen.<sup>778</sup>

#### bb) Auswirkungen auf die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft

§ 168c Abs. 5 Satz 2 StPO gilt ebenfalls für die Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft. Auch ihre Benachrichtigung könnte demnach unterbleiben, wenn sie und die damit verbundene Anwesenheit zu einer materiellen Gefährdung des Untersuchungserfolgs führen würden. Ein solches Ergebnis ist aber widersinnig. Es ist doch gerade die Staatsanwaltschaft, die die richterliche Vernehmung des Beschuldigten oder eines Zeugen oder Sachverständigen nach § 162 Satz 1 StPO beantragt. Ein Absehen von der Benachrichtigung wegen Gefährdung des Untersuchungserfolgs ergibt auch hier nur dann einen Sinn, wenn die Gefährdung allein aus einer zeitlichen Verzögerung der Vernehmung resultiert. Das Einbeziehen einer materiellen Gefährdung in den Regelungsbereich des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO wäre geradezu widersprüchlich zur Regelung des § 162 Satz 1 StPO.

#### c) Teleologische Überlegungen

Den Anwendungsbereich der Ausnahmemöglichkeit des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO auf materielle Gefährdungen des Untersuchungserfolgs auszuweiten, unterliegt auch unter teleologischen Gesichtspunkten Bedenken. Geht man davon aus, dass im Regelfall die Gefährdung des Untersuchungserfolgs von der Benachrichtigung des Beschuldigten und nicht von der des Verteidigers ausgeht, könnte zwar von der Benachrichtigung des Beschuldigten abgesehen werden, die Verteidigung bliebe gleichwohl von dem anstehenden Vernehmungstermin zu informieren.<sup>779</sup> Damit aber hätte die Verteidigung ab diesem Moment Kenntnis von Zeit und Ort der bevorstehenden Vernehmung. Aus dem zwischen Beschuldigten und Verteidiger bestehenden Mandatsverhältnis resultiert aber nun die Pflicht des Verteidigers, seinerseits auch den Mandanten entsprechend zu benachrichtigen.<sup>780</sup> Folglich wird der Beschuldigte regelmäßig dennoch über seinen

<sup>778</sup> Welp, JZ 1980, 134 (136).

<sup>779</sup> Hierzu BGHSt 29, 1 (4); BGH StV 1999, 357 (358); Achenbach, in: AK-StPO § 168c Rn. 12; Griesbaum, in: KK-StPO § 168c Rn.19; Meyer-Goßner StPO § 168c Rn. 5; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 33; Endriss, in: FS-Rieß, S. 71; Rengier, Jura 1981, 299 (306).

<sup>780</sup> LG Hamburg StV 2003, 328; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 33; Welp, JZ 1980, 134 (136).

Verteidiger von der anstehenden Vernehmung erfahren, so dass das ursprüngliche Absehen von der Benachrichtigung im Ergebnis wirkungslos ist.<sup>781</sup>

Besonders deutlich wird die Problematik, wenn man sich nochmals auf das Kernanliegen der Anwesenheitsrechte bei richterlichen Beschuldigtenvernehmungen besinnt. Dieses ist darin zu sehen, dass im Ermittlungsverfahren unter Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) kein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeigeführt werden kann, ohne dass der Beschuldigte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluss zu nehmen.<sup>782</sup> Demzufolge beschränkt sich die Gewährung von Anwesenheitsrechten keineswegs auf bloße Informationszwecke. Letztere sind im Hinblick auf das bestehende Akteneinsichtsrecht und den Anspruch auf Vorlage der Vernehmungsniederschrift ohnehin gesetzlich zugestanden. Ließe man nun das Absehen von der Benachrichtigungspflicht bei einer drohenden materiellen Gefährdung des Untersuchungserfolgs zu, wäre es dem Beschuldigten und seinem Verteidiger im schlechtesten Fall nicht möglich, auf das Ergebnis der richterlichen Vernehmung Einfluss zu nehmen. Zuzustimmen ist daher *Welp*, der zu Recht feststellt: „Hier sind elementare Verteidigungsrechte außer Kraft gesetzt. Denn eine Verteidigung, der mit der Ausübung des Fragerechts die Mitwirkung an der Beweisaufnahme versagt wird, erschöpft sich in bloßer Rhetorik, wenn sie darauf reduziert ist, vollendete Tatsachen im Schlussplädoyer zu bespiegeln.“<sup>783</sup>

#### d) Fazit

Durch das eben Gesagte wird deutlich, dass eine materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs nicht in das Regelungsmodell des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO einzubeziehen ist. Sie kann demnach auch nicht zu einer Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO führen. In den Anwendungsbereich des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO fallen ausschließlich solche Gefährdungen des Untersuchungserfolgs, die der Vernehmung durch eine zeitliche Verzögerung drohen. Sowohl der historische als auch der systematische und der teleologische Befund deuten eindeutig in diese Richtung. Auch der Wortlaut der Norm steht einem solchen Verständnis nicht entgegen. Folglich kann von einer Benachrichtigung der Anwesenheitsberechtigten (Beschuldigter, Verteidiger und Staatsanwaltschaft) nicht abgesehen werden, wenn diese mit einer materiellen Gefährdung des Untersuchungserfolgs verbunden ist.

<sup>781</sup> So auch *Wohlens*, in: SK-StPO § 168c Rn. 33.

<sup>782</sup> BVerfG NJW 2006, 672 (673); BGHSt 26, 332 (335); BGH StV 2003, 540 (541); *Wohlens*, in: SK-StPO § 168c Rn. 28; *Endriss*, in: FS-Rieß, S. 70; *Fezer*, NStZ 2009, 524 (525).

<sup>783</sup> *Welp*, JZ 1980, 134 (137).

## **Achtes Kapitel. Fehlerfolgen bei Verstößen gegen § 168c StPO**

Für die praktische Rechtsanwendung ist vor allem eine Frage von entscheidender Bedeutung: Welche konkreten Auswirkungen hat die Nichtbeachtung der in § 168c StPO kodifizierten Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten im Einzelnen auf die gewonnenen Beweisergebnisse und die nachfolgende Hauptverhandlung. Dass ein etwaiger Verstoß gegen diese gesetzlich vorgesehenen Beteiligungsrechte keinesfalls folgenlos für das spätere Verfahren bleiben kann, dürfte dabei von vornherein klar sein. Ein derartiges Verständnis wird dementsprechend – soweit ersichtlich – weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ernsthaft erwogen oder gar vertreten. Die Regelung des § 168c StPO ist schließlich zwingendes Recht und keine Soll-Vorschrift.

Um die genauen Konsequenzen eines Verstoßes feststellen zu können, ist es zunächst erforderlich, nochmals diejenigen Konstellationen zusammenzufassen, in denen nach der hier vertretenen Ansicht ein Verstoß gegen einzelne Bestimmungen und Regelungsgehalte des § 168c StPO anzunehmen ist. Da das Hauptanliegen des § 168c StPO in der Zuerkennung von Anwesenheitsrechten zu sehen ist, kommen vor allem die Nichtgewährung bestehender Anwesenheitsrechte sowie das Unterbleiben der Benachrichtigung von einer bevorstehenden Vernehmung, obwohl hierfür ein gesetzlicher Ausschlussgrund jeweils nicht vorliegt, als Verstöße in Betracht. Weitere Probleme wirft dabei die Handhabung eines Verstoßes gegen § 168c StPO in Konstellationen auf, in denen es um die richterliche Vernehmung von Mitbeschuldigten geht und dem Beschuldigten und seinem Verteidiger entgegen der entsprechenden Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO die Anwesenheit hierbei verwehrt und die Benachrichtigung von vornherein unterlassen wurde.

Nachdem alle denkbaren Verstöße nochmals zusammenhängend dargestellt wurden, soll im Zuge der weiteren Bearbeitung das Augenmerk auf die insbesondere für die Verteidigung und das zuständige Gericht zentrale Frage gerichtet sein, wie und gegebenenfalls ob die unter Verstoß gegen § 168c StPO gewonnen Erkenntnisse in einem späteren Verfahrensstadium verwendet werden können oder ob einer solchen Verwendung ein (umfassendes) Beweisverwertungsverbot entgegensteht. Hierfür erscheint es zunächst zweckmäßig, die unterschiedlichen Möglichkeiten aufzuzeigen, durch die das gewonnene Beweisergebnis in die spätere Hauptverhandlung eingeführt werden kann.

### **A. Konstellationen, in denen ein Verstoß gegen § 168c StPO anzunehmen ist**

#### **I. Nichtgewährung bestehender Anwesenheitsrechte**

In § 168c Abs. 1 bis 4 StPO finden sich die Anwesenheitsrechte der einzelnen Verfahrensbeteiligten einschließlich deren möglicher Beschränkungen. Wird nun einem dieser Beteiligten die Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten (§ 168c Abs. 1 StPO) oder bei der eines Zeugen oder Sachver-

ständigen (§ 168c Abs. 2 StPO) verwehrt, stellt diese Verweigerung einen Verstoß gegen geltendes Recht dar. Beim Beschuldigten ist ein solcher Verstoß insbesondere dann anzunehmen, wenn er von der Anwesenheit ausgeschlossen wird, obwohl ein Ausschlussgrund nach § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO nicht vorliegt.

Gleiches gilt für den Fall, dass der Beschuldigte von der Anwesenheit ausgeschlossen wird, weil die konkrete Gefahr besteht, dass sich eine zeugnisverweigerungsrechtliche Auskunftsperson im Beisein des Beschuldigten nicht äußern und von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen wird. Wie bereits ausführlich dargelegt, rechtfertigt es eine solche Befürchtung gleichwohl nicht, den Beschuldigten gemäß § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO von der Vernehmungssituation auszuschließen.<sup>784</sup>

Ein Verstoß gegen § 168c Abs. 4 StPO stellt es dar, wenn der inhaftierte Beschuldigte zu einer Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen nicht vorgeführt wird. Verfügt der inhaftierte Beschuldigte dagegen über einen Verteidiger, kann ein Verstoß gegen Absatz 4 nur in den Fällen angenommen werden, in denen die Vernehmung an der Gerichtsstelle des Haftortes durchgeführt wird. Nur hier steht dem verteidigten Beschuldigten ein Anwesenheitsrecht zu (§ 168c Abs. 4 StPO).<sup>785</sup>

Wird dagegen nicht dem Beschuldigten, sondern dessen Verteidiger die Anwesenheit bei der Vernehmung seines Mandanten oder der eines Zeugen oder Sachverständigen verwehrt, ist zu beachten, dass der Verteidiger ein prinzipiell uneingeschränktes Anwesenheitsrecht besitzt.<sup>786</sup> Dies gilt auch für die Fälle, in denen § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO ein Absehen von der Benachrichtigung des Verteidigers ermöglicht, dieser aber auf anderem Wege von der Vernehmung erfährt. Folglich stellt sich jedwede Verweigerung seiner Anwesenheitsrechte als Verstoß gegen § 168c Abs. 1 oder 2 StPO dar. Was die richterliche Vernehmung eines Mitbeschuldigten anbetrifft, so haben nach der hier vertretenen Ansicht jeweils der Beschuldigte und sein Verteidiger analog § 168c Abs. 2 StPO das Recht zur Anwesenheit.<sup>787</sup> Die Nichtgewährung stellt dementsprechend ebenfalls einen Verstoß gegen geltendes Recht dar.

## II. Verstöße gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO

Die in § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO vorgeschriebene Benachrichtigungspflicht stellt die faktische Seite<sup>788</sup> der Anwesenheitsrechte dar. Für die zur Anwesenheit Berechtigten ist es von zentraler Bedeutung zu erfahren, an welchem Ort und zu welcher Zeit die bevorstehende richterliche Vernehmung stattfindet. Ohne diese Informationen hinge die Wahrnehmung der Teilnahmerechte von einer zufälligen

<sup>784</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt A. I. 1. (S. 114 ff.).

<sup>785</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt B. (S. 121 ff.).

<sup>786</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt C. (S. 72 ff.).

<sup>787</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt E. (S. 96 ff.).

<sup>788</sup> So ausdrücklich *Zaczyk*, NJW 1987, 535 (536).

Kenntniserlangung und damit letztlich vom Zufall ab. Die Benachrichtigung ist damit die zentrale Voraussetzung dafür, dass die verbrieften Anwesenheitsrechte im Ermittlungsverfahren nicht bloß theoretisch bestehen, sondern auch faktisch wahrgenommen werden können.<sup>789</sup>

Kann demnach ein Anwesenheitsberechtigter nicht an der Vernehmung teilnehmen, weil er entgegen § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO von der bevorstehenden richterlichen Vernehmung nicht benachrichtigt wurde, und liegt auch sonst kein Grund für das Absehen von Benachrichtigung im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO vor, verstößt ein solches Verhalten des Ermittlungsrichters gegen geltendes Recht. Unerheblich ist dabei, ob die Benachrichtigung absichtlich oder versehentlich geschehen ist.<sup>790</sup>

Das Ausbleiben der Benachrichtigung ist für die Verwertbarkeit des gewonnenen Beweisergebnisses dagegen nicht relevant, sofern der Anwesenheitsberechtigte anderweitig Zeit und Ort der Vernehmung in Erfahrung gebracht hat und hierzu erscheint.<sup>791</sup> Liegt kein Fall des § 168c Abs. 3 StPO vor, ist dem Beschuldigten die Anwesenheit zu gestatten. Der erschienene Verteidiger ist stets zur Vernehmung zuzulassen.

Eine Benachrichtigung, die erst unmittelbar vor der anstehenden Vernehmungssituation erfolgt und dem Berechtigten praktisch keine Zeit lässt zu erscheinen, ist jedenfalls dann nicht ausreichend, wenn die Vernehmung schon von längerer Hand geplant und dem Richter somit bekannt war.<sup>792</sup> In Anbetracht der Bedeutung der Anwesenheitsrechte für den weiteren Verlauf des Verfahrens, darf der Zeitraum zwischen Benachrichtigung und Vernehmung nicht so kurz gewählt werden, dass es den Strafverfolgungsbehörden durch bloßes Zuwarten ermöglicht wird, bestehende Anwesenheitsrechte faktisch leerlaufen zu lassen. Eine so kurzfristige Benachrichtigung, die den Berechtigten faktisch keine Gelegenheit zur Teilnahme ermöglicht, ist im Ergebnis wie eine gänzlich unterbliebene Benachrichtigung zu behandeln und stellt deswegen einen Verstoß gegen § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO dar.

Handelt es sich demgegenüber um kurzfristig anberaumte Vernehmungen, sind die Anwesenheitsberechtigten ebenfalls gemäß § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO vorher zu benachrichtigen.<sup>793</sup> Den Beteiligten ist Gelegenheit zu geben, der Benachrichtigung

---

<sup>789</sup> Achenbach, in: AK-StPO § 168c Rn. 9; Erb, in: L/R § 168c Rn. 32; Griesbaum, in: KK-StPO § 168c Rn. 16; Monka, in: OnlineKomm-StPO § 168c Rn. 5; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 28; Fezer, StrafprozeßR, Fall 3 Fn.48; Welp, JZ 1980, 134 (135); Wohlers, GA 2003, 895 (897).

<sup>790</sup> Zur Unerheblichkeit eines persönlichen Verschuldens des Amtsträgers im Einzelnen BVerfG StV 2006, 73 (77); BGH NJW 2003, 3142 (3143); ferner Erb, in: L/R § 168c Rn. 54; Griesbaum, in: KK-StPO § 168c Rn. 22; Meyer-Gößner, StPO § 168c Rn. 6; Plöd, in: KMR § 168c Rn. 11.

<sup>791</sup> Erb, in: L/R § 168c Rn. 54.

<sup>792</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt B. III. (S. 138 ff.).

<sup>793</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt B. III. S. 138 ff.).

tigung nachzukommen und zur Vernehmung hinzuzustoßen. Bis zum Eintreffen der benachrichtigten Personen ist die Vernehmungshandlung erforderlichenfalls aufzuschieben. Erst wenn das weitere Zuwarten den Untersuchungserfolg gefährden würde, darf eine Benachrichtigung gemäß § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO unterbleiben, beziehungsweise darf mit der bereits begonnenen Vernehmung fortgefahren werden.

Resultieren das Anwesenheitsrecht und die damit verbundene Benachrichtigungspflicht aus dem Umstand, dass erst während der Vernehmung die Bestellung eines Verteidigers erfolgt, muss die Vernehmungshandlung ausgesetzt werden. Der Verteidiger ist sodann gemäß § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO zu benachrichtigen. Auch hier muss dem Verteidiger durch Zuerkennung eines gewissen Zeitfensters die Gelegenheit eingeräumt werden, der Benachrichtigung auch tatsächlich nachkommen zu können.<sup>794</sup> Die Vernehmungshandlung ist während dieses Zeitraumes auszusetzen.<sup>795</sup>

### III. Unterbliebene Bestellung eines Pflichtverteidigers

Es kommt einem unberechtigten Ausschluss oder einem Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht gleich, wenn die Bestellung eines Pflichtverteidigers zur Teilnahme an der Vernehmung unterbleibt, obwohl sie nach den oben genannten Grundsätzen geboten wäre.<sup>796</sup>

Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers hat insbesondere zu erfolgen, sobald beabsichtigt wird, den unverteidigten Beschuldigten von einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung auszuschließen und ein Grund, von der Benachrichtigung eines (gegebenenfalls hypothetisch bestellten) Verteidigers gemäß § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO abzusehen, nicht besteht. Um dem Beschuldigten die Wahrung seiner Teilhaberechte aus § 168c StPO im Ermittlungsverfahren zu ermöglichen und dem Recht auf effektive Verteidigung sowie dem Recht auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3 lit. c und d EMRK in jedem Falle gerecht zu werden, hat die Staatsanwaltschaft ungeachtet dessen, ob sie im Hauptverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers für zwingend erforderlich hält, einen entsprechenden Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers nach §§ 141 Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 2 StPO in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu stellen.<sup>797</sup> Kommt sie dem nicht nach, liegt hierin ein Rechtsverstoß, der sich ebenfalls auf die Verwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse auswirken muss. Gleiches gilt, wenn das Gericht den Verteidiger trotz Antrags der Staatsanwaltschaft nicht beiordnet.

<sup>794</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 38.

<sup>795</sup> So auch *Wohlers*, StV 2006, 228 (229).

<sup>796</sup> So ausdrücklich *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 54.

<sup>797</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt C. II. 2. (S. 75 ff.).

## **B. Heilung von Verstößen gegen § 168c StPO**

Wird bei einer richterlichen Vernehmung des Beschuldigten oder der eines Zeugen oder Sachverständigen im Ermittlungsverfahren gegen eine Regelung des § 168c StPO verstoßen, kann dieser Verstoß stets dadurch „geheilt“ werden, indem die richterliche Vernehmung erneut durchgeführt und hierbei sämtlichen Anforderungen des § 168c StPO Rechnung getragen wird. Eine Heilung im eigentlichen Sinne findet hier genaugenommen aber nicht statt, denn der Mangel in der ersten Vernehmungssituation wird durch ein solches Vorgehen keineswegs behoben. Die erste Vernehmung bleibt stets mangelbehaftet. Resultat einer erneuten Vernehmung ist vielmehr die gänzliche Ersetzung der vorangegangenen Vernehmung, so dass im späteren Verfahren keine Notwendigkeit mehr besteht, auf die mangelbehaftete erste Vernehmung zurückgreifen zu müssen. Eine erneute Vernehmung ist damit die sicherste Möglichkeit für die Strafverfolgungsbehörden, eine Verwertbarkeit der gewonnenen Aussage für die spätere Hauptverhandlung sicherzustellen.<sup>798</sup> Zum Schutz des Beschuldigten ist für die Rechtmäßigkeit der Wiederholung auch hier zu verlangen, dass der Beeinträchtigte zuvor in qualifizierter Art und Weise über die Folgen des Verfahrensfehlers belehrt wurde.<sup>799</sup> Er muss sich dementsprechend der Tatsache bewusst sein, dass die erste Vernehmung aufgrund des begangenen Verfahrensverstößes fehlerhaft ist und deswegen im Hauptverfahren nicht ohne weiteres verwertet werden kann.

## **C. Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Erkenntnisse**

Wird nun bei einer richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren einem Berechtigten zu Unrecht die Anwesenheit verwehrt oder von einer Benachrichtigung abgesehen, stellt sich die Frage, inwiefern die in seiner Abwesenheit gewonnene Aussage im weiteren Verfahren verwertet werden darf. Hierbei muss grundsätzlich differenziert werden zwischen der Verwendung der gewonnenen Erkenntnisse im Zuge der weiteren (staatsanwaltschaftlichen) Ermittlungen und deren Einführung und Verwertung in der nachfolgenden Hauptverhandlung.

### **I. Verwendung für Ermittlungen zur weiteren Sachverhaltsaufklärung**

Geht es um die Verwendung der durch die Aussage gewonnenen Erkenntnisse für weitere Ermittlungen, hat der Verstoß gegen § 168c StPO hierauf grundsätzlich keine Auswirkungen. Den gewonnenen Erkenntnissen darf weiter nachgegangen und weitere Ermittlungsmaßnahmen aufgrund dessen durchgeführt werden. Jedoch muss im Rahmen der weiteren Ermittlungen stets die Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft nach § 170 Abs. 1 oder 2 StPO im Auge behalten werden. Eben diese Entscheidung ist das Ziel des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens. Es gilt also die Frage zu klären, ob die Ermittlungen ge-

<sup>798</sup> *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 22; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 6.

<sup>799</sup> Zur qualifizierten Belehrung allgemein BGH StV 1994, 62; 1994, 293; LG Dortmund NStZ 1997, 356; *Neuhaus*, NStZ 1997, 312.

nügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage bieten, ob der Beschuldigte also aus Sicht der Staatsanwaltschaft<sup>800</sup> einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint (§ 170 Abs. 1 StPO).<sup>801</sup> Andernfalls ist das Verfahren nach § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO einzustellen. „Einer Straftat hinreichend verdächtig“ meint in diesem Zusammenhang die Überzeugung der Staatsanwaltschaft, dass die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung des Beschuldigten die Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs überwiegt.<sup>802</sup> Maßgeblich ist damit die Verurteilungswahrscheinlichkeit.<sup>803</sup> Dies setzt zum einen voraus, dass die Staatsanwaltschaft in materiell-strafrechtlicher Hinsicht von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung durch den Beschuldigten ausgeht.<sup>804</sup> Darüber hinaus muss es die Staatsanwaltschaft aber auch für wahrscheinlich erachten, dass mit dem bisher gewonnenen Beweismaterial und den sonstigen Erkenntnismöglichkeiten eine Verurteilung wegen der Straftat möglich ist.<sup>805</sup>

Da aber ein Verstoß gegen Anwesenheitsrechte oder Benachrichtigungspflichten des § 168c StPO ebenfalls Konsequenzen für die Verwertbarkeit der gewonnenen Aussage im späteren Hauptverfahren nachsichzieht, wird an dieser Stelle besonderes deutlich, dass sich etwaige Verstöße gegen § 168c StPO sehr wohl auf die weiteren Ermittlungen und damit auf die zu treffende Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft auswirken können. Bezieht nämlich die von der Staatsanwaltschaft angenommene Verurteilungswahrscheinlichkeit auch solche Beweisergebnisse mit ein, die unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO erlangt wurden, vermag ein etwaiges Verwertungsverbot diese Verurteilungsprognose maßgeblich zu erschüttern. Dementsprechend muss die Staatsanwaltschaft mit Blick auf die Abschlussentscheidung des § 170 StPO im weiteren Verlauf der Ermittlungen auch auf etwaige Verstöße gegen § 168c StPO reagieren. Zum einen kann sie versuchen, an zusätzliche Beweismittel zu gelangen, so dass die rechtswidrig erlangten Aussagen nicht mehr in die Prognose einbezogen werden müssen. Zum anderen kann sie eine richterliche Vernehmung erneut und diesmal unter Beachtung des § 168c StPO durchführen lassen und so den Rückgriff auf die mangelbehaftete Vernehmung vermeiden. Folglich sollte auch die

<sup>800</sup> OLG Karlsruhe NJW 1974 807; *Graalman-Scheerer*, in: L/R § 170 Rn. 24; *Meyer-Gößner*, StPO § 170 Rn. 2; *Schmid*, in: KK-StPO § 170 Rn. 4; *Plöd*, in: KMR § 170 Rn. 4; *Wohlers*, in: SK-StPO § 170 Rn. 27; *Roxin*, DRiZ 1997, 109 (114).

<sup>801</sup> *Graalman-Scheerer*, in: L/R § 170 Rn. 24.

<sup>802</sup> BGHSt 15, 155 (158); BGH StV 2001, 576; OLG Düsseldorf StV 2008, 511; OLG Hamburg StV 1996, 418; OLG Karlsruhe NJW 1974, 806 (807); *Meyer-Gößner*, StPO § 170 Rn. 1; *Wohlers*, in: SK-StPO § 170 Rn. 25 jeweils mit weiteren Nachweisen

<sup>803</sup> So auch zu § 203 StPO BVerfGE NJW 2002, 2859 (2860); BGHSt 29, 224 (229); 35, 39 (42); *Meyer-Gößner*, StPO § 203 Rn. 2; *Julius*, in: HK-StPO § 203 Rn. 3; *Loos*, in: AK-StPO § 203 Rn. 3; *Seidl*, in: KMR § 203 Rn. 15; *Tolksdorf*, in: KK-StPO § 203 Rn. 2; *Lüttger*, GA 1957, 193 (198); *Nierwetberg*, NSTZ 1989, 212 (213).

<sup>804</sup> *Stuckenberg*, in: L/R § 203 Rn. 9.

<sup>805</sup> *Stuckenberg*, in: L/R § 203 Rn. 9.



Staatsanwaltschaft ein Interesse daran haben, dass bei richterlichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren die Beteiligungsrechte des § 168c StPO beachtet werden.

## II. Einführung der gewonnen Erkenntnisse in die Hauptverhandlung

Das Gericht ist in der Hauptverhandlung darauf angewiesen, sich von dem in Rede stehende Tatgeschehen Kenntnis zu verschaffen und es so gut wie möglich zu rekonstruieren. Den Naturgesetzmäßigkeiten entsprechend kann aber die Rekonstruktion von vergangenen Geschehnissen stets nur mittelbar erfolgen, da die zur Entscheidung berufenen Richter und Laienrichter am Tatgeschehen nicht beteiligt waren und dementsprechend nicht selbst Zeugnis darüber ablegen können. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO trägt diesem Umstand Rechnung, indem er dem Gericht aufgibt, vorrangig nur solche Beweismittel zu nutzen, die den geringsten Grad der Mittelbarkeit besitzen und den tatsächlichen Geschehnissen möglichst nahe verbunden sind.<sup>806</sup> Bei den hier im Fokus stehenden Aussagen des Beschuldigten, Mitbeschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen sind die Wahrnehmungen der jeweiligen Person Gegenstand des Beweises. Soll nun die Wahrnehmung dieser Person als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden, verlangt der Unmittelbarkeitsgrundsatz, dass die fragliche Person grundsätzlich in der Hauptverhandlung selbst zu vernehmen ist (§ 250 Satz 1 StPO). Unzulässig ist es dagegen, wenn stattdessen Protokolle über die frühere Vernehmung der Auskunftsperson verlesen werden (§ 250 Satz 2 StPO).<sup>807</sup>

Die hier angesprochenen Protokolle sind gemäß § 168 Satz 1 StPO auch über jede richterliche Untersuchungshandlung anzufertigen. Da es sich bei der richterlichen Vernehmung eines Beschuldigten oder einer sonstigen Auskunftsperson ebenfalls um eine solche Untersuchungshandlung im Sinne des § 168 Satz 1 StPO handelt, ist auch hierüber ein entsprechendes Protokoll zu erstellen. Näheres zu den bei der Erstellung des Protokolls zu beachtenden Regeln und Förmlichkeiten regeln die §§ 168a und b StPO. Die Verlesung eines solchen Protokolls über die richterliche Vernehmung einer Person im Ermittlungsverfahren ist also wegen § 250 Satz 2 StPO grundsätzlich verboten, sofern sie dessen persönliche Aussage in der Hauptverhandlung ersetzen soll.

