

## Entscheidungsanmerkung

### Protokollverlesung nach Zeugnisverweigerung – Verzicht auf Verwertungsverbot

**1. Die Zulässigkeit der Verfahrensrüge eines Verstoßes gegen § 252 StPO setzt nicht den Vortrag voraus, der zeugnisverweigerungsberechtigte Zeuge habe nicht nach qualifizierter Belehrung auf das Verwertungsverbot verzichtet.**

**2. Die qualifizierte Belehrung über Möglichkeit und Rechtsfolgen eines Verzichts auf das Verwertungsverbot gemäß § 252 StPO sowie die daraufhin abgegebene Verzichtserklärung eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen sind als wesentliche Förmlichkeiten des Verfahrens in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen (§ 273 Abs. 1 StPO).**

**3. Ist auf das Verwertungsverbot aus § 252 StPO wirksam verzichtet worden, ist die frühere Aussage des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen nach allgemeinen Regeln verwertbar; dies schließt eine Verlesung gemäß § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO ein. (Amtliche Leitsätze)**

StPO §§ 52, 251 Abs. 2 Nr. 3, 252, 273 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 13.6. 2012 – 2 StR 112/12<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Das Strafverfahren ist auf die Ermittlung der Wahrheit als zentraler Voraussetzung von Gerechtigkeit gerichtet.<sup>2</sup> Gemäß § 261 StPO entscheidet das Gericht dabei über das Ergebnis einer Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung. Für den Vorgang der richterlichen Überzeugungsbildung gilt der Grundsatz der Unmittelbarkeit (vgl. §§ 226 Abs. 1, 250 ff. StPO), nach dem die Beweisaufnahme prinzipiell vor dem erkennenden Gericht selbst erfolgen muss (formelle Unmittelbarkeit) und die Beweismittel nicht durch Beweissurrogate ersetzt werden dürfen (materielle Unmittelbarkeit).<sup>3</sup> Wenn der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person beruht, verlangt § 250 S. 1 StPO deren Vernehmung in der Hauptverhandlung. Der Vorrang des Personal- vor dem Urkundsbeweis findet darin Ausdruck, dass die Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung in S. 2 der Vorschrift explizit untersagt wird – das erkennende Gericht soll sich eben „unmittelbar“ ein Bild machen können.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> BGH NJW 2012, 3192.

<sup>2</sup> S. Duttge, ZStW 115 (2003), 539 (542 ff.); Murmann, GA 2004, 65 (67 f.); Neumann, ZStW 101 (1989), 52; Theile, NStZ 2012, 666 f. Ferner BGHSt 43, 195 (204 ff.); 50, 40 (43 ff.).

<sup>3</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, § 21 Rn. 410.

<sup>4</sup> Vgl. Beulke, in: Böttcher (Hrsg.), Verfassungsrecht – Menschenrechte – Strafrecht, Kolloquium für Walter Gollwitzer zum 80. Geburtstag am 16. Januar 2004 in München, 2004, S. 1.

Den Zeugen selbst trifft vor Gericht eine Erscheins- (vgl. §§ 48 Abs. 1 S. 1, 51 StPO), Aussage- (vgl. §§ 48 Abs. 1 S. 2, 70 StPO) und eine materiellrechtlich über die §§ 153 ff. StGB abgesicherte Wahrheitspflicht (§§ 57 S. 1, 64 StPO). Gerade im Zusammenhang mit Sexualdelikten mag die Erfüllung dieser Pflichten namentlich für Opferzeugen belastend sein, indem sie vor Gericht öffentlich erneut zu den der Anklage zugrunde liegenden Tatsachen befragt werden. Insb. dann, wenn die Verteidigung eine Strategie des „Blaming the Victim“ verfolgt – ob es sich hierbei um ein quantitativ bedeutendes Problem handelt, steht rechtstatsächlich jedoch nicht fest – scheinen Prozesse einer sekundären Viktimisierung nicht ausgeschlossen, da sich an die durch die Straftat bewirkte primäre eine sekundäre Opfererfahrung im Gerichtssaal anschließt.<sup>5</sup>

Allerdings können Zeugen aus persönlichen Gründen (§ 52 StPO) das Zeugnis verweigern, wobei die Strafprozessordnung dieses Recht sehr weitgehend gewährleistet: Nach § 252 StPO darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Der sich zunächst zu einer Aussage entschließende Zeuge soll daher seine frühere vielleicht voreilige oder unbedachte Entscheidung revidieren und den Eingang der von ihm gelieferten Informationen in das Verfahren verhindern können,<sup>6</sup> so dass diese nachträgliche Korrekturmöglichkeit das in § 52 StPO normierte Zeugnisverweigerungsrecht letztlich effektiviert.

