

# **Lösung**

## **Frage 1**

### **I. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde, § 210 Abs. 2 StPO**

#### 1. Nichteröffnungsbeschluss

Die Strafkammer hat durch Beschluss die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt, § 204 StPO<sup>1</sup>. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 210 Abs. 2 StPO sofortige Beschwerde statthaft.

#### 2. Beschwerdeberechtigung

Die Staatsanwaltschaft ist gem. § 210 Abs. 2 StPO zur Einlegung der sofortigen Beschwerde berechtigt.

#### 3. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Von der Erfüllung der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen<sup>2</sup> – z. B. Einhaltung der Frist des § 311 Abs. 2 StPO (eine Woche) – ist auszugehen.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig.

### **II. Begründetheit der sofortigen Beschwerde**

Da die Strafkammer die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens mit dem Verfahrenshindernis der Verfolgungsverjährung begründet hat, ist die sofortige Beschwerde begründet, wenn die angeklagte Tat noch nicht verjährt ist.

#### 1. Verjährungsfrist

---

<sup>1</sup> Zum Nichteröffnungsbeschluss vgl. Hellmann Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2005, Rn 611.

<sup>2</sup> Dazu Hellmann Rn 940 ff.

Angeklagt wurden die Delikte Bestechlichkeit, § 332 Abs. 1 StGB und Bestechung, § 334 Abs. 1 StGB. Diese Vergehen sind im Höchstmaß mit 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht. Daraus folgt, dass die Verjährungsfrist 5 Jahre beträgt, § 78 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB.

Die Frist der „absoluten Verjährung“ beträgt somit 10 Jahre, § 78 c Abs. 3 S. 2 StGB.

Angenommen, der Lauf der Verjährungsfrist begann am 23. 5. 1995, wäre spätestens am 23. 5. 2005 absolute Verjährung eingetreten. Die Tat wäre zu diesem Zeitpunkt selbst dann verjährt, wenn es in der Zwischenzeit zu verjährungsunterbrechenden Ereignissen (§ 78 c StGB) gekommen wäre.

Daher kommt es darauf an, wann der Lauf der Verjährungsfrist begonnen hat.

## 2. Verjährungsbeginn

a) Die Verjährung beginnt, wenn die Tat beendet ist (§ 78 a S. 1 StGB) bzw., falls zum Tatbestand der Eintritt eines Erfolges gehört, wenn dieser Erfolg eingetreten ist, § 78 a S. 2 StGB.

Vollendet ist das Delikt „Bestechlichkeit“, wenn der Amtsträger den Vorteil gefordert, sich versprechen gelassen oder angenommen hat<sup>3</sup>. Hier hat J die Geldbeträge im November 1994 und im Mai 1995 angenommen.

Bestechung ist vollendet, wenn dem Amtsträger ein Vorteil angeboten, versprochen oder gewährt worden ist<sup>4</sup>. Nach dem Sachverhalt ist davon auszugehen, dass diese Handlungen von A und B bereits im Jahr 1992 stattgefunden haben.

Die Frage ist, ob mit „beendet“ iSd § 78 a S. 1 StGB die Vollendung der Tat gemeint ist.

b) Nach h. M. ist der Begriff „Beendigung“ iSd § 78 a S. 1 StGB nicht deckungsgleich mit dem Begriff „Vollendung“. Beendet ist die Tat, wenn ihre Begehung tatsächlich zum Abschluss gekommen ist. Bei dem Delikt „Bestechlichkeit“ soll dieser Punkt erst erreicht sein, wenn der Amtsträger die letzte Diensthandlung ausgeführt hat, die zur Erfüllung der Unrechtsvereinbarung mit dem Vorteilsgeber gehört<sup>5</sup>. Für das Delikt „Bestechung“ (§ 334 Abs. 1 StGB) soll entsprechendes gelten.

Hier war die Bestechlichkeit somit erst am 4. 5. 1999 beendet. An diesem Tag begann nach Ansicht des BGH die Verjährungsfrist zu laufen.

c) Vor allem die zusätzliche Anknüpfung an das Merkmal „Erfolg“ in § 78 a S. 2 StGB spricht dafür, dass das Kriterium „Beendigung“ ausschließlich auf das tatbestandsmäßige Verhalten (Handlung, Unterlassung) bezogen ist. Die Verwendung des Terminus „Vollendung“ – die den Satz 2 des § 78 a StGB überflüssig machen würde - ist in diesem Zusammenhang nicht möglich, weil damit versuchte und vorbereitete Taten nicht erfaßt werden könnten. Bei Versuch und Vorbereitung ist also ein spezieller Punkt der Beendigung zu ermitteln. Bei vollendeten Taten kann man jedoch ohne weiteres auf die mit dem Abschluss des tatbestandsmäßigen Verhaltens zusammenfallende Vollendung abstellen. Das

<sup>3</sup> Schönke/Schröder/Heine § 332 Rn 21.

<sup>4</sup> Schönke/Schröder/Heine § 334 Rn 8.