Gleichwohl gilt die Forderung des § 250 Satz 2 StPO nicht absolut. Die Vorschriften der §§ 251 bis 256 StPO beinhalten bestimmte Ausnahmen, wonach Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke, in denen Äußerungen von Auskunftspersonen protokollarisch festgehalten worden sind, neben oder an Stelle der unmittelbaren Vernehmung der Person in der Hauptverhandlung als Beweismittel zulässig sind.<sup>808</sup> Geht es um Urkunden oder schriftliche Niederschriften, die die Aussage eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten zum Gegenstand haben, bemisst sich die Zulässigkeit der Ver-

<sup>806</sup> Kühne, StrafprozessR, Rn. 914 unter Hinweis auf BGH NStZ 2004, 50.

<sup>807</sup> § 250 StPO stellt somit den Personalbeweis vor den Sachbeweis.

<sup>808</sup> Kühne, StrafprozessR, Rn. 928.

lesung des Vernehmungsprotokolls nach § 251 StPO. Geht es demgegenüber um die Verlesung eines Protokolls über die frühere Vernehmung des Angeklagten (und früheren Beschuldigten), gilt die Sonderregelung des § 254 StPO.

### 1. Verlesungsmöglichkeiten nach § 251 StPO

Um drohenden Beweisverlusten vorzubeugen, etwaige Aufklärungslücken zu schließen<sup>809</sup> und Möglichkeiten zur effektiven Verfahrensgestaltung<sup>810</sup> zu schaffen, ist die Verlesung einer schriftlichen Aufzeichnung über die frühere Vernehmung einer Auskunftsperson unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 und 2 StPO und entgegen § 250 StPO zulässig.<sup>811</sup> Bei der Neugestaltung<sup>812</sup> des § 251 StPO durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz (JuMoG 2004)<sup>813</sup> orientierte sich der Gesetzgeber an folgender systematischer Konzeption: Während von § 251 Abs. 1 StPO alle richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen erfasst sind, führt Absatz 2 darüber hinaus auch bestimmte Situationen an, in denen zusätzlich zu den in Absatz 1 genannten Fällen die Verlesung von richterlichen Vernehmungsniederschriften zulässig ist.<sup>814</sup>

Die Verlesung von Niederschriften über eine richterliche Vernehmung (§ 251 Abs. 2 StPO) wird unter erleichterten Voraussetzungen für zulässig erachtet, als dies bei der Verlesung anderer Niederschriften oder schriftlicher Erklärungen (§ 251 Abs. 1 StPO) der Fall ist. Diese unterschiedliche Behandlung von richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber den Beweiswert und die Vertrauenswürdigkeit von Niederschriften über nichtrichterliche Vernehmungen grundsätzlich niedriger ansetzt als den von richterlichen Vernehmungen.<sup>815</sup> Dieser im Vergleich zu nichtrichterlichen Vernehmungen erhöhte Beweiswert beruht vor allem auf den im Rahmen von richterlichen Vernehmungen nach § 168c StPO zu beachtenden Anwesenheitsrechten und Benachrichtigungspflichten der Beteiligten. Ferner mag auch die „institutionelle Stellung des Richters“<sup>816</sup> zur Annahme eines erhöhten Beweiswertes beitragen.

<sup>809</sup> BGHSt 51, 280 (281).

<sup>810</sup> BGHSt 10, 186 (189); 26, 18, (20); 46, 73 (77).

<sup>811</sup> *Sander/Cirener*, in: L/R § 251 Rn. 1.

<sup>812</sup> Zur Neufassung des § 251 StPO durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 *Neuhaus*, StV 2005, 47 (51 ff.).

<sup>813</sup> Erstes Justizmodernisierungsgesetz vom 24.8.2004 – BGBl. I, S. 2198 ff.

<sup>814</sup> So die ausdrückliche Regelungsentention des Gesetzgebers, vergleiche BT-Drs. 15/1508, S. 26.

<sup>815</sup> BGHSt 51, 325 (332) sowie BGHSt 29, 109 (111), letztere allerdings noch zu § 251 StPO a.F., so auch ausdrücklich *Kühne*, StrafprozessR, Rn. 932; *Park*, StV 2000, 218 (220). Zu den Bedenken gegen diese Ungleichbehandlung der einzelnen Vernehmungshandlungen siehe etwa *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 1287; *ders.*, NStZ 1988, 488; *Geppert*, DRiZ 1992, 405 (408); *Schellenberg*, NStZ 1991, 72.

<sup>816</sup> *Sander/Cirener*, in: L/R § 251 Rn. 3; *Gollwitzer*, in: L/R<sup>25</sup> § 251 Rn. 6 führte für einen erhöhten Beweiswert der richterlichen Vernehmung noch die „besondere Objektivität des nicht unmittelbar in die Ermittlungen eingebundenen Richters“ an, während *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 (158) den erhöhten Beweiswert in einer Gesamtwürdigung dieser Faktoren begründet sieht.

Die Verlesung von Niederschriften über eine Vernehmung ist nach § 251 Abs. 1 StPO möglich, „wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat und der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte damit einverstanden sind“ (Nr. 1), „der Zeuge, Sachverständige oder Mitbeschuldigte verstorben ist oder aus einem anderen Grunde in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann“ (Nr. 2) oder „soweit die Niederschrift oder Urkunde das Vorliegen oder die Höhe eines Vermögensschadens betrifft“ (Nr. 3).

Über die Verlesungsmöglichkeiten des § 251 Abs. 1 StPO hinaus ist die Verlesung von Niederschriften über richterliche Vernehmungen nach § 251 Abs. 2 StPO zulässig, wenn „dem Erscheinen des Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen“ (Nr. 1). Ferner ist sie zulässig, wenn „dem Zeugen oder Sachverständigen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann“ (Nr. 2) oder „der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte mit der Verlesung einverstanden sind“ (Nr. 3).

## 2. Verlesungsmöglichkeiten nach § 254 StPO

Die Vorschrift des § 254 Abs. 1 StPO ermöglicht es, dass frühere Erklärungen des Angeklagten zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis in der Hauptverhandlung verlesen werden können, sofern sie vor einem Richter getätigt und protokolliert wurden. Gleiches gilt nach § 254 Abs. 2 StPO, wenn frühere Erklärungen des Angeklagten im Widerspruch zur Vernehmung in der Hauptverhandlung stehen und dieser Widerspruch „nicht auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung festgestellt oder behoben werden kann.“ Im Anwendungsbereich des § 254 StPO gilt es jedoch zu beachten, dass nur solche früheren Erklärungen des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen, die aus demselben Verfahren entstammen.

### **D. Verwertungsverbot bei Verstößen gegen Beteiligungsrechte des § 168c StPO**

Zwar sind die Folgen von derartigen Verstößen in Rechtsprechung und Schrifttum größtenteils anhand der zu Unrecht unterlassenen Benachrichtigung (§ 168c Abs. 5 StPO) erörtert und diskutiert worden, gleichwohl müssen entsprechende Folgen ebenfalls eintreten, wenn dem Berechtigten durch die Verweigerung der Teilnahme das Recht selbst verwehrt wurde. Wenn schon eine Verletzung der „faktischen Seite“ der Anwesenheitsrechte Folgen für die weitere Verwertbarkeit hat, muss dies erst recht für die Verweigerung der zugrundeliegenden Rechtspositionen gelten (*argumentum a fortiori*).<sup>817</sup> In gleicher Weise wie bei der Verletzung von Anwesenheitsrechten und Benachrichtigungspflichten stellt sich die

<sup>817</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 53; im Ergebnis auch *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 41.

Frage der Verwertbarkeit auch in den Fällen, in denen dem Beschuldigten zwecks Wahrung seiner Rechtspositionen im Ermittlungsverfahren ein Verteidiger nach den oben genannten Grundsätzen<sup>818</sup> hätte bestellt werden müssen, dies jedoch zu Unrecht nicht erfolgt ist und der Beschuldigte gleichwohl von der ermittelungsrichterliche Zeugenvernehmung ausgeschlossen wurde.

Ist ein Beteiligungsrecht des § 168c StPO im Ermittlungsverfahren zu Unrecht beeinträchtigt worden, wird nach bisheriger Rechtsprechung ein Verwertungsverbot auch hier nur dann ausgelöst, wenn die betroffene Person beziehungsweise deren Verteidiger der Verwertung in der Hauptverhandlung ausdrücklich widerspricht (sogenannte Widerspruchslösung).<sup>819</sup> Wenngleich zahlreiche Gründe gegen die generelle Erforderlichkeit eines Widerspruchs zur Auslösung von Beweisverwertungsverböten sprechen,<sup>820</sup> soll die Widerspruchslösung hier als gegeben angesehen werden. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit ihr kann nicht Gegenstand dieser Arbeit sein. Nach überwiegender Ansicht wird ein Verwertungsverbot also nicht „automatisch“ durch den zugrundeliegenden Rechtsverstoß ausgelöst.<sup>821</sup> Die Notwendigkeit eines Widerspruchs für die Auslösung eines Verwertungsverbots soll sich dabei nicht nur auf die Verlesung von Niederschriften über die richterliche Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen beschränken, sondern auch für die Verlesung einer Niederschrift über die Vernehmung des Beschuldigten selbst gelten. Für die Annahme eines Verwertungsverbotes wäre es demnach erforderlich, dass in der Regel der Verteidiger oder der Beschuldigte selbst der Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls in der Hauptverhandlung widerspricht. Damit auch der unverteidigte Angeklagte in die Lage versetzt wird, ein entsprechendes Verwertungsverbot herbeiführen zu können, ist es zwingend erforderlich, ihn vor der Verlesung der richterlichen Niederschrift auf den begangenen Verstoß hinzuweisen. Hierbei muss es sich zudem um einen qualifizierten Hinweis handeln, der den unverteidigten Angeklagten zugleich über die ihm aus dem Verstoß erwachsenen Rechte aufklärt.

Bevor nun im Einzelnen auf die unterschiedlichen Verwertungsmöglichkeiten der unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO gewonnenen Aussagen eingegangen wird, soll vorab – wenn auch in gebotener Kürze –<sup>822</sup> noch eine grundlegende Weichenstellung für die Frage der Verwertbarkeit getroffen werden. In einer Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichts-

<sup>818</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt C. II. 2. (S. 75 ff.).

<sup>819</sup> BGHSt 26, 332 (334); 31, 140 (145); BGH NJW 1996, 2239 (2241); BGH StV 1985, 397 (398); 2002, 350; 2005, 533; BGH NSTz 1989, 282; 1990, 136; BGH NSTz-RR 2002, 110 (111); OLG Schleswig StV 2008, 401. Zur Kritik an der Widerspruchslösung vergleiche die Nachweise bei *Wohlers*, in: SK-StPO § 163a Rn. 81 mit zahlreichen Nachweisen in Fußnote 223. Ein Ausblick in die Zukunft wagt *Mosbacher*, in: FS-Rissing-van Saan, S. 357 ff.

<sup>820</sup> Lesenswert hierzu *Bernsmann*, StraFo 1998, 73 (75 f.).

<sup>821</sup> So allerdings *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 41.

<sup>822</sup> Ausführlich hierzu *Kudlich*, JR 2009, 303.

hofs<sup>823</sup> geht es unter anderem um die Frage, ob solche verfahrensfehlerhaften Erkenntnisse grundsätzlich verwertet werden dürfen, wenn der Beschuldigte, im vorliegenden Fall aufgrund einer vorangegangenen Vernehmung, sein Recht auf Hinzuziehung eines Verteidigers kannte und trotz dessen zu Unrecht unterbliebener Benachrichtigung Angaben zur Sache gemacht hat. Auch wenn der 1. Strafsenat ausdrücklich darauf hinweist, dass es hierauf in der vorliegenden Entscheidung nicht ankam, ist er anscheinend der Auffassung, dass in einer solchen Situation wie bei einem Verstoß gegen Belehrungspflichten (etwa §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO) die Annahme eines Verwertungsverbots mangels Schutzbedürftigkeit des Angeklagten ausscheide.<sup>824</sup> Eine solche Argumentation verkennt jedoch in entscheidender Weise den Sinn der Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO. Durch die Benachrichtigungspflicht soll nicht in erster Linie sicher gestellt werden, dass der Beschuldigte auch tatsächlich Kenntnis von seinen prozessualen Rechten erhält. Die Benachrichtigungspflicht dient primär dazu, die Anwesenheit des Verteidigers in der so wichtigen Vernehmungssituation zu ermöglichen. Über die Möglichkeit der Teilnahme des Verteidigers wird im Ergebnis eine ordnungsgemäße Verteidigung gewährleistet.<sup>825</sup> Unterbleibt die Benachrichtigung des Verteidigers und nimmt dieser aufgrund dessen nicht an der Vernehmungssituation teil, kann die Kenntnis des Beschuldigten von seinem Recht zur Verteidigerkonsultation nicht dazu führen, dass ein Verwertungsverbot von vornherein ausscheidet. Das Wissen des Beschuldigten um seine Rechte kompensiert keineswegs die fehlende Anwesenheit des Verteidigers – bei einer unterbliebenen Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO mag dies der Fall sein. Letzteres aber ist der entscheidende Unterschied zwischen Normen, die den Beschuldigten über seine Rechte aufklären sollen, und solchen, die Verfahrensbeteiligten bestimmte Rechte einräumen. Für die Frage der Verwertbarkeit kommt es damit nicht in entscheidender Weise auf die Kenntnis oder Unkenntnis dieser Teilhaberechte durch den Beschuldigten an,<sup>826</sup> sondern auf die Kenntnis der Berechtigten. Ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO kann der Verwertbarkeit grundsätzlich auch dann entgegenstehen, wenn der Beschuldigte seine Rechte kannte.

#### I. Verwertbarkeit als richterliche Niederschrift (§ 251 Abs. 2 StPO)

Ist bei der richterlichen Vernehmung eines Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen im Ermittlungsverfahren das Anwesenheitsrecht eines der Beteiligten in rechtswidriger Art und Weise beeinträchtigt worden, soll diese Beeinträchtigung nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung<sup>827</sup> und Literatur<sup>828</sup> der

<sup>823</sup> Beschluss v. 17. Februar 2009 – 1 StR 691/08, BGHSt 53, 191.

<sup>824</sup> BGHSt 53, 191 (194).

<sup>825</sup> Gless, NStZ 2010, 98.

<sup>826</sup> So auch Meyer-Göfner, StPO § 168c Rn. 6; Gless, NStZ 2010, 98; Kudlich, JR 2009, 303 (304); Mosbacher, JuS 2009, 696 (697).

<sup>827</sup> BGHSt 26, 332 (334 f.): 31, 140 (144); BGH NStZ 1986, 207; BGH NStZ 1997, 351 (352).

Verlesbarkeit des so gewonnen Vernehmungsprotokolls in der Hauptverhandlung grundsätzlich entgegenstehen. Das richterliche Vernehmungsprotokoll darf somit nicht im Wege des Urkundsbeweis nach § 251 Abs. 2 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Der begangene Verstoß gegen § 168c StPO bringt diesbezüglich ein Verwertungsverbot mit sich, das durch den Widerspruch in der Hauptverhandlung ausgelöst wird.

## II. Vernehmung des Richters als Zeuge vom Hörensagen

Stehen Verstöße gegen Anwesenheitsrechte oder Benachrichtigungspflichten des § 168c StPO der Verlesung der Vernehmungsniederschrift als richterliches Protokoll in der Hauptverhandlung entgegen, stellt sich für den weiteren Verfahrensverlauf die Frage, ob das gewonnene Beweisergebnis nicht auf anderem Wege in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann. Zu denken ist hier in erster Linie an die Vernehmung des Richters, der die fehlerhafte Vernehmung im Ermittlungsverfahren durchgeführt hat. Dieser wäre als Zeuge vom Hörensagen grundsätzlich dazu in der Lage, Auskunft über den Inhalt der Vernehmung im Ermittlungsverfahren zu geben und so das Beweisergebnis in die Hauptverhandlung zu überführen.

Hierbei ist wiederum der Regelungszweck des § 168c StPO zu berücksichtigen. Letzterer liegt vor allem darin zu vermeiden, dass bereits im Ermittlungsverfahren eine für das weitere Verfahren vorentscheidende Beweislage herbeigeführt wird, ohne dass dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger zuvor die Gelegenheit eingeräumt wurde, auf das Zustandekommen dieser Beweislage Einfluss zu nehmen. Um eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) und eine Außerachtlassung des Gebots der Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigten zu vermeiden, räumt § 168c StPO mit den dort niedergeschriebenen Anwesenheitsrechten und Benachrichtigungspflichten den sonstigen Beteiligten die Möglichkeit ein, in eigener Person aktiv auf die einzelne Vernehmungshandlung Einfluss zu nehmen. Nur wenn die Vernehmung im Beisein des Beschuldigten oder seines Verteidigers durchgeführt wird, erhalten diese letztlich die Gelegenheit, alle für die Verteidigung relevanten Gesichtspunkte, Eindrücke und Standpunkte in die Vernehmungssituation einzubringen und sie bei Bedarf durch entsprechend gefasste und formulierte Nachfragen beim Vernommenen deutlich zu machen. Ein einseitiges, möglicherweise zuungunsten des Beschuldigten ausfallendes Ergebnis der Vernehmung kann so vermieden werden.

Vor diesem Hintergrund wäre es wenig nachvollziehbar, wenn man es bei einem festgestellten Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO bei einer

---

<sup>828</sup> Vergleiche etwa *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 18; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 22 ff.; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 6; *Pfeiffer*, StPO § 168c Rn. 5; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 19; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 41 ff.; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 10.

Unzulässigkeit der Verlesung als richterliche Vernehmungsniederschrift beließe und im Übrigen eine Vernehmung des Richters für zulässig erachtete. Das vor entscheidende Beweisergebnis, dessen Entstehung § 168c StPO ja gerade vorbeugen möchte, würde so, zwar über den Umweg der Wahrnehmung des Ermittlungsrichters, wiederum in die Hauptverhandlung gelangen, ohne dass der Angeklagte und sein Verteidiger die Gelegenheit der Einflussnahme gehabt hätten. Daran ändert auch die Möglichkeit der Beteiligten nichts, den Ermittlungsrichter selbst befragen zu können, da hierüber nicht auf die zugrundeliegende Aussage aus dem Ermittlungsverfahren eingewirkt werden kann.

Um die Strafverfolgungsbehörden zur nachhaltigen Beachtung der Beteiligungsrechte im Ermittlungsverfahren anzuhalten und so der Intention des § 168c StPO für den weiteren Verfahrensverlauf die nötige Beachtung zukommen zu lassen, sollte ein Verstoß gegen § 168c StPO auch im Hinblick auf die Vernehmung des Ermittlungsrichters sanktioniert werden und dementsprechend dessen Vernehmung als Zeuge vom Hörensagen entgegenstehen.<sup>829</sup>

#### 1. BGHSt 46, 93

Obwohl der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Literatur grundsätzlich davon ausging, dass ein Verstoß gegen § 168c StPO auch einer Vernehmung des Ermittlungsrichters in der Hauptverhandlung entgegensteht, deutet sich in jüngerer Zeit eine Änderung dieser Sichtweise an. So hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zunächst in einer Entscheidung aus dem Jahr 2000<sup>830</sup> die oben erwähnte Annahme eines Beweisverwertungsverbotes für den Fall ausdrücklich abgelehnt, in dem einem Beschuldigten vor der richterlichen Vernehmung eines Zeugen entgegen den dargestellten Grundsätzen kein Verteidiger bestellt und der Beschuldigte zugleich von der Teilnahme ausgeschlossen wurde.<sup>831</sup> Vielmehr hält der 1. Strafsenat in dieser Situation eine „Beweiswürdigungs-Lösung für sachgerechter“.<sup>832</sup> Eine solche soll seiner Meinung nach dazu führen, dass zwar der Beweiswert des Vernehmungsergebnisses durch den begangenen Verstoß gemindert wird, im Übrigen aber die Einführung des Beweisergebnisses in die Hauptverhandlung durch die Vernehmung des Richters möglich bleibe.<sup>833</sup> Anstatt weiterhin an einem Beweis-

<sup>829</sup> So auch BGHSt 26, 332 (334); 31, 140 (144); BGH NStZ 1997, 351 (352); *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 17; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 54 ff.; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 22; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 6; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 11; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 19; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 41; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn.10; *Küpper/Mosbacher*, JuS 1998, 690 (691); *Widmaier*, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 ff.

<sup>830</sup> BGH, Urt. vom 25. 7. 2000 – 1 StR 169/00; näher hierzu drittes Kapitel Gliederungspunkt C. II. 2. a) (S. 75 f.).

<sup>831</sup> BGHSt 46, 93 (103).

<sup>832</sup> BGHSt 46, 93 (103).

<sup>833</sup> BGHSt 46, 93 (103) dem Bundesgerichtshof insoweit beipflichtend *Schwaben*, NStZ 2002, 288 (292 f.); *Widmaier*, in: FS-Schäfer, S. 96 ff.

verwertungsverbot festzuhalten und die Vernehmung des Richters für unzulässig zu erachten, knüpft der 1. Strafsenat mit dieser Entscheidung an die allgemeine "Beweiswürdigungslösung" an.

Über den der Entscheidung zugrunde liegenden Fall der unterbliebenen Verteidigerbestellung hinaus äußert sich der 1. Strafsenat im weiteren Verlauf des Urteils auch ganz allgemein zu Situationen, in denen der Mangel der richterlichen Vernehmung nicht in der unterbliebenen Verteidigerbestellung, sondern generell in einem „pflichtwidrig versagten Beteiligungsrecht“ zu suchen ist.<sup>834</sup> Hier sei für ihn die grundsätzliche Tendenz erkennbar, dass der Bundesgerichtshof bei pflichtwidrig versagten Beteiligungsrechten die Lösung eher auf der Ebene der Beweiswürdigung suche (scil. als an einem Beweisverwertungsverbot festzuhalten).<sup>835</sup>

Mit dieser allgemein gehaltenen Feststellung stellt der 1. Strafsenat das bis zu diesem Zeitpunkt bei einem Verstoß gegen § 168c StPO einhellig angenommene Verbot eines Rückgriffs auf den Vernehmungsrichter in der Hauptverhandlung auch für all jene Fälle in Frage, in denen bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren allgemein gegen Beteiligungsrechte nach § 168c StPO verstoßen wurde.<sup>836</sup>

## 2. BGHSt 51, 150

Im Jahre 2006 hatte sich der 1. Strafsenat erneut mit einer Fallkonstellation zu befassen,<sup>837</sup> in der es unter anderem um die Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeugen in der Hauptverhandlung ging, obwohl die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c Abs. 2, Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 StPO durchgeführt wurde. Zu den Auswirkungen dieser Verstöße für das weitere Verfahren führt der Senat aus: „Daher gilt für die tatrichterliche Beweiswürdigung: Ist die unterbliebene konfrontative Befragung eines Zeugen der Justiz zuzurechnen, kann eine Verurteilung auf dessen Angaben nur gestützt werden, wenn diese durch andere wichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt werden.“<sup>838</sup>

Diese Aussage, die sich mit Fragen der Verwertbarkeit der in die Hauptverhandlung eingeführten Beweisergebnisse aus dem Ermittlungsverfahren befasst, macht deutlich, dass der 1. Strafsenat in einem derartigen Fall in die Richtung tendiert, trotz Verstoßes gegen § 168c StPO eine Vernehmung des Ermittlungsrichters zuzulassen, sofern das Verfahren in seiner Gesamtheit noch den Anfor-

<sup>834</sup> BGHSt 46, 93 (104).

<sup>835</sup> BGHSt 46, 93 (104) unter Hinweis auf BGHSt 34, 231 (234 ff.); BGH StV 1992, 232; BGH NSStZ 1998, 212, die sich jeweils mit der Frage der Verlesung des unter Verstoß gegen § 168c StPO gewonnenen Beweisergebnisses als nichtrichterliche Niederschrift befassen.

<sup>836</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 56b.

<sup>837</sup> Beschluss vom 29. November 2006 – 1 StR 493/06, BGHSt 51, 150.

<sup>838</sup> BGHSt 51, 150 (155 f.) unter Hinweis auf BGHSt 46, 93 (106); BGH NSStZ 2005, 224 (225); BGH NSStZ-RR 2005, 321; BGH NJW 2003, 3142 (3144); BGH NSStZ 2004, 505 (506 f.).



derungen des Fair-Trial-Grundsatzes aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK genügt. Zwar kommt der Senat in dem konkreten Fall zu dem Ergebnis, dass eine Verurteilung unter Berücksichtigung des Ergebnisses der ermittelungsrichterlichen Vernehmung in Ermangelung anderweitiger Beweismittel gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 EMRK verstieß,<sup>839</sup> jedoch kann die Entscheidung auch als ein deutliches Indiz dafür angesehen werden, dass der 1. Strafsenat eher zu einer Beweiswürdigungslösung als zur Annahme eines grundsätzlichen Beweisverwertungsverbots tendiert.<sup>840</sup>

### 3. Kritische Würdigung

Die nicht zu verkennende Tendenz des Bundesgerichtshofs, sich speziell bei der Frage nach der Zulässigkeit der Vernehmung des Ermittlungsrichters weg von einem Beweisverwertungsverbot hin zu einer einzelfallbezogenen Beweiswürdigungslösung zu bewegen, unterliegt grundsätzlichen Bedenken. Vorab ist festzustellen, dass sich der 1. Strafsenat in beiden Entscheidungen jeweils vorrangig mit der Frage beschäftigt hat, inwieweit das Verhalten der Strafverfolgungsbehörden mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) beziehungsweise dem Recht auf konfrontative Befragung (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) zu vereinbaren war. Zwar werden im Zuge dieser Untersuchung auch die begangenen Verstöße gegen das nationale Recht des § 168c StPO behandelt, jedoch basieren die Entscheidungen für eine Verwertbarkeit unter Berücksichtigung der „Beweiswürdigungslösung“ letztlich überwiegend auf dem angenommenen Konventionsverstoß.<sup>841</sup> Die Verstöße gegen das nationale Verfahrensrecht des § 168c StPO finden zwar Erwähnung, erscheinen dem festgestellten Konventionsverstoß gegenüber aber nachrangig zu sein.

Ist die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren unter Verstoß gegen § 168c StPO durchgeführt worden und soll im weiteren Verlauf des Verfahrens das Ergebnis dieser Vernehmung durch die Vernehmung des Ermittlungsrichters in die Hauptverhandlung eingeführt und somit gegen den/die Angeklagten verwendet werden, müssen zunächst diese zwei Ebenen (Konventionsrecht/nationales Verfahrensrecht) voneinander unterschieden werden. Auf der einen Seite ist zwar dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Regelung des § 168c StPO, insbesondere soweit es um die Beweissicherung für die Hauptverhandlung geht, eine wichtige innerstaatliche Ausgestaltung des unmittelbaren Fragerechts ist, das durch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gewährleistet wird. Dieses garantiert als integraler Bestandteil des Fair-Trial-Grundsatzes das Recht des Angeklagten auf eine konfrontative Befragung, also entweder in eigener Person Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder durch einen anwesenden Verteidiger

<sup>839</sup> Eisele, JR 2007, 303 (305).