Die damit im Gesetz normierte Entscheidungsalternative – entweder Aussage vor dem erkennenden Gericht in öffentlicher Hauptverhandlung oder Geltendmachung des umfangreich gewährleisteten Zeugnisverweigerungsrechts – trifft nicht immer die Interessen des Zeugen. Ihm kann durchaus am Eingang des Inhalts seiner vorab getätigten Aussage in das Verfahren gelegen sein, ohne dass er selbst in der öffentlichen Hauptverhandlung aussagen möchte. Genau dieses Spannungsverhältnis zwischen Unmittelbarkeitsgrundsatz und persönlichen Bedürfnissen des Opferzeugen liegt der hier zu besprechenden Entscheidung des BGH zugrunde.

#### II. Sachverhalt

In einem Verfahren wegen schweren sexuellen Missbrauchs in zahlreichen Fällen waren die Töchter des Beschuldigten als Opferzeugen vom Ermittlungsrichter vernommen worden. In der Hauptverhandlung verweigerten beide nach entsprechender Belehrung das Zeugnis. Nachdem der Vorsitzende mit den Verfahrensbeteiligten die Sach- und Rechtslage sowie den weiteren Verfahrensforgang erörtert hatte, erklärten der Angeklagte, sein Verteidiger und der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft, sie seien mit der Verlesung der ermittelungsrichterlichen Vernehmung einverstanden, die sodann durch Beschluss angeordnet und ausgeführt wurde. Das erstinstanzlich entscheidende Gericht führte hierzu aus, beiden Zeuginnen sei bei Verweigerung der Aussage „sehr wohl be-

<sup>5</sup> Meier, Kriminologie, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 35; Neubacher, Kriminologie, 2011, Kap. 12 Rn. 6.

<sup>6</sup> BGHSt 45, 203 (208).

wusst und bekannt“ gewesen, „dass dann gleichwohl ihre Angaben, die sie zuvor vor dem jeweiligen Ermittlungsrichter gemacht hatten, in die Hauptverhandlung eingeführt werden können und auch eingeführt werden“.<sup>7</sup> Einen direkten Hinweis auf eine qualifizierte Belehrung der Zeuginnen über ihr Weigerungsrecht sowie ein ausdrückliches Einverständnis in die Verwertung enthielt das Protokoll jedoch nicht. Auf den Inhalt der verlesenen Vernehmung wurde schließlich die Verurteilung des Angeklagten gestützt, der hiergegen Revision einlegte.

### III. Rechtliche Würdigung

Als Revisionsgericht prüft der BGH, ob das erstinstanzliche Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 337 Abs. 1 StPO), was dann der Fall ist, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (§ 337 Abs. 2 StPO). Der Angeklagte machte eine Verletzung von § 252 StPO geltend, da der Inhalt der ermittelungsrichterlichen Vernehmung ungeachtet der Verweigerung des Zeugnisses durch seine Töchter in der Hauptverhandlung verlesen und zur Grundlage des Urteils wurde. Der Vorschrift wird nicht nur ein Verlesungs-, sondern ein allgemeines Beweisverwertungsverbot entnommen.<sup>8</sup> Dementsprechend soll der Inhalt einer vor Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechtes getätigten Aussage nicht in der Weise in das Verfahren eingehen können, dass eine beliebige Verhörsperson als Zeuge vernommen wird.