<sup>5</sup> BGH NSTZ 2008, 567.

ist schon deswegen vorzugswürdig, weil damit die Rechtsanwendung stärker an die gesetzliche Tatbeschreibung gebunden wird.

Davon ausgehend beginnt die Verjährung der Bestechlichkeit mit dem Ende der Handlung des Amtsträgers, durch die er einen Vorteil fordert, sich versprechen läßt oder annimmt<sup>6</sup>. Die Verjährung der Bestechung beginnt danach mit dem Ende der Handlung, durch die der Täter dem Amtsträger einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt<sup>7</sup>. Auf die Vornahme der Diensthandlung kommt es dagegen nicht an.

Nach dieser Auffassung waren die angeklagten Delikte im Mai 2005 bereits verjährt. Die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens war danach richtig. Die sofortige Beschwerde wäre unbegründet.

### 3. Verjährungsunterbrechung

Legt man mit dem BGH als Beginn der Verjährungsfrist die Vornahme der letzten bestechungsrelevanten Diensthandlung des J zugrunde, begann die Frist erst im Jahr 1999 zu laufen. Durch Verjährungsunterbrechung konnte also noch bewirkt werden, dass die Taten im Juni 2005 noch nicht verjährt sind.

A, B und J wurde im Dezember 2003 vom Ermittlungsrichter als Beschuldigte vernommen. Dadurch wurde die Verjährung unterbrochen, § 78 c Abs. 1 Nr. 2 StGB. Die Verjährungsfrist begann zu diesem Zeitpunkt wieder von Anfang an zu laufen, § 78 c Abs. 3 S. 1 StGB. daher waren die Taten im Juni 2005 noch nicht verjährt.

Nach dieser Rechtsauffassung war die Bichteröffnung des hauptverfahrens mit der auf Verjährung abstellenden Begründung unrichtig. Daher war die sofortige Beschwerde der StA begründet.

## Frage 2

### I. Verlesung des Vernehmungsprotokolls

#### 1. § 244 Abs. 2 StPO

Das Gericht wäre zur Verlesung des Vernehmungsprotokolls verpflichtet, wenn diese Verlesung zulässig wäre.

#### 2. § 250 StPO

---

<sup>6</sup> NK-Kuhlen § 332 Rn 31, § 331 Rn 128.

<sup>7</sup> NK-Kuhlen § 334 Rn 12, § 333 Rn 17.

Die Verlesung eines Vernehmungsprotokolls zur Ersetzung der Aussage einer Person ist grundsätzlich unzulässig<sup>8</sup>. Das gilt auch für die Verlesung von Protokollen und Schriftstücken, in denen Aussagen des Angeklagten über Wahrnehmungen enthalten sind. Insbesondere darf durch Verlesung eines Schriftstücks das Schweigerecht des Angeklagten (§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO) nicht unterlaufen werden.

§§ 251 ff StPO enthalten jedoch Ausnahmen vom Verlesungsverbot. Hier könnte die Verlesung gem. § 254 Abs. 1 StPO zulässig sein.

### 3. § 254 Abs. 1 StPO

Das Protokoll enthält eine Erklärung des Angeklagten A, die ein Geständnis enthält. Es handelt sich um das Protokoll einer richterlichen Beschuldigtenvernehmung.

Allerdings wurde das Vernehmungsprotokoll vom Ermittlungsrichter und der Protokollführerin nicht unterschrieben. Damit mangelt es an einer wesentlichen Förmlichkeit, § 168 a Abs. 4 S. 1 StPO. Deshalb kann dieses Protokoll nicht als richterliches, sondern nur als nichtrichterliches Protokoll verwertet werden<sup>9</sup>. Die Verlesung von Protokollen über ein Geständnis des Angeklagten ist jedoch nur zulässig, wenn es sich um ein richterliches Protokoll handelt<sup>10</sup>.

Die Verlesung des Protokolls war unzulässig.

## II. Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeugen

### 1. § 244 Abs. 2 StPO

Da die Verlesung des Vernehmungsprotokolls unzulässig war, wäre das Gericht zur Vernehmung des R verpflichtet gewesen, sofern diese Vernehmung zulässig wäre.

### 2. § 250 StPO

Der Vernehmung des R steht nicht § 250 StPO entgegen. Diese Vorschrift verbietet nur die Verlesung eines Vernehmungsprotokolls, nicht aber die Vernehmung der Verhörsperson<sup>11</sup>.

### 3. § 254 StPO

§ 254 StPO enthält eine Beschränkung zulässiger Protokollverlesung. Nur richterliche Vernehmungsprotokolle dürfen verlesen werden. Daraus folgt keine Beschränkung der Zulässigkeit der Vernehmung von Verhörspersonen. Diese Art der Beweisaufnahme wäre

---

<sup>8</sup> Hellmann Rn 662.

<sup>9</sup> Meyer-Goßner Strafprozessordnung § 254 Rn 4; Joecks StPO § 254 Rn 4, § 251 Rn 18.