<sup>840</sup> Erb, in: L/R § 168c Rn. 56b; Sowada, NStZ 2005, 1 (6).

<sup>841</sup> So jedenfalls lassen sich die Ausführungen in BGHSt 46, 93 (94 ff.) und BGHSt 51, 150 (154 ff.) interpretieren.

stellen zu lassen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist dieses Recht dementsprechend verletzt, wenn ein Angeklagter zu keinem Zeitpunkt die Gelegenheit hatte, Belastungszeugen selbst zu befragen oder durch einen Verteidiger befragen zu lassen.<sup>842</sup>

Auf der anderen Seite ist aber auch das nationale Verfahrensrecht als solches und hier vor allem § 168c StPO zu berücksichtigen. Aufgrund der dort vorgesehenen Einschränkungsmöglichkeiten der Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten mag es dann durchaus zu Situationen kommen, in denen zwar zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens für den Beschuldigten die Gelegenheit besteht, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Gleichwohl ist eine solche Konstellation mit Blick auf die Ausnahmemöglichkeiten der § 168c Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 StPO und den verschiedenen Möglichkeiten der Einführung der gewonnenen Beweisergebnisse in die Hauptverhandlung (§§ 251, 254 StPO) unter nationalen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. In diesen Konstellationen mag die vom Bundesgerichtshof gewählte Beweiswürdigungslösung ein gangbarer Weg sein, der zugleich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte übereinstimmt.<sup>843</sup> Dessen Rechtsprechung zufolge ist der Fair-Trial-Grundsatz des Art. 6 Abs. 1 EMRK nur dann verletzt, wenn durch die Nichtgewährung des Fragerechts das Recht auf Verteidigung insgesamt beeinträchtigt wurde. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich die Verurteilung des Angeklagten ausschließlich oder jedenfalls in erheblichem Maße auf die Aussage eines Zeugen stützt, den der Angeklagte weder selbst befragen noch durch seinen Verteidiger befragen lassen konnte, und sich die Justiz ihrerseits nicht ausreichend bemüht hat, dem Angeklagten oder seinem Verteidiger eine konfrontative Befragung zu ermöglichen – die unterbliebene konfrontative Befragung der Justiz deshalb im Ergebnis zuzurechnen ist.<sup>844</sup>

Grundlegend anders ist dagegen die Situation zu beurteilen, wenn neben dem Recht auf einen fairen Verfahren und dem unmittelbaren Fragerecht zugleich auch gegen das nationale Verfahrensrecht des § 168c StPO verstoßen wurde, mithin bestehende Beteiligungsrechte nicht gewährt wurden, obwohl Ausschlussgründe beziehungsweise Gründe für ein Absehen von der Benachrichtigung nicht vorlagen. *Schlothauer* weist zu Recht darauf hin, dass es ein grundlegender Unterschied ist, ob dem Angeklagten das Recht des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nach den Vorschriften der Strafprozessordnung zu Recht oder zu Unrecht verweigert worden ist.<sup>845</sup> In dieser Situation versagen die „Heilkräfte“ der Be-

<sup>842</sup> EGMR EuGRZ 1987, 147 (150) (Unterpertinger ./ Österreich); EGMR StraFo 2000, 374 (375) (A.M. ./ Italien).

<sup>843</sup> *Schlothauer*, StV 2001, 127 (129).

<sup>844</sup> Vergleiche EGMR EuGRZ 1992, 476; EGMR StraFo 2000, 374 (375); EGMR NJW 2003, 2893 (2894); EGMR JR 2006, 289 (291).

<sup>845</sup> *Schlothauer*, StV 2001, 127 (130)

weiswürdigungslösung, und die nicht wiedergutzumachende Verweigerung des Fragerechts muss bei einem Verstoß gegen § 168c StPO zu einem Beweisverwertungsverbot erstarken, das auch der Vernehmung des Ermittlungsrichters in der Hauptverhandlung entgegensteht.<sup>846</sup> Für die oben zitierten Entscheidungen bedeutet dies, dass der 1. Strafsenat die vorangegangenen Urteile der jeweiligen Instanzgerichte jedenfalls mit Blick auf die ermittelungsrichterliche Vernehmung wegen der Annahme eines Beweisverwertungsverbots hätte aufheben können, ohne dass es hierbei des Umweges über die Europäische Menschenrechtskonvention bedurft hätte.<sup>847</sup>

Durch die Nichtbeachtung der in § 168c StPO gewährten Beteiligungsrechte sind elementare Verteidigungsrechte des Beschuldigten verletzt worden, ohne dass hierfür ein im Rechtskreis des Beschuldigten anzusiedelnder Grund festgestellt werden konnte. Seine Verfahrensposition ist hierdurch maßgeblich beeinträchtigt. Sofern die vernommene Person in der Hauptverhandlung nicht erneut vernommen, die Aussage aber gleichwohl über die Vernehmung des Ermittlungsrichters eingeführt wird, besteht für den Angeklagten keinerlei Möglichkeit, auf dieses Beweisergebnis einzuwirken. Der Angeklagte und seine Verteidigung werden vor vollendete Tatsachen gestellt, obwohl § 168c StPO gerade auch dazu dient, bei richterlichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren Einwirkungsmöglichkeiten zu schaffen. Damit aber ist zumindest die besondere Qualität einer richterlichen Vernehmung, mit der die erweiterte Verwertbarkeit in der Hauptverhandlung gemeinhin legitimiert wird, in einem ihrer zentralen Punkte nicht mehr gegeben.<sup>848</sup> Die Berücksichtigung dieses Umstandes im Rahmen einer Beweiswürdigungslösung ist demzufolge unzureichend und die Annahme eines Beweisverwertungsverbots als einzig angemessene Lösung angezeigt.<sup>849</sup>

Folglich führt ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO zu einem Verwertungsverbot, das auch einer Vernehmung des Ermittlungsrichters in der Hauptverhandlung entgegensteht.

### III. Verwertbarkeit in anderer Weise

Das Beweisverwertungsverbot steht also einer Verlesung des Vernehmungsprotokolls als richterliche Niederschrift (§ 251 Abs. 2 StPO) und der Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeugen entgegen. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die Ergebnisse der ermittelungsrichterlichen Vernehmung noch auf anderem Wege in die Hauptverhandlung eingeführt werden können oder ob der vorliegende Verstoß zu einem umfassenden Beweisverwertungsverbot führt, das eine anschließende Verwertung der Aussage in der Hauptverhandlung generell aus-

<sup>846</sup> So auch BGH NJW 2003, 3142; *Schlothauer*, StV 2001, 127 (130).

<sup>847</sup> *Mosbacher*, JuS 2007, 724 (727).

<sup>848</sup> So treffend *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 56c.

<sup>849</sup> So im Ergebnis schon BGHSt 26, 332; BGH NStZ 1999, 417; BGH NJW 2003, 3142 (3144); *Ranft*, StrafprozessR, Rn. 407.

schließt. Wie *Widmaier* zutreffend formuliert, geht es um die Frage, „ob also von einem Verwertungsverbot oder einem bloßen Qualitätsdefizit der damaligen Vernehmung auszugehen ist.“<sup>850</sup>

Im heute wohl überwiegenden Teil des Schrifttums<sup>851</sup> findet sich die Auffassung, dass ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO – hierzu zählen vor allem die zu Unrecht verwehrt Anwesenheit sowie die zu Unrecht unterbliebene Benachrichtigung eines Beteiligten – ein umfassendes Beweisverwertungsverbot zur Folge hat. Demnach wären neben der Verlesung als richterliche Niederschrift und der Vernehmung des Ermittlungsrichters auch die Verlesung als nichtrichterliches Protokoll sowie die Verwendung des Protokolls im Wege des Vorhalts unzulässig.

Auch die Rechtsprechung, allen voran der Bundesgerichtshof, ging in diesen Fällen zunächst ebenfalls von einem absoluten Verwertungsverbot aus.<sup>852</sup> So hat etwa noch der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs 1982 in Bezug auf etwaige Vorhalte aus den Protokollen der fehlerhaften richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren ausgeführt, dass ein solches Vorgehen in der Hauptverhandlung unzulässig und „ein nicht verständlich zu machendes Ergebnis (wäre), wenn zwar der Weg über die Vernehmung des Ermittlungsrichters versperrt wäre, der Weg über einen Vorhalt an die vernommene Beweisperson selbst jedoch offen bleibe.“<sup>853</sup> In dieselbe Richtung weist ein Beschluss des 2. Strafsenats, demzufolge ein Verstoß gegen die Pflicht zur Benachrichtigung des Verteidigers in der Hauptverhandlung dazu führt, dass eine in dessen Abwesenheit vom Beschuldigten an den Ermittlungsrichter übergebene Sachdarstellung nicht verlesen werden darf.<sup>854</sup>

Wenngleich diese höchstrichterlichen Entscheidungen auf ein absolut wirkendes Beweisverwertungsverbot hindeuten, ist der Bundesgerichtshof dieser eingeschlagenen Linie in jüngerer Zeit nicht immer treu geblieben und hat vereinzelt Ausnahmen von einem absoluten Verwertungsverbot zugelassen.<sup>855</sup>

---

<sup>850</sup> *Widmaier*, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 (186).

<sup>851</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 18; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 59; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 42 ff.; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 10; *Kühne*, StrafprozessR, Rn. 24; *Roxin*, StrafprozessR, § 24 Rn. 31; *Hanack*, JR 1988, 81 (83); *Krause*, StV 1984, 169 (173); *Peters*, JR 1977, 476 (477); *Widmaier*, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 (193).

<sup>852</sup> BGHSt 26, 332 (335) mit der ausdrücklichen Ermahnung, dass es auf die konkrete Art der Verwertung eines fehlerhaft gewonnenen Beweisergebnisses nicht ankommen soll.

<sup>853</sup> BGHSt 31, 140 (144).

<sup>854</sup> BGH NStZ 1989, 282 (283).

<sup>855</sup> BGHSt 34, 231 (234 f.) zu Vorhalten aus einer fehlerhaften ermittelungsrichterlichen Zeugenvernehmung; BGH NStZ 1998, 312 zur Verlesung des ermittelungsrichterlichen Vernehmungsprotokolls als nichtrichterliche Niederschrift; wohl auch – wenn auch nicht „höchst-richterlich“ – BayObLG NJW 1987, 2034.

### 1. Verwertbarkeit als nichtrichterliche Niederschrift (§§ 251 Abs. 1, 253 StPO)

Da man das unter Verstoß gegen § 168c StPO gewonnene Beweisergebnis schon nicht durch Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls (§ 251 Abs. 2 StPO) in die Hauptverhandlung einführen kann, geht die Überlegung des Bundesgerichtshofs dahin, die Verlesung des (richterlichen) Protokolls nach den Regelungen des §§ 251 Abs. 1, 253 StPO und damit als Niederschrift über eine nichtrichterliche Vernehmung zuzulassen.<sup>856</sup> Erforderlich sei jedoch, dass das Gericht die Prozessbeteiligten durch einen entsprechenden Hinweis nach § 265 StPO auf die veränderte Bewertung des Protokolls aufmerksam mache und es sich darüber hinaus bewusst sei, dass die Verlesung als nichtrichterliche Niederschrift eine im Vergleich zur richterlichen Niederschrift geringere Beweiskraft besitze.<sup>857</sup> Letzteres müsse in der Urteilbegründung deutlich zu Tage treten.<sup>858</sup>

Wenngleich diese Herabstufung von einem richterlichen zu einem nichtrichterlichen Protokoll von weiten Teilen des Schrifttums<sup>859</sup> mit Zustimmung bedacht wird, kann ein solches Verständnis, jedenfalls sofern die Fehlerhaftigkeit des richterlichen Protokolls aus einem Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO herrührt, im Ergebnis nicht überzeugen. Zwar mag es durchaus Konstellationen geben, in denen ein Festhalten an der strikten Unterscheidung zwischen der Verlesbarkeit von richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungsprotokollen nicht sachgerecht wäre. So führt etwa *Park* den Fall an, dass die Fehlerhaftigkeit des richterlichen Protokolls allein dem Umstand geschuldet ist, dass der Protokollführer zum fraglichen Zeitpunkt unvereidigt war und man die Verlesung als nichtrichterliche Niederschrift im Ergebnis nur deshalb abgelehnt habe, weil die Vernehmung vom Richter durchgeführt wurde, während die Verlesung bei einem polizeilichen Protokoll unproblematisch möglich gewesen wäre.<sup>860</sup>

Gegen ein solches Vorgehen bei einem Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO spricht jedoch, dass diese Regelung keineswegs als bloße Ordnungsvorschrift und ein dementsprechender Verstoß nicht als rein formaler Feh-

<sup>856</sup> BGHSt 34, 231 (234); BGH NSStZ 1998, 312 (313); ähnlich insoweit schon zur alten Rechtslage BGHSt 22, 118 (120), allerdings lag der Fehler hier in einer unterbliebenen Vereidigung des Dolmetschers und nicht in einem Verstoß gegen Beteiligungsrechte.

<sup>857</sup> BGH NSStZ 1998, 312 (313).

<sup>858</sup> BGH NSStZ 1998, 312 (313).

<sup>859</sup> *Diemer*, in: KK-StPO § 251 Rn. 19; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 22; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 6; *Pfeiffer*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 11 f.; *Schlüchter*, in: SK-StPO § 251 Rn. 46; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 19; *Haller/Conzen*, Rn. 135; *Volk*, StPO, § 27 Rn. 5; *Paulus*, JuS 1988, 873 (878 f.); *Wönne*, NSStZ 1998, 313 (314).

<sup>860</sup> *Park*, StV 2000, 218 (220); hierzu auch *Wohlens*, in: SK-StPO § 168c Rn. 43, der die Verlesung als nichtrichterliche Niederschrift für zulässig hält, sofern der Grund für die Mangelhaftigkeit ein rein formaler Fehler ist. Weitere Beispiele finden sich bei *Widmaier*, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 (189).

ler qualifiziert werden kann.<sup>861</sup> Im Gegenteil: Mit der Entscheidung, den Beschuldigten, einen Zeugen oder einen Sachverständigen im Ermittlungsverfahren von einem Richter vernehmen zu lassen, haben sich die Strafverfolgungsbehörden bewusst einem besonderen Verfahren unterworfen, das sich von einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung unterscheidet.<sup>862</sup> Im Unterschied zu Letzteren sind die Verfahrensbeteiligten bei der richterlichen Vernehmung mit weitergehenden Rechten und Einwirkungsmöglichkeiten ausgestattet. Die Gewährleistung dieser spezifischen Rechte ist gerade auch der Grund dafür, dass das Ergebnis der ermittelungsrichterlichen Vernehmung unter erleichterten Voraussetzungen in die spätere Hauptverhandlung eingeführt werden kann.

Insbesondere eröffnen sie dem Beschuldigten und seinem Verteidiger die rechtlich garantierte Möglichkeit, durch Ausübung des unmittelbaren Fragerechts des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für die spätere Verteidigung eine gegenüber nichtrichterlichen Vernehmungen günstigere Beweisposition zu erlangen.<sup>863</sup> Zwar mag das Ergebnis einer nichtrichterlichen Vernehmung von geringerem Beweiswert sein, für die Position des Beschuldigten jedoch kann sie inhaltlich entscheidend ungünstiger sein, da hier keine vergleichbare Möglichkeit der Einflussnahme bestehen und dementsprechend eine etwaige Erschütterung der Glaubwürdigkeit des Zeugen unterblieben ist.<sup>864</sup> Die rechtswidrige Vereitelung dieser Möglichkeit, etwa durch eine unterbliebene Benachrichtigung, kann nicht einfach dadurch kompensiert werden, dass man nachträglich auf die Grundsätze abstellt, die explizit für Vernehmungen nichtrichterlicher Art gelten.<sup>865</sup> Der entscheidende Aspekt ist doch nicht, dass die unter Verstoß gegen § 168c StPO erlangte Zeugenaussage auch durch eine nichtrichterliche Vernehmung rechtmäßig hätte erlangt werden können, sondern dass eine Aussage mit diesem Inhalt bei einer rechtmäßigen und damit die Beteiligungsrechte des § 168c StPO währenden richterlichen Vernehmung möglicherweise nicht erlangt worden wäre.<sup>866</sup> Der Beschuldigte ist hier also in seiner grundrechtlich verbürgten Rechtsposition (§ 168c StPO als Konkretisierung von Art. 103 Abs. 1 GG) und damit in seiner Stellung als Subjekt des Strafverfahrens negativ betroffen. Wenn der Bundesgerichtshof für die Fälle, in denen dem Beschuldigten das Recht auf Verteidigerkonsultation vorenthalten wurde, ein absolutes Verwertungsverbot annimmt,<sup>867</sup> so kann bei einem Verstoß gegen § 168c StPO nichts anderes gelten. Andernfalls

<sup>861</sup> Vergleiche *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 43.

<sup>862</sup> Näher hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt B. (S. 28 ff.).

<sup>863</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 59.

<sup>864</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 59.

<sup>865</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 59.

<sup>866</sup> So zu Recht OLG Celle StV 1995, 179; *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 (167); ähnlich *Widmaier*, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 (190).

<sup>867</sup> BGHSt 38, 372 (373 f.); 42, 15 (21) der sogar explizit auf eine Vergleichbarkeit mit einem Verstoß gegen § 168c Abs. 5 StPO hinweist.

drohen dessen Gewährleistungen über den Rückgriff auf § 251 Abs. 1 StPO leerzulaufen.<sup>868</sup>

Dementsprechend steht ein Verstoß gegen § 168c StPO auch der Möglichkeit entgegen, die Verlesung des (richterlichen) Protokolls nach den Regelungen des §§ 251 Abs. 1, 253 StPO und damit als Niederschrift über eine nichtrichterliche Vernehmung zuzulassen. Der Bundesgerichtshof wäre demnach gut beraten, an seiner ursprünglichen Rechtsprechung festzuhalten und diese nicht zugunsten eines die Beschuldigtenrechte unterlaufenden „prima facie Schutzes“ aufzugeben.

## 2. Verwendung als Vorhalt

Eine weitere denkbare Möglichkeit, das unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO gewonnene Beweisergebnis in die Hauptverhandlung einzuführen beziehungsweise – vorsichtiger formuliert – es wenigstens im Rahmen der Hauptverhandlung fruchtbar zu machen, wäre es, das richterliche Vernehmungsprotokoll der erschienenen Beweisperson vorzuhalten. Eine solche Vorgehensweise kann insbesondere dann in Betracht zu ziehen sein, wenn das, was der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung aussagt, nicht mit dem Inhalt der Akten übereinstimmt.

### a) Grundsätzliches zum Vorhalt

Mit dem Vorhalt des Vernehmungsprotokolls wird das Ziel angestrebt, dass der Zeuge oder Sachverständige auf den Vorhalt hin eine Aussage macht oder präzisiert – eigentlicher Beweisgegenstand ist damit ausschließlich das, was der Zeuge auf den Vorhalt hin erwidert.<sup>869</sup> Es handelt sich demnach nicht um eine Form des Urkundenbeweises, sondern eher um einen Vernehmungsbehelf.<sup>870</sup> Aus dieser Klassifizierung als Vernehmungsbehelf beziehungsweise Hilfsmittel zur Erlangung einer Aussage folgt, dass rein unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten durch den Vorhalt nur die daraufhin ergehende Aussage der Beweisperson in der Hauptverhandlung, nicht dagegen der Inhalt des vorgehaltenen Schriftstücks selbst im Wege des Strengbeweises in den Prozess eingeführt wird.<sup>871</sup> Erinnert sich der Zeuge oder Sachverständige auch auf den Vorhalt hin nicht an den Inhalt der früheren Aussage, so darf dieser Inhalt in der Hauptverhandlung auch nicht verwertet werden.<sup>872</sup>

Unter rein tatsächlichen Gesichtspunkten ist die strikte Unterscheidung zwischen dem, was vorgehalten wird, und dem, was die Beweisperson in Erwiderung auf

<sup>868</sup> Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 43; Fezer, StV 1987, 234 (235); Hanack, JR 1988, 81 (82); Peters, JR 1977, 476; Widmaier, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 (189).

<sup>869</sup> Vergleiche Volk, StPO, § 26 Rn. 3.

<sup>870</sup> So die ganz überwiegende Meinung, vergleiche Meyer-Goßner, StPO § 249 Rn. 28; Mosbacher, in: L/R § 249 Rn. 97 jeweils mit weiteren Nachweisen

<sup>871</sup> BGH 14, 312; 22, 172; BGH MDR 86 159; BGH StV 2000, 655; OLG Düsseldorf StraFo 2002, 21, Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 2058.

<sup>872</sup> OLG Hamm StV 2004, 643; OLG Karlsruhe StV 2007, 630.

den Vorhalt ausgesagt hat, nicht unproblematisch. Insbesondere bei einer Beteiligung von Laienrichtern lauert hier die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass bei Vorhalten in Form des Vorlesens einer Urkunde der Unterschied zwischen förmlicher Urkundsbeweiserhebung (zum Beispiel nach § 251 Abs. 1 oder 2 StPO) und formlosem Vernehmungsbehelf verwischt.<sup>873</sup> Hierbei muss nämlich berücksichtigt werden, dass Laienrichter grundsätzlich keine Aktenkenntnis besitzen. Sie sind damit durch ihren Status als (Mit-)Entscheidungsträger in besonderem Maße darauf angewiesen, all das, was in der Hauptverhandlung „erörtert“ worden ist, für ihre spätere Entscheidungsbildung zu berücksichtigen.

Als juristische Laien kann von ihnen schwerlich verlangt werden, zwischen der zu Beweis Zwecken erfolgenden Verlesung von Schriftstücken und deren bloßem Vorhalt zu unterscheiden. Wenngleich dies beweisrechtlich mit einer unterschiedlichen Zielrichtung geschieht, wird unter rein tatsächlichen Gesichtspunkten in beiden Fällen der Inhalt des Schriftstücks in der Hauptverhandlung kundgetan. Ist diese Kundgabe einmal erfolgt, mag zwar der Berufsrichter idealerweise dazu in der Lage sein, das Vorgehaltene bei seiner Entscheidung nicht zu berücksichtigen, den prozessual unerfahrenen Laienrichter dürfte ein solcher Vorhalt bei seiner Entscheidung vor ernste Probleme stellen. Im schlechtesten Fall hätte dies zur Folge, dass sich die Laienrichter bei der Urteilsfindung letztlich doch vom Inhalt des Vorhalts beeinflussen lassen, obwohl die Beweisperson darauf lediglich erwidert hat, sich an nichts erinnern zu können. Um dem vorzubeugen, findet sich an einigen Stellen der Einwand, der Vorsitzende könne durch geeignete Hinweise verhindern, dass solche nicht bestätigten Protokollinhalte die Überzeugungsbildung der Laienrichter in unzulässiger Weise beeinflussen.<sup>874</sup> Die Tauglichkeit eines solchen Hinweises ist jedoch vor dem Hintergrund der menschlichen Überzeugungsbildung als gering zu bewerten. Ein einmal gefasster Gedanke oder gewonnener Eindruck kann durchaus bewirken, dass die Einschätzung und Bewertung davon unabhängiger Beweismittel hierdurch unterbewusst beeinflusst wird. Derartige Auswirkungen können durch einen bloßen Hinweis des Vorsitzenden nicht verhindert und ein einmal gefasster Gedanke somit nicht „gelöscht“ werden.

Damit aber hätte der Vorhalt seinen Status als bloßer Vernehmungsbehelf verloren und wäre faktisch zu einer „rechtswidrigen Form“ des Urkundsbeweises erstarkt, der es ermöglicht, den Inhalt an sich unverwertbarer Schriftstücke durch die verfahrensrechtliche Hintertür doch in die Hauptverhandlung „einzuführen“.

Weitere potentielle Gefahren lauern bei der Erstellung des Verhandlungsprotokolls. Im Gegensatz zur Verlesung von Schriftstücken, welche als wesentliche

---

<sup>873</sup> Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 2060; Roxin/Schünemann, StrafverfahrensR, § 46 Rn. 26; so auch BGHSt 14, 310 (312). Die Gefahr einer Verwischung bei richtiger Handhabung verneinend Diemer, in: KK-StPO § 249 Rn. 41.

<sup>874</sup> BGHSt 3, 199 (201 f); 5, 278 (279); Diemer, in: KK-StPO § 249 Rn. 44; Gollwitzer, in: L/R § 249 Rn. 94.



Förmlichkeit der Hauptverhandlung gemäß § 273 Abs. 1 StPO in das Protokoll aufzunehmen sind, braucht der Vorhalt von Urkunden nicht protokolliert zu werden. Er ist als Vernehmungsbehelf Bestandteil der jeweiligen Vernehmung.<sup>875</sup> Auch hier besteht also die Gefahr der Vermischung, also dass Inhalte des Vorhalts als Bestandteile der Zeugenaussage in das Hauptverhandlungsprotokoll geraten, ohne dass die Beweisperson in der Hauptverhandlung tatsächlich etwas in diese Richtung ausgesagt hat. Dies ist im Hinblick auf die absolute Beweiskraft des Protokolls äußerst problematisch.

#### b) Vorhalt der richterlichen Niederschrift trotz Verstoßes gegen § 168c StPO

Der Bundesgerichtshof hält es gleichwohl für zulässig, das richterliche Vernehmungsprotokoll im Wege des Vorhalts in der Hauptverhandlung zu „verwerten“.<sup>876</sup> Hiernach kann etwa einem Zeugen, der in der Hauptverhandlung angibt, sich nicht mehr an das Tatgeschehen erinnern zu können, seine Aussage vor dem Ermittlungsrichter vorgehalten werden, auch wenn bei dieser ermittelungsrichterlichen Vernehmung die Beteiligungsrechte des § 168c StPO missachtet wurden und demzufolge den anderen Verwertungsmöglichkeiten der Aussage ein Beweisverwertungsverbot entgegensteht. Geht der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs nun anscheinend von einer uneingeschränkten Zulässigkeit des Vorhalts aus, versuchte der 2. Strafsenat in einer zuvor getroffenen Entscheidung,<sup>877</sup> die beweistechnischen Besonderheiten des Vorhalts herauszuarbeiten, um diese im Rahmen der Verwertbarkeit berücksichtigen zu können. Für unzulässig erachtet er es jedenfalls, wenn das ermittelungsrichterliche Protokoll dem Zeugen vorgehalten wird und dieser daraufhin lediglich bestätigt, damals so wie protokolliert ausgesagt zu haben.<sup>878</sup> Der 3. Strafsenat äußerte sich dagegen nun zu der Situation, in der der Zeuge auf den Vorhalt hin Inhaltliches zu seiner früheren Aussage ausführt; ein solches Vorgehen hält er im Ergebnis jedenfalls für zulässig.<sup>879</sup>

In Anbetracht der oben genannten Besonderheiten eines Vorhalts kann die Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht überzeugen. Zuzustimmen ist dem Bundesgerichtshof zwar dahingehend, dass der eigentliche Beweisgegenstand die Aussage der Beweisperson ist, die diese in Erwiderung zu dem vorgehaltenen

<sup>875</sup> *Diemer*, in: KK-StPO § 249 Rn. 51; *Meyer-Goßner*, StPO § 249 Rn. 28.