#### 1. Zulässigkeit

Rügte der Angeklagte damit die Verletzung einer Verfahrensvorschrift, waren nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO die den Mangel enthaltenen Tatsachen anzugeben. An diesem Punkt besteht die zentrale Frage darin, wie weit die Rügeverpflichtung in der Revision bei einem Verstoß gegen § 252 StPO reicht und ob sie neben der Angabe von Positivtatsachen – hier: der Verlesung und Verwertung der ermittelungsrichterlichen Vernehmung – auch die Angabe von Negativtatsachen – also des Nichtvorliegens bestimmter Umstände – umfasst. Denn trotz des aus § 252 StPO abgeleiteten Beweisverwertungsverbotes anerkennt die Rechtsprechung Ausnahmen, so dass der Revisionsführer möglicherweise zusätzlich noch hätte vortragen müssen, dass deren Voraussetzungen nicht gegeben sind.

#### a) Vernehmung eines Richters als Zeuge

Als im konkreten Fall nicht einschlägige Ausnahme – die frühere Aussage wurde durch Verlesung eingeführt – gilt nach ständiger Rechtsprechung die Vernehmung eines Richters als Zeuge über die frühere Aussage einer Auskunftsperson, sofern diese bei der früheren Vernehmung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht ordnungsgemäß belehrt worden war.<sup>9</sup> Tatsächlich scheint sich eine Praxis herauszubilden, bei der in bestimmten Konstellationen mit Blick auf eine im weiteren

Verlauf des Verfahrens „drohende“ Zeugnisverweigerung Vernehmungen stets sofort vor dem Ermittlungsrichter wiederholt werden, um auf diese Weise eine „Verwertungsgarantie“ zu schaffen.<sup>10</sup> Die Belehrung durch den Richter soll dabei die Gewähr dafür bieten, dem Zeugen Kenntnis von seinem Weigerungsrecht sowie dessen Bedeutung und Tragweite zu verschaffen, weshalb er keine Einbuße erleide, wenn er dennoch auf dieser Grundlage aussagt.<sup>11</sup> Sie kann insoweit als Instrument zum Ausgleich von Informationsasymmetrien zwischen dem Zeugen und den professionellen Verfahrensakteuren verstanden werden, die überhaupt erst ein autonomes Agieren als Verfahrensbeteiligter im weiteren Sinne ermöglicht.<sup>12</sup> In persönlicher Hinsicht ist die Ausnahme nach der Rechtsprechung freilich auf Richter beschränkt.<sup>13</sup> Nur sie sollen beurteilen können, ob der Zeuge die Belehrung richtig verstanden hat<sup>14</sup> bzw. seien nur sie in der Lage, Zuverlässiges über Umstände und Inhalt der Aussage zu bekunden.<sup>15</sup> Im Hinblick darauf, dass das RG § 252 StPO kein Verwertungs-, sondern lediglich ein Verlesungsverbot entnahm und damit Umgehungen Tür und Tor geöffnet waren (man musste etwa nur die frühere Verhörsperson als Zeuge vernehmen),<sup>16</sup> stellt die in der Ausnahme enthaltene Beschränkung in persönlicher Hinsicht zwar einen Fortschritt dar.<sup>17</sup> Allerdings: Im Wortlaut des § 252 ist diese Differenzierung zwischen richterlichen und sonstigen Verhörspersonen nicht angelegt.<sup>18</sup> Im Übrigen scheint sie der Sache nach ungereimt: Konnte man früher darauf verweisen, dass allein der Richter über das Zeugnisverweigerungsrecht belehren muss, gilt dies nicht mehr, seit durch das StPÄG vom 19.12.1964 eine entsprechende Belehrungspflicht auch Staatsanwaltschaft und Polizei auferlegt wurden.<sup>19</sup> Die Beschränkung auf richterliche Vernehmungen lässt sich insoweit allenfalls dadurch legitimieren, dass die Strafprozessordnung – etwa in § 251 Abs. 2 StPO – deutlich macht, dass einer richterlichen gegenüber einer nichtrichterlichen Vernehmung eine größere Dignität zukommt.<sup>20</sup>

#### b) Gestattung der Verwertung durch den Opferzeugen

Noch problematischer ist die vom BGH gestattete Verwertung früherer Aussagen, wenn der Zeuge nach ausdrücklicher und qualifizierter Belehrung über sein Weigerungsrecht mit-

<sup>10</sup> *Beulke* (Fn. 4), S. 4.

<sup>11</sup> BGHSt 9, 195 (197); 32, 25 (31). Ferner BGHSt 45, 203 (206).

<sup>12</sup> Zum Begriff des Verfahrensbeteiligten *Beulke* (Fn. 3), § 1 Rn. 2a.

<sup>13</sup> BGHSt 46, 189 (195).

<sup>14</sup> BGHSt 9, 195 (197); 32, 25 (31); 46, 189 (195 ff.).

<sup>15</sup> Vgl. *Sander/Cirener*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2012, § 252 Rn. 28.

<sup>16</sup> RGSt 72, 221 (222).

<sup>17</sup> *Beulke* (Fn. 4), S. 3.

<sup>18</sup> *Pauly*, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 252 Rn. 25.

<sup>19</sup> *Beulke* (Fn. 3), § 21 Rn. 420a.

<sup>20</sup> *Wollweber*, NJW 2001, 3760. Vgl. auch BGHSt 36, 384 (385 f.).

<sup>7</sup> BGH NJW 2012, 3192 (3192).

<sup>8</sup> BGHSt 29, 230 (232); 32, 25 (29); 45, 203 (205); 46, 189 (192). Vgl. auch *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. 2013, Rn. 1273.

<sup>9</sup> BGHSt 32, 25 (29); 36, 384 (385); 46, 189 (195).

teilt, dass er hiervon zwar Gebrauch mache, aber dennoch die Verwertung seiner früheren nichtrichterlichen Aussage gestatte und somit auf das Beweisverwertungsverbot verzichte; der Beweiswert sei im Vergleich zu einer „unmittelbar“ vor dem erkennenden Gericht getätigten Aussage jedoch als geringer zu veranschlagen.<sup>21</sup> Tatsächlich scheint hierdurch prima facie eine salomonische Lösung für das bereits skizzierte Dilemma gefunden, nach dem Opferzeugen prinzipiell bereit sind, ihr Wissen in das Verfahren eingehen zu lassen, aber nicht in öffentlicher Hauptverhandlung aussagen möchten.<sup>22</sup>

Eine solche Ausnahme wäre nur akzeptabel, wenn das als „Verlängerung“ des Zeugnisverweigerungsrechts anzusehende allgemeine Verwertungsverbot aus § 252 StPO ausschließlich im Interesse des Zeugen bestünde, der darüber befindet, ob er – ggf. um den Preis der Zerstörung des persönlichen Näheverhältnisses – sein Wissen zum Gegenstand des Verfahrens werden lässt. Bei einer solchen Sichtweise werden Zeugnisverweigerungsrecht und Verwertungsverbot jedoch unter Wert gehandelt, da ihnen durchaus eine Funktion für die Wahrheitsfindung zukommt.<sup>23</sup> Angesichts des persönlichen Näheverhältnisses liegt es nämlich nicht völlig fern, dass der Zeuge zugunsten des Angeklagten die Unwahrheit sagt und ggf. beeidet. Gesteht ihm die Strafprozessordnung ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, wird das Verfahren zumindest von potentiellen Falschinformationen entlastet, auch wenn der Zeuge im Falle der Verweigerung seine Informationen nicht preisgibt.

Nimmt man hinzu, dass die der richterlichen „Überzeugung“ (§ 261 StPO) zugrunde liegende Wahrheit Konstrukt eines Verfahrens ist, in dem durch unterschiedliche Interessen motivierte Verfahrensbeteiligte über divergierende Wahrheitsbilder streiten, hängt die Legitimität eines Strafurteils maßgeblich davon ab, inwieweit diese Bilder jeweils zur Geltung gebracht werden können.<sup>24</sup> An diesem Punkt führt die Ausnahmeregelung dazu, dass sich das auf die Geltendmachung des eigenen Wahrheitsbildes bezogene prozessuale Kräftegleichgewicht zwischen den Verfahrensbeteiligten zu Lasten des Angeklagten verschiebt, der bis zur Rechtskraft einer Verurteilung als unschuldig zu gelten hat.<sup>25</sup> Denn es obliegt nunmehr allein dem Zeugen darüber zu befinden, wie er sein Wissen in die Hauptverhandlung einfließen lässt.<sup>26</sup> Die Ausnahme wirkt sich insoweit nachteilig auf den Angeklag-