<sup>876</sup> BGHSt 34, 231 (235); zustimmend insoweit *Diemer*, in: KK-StPO § 249 Rn. 49; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 6; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 19; *Wönne*, NStZ 1998, 313 (314). Dagegen noch BGHSt 26, 332 (335); BGHSt 31, 140 (144) sowie *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 18; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 58; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 22; *Pfeiffer*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 11; *Wohlens*, in: SK-StPO § 168c Rn. 44; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 10; *Widmaier*, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 (193); *Fezer*, StV 1987, 234; *Hanack*, JR 1988, 81 (83); *Hilger*, NStZ 1989, 283; *Temming*, StV 1983, 52.

<sup>877</sup> BGHSt 31, 140.

<sup>878</sup> BGHSt 31, 140 (144).

<sup>879</sup> BGHSt 34, 231 (235).

Schriftstück tätigt.<sup>880</sup> Allerdings muss insbesondere bei einem vorher begangenen Verstoß gegen § 168c StPO gewährleistet werden können, dass die Vorhaltung des richterlichen Protokolls im Ergebnis nicht dazu führt, dass dessen Inhalt nicht doch – jedenfalls unter rein faktischen Gesichtspunkten – in die Hauptverhandlung „eingeführt“ wird. Mit Blick auf die fundamentale Bedeutung, welche die Beteiligungsrechte des § 168c StPO für den Beschuldigten und dessen Verteidigung haben, kann es nicht sehenden Auges hingenommen werden, dass die unter tatsächlichen Gesichtspunkten festzustellende „Unvollkommenheit“ des Vorhalts dazu führt, ein verfahrenstechnisch mangelhaftes und die Beschuldigtenrechte verletzendes Beweismittel gleichsam durch die Hintertür in die Hauptverhandlung einzuführen.

Ferner ist zu bedenken, dass die vorgehaltene Aussage aus dem Ermittlungsverfahren generell geeignet ist, den Inhalt der Bekundung der Beweisperson in der Hauptverhandlung zu beeinflussen, so dass im Ergebnis „jeder Vorhalt einer früheren Aussage (...) eine Verwertung dieser Aussage beziehungsweise des Vernehmungsprotokolls darstellt, auch wenn es nicht um dessen Übernahme in die während der Hauptverhandlung erfolgende Aussage geht.“<sup>881</sup> Selbst wenn die Beweisperson nach dem Vorhalt Inhaltliches erwidert, so ist nie völlig auszuschließen, dass diese Erwidерung inhaltlich nicht durch den Vorhalt beeinflusst ist und deswegen mit dem tatsächlich Erlebten nicht übereinstimmt. Zu einer solchen Beeinflussung kann schon die Art und Weise führen, wie der Vorsitzende die frühere Aussage vorhält.

Dass ein solches Verständnis dem Bundesgerichtshof, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, nicht völlig fremd ist, zeigt *Widmaier*, wenn er auf die gesicherte Rechtsprechung zu § 100a StPO und dem aus einem Verstoß resultierenden Verwertungsverbot hinweist, das sich auch auf den Vorhalt des rechtswidrig gewonnen Tonbandmitschnitts erstreckt.<sup>882</sup>

### c) Fazit

Nach dem eben Gesagten kann es auch im Fall des Verstoßes gegen § 168c StPO nur einen Weg geben, der es im Ergebnis gewährleistet, dass die unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO gewonnene Aussage keinerlei Auswirkungen auf den Ausgang der späteren Hauptverhandlung hat. Dieser ist die Annahme eines absoluten Beweisverwertungsverbots. Ein solches Verwer-

<sup>880</sup> BGHSt 34, 231 (235).

<sup>881</sup> *Fezer*, StV 1987, 234.

<sup>882</sup> *Widmaier*, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 (192) unter Hinweis auf BGHSt 27, 355 (357 f.), demzufolge ein solches Tonband nicht vorgehalten und eine durch den Vorhalt gewonnene Aussage auch nicht verwertet werden dürfe. Dies gelte auch dann, wenn der Betreffende vorher auf sein Aussageverweigerungsrecht belehrt worden sei. Auch bei einer freiwilligen Aussage sei der Beschuldigte daher nicht mehr frei in seiner Entschließung, ob und wie er sich zu den einzelnen Punkten einlassen soll, die ihm aufgrund des Tonbandes vorgehalten werden.

tungsverbot darf sich eben nicht bloß auf eine bestimmte Art der Verwertung erstrecken, sondern es muss zum Schutz des Angeklagten jeden inhaltlichen Zugriff auf die unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte zustande gekommene frühere Vernehmung verbieten.<sup>883</sup>

### **E. Verwertungsverbot bei Verstößen in Mehrpersonenverhältnissen**

In den bisherigen Ausführungen ging es stets um die Auswirkungen, die ein Verstoß gegen § 168c StPO im Ermittlungsverfahren für die Verwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse in der Hauptverhandlung nachsichzieht. Den Gegenstand der nachfolgenden Erörterung soll die weitergehende Frage bilden, ob sich die Wirkung eines solchen umfassenden Beweisverwertungsverbots ausschließlich auf den einzelnen von dem Verstoß unmittelbar betroffenen Angeklagten beschränkt oder ob das Beweisverwertungsverbot darüber hinaus auch zugunsten eines Mitangeklagten seine Wirkungen entfaltet. Mit anderen Worten geht es um die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot etwa wegen Unterlassens der gebotenen Benachrichtigung des Verteidigers (§ 168c Abs. 5 Satz 1 StPO) auch von einem Mitangeklagten gerügt werden kann, wenn dessen eigene Rechtsposition von dem Verstoß nicht unmittelbar betroffen war (sogenannte Drittwirkung des Beweisverwertungsverbots), die verfahrensfehlerhaft erlangten Erkenntnisse jedoch auch zu seinem Nachteil verwertet werden sollen.<sup>884</sup>

Die Beantwortung dieser Frage war bislang in Rechtsprechung und Literatur durchaus umstritten. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte im Jahre 2009 erstmals die Gelegenheit, zu dieser Frage Stellung zu beziehen. Ob der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Problemstellung einer nachvollziehbaren und schlüssigen Lösung zugeführt hat und wie andernfalls eine solche Lösung aussehen könnte, soll im Folgenden erörtert werden.

#### **I. BGHSt 53, 191**

Der Entscheidung des Senats lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde: Gegen den Revisionsführer (im Folgenden Angeklagter) und den Mitangeklagten (der kein Rechtsmittel eingelegt hat) ist wegen diverser Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie schwerer räuberischer Erpressung und weiterer Straftaten eine gemeinsame Hauptverhandlung durchgeführt worden. Im Rahmen dieser Hauptverhandlung wurde unter anderem der Ermittlungsrichter über eine frühere Vernehmung des Mitangeklagten als Zeuge vernommen, wengleich der Verteidiger des Mitangeklagten entgegen § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO nicht von der Vernehmung benachrichtigt wurde. Sowohl der Verteidigers

<sup>883</sup> Vergleiche *Widmaier*, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 (193); ebenso für die Annahme eines derart umfassenden Verwertungsverbots *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 18; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 59; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 19; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 44; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 10; *Fezer*, StV 1987, 234.

<sup>884</sup> BGHSt 53, 191 (194); *Kudlich*, JR 2009, 303.

des Mitangeklagten als auch der des Angeklagten widersprachen in der Hauptverhandlung der Verwertung dieser Aussage des Ermittlungsrichters. Während der Angeklagte eine Tatbeteiligung weiterhin konsequent abstritt, ließ sich der Mitangeklagte gleichwohl zu einem späteren Zeitpunkt geständig ein und belastete hierdurch auch den Angeklagten in erheblicher Weise. Am Ende folgte das Landgericht hinsichtlich des Angeklagten nicht dessen bestreitender Einlassung, sondern der geständigen und ebenfalls den Angeklagten belastenden Einlassung des Mitangeklagten. Das Landgericht stützte seine Überzeugung von der Glaubwürdigkeit des Mitangeklagten insbesondere auch auf die Aussage des Ermittlungsrichters.

Gegen die Berücksichtigung dieser Aussage wendet sich der Angeklagte mit der Verfahrensrüge. Er ist der Meinung, dass der hierbei erfolgte Verstoß gegen § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO zu einem Verwertungsverbot führe, welches auch im Hinblick auf den Mitangeklagten einer Verwertung entgegenstehe.<sup>885</sup>

Nach Ansicht des 1. Strafsenats bleibt die ermittelrichterliche Vernehmung des Mitbeschuldigten/-angeklagten zu Lasten des Angeklagten verwertbar, auch wenn der begangene Verstoß gegen § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO mit Blick auf den Mitangeklagten grundsätzlich zu einem Verwertungsverbot führt.<sup>886</sup> Begründet wird dieses Ergebnis im Wesentlichen durch zwei tragende Erwägungen: Zum einen sieht der 1. Strafsenat die Interessen des Mitbeschuldigten nicht durch § 168c StPO geschützt, so dass ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des Mitangeklagten den Angeklagten nicht in eigenen subjektiven Rechten verletzt.<sup>887</sup> Zum anderen könne sich der Angeklagte auch nicht auf die gegenüber dem Mitangeklagten erfolgte Verletzung des § 168c StPO berufen, da weder für den Angeklagten noch für den Mitangeklagten aus der Situation ein – im Fall des § 52 StPO vorliegendes – besonderes Vertrauensverhältnis abgeleitet werden könne (scil. das die Annahme eines Beweisverwertungsverbots mit Drittwirkung legitimieren würde).<sup>888</sup> Beide Ansatzpunkte können, wie sogleich aufgezeigt wird, einer kritischen Überprüfung nicht standhalten.

#### 1. § 168c StPO – (kein) Schutz der Interessen des Mitbeschuldigten

Zunächst setzt sich der 1. Strafsenat mit der Frage auseinander, ob ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des Mitangeklagten möglicherweise auch den Angeklagten in einer eigenen Rechtsposition verletzt und daher schon aus diesem Grund ein Beweisverwertungsverbot angezeigt ist. Dies würde allerdings, wie der Senat richtig erkennt, voraussetzen, dass § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO neben

<sup>885</sup> BGHSt 53, 191 (193).

<sup>886</sup> Zur Problematik, ob schon die Kenntnis des Mitangeklagten von seinem Recht zur Verteidigerkonsultation einem Verwertungsverbot entgegensteht siehe die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt D vor I. (S. 179 f.).

<sup>887</sup> BGHSt 53, 191 (197).

<sup>888</sup> BGHSt 53, 191 (198).

den Interessen des Beschuldigten auch die Interessen etwaiger Mitbeschuldigter schützt. Mit anderen Worten, der Mitbeschuldigte müsste vom Schutzzweck des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO miterfasst sein. Hierzu führt der Bundesgerichtshof aus:

„Die Norm des § 168c Abs. 5 StPO dient allein dem Schutz des vernommenen Beschuldigten. Sie soll verhindern, dass im Ermittlungsverfahren unter Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) ein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeigeführt werden kann, ohne dass der vernommene Beschuldigte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluss zu nehmen (BGHSt 26, 332, 334). Dagegen dient die Benachrichtigungspflicht nicht den Interessen von Mitbeschuldigten. Aus diesem Grund ist bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten lediglich dessen Verteidiger gemäß § 168c Abs. 1 StPO die Anwesenheit gestattet, Mitbeschuldigte oder deren Verteidiger haben dagegen kein Anwesenheitsrecht (BGHSt 42, 391, 393). Hätte der Gesetzgeber auch einem Mitbeschuldigten die Möglichkeit einer Einflussnahme auf den Ablauf der Beschuldigtenvernehmung geben wollen, hätte er für die Verteidiger von Mitbeschuldigten, wie bei richterlichen Zeugenvernehmungen gemäß § 168c Abs. 2 StPO, ein Anwesenheitsrecht normiert. Dies hat er indes nicht getan; vielmehr hat er ausdrücklich zwischen Beschuldigtenvernehmungen (§ 168c Abs. 1 StPO) einerseits und der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (§ 168c Abs. 2 StPO) andererseits differenziert.“<sup>889</sup>

Diese Argumentation des 1. Strafsenats ist jedoch zu kurz gegriffen. Sie gibt den Regelungsgehalt des § 168c StPO nur unvollständig wieder. Zwar ist dem 1. Strafsenat dahingehend beizupflichten, dass der Zweck des § 168c StPO in erster Linie darin zu sehen ist, ein solch einseitiges Beweisergebnis, wie es BGHSt 26, 332 (334)<sup>890</sup> beschreibt, zu verhindern, jedoch kann der Normzweck nicht als hierauf beschränkt verstanden werden. Nach der hier vertretenen Auffassung muss bei der Bestimmung des Normzwecks nämlich auch berücksichtigt werden, dass die Nichterwähnung des Mitbeschuldigten – und hierauf stützt der 1. Strafsenat seine Argumentation offenbar in entscheidender Weise – keineswegs absichtlich erfolgt ist. Wie an anderer Stelle<sup>891</sup> bereits ausführlich aufgezeigt, kann deswegen und entgegen der Meinung des Bundesgerichtshofs nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Nichterwähnung des Mitbeschuldigten in § 168c Abs. 2 StPO als qualifiziertes Schweigen verstanden wissen wollte. Vielmehr zeigt die Entstehungsgeschichte des § 168c StPO in bemerkenswert

<sup>889</sup> BGHSt 53, 191 (197).

<sup>890</sup> Wie *Fezer*, NStZ 2009, 524 zu Recht anmerkt, greift der Senat hier auf eine Entscheidung zurück, die sich ausschließlich auf die Situation des Alleinbeschuldigten beschränken durfte und somit keine Veranlassung hatte, einen Mitbeschuldigten in die Zweckbestimmung mit einzubeziehen.

<sup>891</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt E. I. (S. 99 ff.)

deutlicher Weise, dass der Gesetzgeber die Situation des Beschuldigten bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten schlichtweg nicht bedacht und daher bei der Neuregelung der Beteiligtenrechte in § 168c Abs. 2 StPO nicht berücksichtigt hat.<sup>892</sup> Ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers im Sinne einer Negativregelung liegt damit gerade nicht vor, so dass es sich bei der Nichterwähnung des Mitbeschuldigten in § 168c Abs. 2 StPO um eine planwidrige Regelungslücke handelt. Diese Regelungslücke ist auch aufgrund der vergleichbaren Interessenlagen, welche bei der Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen und der Vernehmung von Mitbeschuldigten anzunehmen ist,<sup>893</sup> durch eine analoge Anwendung der § 168c Abs. 2 bis 5 StPO zu schließen. Unter inhaltlichen Gesichtspunkten kann nämlich die Aussage des Mitbeschuldigten für den anderen Beschuldigten von größerer Bedeutung sein, als dies bei der Aussage von Zeugen und Sachverständigen der Fall ist. Ferner verfolgen die Strafverfolgungsbehörden mit jeder Vernehmung auch das Ziel, etwaiges belastendes Beweismaterial im Hinblick auf potentielle Mitbeschuldigte zu erlangen. Aufgrund dessen muss einem jeden Mitangeklagten ein ureigenes Interesse daran zugesprochen werden, dass alle Vernehmungen, aus denen sich möglicherweise belastende Tatsachen ergeben können, rechtmäßig und insbesondere unter Beachtung aller vorgeschriebenen Beteiligungsrechte eines Verteidigers durchgeführt werden.<sup>894</sup>

Gerade die zuletzt genannten Aspekte zur vergleichbaren Interessenlage sprechen in entscheidender Weise für ein Normzweckverständnis, das auch die Interessen des Mitbeschuldigten berücksichtigt.<sup>895</sup> Dementsprechend ist nicht von der Hand zu weisen, dass § 168c StPO zumindest auch dem Schutz der Interessen von Mitbeschuldigten dient. Die Annahme es handele sich hierbei um einen bloßen „Rechtsreflex“<sup>896</sup> geht hingegen fehl.

Wenn aber schon der Verteidiger des Angeklagten in entsprechender Anwendung des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO nicht von der bevorstehenden richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten benachrichtigt wurde,<sup>897</sup> so hätte jedenfalls der Verteidiger des Mitbeschuldigten selbst benachrichtigt werden müssen. Dessen Nichtbenachrichtigung verletzt also durchaus auch das eigene prozessuale Interesse des Angeklagten und zwar in nicht unerheblicher Art und Weise.<sup>898</sup> Die Annahme eines umfassenden Beweisverwertungsverbotes mit den oben genann-

<sup>892</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt E. II. (S. 103 ff.).

<sup>893</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt E. II. (S. 103 ff.).

<sup>894</sup> *Gless*, NStZ 2010, 98 (99).

<sup>895</sup> Zu den Einzelheiten siehe die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt E. II. (S. 103 ff.).

<sup>896</sup> So ausdrücklich BGHSt 51, 191 (199).

<sup>897</sup> Diese unterbliebene Benachrichtigung hätte nach der hier vertretenen Auffassung für sich genommen schon zu einem umfassenden Verwertungsverbot im Hinblick auf den Angeklagten (Revisionsführer) führen müssen.

<sup>898</sup> *Fezer*, NStZ 2009, 524.

ten Konsequenzen<sup>899</sup> wäre hierauf jedenfalls eine adäquate Reaktion und würde diesem Umstand insgesamt gerecht.

## 2. Drittwirkung des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO

Da der Senat den Normzweck des § 168c StPO hinsichtlich der Einbeziehung des Schutzes von Interessen etwaiger Mitbeschuldigter grundlegend anders<sup>900</sup> beurteilt, sieht er sich im Anschluss sodann in der Pflicht, begründen zu müssen, weshalb sich ein Angeklagter auch nicht auf den gegenüber einem Mitangeklagten erfolgten Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO berufen kann. Den Weg über die Annahme einer Rechtsverletzung, die den Angeklagten selbst unmittelbar betrifft und schon deswegen zu einem Beweisverwertungsverbot führt, kann der Senat nach dem oben Gesagten nicht mehr einschlagen.

Zu diesem Zweck greift der 1. Strafsenat auf den Gedanken der bekannten und zumeist als überholt angesehenen<sup>901</sup> Rechtskreistheorie zurück. Die Rechtskreistheorie besagt über die Revisibilität von begangenen Verfahrensverstößen, dass ein Angeklagter seine Rüge nur auf solche Verfahrensvorschriften stützen kann, deren Verletzung seinen eigenen Rechtskreis wesentlich berührt. Eine Revision ist dagegen ausgeschlossen, wenn die Verletzung für den Rechtskreis des Angeklagten nur von untergeordneter oder gar keiner Bedeutung ist.<sup>902</sup> Eine Ausnahme zu dieser Rechtskreistheorie stellen dagegen nach Ansicht des Großen Senats für Strafsachen Verstöße gegen Verfahrensvorschriften dar, die zugleich „allgemein übergeordnete Normen sind, welche die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verfahrens gewährleisten“. <sup>903</sup> Bezieht sich demnach der Verfahrensverstoß auf die Verletzung einer solchen „allgemein übergeordneten Norm“, ist der Rechtskreis des Angeklagten immer berührt, weil hierdurch die „rechtsstaatlichen Grundlagen des Verfahrens“ negativ betroffen sind.<sup>904</sup> Einer darüber hinausgehenden individuellen Betroffenheit der Belange des Angeklagten bedarf es in diesem Fall ausdrücklich nicht.

In Anwendung dieses Rechtskreisgedankens hält es der 1. Strafsenat nun für unzulässig, dass sich der Angeklagte auf die Verletzung des § 168c Abs. 5 Satz 1

<sup>899</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt D. (S. 179 ff.).

<sup>900</sup> Geht man dagegen mit der hier vertretenen Ansicht davon aus, dass sich der Normzweck des § 168c StPO auch auf die Interessen des Mitbeschuldigten erstreckt, ist bei einer Verletzung der Benachrichtigungspflicht, die zwar unmittelbar nur den Mitangeklagten betrifft, sehr wohl auch der Rechtskreis des Angeklagten berührt; vergleiche hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt E. II. (S. 103 ff.). Im Ergebnis so auch *Gless*, NStZ 2010, 98 (99).

<sup>901</sup> *Kühne*, StrafprozessR, Rn. 908; *Volk*, StPO, § 28 Rn. 9; im Übrigen hatte sich der Bundesgerichtshof bislang selbst von der Rechtskreistheorie entfernt, vergleiche BGHSt 42, 73 (77).

<sup>902</sup> BGHSt [GS] 11, 213 (215); 38, 214 (220).

<sup>903</sup> BGHSt [GS] 11, 213 (214); 42, 15 (21).

<sup>904</sup> *Gleiß*, in: L/R § 136 Rn. 90; *Dencker*, StV 1995, 232 (235); *Fezer*, NStZ 2009, 524 (525).

StPO beruft und seine Revision hierauf stützt, wengleich nicht er selbst, sondern nur der Mitangeklagte hiervon unmittelbar betroffen war.<sup>905</sup> Diese Argumentation hat jedoch unter Berücksichtigung der oben genannten Entscheidung des Großen Strafsenats<sup>906</sup> zu ebendieser Rechtskreistheorie eine gravierende Schwachstelle, da eine solche individuelle Betroffenheit des Angeklagten vorliegend nicht erforderlich ist: Die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO ist als deren faktische Seite wesentlicher Bestandteil der Beteiligungsrechte des § 168c Abs. 1 bis 4 StPO. Die gesamte Regelung des § 168c StPO stellt ihrerseits wiederum eine wichtige innerstaatliche Ausgestaltung des unmittelbaren Fragerechts (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) dar. Letzteres ist aber zugleich auch eine wesentliche Ausprägung des Fair-Trial-Grundsatzes (Art. 6 Abs. 1 EMRK). Dieser Fair-Trial-Grundsatz ist eine auf konventionsrechtlicher Ebene sowie im Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes verankerte Grundlage des deutschen Strafverfahrens und gehört damit zu seinen wesentlichen Prinzipien. Ferner stellt die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO auch die Mitwirkung des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung und damit zugleich das Recht auf eine effektive Verteidigung im Ermittlungsverfahren sicher.<sup>907</sup> Auch unter diesem Gesichtspunkt berührt § 168c StPO die rechtsstaatlichen Grundlagen des deutschen Strafverfahrens.<sup>908</sup>

Folglich ist auch die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO als faktische Auswirkung der Beteiligungsrechte der Absätze 1 bis 4 Bestandteil dieser „allgemein übergeordneten Normen, welche die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verfahrens gewährleisten“. Dementsprechend ist es bereits unter Anwendung der Rechtskreistheorie inkonsequent und mit Blick auf die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen kaum vertretbar, dass der Angeklagte die Folgen eines Verstoßes gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO hinzunehmen hat, auch wenn der Verstoß lediglich den Mitangeklagten unmittelbar betrifft. Wendet man den vom Bundesgerichtshof selbst wiederbelebten Rechtskreisgedanken so an, wie es der Große Senat für Strafsachen in seiner grundlegenden Entscheidung vorgegeben hat, ist in dieser Konstellation eine individuelle Betroffenheit des Angeklagten für die Annahme eines Verwertungsverbots nicht zu verlangen. Der Rechtskreis des Angeklagten ist durch den Verstoß immer berührt, weil hierdurch eben die „rechtsstaatlichen Grundlagen des Verfahrens“ negativ betroffen sind.

### 3. Vertrauensverhältnis als bestimmendes Element

Die Drittwirkung von Beweisverwertungsverböten ist maßgeblich anhand von Verstößen gegen Zeugnisverweigerungsrechte (§§ 52 ff. StPO) entwickelt wor-

<sup>905</sup> BGHSt 53, 191 (199).

<sup>906</sup> BGHSt [GS] 11, 213.

<sup>907</sup> Fezer, NStZ 2009, 524 (525); Gless, NStZ 2010, 98 (100).

<sup>908</sup> Fezer, NStZ 2009, 524 (525).



den.<sup>909</sup> Dies nimmt der 1. Strafsenat im weiteren Verlauf der Entscheidung zum Anlass, hieraus ein weiteres (vermeintliches) Argument gegen die Drittwirkung eines Beweisverwertungsverbots bei Verstoß gegen § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO zu entwickeln. Zu diesem Zweck vergleicht er beide Situationen miteinander. Ausgangslage ist dabei jeweils ein Verstoß gegen an sich bestehende Zeugnisverweigerungsrechte. Trotz Anwendung der Rechtskreistheorie hat der Bundesgerichtshof dem Angeklagten in den zitierten Entscheidungen<sup>910</sup> die Befugnis zugesprochen, auch die Verletzung solcher Verfahrensnormen zu rügen, die ihrer Zweckbestimmung nach nicht seinem, sondern primär dem Schutze des Zeugen dienen.<sup>911</sup>

So könne der Verstoß gegen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO, bei dem aus übergeordneten Gründen zum Schutze der Familie eines Angeklagten einem verwandten Zeugen ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht gewährt würde und das dergestalt mit dem Rechtskreis gerade dieses Angeklagten verbunden sei, nicht zu Ungunsten eines Mitangeklagten eingeschränkt werden, weil die zugrundeliegenden strafrechtlichen Vorwürfe (scil. gegen den Angeklagten und etwaige Mitangeklagte) durch das gemeinsame Verfahren untrennbar miteinander verbunden seien.<sup>912</sup>

Bei den Zeugnisverweigerungsrechten aus beruflichen Gründen (§§ 53, 53a StPO) stehe demgegenüber der Vernehmungsgegenstand im Zentrum der Überlegungen. Hierbei sei entscheidend, ob die gewonnen Erkenntnisse dem Zeugen in seiner beruflichen Eigenschaft anvertraut oder bekannt geworden sind; dies könne jedoch für ein und denselben Vernehmungsgegenstand nur einheitlich beurteilt werden.<sup>913</sup> Wegen der prozessualen Bedeutung dieser berufsbezogenen Zeugnisverweigerungsrechte in Bezug auf das Geheimhaltungsinteresse und den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen der Vertrauensperson und demjenigen, der das Vertrauen in Anspruch nimmt, könnten etwaige Verstöße auch von einem Mitangeklagten gerügt werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dieser selbst hierdurch unmittelbar betroffen sei oder nicht.<sup>914</sup>

Die Gemeinsamkeit dieser beiden Fälle sieht der 1. Strafsenat nun darin, dass jeweils ein Vertrauensverhältnis betroffen sei, das in diesen Fällen offenbar durch die Annahme eines Verwertungsverbots, dem in Bezug auf etwaige Mitangeklagte Drittwirkung zukommt, geschützt werden müsse.<sup>915</sup> Wenn der 1. Strafsenat nun dieses schutzwürdige Vertrauensverhältnis als entscheidenden

<sup>909</sup> Siehe hierzu BGHSt 11, 213 (216); 7, 194 (196); 33, 148.

<sup>910</sup> BGHSt 11, 213 (216); 7, 194 (196); 33, 148.

<sup>911</sup> Dies stellt auch *Fezer*, NStZ 2009, 524 (525) ausdrücklich fest.

<sup>912</sup> BGHSt 53, 191 (197 f.) unter Hinweis auf BGHSt 11, 213 (216) und 7, 194 (196).

<sup>913</sup> BGHSt 53, 191 (198).

<sup>914</sup> BGHSt 53, 191 (198) unter Hinweis auf BGHSt 33, 148 (153).

<sup>915</sup> So jedenfalls der Umkehrschluss aus BGHSt 53, 191 (198) wenn der 1. Strafsenat dort darauf hinweist, dass ein solches schützenswertes Vertrauensverhältnis zwischen Mitbeschuldigten gerade fehle. Vergleiche auch *Fezer*, NStZ 2009, 524 (525).

Grund dafür ansieht, dass in diesen Fällen ein Beweisverwertungsverbot mit Drittwirkung anzunehmen ist, obwohl der Rechtskreis etwaiger Mitangeklagter durch den Verstoß nicht unmittelbar betroffen ist, so mag dies für sich genommen korrekt sein. Es bedeutet aber noch lange nicht, dass die Drittbezogenheit eines Beweisverwertungsverbots immer ein solches Vertrauensverhältnis voraussetzt.

Zudem weist *Fezer* mit Recht darauf hin, dass es zwischen den beschriebenen Situationen und der der Entscheidung zugrunde liegenden Konstellation (Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO) an einer Vergleichbarkeit fehlt.<sup>916</sup> Wenngleich sich zwar alle zitierten Entscheidungen dadurch auszeichnen, dass das Verfahren gegen mehrere Beschuldigte/Angeklagte geführt wurde, unterscheiden sie sich von der hier zur Diskussion stehenden Situation dadurch, dass es jeweils um die Verletzung von Belehrungspflichten und nicht um die Verletzung von Beteiligungsrechten und den damit verbundenen Benachrichtigungspflichten geht. Aus diesem Grund können hieraus keine weiteren Schlüsse gezogen werden.

#### 4. Gefahr der „gespaltenen Tatsachenfeststellung“

Der 1. Strafsenat führt gegen die Ausdehnung des Beweisverwertungsverbotes auf den nicht unmittelbar betroffenen Mitangeklagten ferner an, dass es hierdurch ebenfalls zu einer „gespaltenen Tatsachenfeststellung“ kommen könne.<sup>917</sup> Dies sei dann zu befürchten, wenn etwa nur ein Mitangeklagter der Verwertung einer rechtswidrig erlangten Einlassung widerspräche und das ausgelöste Verwertungsverbot dann nur im Hinblick auf diesen Angeklagten einer Verwertung entgegenstünde.<sup>918</sup>

Dem ist zwar insoweit zuzustimmen, als dass eine solche Situation aus Sicht eines auf die Amtsermittlung der Wahrheit verpflichteten Strafverfahrens zumindest fragwürdig erscheint, jedoch handelt es sich dabei nicht primär um ein Problem der Durchsetzung von Verwertungsverböten nach rechtswidrigen Vernehmungen.<sup>919</sup> Das Problem solcher gespaltenen Tatsachenfeststellungen ist vielmehr eine Konsequenz, die sich aus dem Erfordernis eines Widerspruchs zur Auslösung von Verwertungsverböten ergibt. Richtet sich das Strafverfahren ausschließlich gegen einen Angeklagten, so mag die Widerspruchslösung, ungeachtet der an vielen Stellen vorgetragenen berechtigten Kritik, jedenfalls was die Früchte der Beweisverwertung anbetrifft, zu plausiblen Ergebnissen gelangen. In besonderem Maße problematisch und unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten unstimmg wird es aber in Konstellationen, in denen gegen mehrere Angeklagte

<sup>916</sup> *Fezer*, NStZ 2009, 524 (525); so auch *Weßlau*, StV 2010, 41 (44).

<sup>917</sup> BGHSt 53, 191 (199); näher zum Begriff der „gespaltenen Tatsachenfeststellung“ bei *Nack*, StraFo 1998, 366 (373).

<sup>918</sup> BGHSt 53, 191 (21); ebenso schon *Nack*, StraFo 1998, 366 (373).

<sup>919</sup> *Gless*, NStZ 2010, 98 (100).

wegen desselben Tatgeschehens verhandelt wird. Hier kann es durch das Widerspruchserfordernis in der Tat zu der merkwürdig anmutenden Situation kommen, dass eine Einlassung oder Aussage eines Mitangeklagten, die unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO erlangt wurde, gegen den unmittelbar durch den Verstoß Betroffenen verwertet werden kann, weil dieser der Verwertung nicht widerspricht (etwa weil ihn die fragliche Einlassung oder Aussage entlastet). Auf der anderen Seite können etwaige Mitangeklagte, auf die sich die Einlassung oder Aussage nachteilig auswirken kann, den begangenen Rechtsverstoß rügen und der Verwertung widersprechen. Doch ist diese Spaltung der Tatsachenfeststellung kein originäres Problem der Drittwirkung eines Beweisverwertungsverbotes bei Verstoß gegen Beteiligungsrechte des § 168c StPO. Eine solche gespaltene Tatsachenfeststellung ist vielmehr ein grundsätzliches Problem, das sich aus der Anwendung der Widerspruchslösung in Konstellationen ergibt, in denen eine Hauptverhandlung gegen mehrere Personen durchgeführt wird.<sup>920</sup>

Damit aber wird deutlich, dass die Möglichkeit von gespaltenen Tatsachenfeststellungen kein Argument gegen die Erstreckung eines Beweisverwertungsverbots auf solche Mitangeklagte ist, die von dem zugrundeliegenden Rechtsverstoß nicht unmittelbar betroffen sind. Das Problem der gespaltenen Tatsachenfeststellungen zeigt vielmehr die eklatanten Schwächen der von der Rechtsprechung favorisierten Widerspruchslösung auf, die in gleichem Maße auch bei anderen, von Verstößen gegen § 168c StPO unabhängigen Fallkonstellationen auftauchen können.<sup>921</sup>

## 5. Zwischenergebnis

Die Entscheidung des 1. Strafsenats kann aus den oben genannten Gründen nicht überzeugen. Weder berücksichtigt sie die Vorgaben des Großen Senats für Strafsachen, welche dieser im Hinblick auf die rechtstaatlichen Grundlagen des Strafverfahrens und einer Anwendbarkeit der Rechtskreistheorie geschaffen hat, noch vermag sie den Normzweck des § 168c StPO in Bezug auf die Interessen von Mitbeschuldigten sachgerecht zu bestimmen. Sie vermag darüber hinaus aber auch dem zugrundeliegenden Einzelfall nicht gerecht zu werden. Im Übrigen sprechen weitere gewichtige Gründe dafür, dass ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO auch von einem Mitangeklagten gerügt werden können muss, wenn dessen eigene Rechtsposition von dem Verstoß nicht unmittelbar betroffen war.

## II. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens

Als zentrales Element des deutschen sowie auch des europäischen Strafverfahrens bezieht § 168c StPO mit seinen Beteiligungsrechten und Benachrichti-

<sup>920</sup> *Gless*, NStZ 2010, 98 (100).

<sup>921</sup> *Gless*, NStZ 2010, 98 (100) mit weiteren Beispielen.

gungspflichten seine Legitimation unmittelbar aus den grundlegenden Entscheidungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Absatz 3 lit. d EMRK) und des deutschen Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 3, Art. 103 Abs. 1 GG). Die Norm ist eine besondere Ausprägung des Grundsatzes des fairen Verfahrens. Nähert man sich nun der Problematik nochmals unter Gesichtspunkten der Fairness, so sollte Folgendes berücksichtigt werden: Ob ein justizielles Verfahren in seiner Gesamtheit noch als fair oder schon als unfair bewertet werden muss, ist grundsätzlich eine Wertungsfrage. In diese Wertung muss die Betrachtung und Bewertung jeder einzelnen Verfahrenshandlung einfließen und dies unabhängig davon, in welchem Verfahrensstadium die fragliche Handlung durchgeführt und durch welche Beteiligten sie vorgenommen wurde. Auch das Ermittlungsverfahren ist demnach zu berücksichtigen. Bei der Gewichtung etwaiger Verstöße muss zwischen gewichtigen und weniger gewichtigen Verstößen differenziert werden, so dass auch ein einzelner gravierender Verstoß die Gesamtbewertung nachhaltig beeinflussen und das gesamte Verfahren als unfair charakterisieren kann. Ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO ist dabei im Hinblick auf seine tragende Bedeutung für das deutsche Strafverfahren als sehr gewichtig und deshalb als gravierend einzustufen.

Auch wenn man den Normzweck des § 168c StPO in Übereinstimmung mit dem 1. Strafsenat versteht und davon ausgeht, dass Interessen etwaiger Mitbeschuldigter hiervon nicht geschützt sind, erscheint die Ablehnung eines Beweisverwertungsverbotes unter Fairnessgesichtspunkten dennoch nicht hinnehmbar. Der Gedanke des fairen Verfahrens, der das justizielle Verfahren in seiner Gesamtheit erfasst, darf zwischen den einer gemeinsamen Tat Beschuldigten und in einem gemeinsamen Verfahren Angeklagten im Ergebnis nicht aufgespalten werden. Nichts anderes aber ist die Konsequenz, wenn man den einen Beschuldigten über den Verfahrensverstoß, der gegenüber dem anderen Mitbeschuldigten begangen wurde, belastet und letztlich sogar überführt.<sup>922</sup> Ein solches Vorgehen ist unter Fairnessgesichtspunkten nicht akzeptabel und muss zusammen mit dem zugrundeliegenden Verstoß gegen die Beteiligungsrechte dazu führen, dass das gesamte Verfahren nicht mehr als fair eingestuft werden kann. Auch dieser Gesichtspunkt spricht folglich dafür, die Wirkung eines Beweisverwertungsverbots auf den Mitangeklagten zu erstrecken, obwohl der von dem zugrundeliegenden Verstoß nicht unmittelbar betroffen ist.

Dabei reicht es auch nicht aus, von einer bloßen Wirkungserstreckung auf die Person des Mitbeschuldigten auszugehen, sondern der nicht unmittelbar Betroffene muss selbst die Möglichkeit haben, der beabsichtigten Verwertung des rechtswidrig gewonnen Beweisergebnisses zu widersprechen.

---

<sup>922</sup> So *Gless*, in: L/R § 136 Rn. 90 zur Frage, ob ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht auch von einem davon nicht betroffenen Mitbeschuldigten gerügt werden kann.

### III. Fazit

Ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO führt zu einem umfassenden Beweisverwertungsverbot. Dieses Beweisverwertungsverbot beschränkt sich entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht nur auf den vom Verstoß unmittelbar betroffenen Angeklagten. Es entfaltet seine Wirkungen auch zugunsten etwaiger Mitangeklagter. Im Übrigen sprechen unter dem Gesichtspunkt der Fairness gewichtige Gründe dafür, dass ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO auch von einem Mitangeklagten gerügt werden können muss, wenn dessen eigene Rechtsposition von dem Verstoß nicht unmittelbar betroffen war.

### F. Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Aussagen

Ebenfalls schwierig ist die Frage der Verwertbarkeit von Vernehmungsergebnissen sofern die (richterliche) Vernehmungshandlung nicht im Wirkungsbereich der deutschen Strafjustiz erfolgt und dementsprechend nicht von Organen der deutschen Justiz durchgeführt worden ist, sondern durch die Inanspruchnahme ausländischer Behörden einen staatenübergreifenden Bezug aufweist.<sup>923</sup> Hierbei gilt der Grundsatz, dass sich die Erhebung der Beweise stets nach dem Recht des Staates richtet, innerhalb dessen Grenzen die Beweiserhebung von den dort zuständigen Organen vorgenommen wird – Prinzip des sogenannten „locus regit actum“.<sup>924</sup> Für die Verwertbarkeit der exterritorial erhobenen Beweisergebnisse kommt es demgegenüber nicht auf das Recht des erhebenden, sondern auf das Recht des Staates an, in dem die Verwertung erfolgen soll,<sup>925</sup> vorliegend also auf die Regelungen der Strafprozessordnung. Da in solchen Fällen somit an Erhebung und Verwertung der Beweise typischerweise zwei unterschiedliche Rechtsordnungen beteiligt sind, die im ungünstigsten Fall für die vorzunehmende Untersuchungshandlung verschiedene Verfahrensregelungen vorsehen, kann eine solche staatenübergreifende Maßnahme im Hinblick auf die spätere Einführung der gewonnenen Erkenntnisse in die Hauptverhandlung zu erheblichen Schwierigkeiten führen.<sup>926</sup>

#### I. Anwendbarkeit von deutschem Verfahrensrecht

Grundsätzlich weniger schwierig ist es, wenn für die Durchführung eingehender Rechtshilfeersuche die Anwendung des deutschen Verfahrensrechts vorgesehen ist. Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts kann dabei entweder durch das

<sup>923</sup> Siehe hierzu auch die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt G. Zur Thematik ferner auch *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 73 ff.

<sup>924</sup> Vergleiche RGSt 11, 391; 15, 409 (413); 46, 50 (53); BGHSt 2, 300 (304); 7, 15 (16); *Gless*, in: FS-Grünwald, S. 197 (201, 206); *Rogall*, JZ 1996, 944 (953); *Schuster*, S. 29.

<sup>925</sup> BGHSt 38, 263 (265); *Rogall*, JZ 1996, 944 (953); *Wohlers*, NStZ 1995, 45 (46); anders dagegen *Dölling*, in: AK-StPO § 251 Rn. 27; *Gollwitzer*, in: L/R<sup>25</sup> § 251 Rn. 25, die für eine Verwertbarkeit nach den Vorgaben des Erhebungsstaates plädieren.

<sup>926</sup> Zur grundsätzlichen Problematik *Schuster*, S. 1 ff.

ausländische Verfahrensrecht selbst oder durch existierendes zwischenstaatliches Recht (Rechtshilfevorschriften beziehungsweise etwaig bestehende bi- oder multilaterale Rechtshilfeübereinkommen) angeordnet sein.<sup>927</sup>

In diesem Fall sind die Schwierigkeiten, welche aus der Beteiligung zweier Rechtsordnungen resultieren können, nicht zu befürchten. Die durchzuführende Maßnahme hat nach den Vorgaben des deutschen Verfahrensrechts zu erfolgen. Beabsichtigen die deutschen Strafverfolgungsbehörden ein Rechtshilfegesuch zu stellen, in dem sie um die richterliche Vernehmung des Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen in einem Staat ersuchen, der zugleich im Geltungsbereich des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens (Eu-RhÜbk) liegt, haben sie in ihrem Rechtshilfeersuch darauf hinzuwirken, dass die Beteiligungsrechte des § 168c StPO im Rahmen dieser Vernehmung gewahrt werden.<sup>928</sup> So sieht Art. 4 Abs. 1 Eu-RhÜbk ausdrücklich vor, dass der ersuchte Staat bei Fällen, in denen Rechtshilfe geleistet wird, grundsätzlich die vom ersuchenden Staat ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren einzuhalten hat. Damit aber der um Rechtshilfe ersuchte Staat die deutschen Verfahrensvorschriften einhalten kann, ist der um Rechtshilfe ersuchende Staat verpflichtet, in seinem Rechtshilfeersuchen ausdrücklich auf die zu beachtenden Form- und Verfahrensvorschriften hinzuweisen. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden trifft diesbezüglich also eine Hinwirkungspflicht.<sup>929</sup>

Für die richterliche Vernehmung des Beschuldigten und der eines Zeugen oder Sachverständigen folgt damit aus Art. 4 Abs. 1 Eu-RhÜbk, dass der um Rechtshilfe ersuchte Mitgliedsstaat die Vernehmung durch einen Richter vornehmen lassen muss und hierbei die deutsche Verfahrensvorschrift des § 168c StPO zu beachten ist. Demzufolge gelten sowohl die in den Absätzen 1 und 2 verbrieften Anwesenheitsrechte der Beteiligten als auch die in den Absätzen 3 und 4 vorgesehen Beschränkungen sowie die in Absatz 5 kodifizierte Benachrichtigungspflicht.<sup>930</sup> Ferner kommen über Art. 4 Abs. 2 Eu-RhÜbk auch die dabei zu beachtenden Fristen zur Anwendung. Daher muss der ersuchende Staat in seinem Rechtshilfeersuch darauf hinwirken, dass der ersuchte Staat die Vernehmung terminlich so ansetzt, dass die zur Anwesenheit Berechtigten vorab benachrichtigt werden (§ 168c Abs. 5 Satz 1 StPO) und zur Vernehmung anreisen können.<sup>931</sup> Unter inhaltlichen Gesichtspunkten muss die Benachrichtigung den Ort und Zeit der Vernehmung so klar erkennen lassen, dass etwaige Beteiligte unter zumutbaren Umständen an der Vernehmung teilnehmen können. Gleichwohl sind die deutschen Strafverfolgungsbehörden nur verpflichtet, auf die Beachtung

<sup>927</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkte G. I. und II. 2. (S. 150 ff., 153 f.).

<sup>928</sup> Vergleiche BGH NSTz 2007, 417.

<sup>929</sup> BGHSt 35, 83 (84); 42, 86 (91).

<sup>930</sup> So auch *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 5a; *Wohlerts*, in: SK-StPO § 168c Rn. 35; im Ergebnis wohl auch *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 8.

<sup>931</sup> BGH NSTz 2007, 417.

von Beteiligungsrechten hinzuwirken, sofern diese auch nach deutschem Verfahrensrecht zu beachten wären. Auf eine Benachrichtigung des Beschuldigten oder seines Verteidigers ist etwa nur dann hinzuwirken, sofern die Benachrichtigung nicht zu einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs führt (§ 168c Abs. 5 Satz 2 StPO).<sup>932</sup> Der inhaftierte Beschuldigte muss ferner nicht zu einer Zeugenvernehmung ins Ausland überstellt werden (§ 168c Abs. 4 StPO).<sup>933</sup> Allerdings ist hier die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach den oben genannten Kriterien in Betracht zu ziehen.

Wird bei der richterlichen Vernehmung durch den ausländischen Staat gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO verstoßen, steht der Verwertbarkeit der so gewonnen Aussagen im deutschen Strafverfahren das oben genannte umfassende Beweisverwertungsverbot entgegen. Gleiches gilt für den Fall, dass der um Rechtshilfe ersuchenden Behörde bei der Stellung und Durchführung des Rechtshilfeersuchens Versäumnisse vorzuwerfen sind und sie dementsprechend ihrer Hinwirkungspflicht nicht (ausreichend) nachgekommen ist, etwa weil sie nicht ausdrücklich auf die zu beachtenden Verfahrensvorschriften hingewiesen hat.<sup>934</sup> Das hierin liegende Handlungsunrecht rechtfertigt es ebenfalls, ein umfassendes Verwertungsverbot auszulösen.<sup>935</sup>

## II. Beweiserhebung erfolgt nach ausländischen Verfahrensrecht

Ungleich schwieriger gestaltet sich die Frage nach der Verwertbarkeit, wenn deutsches Verfahrensrecht bei der Beweiserhebung keine Rolle spielt, die Vernehmungshandlung ausschließlich nach der jeweils geltenden Verfahrensordnung durchgeführt wird und diese keine den Beteiligungsrechten des § 168c StPO vergleichbaren Regelungen vorsieht. So kann es etwa vorkommen, dass das ausländische Verfahrensrecht bei der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen weder ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten noch seines Verteidigers vorsieht.<sup>936</sup> Ferner kann es der Fall sein, dass das jeweils anzuwendende Prozessrecht eine richterliche Vernehmung nicht vorsieht und dementsprechend „nur“ eine nichtrichterliche Vernehmung vorgenommen werden kann.<sup>937</sup> Jedenfalls solange bei der Vernehmungshandlung die jeweils geltenden Verfahrensvorschriften und Beteiligungsrechte beachtet werden, erfolgt die Beweiserhebung im Hinblick auf das Prinzip des „locus regit actum“ hier grundsätzlich in rechtmäßiger Art und Weise. Gleichwohl stellt sich die berechtigte Frage, ob bei der Verwertbarkeit der gewonnen Beweise im deutschen Strafprozess allein auf

<sup>932</sup> BGHSt 42, 86 (91 f.).

<sup>933</sup> BGH NStZ 1992, 394.

<sup>934</sup> BGHSt 35, 82 (83 f.); Böse, ZStW 114 (2002), 148 (169); Schuster, S. 184.

<sup>935</sup> Schuster, S. 119 ff, 121 f, 181; ferner Erb, in: L/R § 168c Rn. 5a; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 41;

<sup>936</sup> Siehe hierzu BGHSt 1, 219 (221); 7, 15 (16).

<sup>937</sup> Siehe hierzu BGHSt 7, 15 ff.; BGH NStZ 1983, 181; BGH NStZ 1985, 376b f.; ferner Gless, in: FS-Grünwald, S. 197 (201) mit weiteren Nachweisen.

die Rechtmäßigkeit der erfolgten Beweiserhebung abgestellt werden kann. Schon das Reichsgericht<sup>938</sup> stellte Anfang des 20. Jahrhunderts fest, dass man in solchen Fällen entweder „auf die Beobachtung der deutschen Verfahrensvorschriften verzichten und sich mit einer dem Recht des Vernehmungsortes entsprechenden Vernehmung genügen müsse oder das Beweismittel unbenutzt lassen will“.<sup>939</sup>

Im Einklang mit diesem doch sehr pragmatischen und „verwertungsfreundlichen“ Postulat des Reichsgerichts sollen nach wohl überwiegender Ansicht solche nach ausländischem Recht ordnungsgemäß erlangten Beweisergebnisse grundsätzlich auch im deutschen Strafprozess verwertbar sein.<sup>940</sup> Damit dürfte das Protokoll über eine richterliche Zeugenvernehmung nach § 251 Abs. 2 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden, auch wenn das ausländische Verfahrensrecht ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten oder seines Verteidigers nicht vorsieht und die Vernehmung dementsprechend in deren Abwesenheit erfolgt ist.<sup>941</sup> Gleiches soll für das Protokoll einer nichtrichterlichen Vernehmung gelten, sofern dieses nach der Zuständigkeits- und Verfahrensordnung des ersuchten Landes angefertigt ist und eine der richterlichen Vernehmung vergleichbare Beweisfunktion erfüllt.<sup>942</sup>

Durch ein solches Verständnis zeichnet sich eines deutlich ab: Der Untersuchungs- und Aufklärungszweck genießt bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, in denen zudem eine Einwirkungsmöglichkeit der deutschen Behörden nicht besteht, offensichtlich eine hohe Priorität. Jedenfalls aber scheint die Möglichkeit, solche nach deutschem Verfahrensrecht fehlerhaft erlangten Beweismittel möglichst unkompliziert verwerten zu können, im Range höher zu stehen, als bei Fragen der Verwertbarkeit stets darauf zu achten, dass die vorliegenden Beweismittel nicht unter Missachtung und Verletzung von deutschen Beteiligungsbeziehungsweise Verfahrensrechten gewonnen wurden. Wie *Gless* deshalb zu Recht feststellt, scheint man dort, wo Einwirkungsmöglichkeiten der deutschen Strafverfolgungsbehörden auf den Ablauf der Vernehmungshandlung nicht bestehen, zu akzeptieren, dass die Beweisverwertungsdogmatik zugunsten einer grenzüberschreitenden Sachverhaltsaufklärung nicht zur Anwendung gelangt.<sup>943</sup> Hiernach können Beweisergebnisse in die Hauptverhandlung eingeführt und gegen den Angeklagten verwertet werden, denen, wenn sie unter der Geltung des

<sup>938</sup> Urteil vom 30. März 1912 – 1 StR 178/12.

<sup>939</sup> RGSt 46, 50 (53) sowie in Anlehnung hieran auch BGHSt 7, 15 (16).

<sup>940</sup> Vergleiche BGHSt 2, 300 (304); BGH NStZ 1985, 376; BGH NStZ 1996, 609; BGH NStZ-RR 2002, 67; BGH StV 2001, 66; BGH GA 1964, 176; BGH GA 1976, 218 (219); *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 5a; *Nagel*, NStZ 1998, 148; *Rose*, NStZ 1998, 154 (155).

<sup>941</sup> *Dölling*, in: AK-StPO § 251 Rn. 26; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 21; *Meyer-Gößner*, StPO § 168c Rn. 8. Zur Anfertigung eines Fragenkatalogs durch die Verfahrensbeteiligten, der sodann dem ausländischen Richter zugestellt wird siehe BGH NStZ 1988, 563.

<sup>942</sup> BGH NStZ 1994, 595 mit weiteren Nachweisen.

<sup>943</sup> *Gless*, JR 2008, 317 (320).



deutschen Verfahrensrechts auf beschriebenen Wege erhoben worden wären, ein Beweisverwertungsverbot entgegenstände.<sup>944</sup>

Zwar soll ein Beweisverwertungsverbot in solchen Konstellationen angenommen werden, in denen die Vernehmungsmodalitäten des ersuchten Landes unverzichtbare allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze (sogenannter „ordre public“) nicht gewährleisten<sup>945</sup> oder die Vernehmung gerade im Ausland erfolgt, um bewusst nach deutschem Recht bestehende Verfahrensrechte zu umgehen,<sup>946</sup> jedoch scheint eine solche „Hürde“ zu hoch angesetzt.

Eine solche Vorgehensweise wird der Bedeutung der in § 168c StPO niedergelegten Beteiligungsrechte weder gerecht noch ist sie darüber hinaus aufgrund der unterschiedlichen Möglichkeiten, die die Strafprozessordnung zur Einführung von Vernehmungsergebnissen vorsieht, erforderlich. Vielmehr sollte der ausschlaggebende Gedanke bei Fragen, die sich mit der Verwertbarkeit solcher Beweisergebnisse befassen, sein, dass fehlende Beteiligungs- und Einwirkungsmöglichkeiten bei der Beweiserhebung im Rahmen der Verwertung kompensiert werden müssen. Es ist dem deutschen Strafverfahrensrecht doch nicht fremd, dass die Wahrheitserforschung nicht um jeden Preis erfolgen darf und gegebenenfalls anderen wichtigen Rechtsgütern im Range nachzustehen hat. Entsprechendes hat zu gelten bei Beweisergebnissen, die unter Zuhilfenahme von Untersuchungsmaßnahmen erlangt wurden, die nach deutschem Recht wegen der Nichtbeachtung von elementaren Beteiligungs- und Verfahrensrechten rechtswidrig wären. Zu diesen elementaren Positionen gehört eben auch der Regelungsgehalt des § 168c StPO mit seinen Anwesenheits- und Beteiligungsrechten sowie den korrespondierenden Benachrichtigungspflichten.

Entschließen sich die deutschen Strafverfolgungsbehörden, einen im Ausland befindlichen Zeugen oder Sachverständigen im Wege der Rechtshilfe richterlich vernehmen zu lassen, haben sie sich für eine besondere Form der Vernehmung entschlossen, die sich nach deutschem Recht von der polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung deutlich unterscheidet. Die Verfahrensbeteiligten sind hier mit weitergehenden Rechten und Einwirkungsmöglichkeiten ausgestattet. Die Zuerkennung dieser weiterreichenden Einwirkungsmöglichkeiten ist insbesondere auch der Grund dafür, dass das Ergebnis einer richterlichen Vernehmung unter den erleichterten Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 StPO in die spätere Hauptverhandlung eingeführt werden kann und in seinem Beweiswert höher einzustufen ist. Sieht aber das ausländische Verfahrensrecht keine dem § 168c StPO vergleichbaren Beteiligungsrechte vor oder erfolgt die Vernehmung

---

<sup>944</sup> Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 2124 weist in diesem Zusammenhang zu Recht auf eine drohende Schlechterstellung hin.

<sup>945</sup> BGH StV 1982, 153 (154); BGH NStZ 1983, 181; BGH GA 1964, 176 (177) wonach hierzu jedoch nicht die Information des Beschuldigten oder seines Verteidigers von einer Zeugenvernehmung gehöre.