ten aus: Ihm wird die Möglichkeit genommen, der Vernehmung des Zeugen beizuwohnen und sich entweder selbst mit Fragen an ihn zu wenden oder dies über seinen Verteidiger zu tun (§ 240 Abs. 2 S. 1 StPO, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK).<sup>27</sup> Ferner ist der Zeuge außerhalb der Hauptverhandlung weitgehend von Strafbarkeitsrisiken jedenfalls nach §§ 153 ff. StGB befreit – an sich darf jedoch nur der Beschuldigte sanktionslos die Unwahrheit sagen!<sup>28</sup> Darüber hinaus wird die Architektur des Strafverfahrens insgesamt tangiert, weil das Ermittlungsverfahren, in dem die Aussagen erfolgen, zum Nachteil des Hauptverfahrens aufgewertet wird, obwohl es nach der Konzeption der Strafprozessordnung zentraler Ort der Wahrheitsfindung ist.<sup>29</sup>

Vor allem wird das Gericht unter Abkehr von der Idee unmittelbarer Erkenntnis auf ein qualitativ minderes Beweisurrogat verwiesen und an der bestmöglichen Erkenntnis gehindert,<sup>30</sup> was sich mit Blick auf das Verfahrensziel der Wahrheitsermittlung kaum rechtfertigen lässt. Dass ein Zeuge, der zunächst von seinem Weigerungsrecht Gebrauch macht, diese Erklärung widerrufen und dann aussagen kann,<sup>31</sup> trägt die Ausnahme nicht, da in einem solchen Falle eine der unmittelbaren gerichtlichen Erkenntnis zugängliche Aussage vorliegt. Die vom BGH propagierte Lösung ist auch nicht damit überzeugend begründbar, dass der Zeuge im Falle eines Verstoßes gegen Belehrungspflichten den darin liegenden Fehler durch ausdrückliche Zustimmung zur Verwertung heilen und den Eingang der Information in das Verfahren ermöglichen kann.<sup>32</sup> Denn eine solche Situation hat tatsächlich Ausnahmecharakter, während die Gestattungslösung die Abkehr vom Unmittelbarkeitsgrundsatz im Interesse vermeintlichen „Opferschutzes“ zum Regelfall macht. Sie wird nicht dem engen Zusammenhang gerecht, der zwischen dem Verfahrensziel der Wahrheit und dem Unmittelbarkeitsgrundsatz besteht.

Aber selbst wenn man Zeugnisverweigerungsrecht und Verwertungsverbot eine Funktion für die Wahrheitsfindung abspricht und sie als allein im Interesse des Zeugen bestehende Positionen versteht, erscheint die Gestattungslösung ungeeignet: Geht es um den Schutz persönlicher Beziehungen, wird dieses Ziel geradezu konterkariert, sofern der Zeuge zunächst von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, aber dennoch sein den Angeklagten belastendes Wissen in das Ver-

<sup>21</sup> S. BGHSt 45, 203 (208); BGH StV 2003, 604 (605); BGH NSStZ 2007, 352 (352 f.); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 252 Rn. 16a m.w.N.

<sup>22</sup> S.o. bei I.

<sup>23</sup> S. noch BGHSt 10, 393 (394). Ferner *Fezer*, JR 2000, 339 (341); *Roxin*, in: Hanack (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 451 (S. 454); *Vogel*, StV 2003, 598 (600). Vgl. aber BGHSt 45, 203 (207).

<sup>24</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Lammer*, in: Hanack (Fn. 23), S. 289 (S. 294); *Theile*, NSStZ 2012, 666 (667 f.).

<sup>25</sup> Vgl. auch *Lammer* (Fn. 24), S. 289.

<sup>26</sup> *Beulke* (Fn. 4), S. 6; *Fezer*, JR 2000, 339 (341); *Lammer* (Fn. 24), S. 299 f.; *Pauly* (Fn. 18), § 252 Rn. 31; *Wollweber*, NJW 2000, 1702 (1703).