<sup>946</sup> Gless, JR 2008, 317 (320 f.) mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

dort nicht durch einen Richter, gibt es keine Veranlassung, das gewonnene Vernehmungsergebnis dennoch unter den erleichterten Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 StPO in die Hauptverhandlung einzuführen. In diesen Fällen fehlt es von vornherein an den privilegierenden Umständen, welche die richterlichen von den nichtrichterlichen Vernehmungen unterscheiden und zugleich Grundlage für deren erleichterte Verwertbarkeit sind.<sup>947</sup> Diese gravierenden Unterschiede zwischen inländischen und ausländischen Vernehmungshandlungen bedürfen demnach einer verwertungsmäßigen Kompensation.

Zu diesem Zweck ist die erfolgte Vernehmungshandlung folglich auf das zu reduzieren, was sie unter Beachtung der deutschen Verfahrensvorschriften wäre, namentlich nicht das Ergebnis einer richterlichen, sondern einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung. Letzteres hat nicht zur Folge, dass das Ergebnis einer solchen Vernehmung unverwertbar bleibt. Wengleich weder bei der polizeilichen noch bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen etwaige Beteiligungsrechte des Beschuldigten oder seines Verteidigers gesetzlich vorgesehen sind (vergleiche § 163a Abs. 3 und 4 StPO), sieht das deutsche Verfahrensrecht ebenfalls die Möglichkeit vor, dass die gewonnenen Protokolle in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Allerdings kann die Verwertbarkeit solcher nichtrichterlichen Vernehmungsniederschriften nicht unter den erleichterten Bedingungen des § 251 Abs. 2 StPO erfolgen, sondern sie ist an die engeren Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 StPO geknüpft. Auch hier muss das Beweisergebnis daher also nicht ungenutzt bleiben. Ein damit einhergehender und gegenüber der richterlichen Vernehmungsniederschrift festzustellender verminderter Beweiswert ist schon deshalb hinzunehmen, weil die besagten Beteiligungs-, Benachrichtigungs- und Mitwirkungsrechte, die bei der richterlichen Vernehmung zu gewähren sind, fehlen. Eine vergleichbare Situation liegt bei der nach ausländischem Recht rechtmäßig erfolgten Vernehmung vor. Auch bei ihr ist der gegenüber einer richterlichen Vernehmung nach § 168c StPO geminderte Beweiswert die Folge fehlender Beteiligungs-, Benachrichtigungs- und Mitwirkungsrechte sowie der fehlenden Durchführung durch einen Richter. Ferner ist der Umstand zu berücksichtigen, dass das Erscheinen des fraglichen Zeugen in der Hauptverhandlung nicht erzwungen werden kann und die Alternative dementsprechend lediglich in einem Verzicht auf die fragliche Zeugenaussage zu sehen ist. Aus diesen Umständen rechtfertigt sich zwar im Ergebnis die Möglichkeit, die nach ausländischem Verfahrensrecht rechtmäßig erlangte Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen in den deutschen Strafprozess einzuführen, obwohl vergleichbare Beteiligungsrechte fehlen oder die Vernehmungsperson nicht den Status eines Richters besitzt. Allerdings kann auch hier eine Verwertbarkeit nicht nach den Regelungen über die Verwertbarkeit einer richterlichen Vernehmungsniederschrift (§ 251 Abs. 2 StPO) erfolgen.

---

<sup>947</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt D. III. 1. (S. 189).

Richtet sich die Beweiserhebung demnach nach ausländischem Verfahrensrecht und sieht letzteres keine Vernehmung durch einen Richter beziehungsweise keine dem § 168c StPO vergleichbaren Beteiligungsrechte vor, kann das gewonnene Protokoll nicht im Wege der Verlesung einer richterlichen Niederschrift (§ 251 Abs. 2 StPO) in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Eine Verwertbarkeit kommt nur nach den Regelungen, die für die Verlesung einer nichtrichterlichen Vernehmungsniederschrift gelten, in Betracht.<sup>948</sup> Nur so kann eine Schlechterstellung gegenüber dem Angeklagten vermieden werden, in dessen Verfahren alle Beweismaßnahmen unter Beachtung des deutschen Verfahrensrechts erfolgt sind, und bei dem eine Verwertbarkeit deshalb ausgeschlossen wäre. Im Unterschied zu rein innerdeutschen Sachverhalten ist die Einführung als Protokoll über eine nichtrichterliche Vernehmung bei grenzüberschreitenden Fällen ein gangbarer Weg, da es hier gerade nicht um die nachträgliche Kaschierung von erfolgten Verstößen gegen § 168c StPO, sondern um die „verfahrenstechnische Kompatibilität zweier Rechtsordnungen geht. Ein absolutes Beweisverwertungsverbot sollte demgegenüber in solchen Konstellationen angenommen werden, in denen die Vernehmung unter Verkennung unverzichtbarer allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze erfolgt oder um bewusst nach deutschem Recht bestehende Verfahrensrechte zu umgehen.

---

<sup>948</sup> So auch *Nagel*, S. 300 f; im Ergebnis wohl auch *Gless*, in: FS-Grünwald, S. 197 (209 f.); dagegen *Schuster*, S. 184.

## Neuntes Kapitel. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit

### A. Anwendungsbereich von § 168c StPO

Hauptanwendungsbereich des § 168c StPO ist die richterliche Vernehmung des Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen im Ermittlungsverfahren. In den meisten Fällen stellt sich eine solche Vernehmung im Ermittlungsverfahren funktionell als vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung dar und wird deshalb zu Recht als „kleine Hauptverhandlung“ bezeichnet.<sup>949</sup> Innerhalb dieser kleinen Hauptverhandlung tragen die Verfahrensbeteiligten über ihre Anwesenheit und die dadurch bestehende Möglichkeit zur Einflussnahme mit dazu bei, die Richtigkeit und Vollständigkeit der gewonnenen Protokolle zu gewährleisten.<sup>950</sup> Gleichzeitig stellt diese Parteiöffentlichkeit einen Ersatz für die in der Hauptverhandlung zu beachtenden Prinzipien der Öffentlichkeit und Unmittelbarkeit dar.<sup>951</sup>

Das im Anschluss an das Ermittlungsverfahren – bei einer ablehnenden Entscheidung nach § 170 Abs. 2 StPO – möglicherweise durchzuführende Klageerzwingungsverfahren stellt sich ebenfalls noch als Teil des Ermittlungsverfahrens dar, so dass bei den dortigen Untersuchungshandlungen über den Verweis in § 173 Abs. 3 StPO auch § 168c StPO beachtet werden muss.<sup>952</sup>

Geben die Ermittlungen dagegen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage (§ 170 Abs. 1 StPO), wird die Staatsanwaltschaft Anklage vor dem zuständigen Gericht erheben. Bei richterlichen Vernehmungen im Zwischenverfahren muss unterschieden werden: Dient die richterliche Vernehmung hier ausschließlich der Klärung, ob gegen den Angeschuldigten ein hinreichender Tatverdacht anzunehmen ist, hat sie in entsprechender Anwendung des § 168c StPO zu erfolgen. Die Vorschriften über das vorbereitende Verfahren (§§ 223 f. StPO) sind demgegenüber zu berücksichtigen, wenn die Vernehmung vor allem mit der Intention vorgenommen wird, das erlangte Protokoll in der Hauptverhandlung zu verwerten.<sup>953</sup> In diesem Fall ist die Beweissicherung das ausschlaggebende Kriterium und die Vernehmung im Hinblick auf eine spätere Einführung der Protokolle schon im erweiterten Bereich der Hauptverhandlung anzusiedeln.<sup>954</sup>

Das vorbereitenden Verfahren beinhaltet mit §§ 223 f. StPO eigenständige Regelungen, die mit geringen Abweichungen der Regelung des § 168c StPO entsprechen. Soll gegen den abwesenden Angeklagten verhandelt werden, muss er zuvor über die Anklage richterlich vernommen werden (§ 233 Abs. 2 Satz 1 StPO). Bei

<sup>949</sup> Achenbach, in AK-StPO § 168c Rn. 2; Fezer, JuS 1977, 382 (383); Rengier, Jura 1981, 299 (306).

<sup>950</sup> Vergleiche BGHSt 26, 332 (335); Achenbach, in: AK-StPO § 168c Rn. 2; Fezer, JuS 1977, 382 (383).

<sup>951</sup> Larsen, in: FS-Müller, S. 3 (4).

<sup>952</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt A. I. am Ende. (S. 18 f.).

<sup>953</sup> Schneider, in: KK-StPO § 202 Rn. 8; Stuckenberg, in: L/R § 202 Rn. 17.

<sup>954</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt A. II. (S. 19 ff.).

einer solchen Vernehmung sind sowohl der Verteidiger als auch die Staatsanwaltschaft vorher zu informieren (§ 233 Abs. 3 StPO).<sup>955</sup> Darüber hinaus und entgegen § 233 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 StPO sind neben dem Verteidiger und der Staatsanwaltschaft auch alle anderen Prozessbeteiligten von diesem Vernehmungstermin zu benachrichtigen.<sup>956</sup>

Für die richterliche Vernehmung im Wiederaufnahmeverfahren enthält § 369 Abs. 3 StPO ebenfalls eine gesonderte Regelung, welche im konkreten Fall einem Rückgriff auf § 168c StPO entgegensteht.

Bei der staatsanwaltlichen Vernehmung des Beschuldigten ist dem Verteidiger wegen §§ 163a Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 1 StPO die Anwesenheit gestattet. Eine Benachrichtigung des Verteidigers kann unterbleiben, sofern hierdurch der Untersuchungserfolg gefährdet wird (§§ 163a Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 5 Satz 1 und 2 StPO). Handelt es sich dagegen um die staatsanwaltliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen, hat, wie sich im Umkehrschluss aus §§ 163a Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 1 StPO ergibt, weder der Beschuldigte noch der Verteidiger ein Recht zur Anwesenheit. Auch bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten steht dem Verteidiger kein eigenes Anwesenheitsrecht zu. Ein hierzu erforderlicher Verweis auf § 168c Abs. 1 StPO ist in § 163a Abs. 4 StPO nicht enthalten.<sup>957</sup>

Bereitet die Strafvollstreckungskammer die Entscheidung über eine Reststrafenaussetzung vor, ist sie wegen § 454 Abs. 1 Satz 2 StPO zu einer Anhörung der Beteiligten verpflichtet. Im Einzelnen anzuhören sind die Staatsanwaltschaft, der Verurteilte und die jeweilige Justizvollzugsanstalt. Neben der Gewährung eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei dieser Anhörung sprechen insgesamt auch die besseren Argumente dafür, im Rahmen des § 454 Abs. 1 Satz 2 StPO eine damit einhergehende Pflicht des Gerichts zur Benachrichtigung des Verteidigers nach dem Vorbild des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO anzunehmen.<sup>958</sup>

Bei einer richterlichen Vernehmung des Betroffenen im Bußgeldverfahren ist über §§ 46 Abs. 1 OWiG, 168c Abs. 1 StPO dem Verteidiger und dem Vertreter der Verfolgungsbehörde die Teilnahme gestattet.<sup>959</sup> Kein Anwesenheitsrecht bei der Vernehmung hat demgegenüber die Staatsanwaltschaft, da sie am Verfahren grundsätzlich nicht beteiligt ist. Auch im Bußgeldverfahren sind die Beteiligten im Regelfall von dem bevorstehenden Vernehmungstermin zu benachrichtigen. Kommt es zu einer richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen, gewähren §§ 46 Abs. 1 OWiG, 168c Abs. 2 StPO im gleichen Umfang der

<sup>955</sup> Vergleiche *Krause*, StV 1984, 169 (171).

<sup>956</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt A. III. (S. 26 f.).

<sup>957</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt B. (S. 28 ff.).

<sup>958</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt B. IV. 5. (S. 50 ff.).

<sup>959</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt B. V. (S. 55 ff.).

Verfolgungsbehörde, dem Betroffenen und seinem Verteidiger ein Anwesenheits- und Fragerecht.

Bei der Einnahme richterlichen Augenscheins sieht § 168d Abs. 1 Satz 1 StPO ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten, des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft vor. Darüber hinaus enthält Absatz 1 Satz 2 einen umfassenden Verweis auf § 168c Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 und 5 StPO. Hierdurch wird insbesondere die in § 168c Abs. 5 StPO vorgesehene Benachrichtigungspflicht in den Regelungsbereich des § 168d Abs. 1 StPO integriert.<sup>960</sup>

Erfolgt die Augenscheinseinnahme unter Hinzuziehung eines Sachverständigen, gewährt § 168d Abs. 2 Satz 1 StPO dem Beschuldigten die Möglichkeit, die Ladung eines von ihm selbst benannten Sachverständigen zu beantragen. In dieser Situation gebietet es der im Rechtsstaatsprinzip verankerte und in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK niedergeschriebene Grundsatz des fairen Verfahrens innerhalb des § 168d StPO die Benachrichtigungspflicht aus § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO so zu verstehen, dass dem Beschuldigten auch mitzuteilen ist, dass und zu welchem Zweck zusätzlich Sachverständige hinzugezogen werden und welcher wissenschaftlichen Fachrichtung diese im Einzelnen zuzuordnen sind.<sup>961</sup>

Geht man wie hier und entgegen der ganz herrschenden Meinung von einer alleinigen Auswahlbefugnis des Ermittlungsrichters im Vorverfahren aus, ist auch die Frage nach einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 168d Abs. 2 StPO auf die Hinzuziehung eines eigenen Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft dementsprechend zu bewerten. Wenn es im Ermittlungsverfahren schon nicht zum Aufgabenkreis der Staatsanwaltschaft gehört, Sachverständige auszuwählen, besteht aus diesem Grund auch keine Notwendigkeit, die Regelung des § 168d Abs. 2 StPO entsprechende anzuwenden. Die Staatsanwaltschaft hat folglich keinen Anspruch darauf, dass einem von ihr gewählten Sachverständigen bei der Einnahme richterlichen Augenscheins die Anwesenheit gestattet wird.<sup>962</sup>

## **B. Einzelne Anwesenheitsrechte des § 168c StPO**

Nach § 168c Abs. 2 StPO hat der Beschuldigte das Recht, bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen anwesend zu sein. Neben dem Beschuldigten stehen auch der Staatsanwaltschaft Beteiligungsrechte bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren zu. Wie sich aus § 168c Abs. 1 StPO ergibt, hat sie bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten ebenfalls das Recht auf Teilnahme. Gleiches gilt wegen § 168c Abs. 2 StPO bei der Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen. Über § 168c Abs. 1 StPO ist dem Verteidiger bei der richterlichen Beschuldigtenvernehmung die Anwesenheit gestattet. Darüber hinaus steht dem Verteidiger nach § 168c Abs. 2 StPO

<sup>960</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt C. (S. 58 ff.).

<sup>961</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt C. II. 2. (S. 62 f.).

<sup>962</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im zweiten Kapitel Gliederungspunkt C. III. (S. 63 f.).

auch bei der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen ein Anwesenheitsrecht zu.

Wird der unverteidigte Beschuldigte über § 168c Abs. 3 oder 4 StPO von der richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen ausgeschlossen und besteht kein Grund, von der Benachrichtigung eines hypothetisch existierenden Verteidigers abzusehen, ist dem Beschuldigten zur Wahrung seiner Verteidigungsrechte ein Pflichtverteidiger beizuordnen. In einer solchen Situation ist niemals völlig auszuschließen, dass die besagte Vernehmung nicht auch für den Beschuldigten die einzige Gelegenheit darstellt, in eigener Person Fragen zu stellen oder zumindest durch einen Verteidiger stellen zu lassen. Die Beiordnung muss ferner so rechtzeitig geschehen, dass der Verteidiger vor der Vernehmungssituation die Chance hat, mit seinem Mandanten Rücksprache zu nehmen. Nur mit der Beiordnung eines Pflichtverteidigers wird dem Beschuldigten die Wahrung seiner Teilhaberechte aus § 168c StPO im Ermittlungsverfahren ermöglicht und dem Recht auf effektive Verteidigung sowie auf konfrontative Befragung aus Art. 6 Abs. 3 lit. c und d EMRK ausreichend Rechnung getragen.<sup>963</sup>

Dem Beschuldigten und seinem Verteidiger auf der einen Seite zwar die Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen zu ermöglichen, ihnen diese aber andererseits bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten zu verwehren, erscheint wenig inkonsequent und im Hinblick auf den Grundsatz eines fairen Verfahrens nicht akzeptabel. Beide Situationen sind so vergleichbar, dass eine Ungleichbehandlung unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht überzeugend ist.<sup>964</sup> Die diesbezüglich im Gesetz festgestellte Regelungslücke ist mit einer analogen Anwendung des § 168c Abs. 2 bis 5 StPO zu schließen.<sup>965</sup> Demzufolge steht dem Beschuldigten und seinem Verteidiger analoger 168c Abs. 2 StPO ein Anwesenheitsrecht bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten zu. Gefährdet die Anwesenheit des Beschuldigten den Untersuchungszweck, kann er analog § 168c Abs. 3 StPO von der Vernehmung ausgeschlossen werden. Diese Ausschlussmöglichkeit gilt indes nicht für den Verteidiger. Ihm steht bei der Vernehmung des Mitbeschuldigten ein unbeschränktes Anwesenheitsrecht zu. Die Berechtigten sind entsprechend § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO von der bevorstehenden Vernehmung des Mitbeschuldigten zu benachrichtigen, es sei denn, ein Absehen von der Benachrichtigungspflicht ist analog § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO wegen Gefährdung des Untersuchungserfolgs möglich. Für den inhaftierten Beschuldigten gilt darüber hinaus § 168c Abs. 4 StPO entsprechend.

Richtet sich das Verfahren gegen jugendliche Beschuldigte haben sowohl der Erziehungsberechtigte als auch der gesetzliche Vertreter gemäß §§ 67 Abs. 1

<sup>963</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt C. II. (S. 73 ff.).

<sup>964</sup> *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 12; *Krause*, NJW 1975, 2283.

<sup>965</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt E. (S. 96 ff.).

JGG, § 168c Abs. 1 StPO ein Recht zur Anwesenheit bei dessen richterlicher Vernehmung.<sup>966</sup> Gleiches gilt für die richterliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen. Hier gilt es jedoch zu beachten, dass ein möglicher Ausschluss der Beteiligten wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks nach Absatz 3 nur dann möglich ist, wenn die Ausschließungsgründe in der Person der Erziehungsberechtigten oder gesetzlichen Vertreter und nicht in der Person des Beschuldigten liegen. Korrespondierend zu den Anwesenheitsrechten erstreckt § 67 Abs. 2 JGG auch die Benachrichtigungspflicht des Gerichts nach § 168c Abs. 5 StPO auf diesen erweiterten Kreis der Beteiligten. Gemäß § 67 Abs. 4 Satz 1 JGG können die Rechte den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern entzogen werden, sobald sie verdächtig sind, an der Verfehlung des Jugendlichen beteiligt zu sein oder wegen einer solchen verurteilt sind.

§ 168c StPO regelt lediglich, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Anwesenheit bei einer richterlichen Vernehmungshandlung besteht.<sup>967</sup> Allein wegen seiner Existenz darf nicht auf ein gesetzliches Verbot der Anwesenheit anderer Personen geschlossen werden.<sup>968</sup> Die Teilnahme anderer Personen an der Vernehmung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Richters. Der Richter wird die Teilnahme gestatten, wenn die betreffende Person ein berechtigtes und verfahrensbezogenes Interesse an der Teilnahme nachweisen kann und ihr keine schutzwürdigen Interessen Dritter entgegenstehen.

### C. Einschränkung von bestehenden Anwesenheitsrechten

#### I. Einschränkung nach § 168c Abs. 3 StPO

Der Richter kann nach § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO einen „Beschuldigten von der Anwesenheit bei der Verhandlung ausschließen, wenn dessen Anwesenheit den Untersuchungszweck gefährden würde“<sup>969</sup>. Diese Möglichkeit gilt ausschließlich für den Beschuldigten und nicht für den Verteidiger. Letzterem kommt damit ein unbeschränktes Anwesenheitsrecht zu.<sup>970</sup> Die Begriffe Untersuchungszweck (§ 168c Abs. 3 Satz 1 StPO) und Untersuchungserfolg (§ 168c Abs. 5 Satz 2 StPO) sind inhaltlich kongruent.<sup>971</sup>

Mit der beispielhaften Konkretisierung des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO gibt der Gesetzgeber den ersten größeren Bereich zu erkennen, in dem der Untersu-

<sup>966</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt D. I. (S. 88 ff.).

<sup>967</sup> Zu den Anwesenheitsrechten des Einziehungs- oder Verfallsberechtigten, Verletzten oder Nebenklageberechtigten sowie des Zeugenbeistandes siehe die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkte D. II bis IV. (S. 93 bis 95).

<sup>968</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 25; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 2; *Wache*, in: KK-StPO § 168 c Rn. 14; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 17.

<sup>969</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt A. (S. 111 ff.).

<sup>970</sup> *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 6; *Joecks*, StPO § 168c Rn. 3; *Walther*, in: AnwKomm StPO § 168c Rn. 6.

<sup>971</sup> Ebenfalls einen inhaltlichen Unterschied verneinend *Meyer-Goßner*, JR 1980, 254 (255); *Zaczyk*, NStZ 1987, 535 (536).



chungszweck in Gefahr gerät, und zwar das allein durch die Anwesenheit des Beschuldigten beeinflusste Aussageverhalten von Zeugen. Unabhängig vom Beispielsfall des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO sind weitere Gefährdungen denkbar. Diese Gefahren können sowohl im Verhalten des Beschuldigten selbst als auch in einer drohenden zeitlichen Verzögerung begründet sein. Die lediglich abstrakte Möglichkeit, die Anwesenheit des Beschuldigten werde den Untersuchungszweck in irgendeiner Art und Weise gefährden, reicht für einen Ausschluss nach § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO demgegenüber nicht aus. Wird der Beschuldigte von der Vernehmung ausgeschlossen, ist er nachträglich über den wesentlichen Inhalt der Aussage zu unterrichten.<sup>972</sup>

Besteht die konkrete Gefahr, dass sich ein Zeuge bei der Vernehmung im Beisein des Beschuldigten nicht äußern und von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen wird, rechtfertigt dies gleichwohl nicht den Ausschluss des Beschuldigten nach § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO.<sup>973</sup> Die Wahrnehmung eines Zeugnisverweigerungsrechts kann als gesetzlich anerkannter Fall der Nichtaufklärung nicht mit einer Gefährdung des Untersuchungszwecks im Sinne des § 168c Abs. 3 Satz 1 StPO gleichgesetzt werden.

## II. Einschränkung nach § 168c Abs. 4 StPO

Trotz Einführung des neuen § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO differenziert § 168c Abs. 4 StPO weiter zwischen dem inhaftierten und unverteidigten sowie dem inhaftierten und verteidigten Beschuldigten. Der verteidigte Beschuldigte hat im Unterschied zum unverteidigten einen Anspruch auf Teilnahme an der Vernehmungssituation nur in den Fällen, in denen die Vernehmung an der Gerichtsstelle des Ortes stattfindet, in dem er sich in Haft befindet oder untergebracht ist.<sup>974</sup> Findet die Vernehmung dagegen an einer Gerichtsstelle außerhalb des Haftortes statt, ist lediglich der Verteidiger über § 168c Abs. 2 StPO zur Anwesenheit berechtigt.<sup>975</sup> Diese Differenzierung dürfte de lege lata jedoch nicht mehr von praktischer Relevanz sein, da mit Einführung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO dem sich in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten nun stets ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden muss. Künftig dürfte es also den inhaftierten und unverteidigten Beschuldigten nicht mehr geben.

Erblickt man die Ratio des § 168c Abs. 4 StPO zum einen in den mit der Überstellung des Inhaftierten verbundenen Schwierigkeiten und zum anderen in der dadurch drohenden Fluchtgefahr, ist die Regelung dennoch in den Fällen unanwendbar, in denen die genannten Umstände augenscheinlich nicht drohen.<sup>976</sup>

<sup>972</sup> Achenbach, in: AK-StPO § 168c Rn. 6; Wohlers, in: SK-StPO § 168c Rn. 26.

<sup>973</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt A. I. 1. bis 3. (S. 114 bis 119).

<sup>974</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt B. (S. 121 ff.).

<sup>975</sup> Dazu auch Lüderssen/Jahn, in: L/R § 137 Rn. 21.

<sup>976</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im vierten Kapitel Gliederungspunkt B. IV. (S. 125 ff.).

## D. Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 StPO

### I. Grundlegendes

Die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO stellt die faktische Seite der Anwesenheitsrechte dar.<sup>977</sup> Alle Berechtigten sind daher frühestmöglich zu benachrichtigen, so dass sie den Termin unter normalen Umständen und in zumutbarer Weise wahrnehmen können.<sup>978</sup> Dem Beschuldigten und seinem Verteidiger sollte darüber hinaus vor der Vernehmung ausreichend Zeit zugestanden werden, um sich auf die Vernehmung vorbereiten zu können. Eine besondere Form der Benachrichtigung ist gesetzlich nicht vorgesehen. Inhaltlich muss sie derart bestimmt sein, dass die Berechtigten mit zumutbarem Aufwand die Zeit und den Ort der Vernehmung erfahren können.<sup>979</sup>

Für kurzfristig stattfindende Vernehmungshandlungen folgt aus § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO, dass mit der Vernehmung erst begonnen werden darf, wenn die Anwesenheitsberechtigten benachrichtigt sind und ihnen darüber hinaus die Möglichkeit eingeräumt wurde teilzunehmen oder aber ein Grund für das Absehen von der Benachrichtigung nach Absatz 5 Satz 2 festgestellt worden ist.<sup>980</sup> Resultiert das Anwesenheitsrecht und die damit verbundene Benachrichtigungspflicht aus dem Umstand, dass eine Verteidigerbestellung erst während der Vernehmung erfolgt ist, muss die Vernehmungshandlung unterbrochen und der Berechtigte benachrichtigt werden. Auch hier muss den Benachrichtigten die tatsächliche Gelegenheit gegeben werden, der Benachrichtigung nachkommen zu können.<sup>981</sup> Die Vernehmungshandlung ist während dieses Zeitraums auszusetzen.<sup>982</sup>

### II. Entfall der Benachrichtigungspflicht

Wird auf das Anwesenheitsrecht verzichtet, kann das Gericht von einer Benachrichtigung über Ort und Zeit der bevorstehenden Vernehmung absehen.<sup>983</sup> Der Beschuldigte der wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks von der Vernehmung ausgeschlossen wird, ist gleichwohl von dieser zu benachrichtigen. Gleichzeitig ist er auf die ergangene Ausschließungsentscheidung hinzuweisen. Hierdurch wird dem unverteidigten Beschuldigten die Hinzuziehung eines Verteidigers ermöglicht. Zieht der Beschuldigte in dieser Situation keinen Wahlverteidiger hinzu, ist ihm zur Wahrung des Rechts auf konfrontative Befragung

<sup>977</sup> Zum Fragerecht und sonstigen Mitwirkungsbefugnissen der Anwesenheitsberechtigten siehe die Ausführungen im fünften Kapitel Gliederungspunkt B. (S. 131 ff.).

<sup>978</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 32.

<sup>979</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt A. bis B. II. (S. 135 bis 138).

<sup>980</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt B. III. (S. 138 ff.).

<sup>981</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 38.

<sup>982</sup> So wohl auch *Wohlers*, StV 2006, 228 (229).

<sup>983</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt D. I. (S. 142 f.).

(Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) zwingend ein Pflichtverteidiger zu bestellen.<sup>984</sup> Der inhaftierte und verteidigte Beschuldigte muss grundsätzlich nicht nach § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO benachrichtigt werden, wenn die Vernehmung nicht an der Gerichtsstelle des Haftortes stattfindet.

### III. Vernehmungen durch ausländische Stellen

Für die Benachrichtigungspflicht des deutschen Gerichts (§ 168c Abs. 5 Satz 1 StPO) kommt es entscheidend darauf an, wie es um die Anwesenheitsrechte bei der ersuchten Vernehmungshandlung nach dem jeweiligen ausländischen Verfahrensrecht bestellt ist.<sup>985</sup> Ein im Ausland für entsprechende Vernehmungen zuständiges Organ muss nicht zwingend eine Richterposition innehaben. Auch muss die ausländische Verfahrensordnung nicht zwingend vorsehen, dass alle Personen, denen nach deutschem Strafverfahrensrecht ein Anwesenheitsrecht zusteht, über den Termin im Ausland informiert und bei der Vernehmung anwesend sein müssen.

Eine Benachrichtigung der Beteiligten durch das deutsche Gericht ist unstreitig dann erforderlich, wenn das ausländische Verfahrensrecht die Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten erlaubt und die Vernehmungshandlung auf Ersuchen der deutschen Behörden hin durch eine ausländische Stelle vorgenommen werden soll.<sup>986</sup> In diesen Fällen ist das Rechtshilfeersuchen mit der an die ausländische Stelle gerichtete Bitte zu verbinden, die ersuchende Behörde so rechtzeitig von dem Termin zu benachrichtigen, dass sie die Anwesenheitsberechtigten informieren und ihnen so die Gelegenheit zur Teilnahme ermöglichen kann.<sup>987</sup> Die Benachrichtigung durch die rechtshilfeersuchende Behörde hat so zeitig zu erfolgen, dass eine Anreise zum Ort der Vernehmung unter normalen Umständen möglich und zumutbar ist. Neben dem zeitlichen Aspekt spielt die geographische Bestimmtheit der Benachrichtigung bei Fällen mit Auslandsbezug eine wichtige Rolle. Es ist zu verlangen, dass die um Rechtshilfe ersuchende Behörde ihr Ersuchen mit der Bitte verbindet, der ersuchte Staat möge neben der beantragten Maßnahme und dem dafür anvisierten Zeitpunkt auch den genauen Ort der Vernehmung mitteilen. Diese Information hat die ersuchende Behörde dann an die nach deutschem Recht zu benachrichtigenden Verfahrensbeteiligten weiterzuleiten.

Vergleichbares gilt freilich für Rechtshilfeersuche innerhalb der Europäischen Union.<sup>988</sup> Während Art. 3 Nr. 1 EuRhÜbk noch vorsah, dass der ersuchte Staat Rechtshilfegesuche in einer Strafsache in der nach seinen eigenen Rechtsvor-

<sup>984</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im dritten Kapitel Gliederungspunkt C. II. 2. und sechsten Kapitel Gliederungspunkt D. II. (S. 75 ff., 143 ff.).

<sup>985</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt G. (S. 148 ff.).

<sup>986</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt G. I. (S. 150 f.).

<sup>987</sup> *Gless*, JR 2008, 317 (321); *Grießbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 21; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 8; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 35.

<sup>988</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt G. II. (S. 151 f.).

schriften vorgesehen Form erledigen lässt, gilt heute der Grundsatz, dass jedenfalls zwischen den Mitgliedstaaten der europäischen Union Rechtshilfeersuchen jeweils nach dem Recht des ersuchenden Staates zu erledigen sind. So sieht Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk ausdrücklich vor, dass der ersuchte Staat bei Fällen, in denen Rechtshilfe geleistet wird, grundsätzlich die vom ersuchenden Staat ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren einzuhalten hat.

Räumt die ausländische Rechtsordnung den Verfahrensbeteiligten dagegen kein Anwesenheitsrecht ein, ändert dies nach der hier vertretenen Konzeption nichts daran, dass eine Benachrichtigung der nach deutschem Verfahrensrecht zur Anwesenheit Berechtigten erforderlich bleibt.<sup>989</sup> Zur Kompensation der nach deutschem Recht gravierenden Verkürzung der Rechte des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren hat die um Rechtshilfe ersuchende Strafverfolgungsbehörde wenigstens darauf hinzuwirken, dass die Wahrnehmung des aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK resultierenden unmittelbaren Fragerechts jedenfalls mittelbar ermöglicht wird.<sup>990</sup> Mittelbare Wahrnehmung des unmittelbaren Fragerechts meint hier, dass dem Rechtshilfeersuchen ein Fragenkatalog des Beschuldigten beziehungsweise seines Verteidigers beigelegt wird.

### **E. Einschränkung der Benachrichtigungspflicht**

Nach § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO unterbleibt die Benachrichtigung der Anwesenheitsberechtigten, wenn sie den Untersuchungserfolg gefährden würde. Für den Ermittlungsrichter bedeutet dies, dass er von der Benachrichtigung des Anwesenheitsberechtigten abzusehen hat, wenn sie seiner Meinung nach zu einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs führen würde. Untersuchungserfolg im Sinne des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO ist die Gewinnung einer wahrheitsgemäßen Aussage, die in einem späteren Abschnitt des Strafverfahrens verwertet werden kann.<sup>991</sup>

Die erste potentielle Gefahr liegt im zeitlichen Moment der Benachrichtigung und dessen möglicher Auswirkung auf die Gewinnung einer Aussage (Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Zeitablauf).<sup>992</sup> Nicht hierunter fallen von vornherein die Fälle, in denen die Benachrichtigungspflicht lediglich zu einer für den Untersuchungserfolg unerheblichen zeitlichen Verzögerung führt. Gemeint sind vielmehr die Situationen, in denen die mit einer Benachrichtigung regelmäßig verbundene Verzögerung des Verfahrens die Erlangung einer Aussage gefährdet. Eine solche Gefährdung ist beispielsweise denkbar, wenn sich ein lebensbedrohlich erkrankter Belastungszeuge bereits im Sterben befindet oder die

<sup>989</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt G. III. (S. 153 ff.).

<sup>990</sup> Vergleiche hierzu BGH StV 1982, 153 (154); BGH MDR 1983, 796; BGH NStZ 1985, 376 (377); *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 35; *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 (169); *Nagel*, S. 285 f.; *Rose*, S. 252.

<sup>991</sup> BGHSt 29, 1 (3); BGH StV 1999, 357; 2003, 540 (541); BayObLG NJW 1978, 232 (233).

<sup>992</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im siebten Kapitel Gliederungspunkt B. I. (S. 160 ff.).

Abreise eines Zeugen ins Ausland unmittelbar bevorsteht.<sup>993</sup> Hier droht die zeitliche Verzögerung die Vernehmung insgesamt zu vereiteln, so etwa beim Tod des Zeugen, oder wesentlich zu erschweren, so bei der Abreise des Zeugen ins Ausland. Die Vernehmung eines solchen Zeugen ist hier so eilbedürftig, dass mit ihr nicht weiter abgewartet werden kann.<sup>994</sup> Die Erlangung einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage als zu erzielender Untersuchungserfolg wäre anderenfalls gefährdet. Aus der Gesetzesformulierung kann jedoch entnommen werden, dass der Zeitverlust keineswegs zu einem vollständigen Verlust der Aussage führen muss. Für ein Absehen von der Benachrichtigung reicht es bereits aus, wenn die Erlangung der Aussage durch den Zeitverlust merkbar erschwert würde.<sup>995</sup> Angesichts der Bedeutung des § 168c StPO für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens muss aber auch hier das Absehen von der Benachrichtigung stets die ultima ratio darstellen. Im Zeitalter der modernen Kommunikationsmittel dürften Fallkonstellationen, in denen bei einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Zeitablauf nicht einmal der Versuch einer kurzfristigen Benachrichtigung zu unternehmen ist, äußerst selten und damit vorwiegend theoretischer Natur sein.<sup>996</sup>

Demgegenüber liegt die zweite denkbare Gefährdung des Untersuchungserfolgs in dem Umstand, dass die mit der Benachrichtigung verbundene Kenntnis von der bevorstehenden Vernehmungshandlung die benachrichtigte Person dazu veranlassen könnte, die Gewinnung einer wahrheitsgemäßen und verwertbaren Aussage zu erschweren oder gar zu verhindern (materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs).<sup>997</sup> Eine solche materielle Gefährdung des Untersuchungserfolgs ist nach dem hiesigen Verständnis jedoch nicht in das Regelungsmodell des § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO einzubeziehen. Sie kann demnach auch nicht zu einer Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO führen. Sowohl der historische als auch der systematische und der teleologische Befund deuten eindeutig in diese Richtung. Der Wortlaut steht einem solchen Verständnis nicht entgegen. Folglich kann von einer Benachrichtigung der Anwesenheitsberechtigten (Beschuldigter, Verteidiger und Staatsanwaltschaft) nicht abgesehen werden, wenn diese mit einer materiellen Gefährdung des Untersuchungserfolgs verbunden ist.<sup>998</sup>

---

<sup>993</sup> *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 10; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 39 ff.; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 7 f.; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 32; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 8; *Fezer*, StrafprozeßR, Fall 3 Rn. 48.

<sup>994</sup> Vergleiche etwa *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 10; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 40; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 17; *Meyer-Goßner*, StPO § 168c Rn. 5; *Plöd*, in: KMR § 168c Rn. 8; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 34.

<sup>995</sup> Vergleiche *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 40.

<sup>996</sup> *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 40; *Griesbaum*, in: KK-StPO § 168c Rn. 18; *Zaczyk*, NStZ 1987, 535 (538).

<sup>997</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im sechsten Kapitel Gliederungspunkt B. II. (S. 138 f.).

<sup>998</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im siebten Kapitel Gliederungspunkt B. II. 2. (S. 164 ff.).

## F. Fehlerfolgen bei Verstoß gegen § 168c StPO

### I. Heilung eines Verstoßes

Wird bei einer richterlichen Vernehmung des Beschuldigten oder der eines Zeugen oder Sachverständigen im Ermittlungsverfahren gegen eine Regelung des § 168c StPO verstoßen, kann dieser Verstoß stets dadurch „geheilt“ werden, dass die richterliche Vernehmung erneut durchgeführt und hierbei sämtlichen Anforderungen des § 168c StPO Rechnung getragen wird. Der Beeinträchtigte ist jedoch zuvor in qualifizierter Art und Weise über die Folgen des begangenen Verstoßes zu belehren.<sup>999</sup>

### II. Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Erkenntnisse

Wird nun bei einer richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren einem Berechtigten zu Unrecht die Anwesenheit verwehrt oder von einer Benachrichtigung abgesehen, stellt sich die Frage, inwiefern die in seiner Abwesenheit gewonnene Aussage im weiteren Verfahren verwertet werden darf.

#### 1. Verwendbarkeit für weitere Ermittlungen

Geht es um die Verwendung der durch die Aussage gewonnenen Erkenntnisse für weitere Ermittlungen, hat der Verstoß gegen § 168c StPO hierauf grundsätzlich keine Auswirkungen. Den gewonnenen Erkenntnissen darf weiter nachgegangen und weitere Ermittlungsmaßnahmen aufgrund dessen durchgeführt werden.<sup>1000</sup>

#### 2. Einführung in die Hauptverhandlung

Ist bei der richterlichen Vernehmung eines Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen im Ermittlungsverfahren das Anwesenheitsrecht eines der Beteiligten in rechtswidriger Art und Weise beeinträchtigt worden, steht dies der Verlesbarkeit des so gewonnenen Vernehmungsprotokolls in der Hauptverhandlung grundsätzlich entgegen.<sup>1001</sup> Das richterliche Vernehmungsprotokoll darf somit nicht im Wege des Urkundsbeweis nach § 251 Abs. 2 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Der begangene Verstoß gegen § 168c StPO zieht diesbezüglich ein Verwertungsverbot nach sich, das durch den Widerspruch in der Hauptverhandlung ausgelöst wird.

Um die Strafverfolgungsbehörden zur nachhaltigen Beachtung der Beteiligungsrechte im Ermittlungsverfahren anzuhalten und so der Intention des § 168c StPO für den weiteren Verfahrensverlauf die nötige Beachtung zukommen zu lassen,

<sup>999</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt B. (S. 175 f.).

<sup>1000</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt C. I. (S. 175 f.).

<sup>1001</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt D. I. (S. 181).

steht das oben genannte Verwertungsverbot auch der Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeuge vom Hörensagen entgegen.<sup>1002</sup>

Dementsprechend steht das Verwertungsverbot auch der Möglichkeit entgegen, die Verlesung des (richterlichen) Protokolls nach den Regelungen des §§ 251 Abs. 1, 253 StPO und damit als Niederschrift über eine nichtrichterliche Vernehmung zuzulassen.<sup>1003</sup> Gleiches muss gelten für Einführung des Vernehmungsergebnisses im Wege des Vorhalts.<sup>1004</sup> Der Bundesgerichtshof wäre hier gut beraten, an seiner ursprünglichen Rechtsprechung festzuhalten und diese nicht zugunsten eines die Beschuldigtenrechte unterlaufenden „prima facie Schutzes“ aufzugeben.

Im Falle eines Verstoßes gegen § 168c StPO kann es nach dem eben Gesagten nur einen Weg geben, der es im Ergebnis gewährleistet, dass die unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO gewonnene Aussage keinerlei Auswirkungen auf den Ausgang der späteren Hauptverhandlung haben – nämlich die Annahme eines absoluten Beweisverwertungsverbots. Ein solches Verwertungsverbot darf sich eben nicht bloß auf eine bestimmte Art der Verwertung erstrecken, sondern es muss zum Schutz des Angeklagten jeden inhaltlichen Zugriff auf die unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte zustande gekommene frühere Vernehmung verbieten.<sup>1005</sup>

### 3. Verstöße in Mehrpersonenkonstellationen

Das umfassende Beweisverwertungsverbot beschränkt sich entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht nur auf den vom Verstoß unmittelbar betroffenen Angeklagten. Es entfaltet seine Wirkungen auch zugunsten etwaiger Mitangeklagter.<sup>1006</sup> Im Übrigen sprechen unter dem Gesichtspunkt der Fairness gewichtige Gründe dafür, dass ein Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO auch von einem Mitangeklagten gerügt werden können muss, wenn dessen eigene Rechtsposition von dem Verstoß nicht unmittelbar betroffen war.

### III. Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Aussagen

Für die Verwertbarkeit der extraterritorial erhobenen Beweisergebnisse kommt es nicht auf das Recht des erhebenden, sondern auf das Recht des Staates an, in

<sup>1002</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt D. II. (S. 182 ff.).

<sup>1003</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt D. III. 1. (S. 189 ff.).

<sup>1004</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt D. III. 2. (S. 191 ff.).

<sup>1005</sup> Ebenso für die Annahme eines derart umfassenden Verwertungsverbots *Achenbach*, in: AK-StPO § 168c Rn. 18; *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 59; *Walther*, in: AnwKommStPO § 168c Rn. 19; *Wohlert*, in: SK-StPO § 168c Rn. 44; *Zöller*, in: HK-StPO § 168c Rn. 10; *Fezer*, StV 1987, 234; *Widmaier*, in: FS-Friebertshäuser, S. 185 (193).

<sup>1006</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt E. (S. 195 ff.).

dem die Verwertung erfolgen soll,<sup>1007</sup> vorliegend also auf die Regelungen der Strafprozessordnung.

Ist für die Durchführung eingehender Rechtshilfeersuche die Anwendung des deutschen Verfahrensrechts vorgesehen, sind Schwierigkeiten, welche aus der Beteiligung zweier Rechtsordnungen resultieren können, nicht zu befürchten. Die durchzuführende Maßnahme hat nach den Vorgaben des deutschen Verfahrensrechts zu erfolgen. Damit aber der um Rechtshilfe ersuchte Staat die deutschen Verfahrensvorschriften einhalten kann, ist der ersuchende Staat verpflichtet, in seinem Rechtshilfeersuchen ausdrücklich auf die zu beachtenden Form- und Verfahrensvorschriften hinzuweisen. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden trifft diesbezüglich also eine Hinwirkungspflicht.<sup>1008</sup>

Wird bei der richterlichen Vernehmung durch den ausländischen Staat gegen die Beteiligungsrechte des § 168c StPO verstoßen, steht der Verwertbarkeit der so gewonnen Aussagen im deutschen Strafverfahren das oben genannte umfassende Beweisverwertungsverbot entgegen. Gleiches gilt für den Fall, dass der um Rechtshilfe ersuchenden Behörde bei der Stellung und Durchführung des Rechtshilfeersuchens Versäumnisse vorzuwerfen sind und sie dementsprechend ihrer Hinwirkungspflicht nicht (ausreichend) nachgekommen ist, etwa weil sie nicht ausdrücklich auf die zu beachtenden Verfahrensvorschriften hingewiesen hat.<sup>1009</sup> Das hierin zutage tretende Handlungsunrecht rechtfertigt es ebenfalls, ein umfassendes Verwertungsverbot auszulösen.<sup>1010</sup>

Ungleich schwieriger gestaltet sich die Frage nach der Verwertbarkeit, wenn deutsches Verfahrensrecht bei der Beweiserhebung keine Rolle spielt, die Vernehmungshandlung ausschließlich nach der jeweils geltenden Verfahrensordnung durchgeführt wird und diese keine den Beteiligungsrechten des § 168c StPO vergleichbaren Regelungen vorsieht. Jedenfalls solange bei der Vernehmungshandlung die jeweils geltenden Verfahrensvorschriften und Beteiligungsrechte beachtet werden, erfolgt die Beweiserhebung im Hinblick auf das Prinzip des „locus regit actum“ hier grundsätzlich in rechtmäßiger Art und Weise. Gleichwohl kann das gewonnene Protokoll nicht im Wege der Verlesung einer richterlichen Niederschrift (§ 251 Abs. 2 StPO) in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Eine Verwertbarkeit kommt nur nach den Regelungen, die für die Verlesung einer nichtrichterlichen Vernehmungsniederschrift gelten, in Betracht.<sup>1011</sup> Im Unterschied zu rein innerdeutschen Sachverhalten ist die Einfüh-

<sup>1007</sup> BGHSt 38, 263 (265); *Rogall*, JZ 1996, 944 (953); *Wohlers*, NStZ 1995, 45 (46); anders dagegen *Dölling*, in: AK-StPO § 251 Rn. 27; *Gollwitzer*, in: L/R<sup>25</sup> § 251 Rn. 25, die für eine Verwertbarkeit nach den Vorgaben des Erhebungsstaates plädieren.

<sup>1008</sup> BGHSt 35, 83 (84); 42, 86 (91).

<sup>1009</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt F. I. (S. 205 ff.).

<sup>1010</sup> *Schuster*, S. 119 ff., 121 f., 181; ferner *Erb*, in: L/R § 168c Rn. 5a; *Wohlers*, in: SK-StPO § 168c Rn. 41;

<sup>1011</sup> Siehe hierzu die Ausführungen im achten Kapitel Gliederungspunkt F. II. (S. 207 ff.).



rung als Protokoll über eine nichtrichterliche Vernehmung bei grenzüberschreitenden Fällen ein gangbarer Weg, da es hier gerade nicht um die nachträgliche Kaschierung von erfolgten Verstößen gegen § 168c StPO, sondern um die „verfahrenstechnische Kompatibilität zweier Rechtsordnungen“ geht. Ein absolutes Beweisverwertungsverbot sollte demgegenüber in den Konstellationen angenommen werden, in denen die Vernehmung unter Verkennung unverzichtbarer allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze erfolgt oder um bewusst nach deutschem Recht bestehende Verfahrensrechte zu umgehen.



## Literaturverzeichnis

- Ahlbrecht, Heiko / Böhm, Klaus-Michael / Esser, Robert / Hugger, Heiner / Kirsch, Stefan / Rosenthal, Michael*: Internationales Strafrecht in der Praxis, Heidelberg 2008
- Alsberg, Max / Nüse, Karl-Heinz / Meyer, Karlheinz*: Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl., Köln u.a. 1983
- Ambos, Kai*: Beweisverwertungsverbote, Berlin 2010
- Ambos, Kai*: Internationales Strafrecht, 3. Aufl., München 2011
- Amelung, Knut*: Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm?, in: NJW 1978, S. 623–624
- Aschrott, Paul Felix*: Reform des Strafprozesses – Kritische Besprechungen der von der Kommission für die Reform des Strafprozesses gemachten Vorschläge, Berlin 1906
- Aschrott, Paul Felix*: Der Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetze, kritisch besprochen, Berlin 1908
- Aust, Stefan*: Der Baader Meinhof Komplex, 9. Aufl., Hamburg 2008
- Barton, Stephan*: Sachverständiger und Verteidiger, in: StV 1983, S. 73–81
- Beck'scher Online Kommentar StPO: Hrsg. v. Jürgen Peter Graf, 9. Edition, München 2011
- Beling, Ernst von*: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluss des Strafgerichtsverfassungsgesetzes, Berlin 1928
- Bender, Rolf / Nack, Armin / Treuer, Wolf-Dieter*: Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl., München 2007
- Bernsmann, Klaus*: Verwertungsverbot bei fehlender und mangelhafter Belehrung, in: StraFo 1998, S. 73–78
- Bettermann, Karl August / Nipperdey, Hans Carl / Scheuner, Ulrich*: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, Berlin 1959
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Der verdrängte Ausnahmezustand – Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, in: NJW 1978, S. 1881–1890
- Böse, Martin*: Die Verwertung im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen Strafverfahren, in: ZStW 114 (2002), S. 148–182
- Bohnert, Joachim*: OWiG – Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Aufl., München 2007
- Botzat, Tatjana / Kiderlen, Elisabeth / Wolff, Frank*: Ein deutscher Herbst. Zustände 1977, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 2004
- Bringewat, Peter*: Strafvollstreckung – Kommentar zu den §§ 449–436d StPO, Baden-Baden 1993
- Brunner, Rudolf / Dölling, Dieter*: Jugendgerichtsgesetz, 12. Aufl., Berlin 2011

- Dahs, Hans*: Bewältigung großer Strafprozesse – um welchen Preis?, in: NJW 1974, S. 1538–1543
- Dahs, Hans / Langkeit, Jochen*: Das Schweigerecht des Beschuldigten und seine Auskunftsverweigerung als „verdächtiger Zeuge“ zugleich Anm. zu BGH, Urt. v. 26.05.1992 – 5 StR 122/92, in: NStZ 1993, S. 213–216
- Dahs, Hans*: Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Köln 2005
- Dallinger, Wilhelm / Lackner, Karl*: Jugendgerichtsgesetz, 2. Aufl., München u.a. 1965
- Dellingshausen, Ulrike von*: Zum Anwesenheitsrecht eines Mitbeschuldigten bei der richterlichen Vernehmung des anderen Mitbeschuldigten im Ermittlungsverfahren, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, hrsg. v. Wilfried Küper und Jürgen Welp, Heidelberg 1993, S. 685–703
- Dencker, Friedrich*: Anm. zu BGH, Urt. v. 10.08.1994 – 3 StR 53/94, in: StV 1995, S. 232–236
- Dippel, Karlhans*: Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozess, Heidelberg 1986
- Dölling, Dieter*: Zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, in: Festschrift für Heike Jung, hrsg. v. Guido Britz u.a., Baden-Baden 2007, S. 77–86
- Dölp, Michael*: Zur Nichtbenachrichtigung des Beschuldigten nach § 168c V StPO, in: NStZ 1990, S. 117–118
- Dörinkel, Wolfram*: Anwesenheit eines Verteidigers bei Vernehmung von Zeugen durch die Kartellbehörden. Recht des Zeugen auf eigenen Rechtsbeistand, in: WuW 1975, S. 254–260.
- Dörr, Dieter / Dreher, Meinrad*: Europa als Rechtsgemeinschaft, Baden-Baden 1997
- Dokumentation der Bundesregierung zur Entführung von Hanns-Martin Schleyer  
Hrsg. v. Presse und Informationsamt der Bundesregierung, Bonn 1977.
- Duttge, Gunnar*: Anm. zu BGH, Beschl. v. 10.09.2002 – 1StR 169/02, in: NStZ 2003, S. 375–378
- Endriss, Rainer*: Vom Fragerecht des Beschuldigten im Vorverfahren, in: Festschrift für Peter Rieß, hrsg. v. Ernst-Walter Hanack u.a., Berlin u.a. 2002, S. 65–75
- Engels, Dieter*: Konsequenzen der BGH-Rechtsprechung zur Vernehmung von V-Männern, in: NJW 1983, S. 1530–1532
- Eisele, Jörg*: Die Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte der EMRK im deutschen Strafprozess aus dem Blickwinkel des Revisionsrechts, in: JR 2004, S. 12–20
- Eisele, Jörg*: Anm. zu BGH, Beschl. v. 29.11.2006 – 1 StR 493/06, in: JR 2007, S. 303–305
- Eisenberg, Ulrich*: Zur „besonderen Qualität“ richterlicher Vernehmung im Ermittlungsverfahren, in: NStZ 1988, S. 488–489
- Eisenberg, Ulrich*: Aspekte der Rechtsstellung des Strafverteidigers, in: NJW 1991, S. 1257–1263
- Eisenberg, Ulrich*: Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 6. Aufl., München 2008
- Eisenberg, Ulrich*: Jugendgerichtsgesetz, 14. Aufl., München 2010

- Ernesti, Günter*: Grenzen anwaltlicher Interessenvertretung im Ermittlungsverfahren, in: JR 1982, S. 221–229
- Fätkinhauer, Hans-Jürgen*: OK-Bekämpfung und Rechtshilfe, in: Der Kriminalist 1994, S. 257–258
- Fezer, Gerhard*: Grundfälle zum Verlesungs- und Verwertungsverbot im Strafprozeß, in: JuS 1977, S. 382–385
- Fezer, Gerhard*: Anm. zu BGH, Urteil v. 3.11.1982 – 3 StR 434/82, in: JZ 1983, S. 355–356
- Fezer, Gerhard*: Zur Zulässigkeit von Vorbehalten aus unter Verletzung § 168c Abs. 5 StPO entstandenen Zeugenvernehmungen, in: StV 1987, S. 234–235
- Fezer, Gerhard*: Strafprozeßrecht, 2. Aufl., München 1995
- Fezer, Gerhard*: Anm. zu BGH, Beschl. v. 17.2.2009 – 1 StR 691/08, in: NStZ 2009, S. 524–525
- Fincke, Martin*: Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden, in: ZStW 95 (1983), S. 918–972
- Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., München 2010
- Geppert, Klaus*: Kontroll- und Förderungspflicht des Ermittlungsrichters, in: DRiZ 1992, S. 405–414
- Geppert, Klaus*: Nochmals, doch immer wieder: Zum Beginn der „Beschuldigten“ – Eigenschaft, in: Festschrift für Friedrich Christian Schroeder, hrsg. v. Andreas Hoyer, Heidelberg 2006, S. 675–690
- Gerlach, Jürgen von*: Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Ermittlungsverfahren, in: NJW 1969, S. 776–781
- Gerland, Heinrich Balthasar*: Der deutsche Strafprozeß: Eine systematische Darstellung, Neudruck der Ausgabe, Mannheim 1927
- Geyer, August*: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozessrechts, Leipzig 1880
- Glaser, Julius*: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, Leipzig 1883
- Gless, Sabine*: Das Verhältnis von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten und das Prinzip „locus regit actum“, in: Festschrift für Gerald Grünwald, hrsg. v. Erich Samson u.a., Baden-Baden 1999, S. 197–212
- Gless, Sabine*: Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, in: JR 2008, S. 317–326
- Gless, Sabine*: Anm. zu BGH, Beschl. v. 17.02.2009 – 1 StR 691/08, in: NStZ 2010, S. 98–100
- Göhler, Erich/Seitz, Helmut/Gürtler, Franz*: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 15. Aufl., München 2009
- Gössel, Karl Heinz*: Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in: Festschrift für Hanns Dünnebier, hrsg. v. Ernst-Walter Hanack u.a., Berlin u.a. 1982, S. 121–146
- Gössel, Karl Heinz*: Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in: ZStW 94 (1982), S. 5–36