<sup>27</sup> *Beulke* (Fn. 4), S. 8; *Keiser*, NSStZ 2000, 458 (460); *Lammer* (Fn. 24), S. 298; *Roxin* (Fn.23), S. 457. S.a. *Schmitt*, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, 2011, S. 627.

<sup>28</sup> Vgl. auch *Beulke* (Fn. 4), S. 9.

<sup>29</sup> *Beulke* (Fn. 4), S. 6; *Lammer* (Fn. 24), S. 299 f.; *Wollweber*, NJW 2000, 1702 (1703).

<sup>30</sup> *Beulke* (Fn. 4), S. 6; *Eisenberg* (Fn. 8), Rn. 1273; *Fezer*, JR 2000, 339 (341); *Lammer* (Fn. 24), S. 299 f.; *Pauly* (Fn. 18), § 252 Rn. 31; *Wollweber*, NJW 2000, 1702 (1703).

<sup>31</sup> Vgl. aber BGHSt 45, 203 (206 f.).

<sup>32</sup> Vgl. aber BGHSt 45, 203 (208). Vgl. auch *Sander/Cirener* (Fn. 15), § 252 Rn. 22.

fahren eingehen lässt.<sup>33</sup> Die in der Strafprozessordnung angelegte „Entweder/Oder-Lösung“ erscheint vor diesem Hintergrund durchaus als sinnvolle Auflösung des Dilemmas, in dem sich der Zeuge befindet.<sup>34</sup>

### c) Anforderungen an die Rügeverpflichtung

Allerdings nahm der BGH die Entscheidung nicht zum Anlass, seine bisherige Rechtsprechung zu überdenken, sondern insbesondere der dritte Leitsatz macht deutlich, dass er an ihr festhält. Stattdessen ging es lediglich um den Umfang der Rügeverpflichtung und die Frage, ob ein Revisionsführer auch die Negativtatsache des Nichtvorliegens einer dieser Ausnahmeregelungen dartun muss. Der Wortlaut des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO legt jedenfalls eher die Berücksichtigung ausschließlich von Positivtatsachen nahe, da der Gesetzgeber im Falle einer auch auf Negativtatsachen bezogenen Rügeverpflichtung eine dies klarstellende Formulierung hätte wählen können. Dementsprechend verneint der BGH die Frage und führt aus, dass es die Reichweite jener Regelung überdehnen würde, für die Zulässigkeit der Geltendmachung eines Verstoßes gegen § 252 StPO den Vortrag einer Negativtatsache durch den Revisionsführer zu verlangen, wonach die Voraussetzungen einer Ausnahme nicht gegeben sind.<sup>35</sup> Jedenfalls insoweit ist die Entscheidung zu begrüßen, da es für potentielle Revisionsführer nur schwer möglich ist, alle in Betracht kommenden Ausnahmeregelungen zu bedenken und ihr Nichtvorliegen zu rügen.<sup>36</sup> Im Übrigen dürfte es eine Revisionsbegründung überfrachten, wenn zusätzlich zu Positivtatsachen auch noch sämtliche in Betracht kommenden Negativtatsachen darzulegen wären. Inwieweit die Ausführungen des BGH zum Umfang der Rügeverpflichtung über den möglichen Verstoß gegen § 252 StPO hinausreichen, bleibt jedoch abzuwarten.<sup>37</sup>

## 2. Begründetheit

War die Revision des Angeklagten somit zulässig, hatte der BGH im Rahmen der Begründetheit zu prüfen, ob das erstinstanzliche Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruhte (§ 337 Abs. 1 StPO).

### a) Fehlende Protokollierung

Da der BGH an der Ausnahmeregelung festhält, kam es im vorliegenden Fall darauf an, ob die diesbezüglichen Voraussetzungen überhaupt gegeben waren und dementsprechend eine qualifizierte Belehrung sowie ein ausdrückliches Einverständnis der Zeuginnen in die Verwertung vorlagen.<sup>38</sup> Hierbei handelt es sich um wesentliche und dementsprechend in das