- Granderath, Reinhard*: Schutz des Tatopfers im Strafverfahren, in: MDR 1983, S. 797–801
- Gründler, Wolfgang*: Zur Frage der Anwesenheit des Beschuldigten bei richterlicher Vernehmung eines Mitbeschuldigten, in: MDR 1986, S. 903
- Grünwald, Gerald*: Der Niedergang des Prinzips der unmittelbaren Zeugenvernehmung, in: Festschrift für Hanns Dünnebier, hrsg. v. Ernst-Walter Hanack u.a., Berlin u.a. 1982, S. 347–364
- Grünwald, Gerald*: Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden 1993
- Grützner, Heinrich / Pötz, Paul-Günter / Kreß, Claus*: Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., Heidelberg 2008
- Gubitz, Michael*: Der Anwalt als Strafverteidiger im Ermittlungsverfahren, in: JA 2007, S. 210–215
- Hackner, Thomas / Lagodny, Otto / Schomburg, Wolfgang / Gless, Sabine*: Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl., München 2006
- Hahn, Carl*: Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Berlin 1880
- Haller, Klaus / Conzen, Klaus*: Das Strafverfahren, 5. Aufl., Heidelberg 2008
- Hamm, Rainer*: Die (notwendige) Verteidigung während des Vorverfahrens im Lichte der Vertragstheorie und der neueren Rechtsprechung, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, hrsg. v. Cornelius Prittwitz u.a., Baden-Baden 2002, S. 717–726
- Hanack, Ernst-Walter*: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht, in: JZ 1972, S. 81–82
- Hanack, Ernst-Walter*: Anm. zu BGH, Urt. v. 26.11.1986 – 2 StR 390/86, in: JR 1988, S. 81–83
- Hecker, Bernd*: Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2010
- Hegler, August*: Zur Strafprozeßreform, in: ZStW 33 (1912), S. 115–122
- Hegmann, Jürgen*: Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, Bochum 1981
- Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung: Hrsg. v. Michael Lemke u.a., 4. Aufl., Heidelberg 2009
- Henkel, Heinrich*: Strafverfahrensrecht, Stuttgart 1953
- Heydebreck, Tessen von*: Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Strafverfahren, Göttingen 1974
- Hilger, Hans*: Anm. zu BGH, Beschl. v. 23.09. 1988 – 2 StR 409/88, in: NStZ 1989, S. 283
- Hippel, Robert von*: Vorläufiger Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes, in: ZStW 41 (1920), S. 2–34
- Hohmann, Ralf*: Zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Anhörung des Verurteilten vor Entscheidung über eine Strafaussetzung der Reststrafe, in: StV 1990, S. 413–414
- Horn, Richard*: Gehört der Kriminalkommissar zu den Prozeßbeteiligten des § 191 StPO?, in: ZStW 29 (1909), S. 74–81

- Joecks, Wolfgang*: Studienkommentar StPO, 3. Aufl., München 2011
- Jugendgerichtsgesetz: Hrsg. v. Herbert Diemer u.a., 4. Aufl., Heidelberg 2002
- Jung, Heike*: Das Kontaktsperregesetz, in: JuS 1977, S. 846–847
- Jung, Heike*: Zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, in: JR 1984, S. 309–312
- Jung, Heike*: Das Opferschutzgesetz, in: JuS 1987, S. 157–159
- Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: Hrsg. v. Lothar Senge, 3. Aufl., München 2006
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz: Hrsg. v. Rolf Hannich, 6. Aufl., München 2008
- Karpinski, Kurt*: Der Sachverständige im Strafprozess, in: NJW 1968, S. 1173
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich*: Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch Band 1, 3. Aufl., Baden-Baden 2010
- Kindhäuser, Urs*: Strafprozessrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2010
- Kion, Dieter*: Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, in: NJW 1966, S. 1800–1801
- Klemke, Olaf*: Unterlasse Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und ihre Konsequenzen, in: StV 2003, S. 413–415
- KMR Kommentar zur Strafprozessordnung: Hrsg. v. Theodor Kleinknecht / Hermann Müller, 5. Aufl., Nürnberg u.a. 1963
- KMR Kommentar zur Strafprozessordnung: Band 2: §§ 94–150, hrsg. v. Bernd von Heitschel-Heinegg u.a., Köln, [Stand: 61. EGL, 2011]
- KMR Kommentar zur Strafprozessordnung: Band 3: §§ 151–225, hrsg. v. Bernd von Heitschel-Heinegg u.a., Köln, [Stand: 61. EGL, 2011]
- KMR Kommentar zur Strafprozessordnung: Band 6: §§ 407–495, hrsg. v. Bernd von Heitschel-Heinegg u.a., Köln, [Stand: 61. EGL, 2011]
- Kohlmann, Günter*: Waffengleichheit im Strafprozeß?, in: Festschrift für Karl Peters, hrsg. v. Jürgen Baumann u.a., Tübingen 1974, S. 311–321
- Kohlrausch, Eduard*: Die Strafprozeßreform – ein Retrolog, in: ZStW 33 (1912), S. 226–229
- Kommentar zur Strafprozessordnung in der Reihe Alternativkommentare: Hrsg. v. Rudolf Wassermann, Band 2 Teilband 1: §§ 94–212b; Neuwied u.a. 1992
- Kommentar zur Strafprozessordnung in der Reihe Alternativkommentare: Hrsg. v. Rudolf Wassermann, Band 2 Teilband 2: §§ 213–275, Neuwied u.a. 1993
- Kraegeloh, Wolfgang*: Verbesserungen im Wiederaufnahmerecht durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), in: NJW 1975, S. 137–140
- Krattinger, Peter Georg*: Die Strafverteidigung im Vorverfahren im deutsch, französischen und englischen Strafprozeß und ihre Reform, Bonn 1964
- Krause, Dietmar*: Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei der Vernehmung des Mitbeschuldigten, in: NJW 1975, S. 2283–2284

- Krause, Dietmar*: Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren, in: StV 1984, S. 169–175
- Krauß, Detlef*: Richter und Sachverständiger im Strafverfahren, in: ZStW 85 (1973), S. 320–359
- Krekeler, Wilhelm*: Strafverfahrensrecht und Terrorismus – Bewährung oder Niederlage des Rechtsstaates, in: AnwBl 1979, S. 212–217
- Krekeler, Wilhelm*: Der Beweiserhebungsanspruch der Verteidigung im Ermittlungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Sachverständigenbeweises, in: AnwBl 1986, S. 62–65
- Krekeler, Wilhelm*: Änderung des sogenannten Kontaktsperregesetzes, in: NJW 1986, S. 417–418
- Krekeler, Wilhelm/Löffelmann, Markus/Sommer, Ulrich*: Anwaltkommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl., Bonn 2010
- Kreß, Claus*: Das Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag, in: ZStW 116 (2004), S. 445–474
- Kries, August von*: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i.Br. 1892
- Kurzkommentar zum Jugendgerichtsgesetz: Hrsg. v. Christoph Nix, Weinheim 1994
- Kudlich, Hans*: Anm. zu BGH, Beschl. v. 17.02.1009 – 1 StR 691/08, in: JR 2009, S. 303–304
- Kunert, Karl H.*: Anm. zu BGH, Urt. v. 25.07.2000 – 1 StR 169/00, in: NStZ 2001, S. 217–218
- Kutsch, Gregor*: Internationale strafrechtliche Zusammenarbeit, 2. Aufl., Heidelberg 2006
- Kühne, Hans-Heiner*: Strafprozessrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2010
- Küpper, Georg/Mosbacher, Andreas*: Anm. zu BGH, Urt. v. 20.02.1997 – 4 StR 598/96, in: JuS 1998, S. 690–695
- Lampe, Joachim*: Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG, in: NJW 1975, S. 195–199
- Lange, Regina*: Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren, Heidelberg 1980
- Lange, Richard*: Terrorismus kein Notstandsfall? Zur Anwendung des § 34 StGB im öffentlichen Recht, in: NJW 1978, S. 784–786
- Larsen, Günther*: Zum Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten in analoger Anwendung des § 168 c StPO, in: Opuscula honoraria. Egon Müller zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Bernd Luxenburger, Manfred Birkenheier, Saarbrücken 2003, S. 3–21
- Lesch, Heiko*: Der Beschuldigte im Strafverfahren – über den Begriff und die Konsequenzen der unterlassenen Belehrung, in: JA 1995, S. 157–162
- Löwe, Ewald*: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Berlin 1892
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 17. Aufl., Berlin u.a. 1927



- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 2: §§ 112–212b, hrsg. v. Hans Dünnebie, 23. Aufl., Berlin u.a. 1978
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 1: Einleitung, §§ 1–11 In, hrsg. v. Peter Rieß., 24. Aufl., Berlin u.a. 1988
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 2: §§ 112–197, hrsg. v. Peter Rieß., 24. Aufl., Berlin u.a. 1989
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 5: §§ 374–474, Nachtrag, EGStPO, hrsg. v. Peter Rieß., 24. Aufl., Berlin u.a. 1989
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 5: §§ 296–373a, hrsg. v. Volker Erb u.a., 25. Aufl., Berlin 2003
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 1: Einleitung; §§ 1–47, hrsg. v. Volker Erb u.a., 26. Aufl., Berlin 2006
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 2: §§ 48–93, hrsg. v. Volker Erb u.a., 26. Aufl., Berlin 2008
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 4: §§ 112–150, hrsg. v. Volker Erb u.a., 26. Aufl., Berlin 2007
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 5: §§ 151–212b, hrsg. v. Volker Erb u.a., 26. Aufl., Berlin 2008
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 6, Teilband 1: §§ 213–255a, hrsg. v. Volker Erb u.a., 26. Aufl., Berlin 2009
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 8: §§ 374–448, hrsg. v. Volker Erb u.a., 26. Aufl., Berlin 2009
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 9: §§ 449–495, EGStPO, hrsg. v. Volker Erb u.a., 26. Aufl., Berlin 2009
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 10: GVG, EGGVG, hrsg. v. Volker Erb u.a., 26. Aufl., Berlin 2010
- Lüderssen, Klaus*: Wie abhängig ist der Strafverteidiger von seinem Auftraggeber? Wie abhängig kann und soll er sein?, in: Festschrift für Hanns Dünnebie, hrsg. v. Ernst Walter Hanack u.a., Berlin 1982, S. 263–276
- Lürken, Günter*: Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozess, in: NJW 1968, S. 1161–1165
- Lüttger, Hans*: Der genügende Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, in: GA 1957, S. 193–218
- Maetzel, Bogumil*: Anhörung vor der Strafvollstreckungskammer ohne Benachrichtigung des Verteidigers, in: AnwBl 1975, S. 420–421

- Mangoldt, Hermann von / Klein, Friedrich / Starck, Christian*: Kommentar zum Grundgesetz: GG, Bd. III, 6. Aufl., München 2010
- Marxen, Klaus / Tiemann, Frank*: Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2. Aufl., Heidelberg 2006
- Maurer, Hartmut*: Staatsrecht I, 6. Aufl., München 2010
- Maurer, Hartmut*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011
- Stenglein, Melchior*: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877, München 1889
- Meyer-Goßner, Lutz*: Anm. zu BGH, Urt. v. 11.05.1976 – 1 StR 166/76, in: JR 1977, S. 258
- Meyer-Goßner, Lutz*: Anm. zu BGH, Urt. v. 02.05.1979 – 2 StR 99/79, in: JR 1980, S. 254–256
- Meyer-Goßner, Lutz*: Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl., München 2011
- Mosbacher, Andreas*: Aktuelles Strafprozessrecht, in: JuS 2007, S. 724–728
- Mosbacher, Andreas*: Aktuelles Strafprozessrecht, in: JuS 2009, S. 696–700
- Mosbacher, Andreas*: Zur Zukunft der Widerspruchslösung – Der Widerspruch als Zwischenrechtsbehelf, in: Festschrift für Ruth Rissing-van Saan, hrsg. v. Klaus Bernsmann u.a., Berlin u.a. 2011, S. 357–378
- Müller, Egon*: Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, in: NJW 1976, S. 1063–1067
- Nack, Armin*: Verwertung rechtswidriger Ermittlungen nur zugunsten des Beschuldigten?, in: StraFo 1998, S. 366–374
- Nagel, Karl-Friedrich*: Beweisaufnahme im Ausland, Freiburg i. Br. 1988
- Nagel, Karl-Friedrich*: Anm. zu BGH, Urt. v. 19.03.1996 – 1 StR 497/95, in: NStZ 1998, S. 148–149
- Nagler, Johannes*: Zur Einschätzung der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, in: Der Gerichtssaal Band 90 (1924), S. 398–440
- Nelles, Ursula*: Der Einfluss der Verteidigung auf Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren, in: StV 1986, S. 74–80
- Neuhaus, Ralf*: Notwendige Verteidigung im Erkenntnisverfahren, in: ZAP 1995, S. 147–168
- Neuhaus, Ralf*: Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenvernehmung, in: NStZ 1997, S. 312–316
- Neuhaus, Ralf*: Anm. zu BGH, Urt. v. 25.07.2000 – 1 StR 169/00, in: JuS 2002, S. 18–21
- Neuhaus, Ralf*: Die Änderungen der StPO durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz vom 24.08.2004, in: StV 2005, S. 47–53
- Nierwetberg, Rüdiger*: Die Feststellung hinreichenden Tatverdachts bei der Eröffnung insbesondere des Privatklagehauptverfahrens, in: NStZ 1989, S. 212–215

- Oetker, Friedrich August*: Die Strafgerichtsverfassung nach der Verordnung vom 4. Januar 1924, in: Der Gerichtssaal Band 90 (1924), S. 341–397
- Ostendorf, Heribert*: Verteidigung am Scheideweg, in: JZ 1979, S. 252–254
- Ostendorf, Heribert*: Jugendgerichtsgesetz, 8. Aufl., Baden-Baden 2009
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 70. Aufl., München 2010
- Park, Tido*: Revisionsrechtliche Aspekte der Verlesung von Vernehmungsniederschriften und schriftlichen Erklärungen gem. § 251 StPO, in: StV 2000, S. 218–223
- Paulus, Rainer*: Rechtsdogmatische Bemerkungen zum Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung des Strafverfahrens, in: JuS 1988, S. 873–878
- Perron, Walter*: Auf dem Weg zu einem Europäischen Ermittlungsverfahren?, in: ZStW 112 (2000), S. 202–224
- Perron, Walter*: Die Verwertbarkeit ausländischer Beweise im deutschen Strafverfahren, in: Europäische Rechtsakademie Forum 2001, S. 61–63
- Peters, Karl*: Fehlerquellen im Strafprozeß. Band 2: Systematische Untersuchungen und Folgerungen, Heidelberg 1975
- Peters, Karl*: Strafprozess – Ein Lehrbuch, 4. Aufl., Heidelberg 1985
- Pfeiffer, Gerd*: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., München 2001
- Prittwitz, Cornelius*: Der Mitbeschuldigte – ein unverzichtbarer Belastungszeuge? Sachverhaltsaufklärung durch Rollenmanipulation, in: NStZ 1981, S. 463–469
- Puchelt, Ernst Sigismund*: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Leipzig 1881
- Putzke, Holm / Scheinfeld, Jörg*: Strafprozessrecht, Baden-Baden 2005
- Ranft, Otfried*: Strafprozessrecht, 3. Aufl., Stuttgart 2005
- Rengier, Rudolf*: Grundlegende Verwertungsprobleme bei den §§ 252, 168c, 251 StPO, in: Jura 1981, S. 299–307
- Richmann, Anke*: Die Beteiligung des Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreters am Jugendstrafverfahren, Frankfurt u.a. 2002
- Richter, Christian II*: Sockelverteidigung – Voraussetzung, Inhalte und Grenzen der Zusammenarbeit von Verteidigern verschiedener Beschuldigter, in: NJW 1993, S. 2152–2157
- Riegel, Reinhard*: Neueste Entwicklungstendenzen im Polizei und Strafverfahrensrecht, in: ZRP 1978, S. 14–20
- Riegel, Reinhard*: Die neuen Grundlagen der polizeilichen Personenkontrolle und Durchsuchungen von Wohnungen im Strafverfahrensrecht, in: BayVBl 1978, S. 589–597
- Riegel, Reinhard*: Zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilicher Vernehmung einer aus Gründen der Gefahrenabwehr festgehaltenen Person, in: Die Polizei 1978, S. 103 ff.
- Rieke, Astrid S.*: Die polizeiliche und staatsanwaltliche Vernehmung Minderjähriger, Münster 2003

- Rieß, Peter*: Der Beschuldigte als Subjekt des Strafverfahrens in Entwicklung und Reform der Strafprozeßordnung, in: Festschrift zum 100jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. Januar 1877, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1977, S. 373–440
- Rieß, Peter/Hilger, Hans*: Das neue Strafverfahrensrecht – Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987, in: NStZ 1987, S. 145–157
- Rieß, Peter*: Der Strafprozeß und der Verletzte – eine Zwischenbilanz, in: Jura 1987, S. 281–291
- Rieß, Peter*: Anm. zu OLG Karlsruhe, Beschl. v. 9.11.1995 – 2 VAs 18/95, in: StV 1996, S. 304–307
- Rogall, Klaus*: Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlin 1977
- Rogall, Klaus*: Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß, in: JZ 1996, S. 944–955
- Roger, Benjamin*: Europäisierung des Strafverfahrens – oder nur der Strafverfolgung?, in: GA 2010, S. 27–43
- Rose, Frank Guido*: Der Auslandszeuge im Beweisrecht des deutschen Strafprozesses, Frankfurt a. M. 1998
- Rose, Frank Guido*: Anm. zu BGH, Urt. v. 24.07.1996 – 3 StR 609/95, in: NStZ 1998, S. 154–157
- Roxin, Claus*: Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozeß, in: Probleme der Strafprozeßreform, hrsg. v. Hans Lüttger, Berlin 1975
- Roxin, Claus*: Zur Stellung der Staatsanwaltschaft damals und heute, in: DRiZ 1997, S. 109–121
- Roxin, Claus*: Anm. zu BGH, Beschl. v. 05.02.2002 – 5 StR 588/01, in: JZ 2002, S. 898–900
- Roxin, Claus / Arzt, Gunther / Tiedemann, Klaus*: Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2006
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*: Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., München 2009
- Sarstedt, Werner*: Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozess, in: NJW 1968, S. 177–182
- Satzger, Helmut*: Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2010
- Schaefer, Hans-Christoph*: Zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten, in: MDR 1977, S. 980–982
- Schäfer, Gerhard / Sander, Günter*: Die Praxis des Strafverfahrens anhand einer Akte, 6. Aufl., Stuttgart 2000
- Schellenberg, Frank*: Zur Zulässigkeit staatsanwaltlicher Vernehmungersuchen im Ermittlungsverfahren, in: NStZ 1991, S. 72–73
- Scheller, Susanne*: Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung, Freiburg i. Br. 1997

- Schlothauer, Reinhold*: Vereinfachte Beweisaufnahme nach dem Verbrechensbekämpfungsgesetz auch in der Berufungsinstanz?, in: StV 1995, S. 46–47
- Schlothauer, Reinhold*: Die Flucht aus der Justizförmigkeit durch die europäische Hintertür zugleich Anm. zu BGH, Urt. v. 25.07.2000 – 1 StR 169/00, in: StV 2001, S. 127–131
- Schlüchter, Ellen*: Das Strafverfahren, 2. Aufl., Köln u.a. 1983
- Schmidt, Walther*: Die Vollstreckungskammern in der Praxis, in: NJW 1975, S. 1485–1491
- Schneider, Hans Joachim*: Die Rechtsstellung des Verbrechensofners im Strafrecht und im Strafverfahren, in: Jura 1989, S. 72–81
- Schneidewin, Karl*: Der Urkundsbeweis in der Hauptverhandlung, in: JR 1951, S. 481–489
- Schnitzerling, Manfred*: Probleme um die Stellung des Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters im Jugendstrafrecht, in: UJ 1957, S. 367 ff.
- Schomburg, Wolfgang*: Auf dem Wege zu einem europäischen Rechtsraum?, in: DRiZ 1999, S. 107–114
- Schomburg, Wolfgang*: Justizielle Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts in Europa: EURO-JUST neben Europol, in: ZRP 1999, S. 237–240
- Schulz, Uwe*: Die analoge Anwendung des § 168c II StPO auf die Vernehmung des Mitbeschuldigten, in: StraFo 1997, S. 294–298
- Schuster, Frank Peter*: Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, Berlin 2006
- Schübel, Eva*: Wie gut funktioniert die Strafverfolgung innerhalb Europas? – Eine Bestandsaufnahme am Beispiel terroristischer Gewalttaten – , in: NStZ 1997, S. 105–111
- Schwaben, Sylvia*: Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklärungsrüge und Verwertungsverbot, in: NStZ 2002, S. 288–296
- Schwarz, Otto*: Strafprozeßordnung, 20. Aufl., München u.a. 1957
- Schwarz, Otto / Kleinknecht, Theodor*: Strafprozeßordnung, 23. Aufl., München u.a. 1962
- Schwer, Christian*: Die Stellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter im Jugendstrafverfahren, Hamburg 2004
- Sieg, Hans*: Zur Anwesenheit des Verteidigers bei Vernehmungen des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, in: NJW 1975, S. 1009
- Sieg, Hans*: Anwesenheit des Beschuldigten bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten, in: MDR 1986, S. 285
- Skuhr, Reinhold*: Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, in: NJW 1966, S. 1350–1351
- Stedler [Vorname unbekannt]*: Das Recht des Beschuldigten auf Beistand und Verteidiger im Steuerfahndungsverfahren, in: NJW 1955, S. 778–781

- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Band 1: §§ 1–93, hrsg. v. Hans-Joachim Rudolphi u.a., 3. Aufl., Köln, [Stand: 50. EGL, 2006]
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Band 2: §§ 94–136a, hrsg. v. Hans-Joachim Rudolphi u.a., 4. Aufl., Köln 2010
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Band 3: §§ 137–197, hrsg. v. Hans-Joachim Rudolphi u.a., 8. Aufl., Köln 2011
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1: Allgemeiner Teil §§ 38–79b StGB, hrsg. v. Hans-Joachim Rudolphi u.a., 8. Aufl., Neuwied [Stand: 126. EGL, 2011]
- Temming, Gerd*: Zur Frage der Verwertbarkeit von richterlichen Vernehmungen von Zeugen im vorbereitenden Verfahren, in: StV 1983, S. 52
- Terstegen, Otto*: Nochmals: Das Recht des Beschuldigten auf Beistand und Verteidiger im Steuer-Fahndungsverfahren, in: NJW 1955, S. 1100
- Teuter, Leo*: Anm. zu BGH, Urt. v. 25.07.2000 – 1 StR 169/00, in: StV 2005, S. 233–240
- Theisen, Wilhelm*: Zum Akteneinsichtsrecht und zum Anwesenheitsrecht bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten, in: JR 1996, S. 436–437
- Theisen, Wilhelm*: Anm. zu BGH, Urt. v. 20.02.1997 – 4 StR 598/96, in: JR 1998, S. 168–169
- Treptow, Walter*: Das Verfahren der Strafvollstreckungskammer, in: NJW 1975, S. 1105–1108
- Treptow, Walter*: Nochmals – die Strafvollstreckungskammern in der Praxis, in: NJW 1976, S. 222–223
- Tröndle, Herbert*: Der Sachverständigenbeweis, in: JZ 1969, S. 374–378
- Van Els, Hans / Hinkel, Hilmar*: Kompetenzverteilung zwischen Richter und Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren, in: NJW 1977, S. 85–88
- Vogel, Hans-Jochen*: Strafverfahrensrecht und Terrorismus – eine Bilanz, in: NJW 1978, S. 1217–1228
- Vogel, Joachim*: Abschaffung der Auslieferung?, in: JZ 2001, S. 937–943
- Vogtherr, Thomas*: Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafverteidigung, Frankfurt a. M. u.a. 1991
- Volk, Klaus*: Grundkurs StPO, 5. Aufl., München 2006
- Walther, Susanne*: Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation des Belastungszeugen“, in: GA 2003, S. 204–225
- Wank, Rolf*: Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., München 2011
- Wegner, Birgit*: Wie Opferschutz der Wahrheit dient, in: ZRP 1997, S. 404–412
- Welp, Jürgen*: Zwangsbefugnisse der Staatsanwaltschaft, Tübingen 1976
- Welp, Jürgen*: Anm. z. BGH, Urt. v. 02.05.1979 – 2 StR 99/79, in: JZ 1980, S. 134–138

- Weßlau, Edda*: Gespaltene Tatsachenfeststellungen, Überkreuzverwertungen und advokatorische Dilemmata – Beweisverwertung zum Nachteil von Mitbeschuldigten, in: StV 2010, S. 41–45
- Widmaier, Gunter*: Zum Verwertungsverbot wegen Verstoßes gegen § 168 c Abs. 5, in: Festgabe für den Strafverteidiger Heino Friebertshäuser mit Beiträgen von Praktikern zu Ehren des Praktikers und für die Praxis, hrsg. v. Günter Bandisch, Bonn 1997, S. 185–193
- Widmaier, Gunter*: Zu den Folgen der Verletzung von Art. 6 III lit. d EMRK durch unterbliebene Verteidigerbestellung: Beweiswürdigungslösung oder Verwertungsverbot?, in: NJW Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag am 18. Oktober 2002, München 2002, S. 76–98
- Wönne, Christine*: Anm. zu BGH, Urt. v. 09.07.1997 – 5 StR 234/96, in: NStZ 1998, S. 313–314
- Wohlens, Wolfgang*: Anm. zu BGH, Urt. v. 10.08.1994 – 3 StR 53/94, in: NStZ 1995, S. 45–46
- Wohlens, Wolfgang*: Art.6 Abs. 3 lit. d) EMRK als Grenze der Einführung des Wissens anonym bleibender Zeugen, in: Festschrift für Stefan Trechsel, hrsg. v. Andreas Donatsch u.a., Zürich 2002, S. 813–831
- Wohlens, Wolfgang*: Anm. zu BGH, Urt. v. 22.11.2001 – 1 StR 220/01, in: JR 2002, S. 294–296
- Wohlens, Wolfgang*: Verwertungsverbot bei Verstoß gegen § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO: Einschränkungen der Prüfungskompetenz des Tat- und Revisionsgerichts? – Besprechung von BGH, Urt. v. 24.7.2003 – 3 StR 212/02, in: GA 2003, S. 895–900
- Wohlens, Wolfgang*: Anm. zu BGH, Urt. v. 13.1.2005 – 4 StR 469/04, in: StV 2006, S. 228–229
- Wolters, Gereon*: Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift, Baden-Baden 1995
- Zaczyk, Rainer*: Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei richterlichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren (§ 168c StPO), in: NStZ 1987, S. 535–539
- Zapfe, Henrik*: Terror in Zeiten des Rechts, in: HFR 2008, S. 187–210