Protokoll der Hauptverhandlung aufzunehmende Förmlichkeiten, da sie für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens von Bedeutung sind (vgl. § 273 Abs. 1 StPO).<sup>39</sup> Hierbei kann nach der dem Revisionsgericht die Überprüfung von Verfahrensrügen erleichternden § 274 S. 1 StPO die Beobachtung dieser Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden, dem insoweit gleichermaßen eine positive wie negative Beweiskraft zukommt: Sofern das Protokoll keinen Hinweis auf die Beachtung der Förmlichkeiten enthält, gelten sie als nicht erfolgt.<sup>40</sup> Da sich das Hauptverhandlungsprotokoll des erstinstanzlich entscheidenden Gerichts zur Frage, ob eine qualifizierte Belehrung sowie ein ausdrückliches Einverständnis vorlagen, ausschwig, war folgerichtig von einem Verstoß gegen diese für die Ausnahmeregelung unabdingbaren Förmlichkeiten auszugehen. Insb. macht der BGH deutlich, dass das vom erstinstanzlich entscheidenden Gericht hervorgehobene Bewusstsein und Bekanntsein der möglichen Einführung der gegenüber dem Ermittlungsrichter getätigten Aussagen in die Hauptverhandlung nicht über dieses formale Defizit hinweghilft.<sup>41</sup> Die mit der Gestattungslösung verbundenen Einbußen an der Unmittelbarkeit gerichtlicher Erkenntnis scheinen somit nur bei Einhaltung der Förmlichkeiten legitimierbar.

### b) „Einvernehmen“ der Beteiligten mit der Verlesung

Allerdings hatten sich der Angeklagte, sein Verteidiger sowie der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft mit der Verlesung der ermittelungsrichterlichen Vernehmung einverstanden erklärt (§ 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO), die sodann durch Beschluss angeordnet wurde (§ 251 Abs. 4 S. 1 StPO). Kann ein solches Einvernehmen das Fehlen der qualifizierten Belehrung sowie des ausdrücklich erklärten Verzichts ersetzen? § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO stellt eine gesetzlich normierte Einschränkung vom Unmittelbarkeitsgrundsatz dar, wenn sich Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagter – nicht aber: der Zeuge – mit der Verlesung einer früheren richterlichen Vernehmung eines Zeugen einverstanden erklären. Wäre § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO anwendbar, könnte die Verlesung einer auch unter Verstoß gegen die qualifizierte Belehrung und das ausdrückliche Einverständnis vorgenommenen früheren Vernehmung erfolgen, so dass die Verletzung der für die Ausnahmeregelung verlangten Förmlichkeiten letztlich sanktionslos bliebe. Der BGH stellt insofern richtigerweise klar, dass die Einverständniserklärung nach § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO die bei der Ausnahme zu wahrenen Förmlichkeiten nicht ersetzen kann, sondern vielmehr erst die Schwelle des § 252 StPO zu überwinden sei.<sup>42</sup> Vor diesem Hintergrund darf § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO nicht in einer Weise angewandt werden, bei der rechtswidrig generierte Informationen durch bloßes Einvernehmen bestimmter Verfahrensbeteiligter zur Grundlage eines Strafurteils werden.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

<sup>33</sup> Beulke (Fn. 4), S. 10; Roxin (Fn. 23), S. 455. S. ferner *Ame- lung*, in: Duttge (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, S. 417 (S. 431 ff.).

<sup>34</sup> I.d.S. auch *Firsching*, *StraFo* 2000, 124; *Vogel*, *StV* 2003, 598 (599 f.).

<sup>35</sup> BGH *NJW* 2012, 3192 (3193).

<sup>36</sup> Vgl. auch *Kudlich*, *JA* 2012, 873 (874).

<sup>37</sup> Zu dieser Frage s. *Kudlich*, *JA* 2012, 873 (874).

<sup>38</sup> S. BGH *NJW* 2012, 3192 (3193). Vgl. ferner BGH *NStZ* 2003, 498.

<sup>39</sup> Vgl. *Beulke* (Fn. 3), § 19 Rn. 393; *Sander/Cirener* (Fn. 15), § 252 Rn. 24.

<sup>40</sup> *Beulke* (Fn. 3), § 19 Rn. 393.

<sup>41</sup> BGH *NJW* 2012, 3192 (3193).

<sup>42</sup> BGH *NJW* 2012, 3192 (3193).