<sup>10</sup> Joecks StPO § 254 Rn 6.

<sup>11</sup> Joecks StPO § 250 Rn 3.

deshalb auch bei Vernehmungen zulässig, die nicht von einem Richter durchgeführt wurden<sup>12</sup>.

Das Gericht hätte den R als Zeugen über das Geständnis des A vernehmen müssen.

*Hinweis : Von dieser Beweiserhebungsmethode wird gegenwärtig in dem Strafverfahren gegen den mutmaßlichen „Holzklotz-Werfer“ vor dem LG Oldenburg Gebrauch gemacht. Der Angeklagte hatte in einer polizeilichen Vernehmung ein Geständnis abgelegt, das er später widerrufen hat. Die Verteidiger wandten ein, die Vernehmung des damals angeblich unter dem bewußtseinstrübenden Einfluß von Drogen stehenden Beschuldigten habe gegen § 136 a Abs. 1 StPO verstoßen. Nachdem das LG diesen Einwand zurückgewiesen hatte, konnten die Polizeibeamten als Geständnis-Ohrenzeugen vernommen werden.*

## Frage 3

### I. Verlesung des Protokolls

#### 1. § 244 Abs. 2 StPO

Das Gericht war zur Verlesung des Vernehmungsprotokolls verpflichtet, wenn diese Verlesung zulässig war.

#### 2. § 250 StPO

Grundsätzlich verbietet § 250 StPO die Verlesung von Vernehmungsprotokollen, durch die die Vernehmung der Aussageperson ersetzt werden soll. Unter den Voraussetzungen der §§ 251 ff StPO ist die Protokollverlesung jedoch zulässig.

#### 3. § 251 Abs. 1, 2 StPO

Da M verstorben ist, besteht kein Verlesungsverbot. Die Protokollverlesung wird von § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO gestattet. Hier war allerdings die Vernehmung des M durch den Ermittlungsrichter fehlerhaft, weil M über sein Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 StPO entgegen § 55 Abs. 2 StPO nicht belehrt worden war.

Fraglich ist, ob aus dem Belehrungsmangel ein Verwertungsverbot resultiert. Dies wird überwiegend verneint, weil § 55 StPO und die Belehrung über das Auskunftsverweigerungsrecht nur dem Schutz des Zeugen<sup>13</sup>, nicht dem Schutz des Angeklagten diene („Rechtskreistheorie“)<sup>14</sup>. Die Gefahr einer wahrheitswidrigen Aussage, die im Falle unterbliebener Belehrung erhöht ist, muss bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.

<sup>12</sup> Joecks StPO § 254 Rn 7; Meyer-Goßner § 254 Rn 8; a. A. Grünwald JZ 1968, 754.

<sup>13</sup> Joecks StPO § 55 Rn 1.

<sup>14</sup> Joecks StPO § 55 Rn 7.

#### 4. § 252 StPO

Diese Vorschrift ist aus zwei Gründen nicht anwendbar : M wurde in der Hauptverhandlung gar nicht vernommen. Er hat auch nicht vorher angekündigt, bei einer Vernehmung in der hauptverhandlung von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen. Außerdem ist das in § 55 StPO geregelte Recht kein Zeugnisverweigerungsrecht iSd § 252 StPO<sup>15</sup>.

Nach h. M. war die Verlesung des Vernehmungsprotokolls also zulässig.

## II. Vernehmung des Polizeibeamten P

#### 1. § 244 Abs. 2 StPO

Das Gericht ist zur Vernehmung des P verpflichtet, wenn diese Vernehmung zulässig ist.

#### 2. § 250 StPO

§ 250 StPO verbietet nur die Ersetzung von Vernehmungen durch Protokollverlesung. Die Ersetzung einer Vernehmung durch Vernehmung einer anderen Aussageperson (Zeuge vom Hörensagen) verbietet § 250 StPO nicht.

#### 3. § 252 StPO

Nach h. M. folgt aus § 252 StPO nicht nur ein Protokollverlesungsverbot, sondern auch das Verbot der Vernehmung nichtrichterlicher Verhörspersonen<sup>16</sup>.

E hat im Verhältnis zu J ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO.

E hat in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht.

Die telefonischen Angaben der E gegenüber P müßten Zeugenaussagen im Rahmen einer Zeugenvernehmung gewesen sein. Das ist nicht der Fall. Es handelt sich auch nicht um eine formelle Vernehmung und auch nicht um eine vernehmungähnliche Situation. Die Angaben der E gegenüber P erfolgten spontan und unaufgefordert. Daher ist nach h. M. § 252 StPO nicht anwendbar<sup>17</sup>.

Nach h. M. ist die Vernehmung des P zulässig.

---

<sup>15</sup> Meyer-Goßner § 252 Rn 5.

<sup>16</sup> Hellmann Rn 669.

<sup>17</sup> OLG Saarbrücken NSTZ 2008, 585. Krit. Anmerkung dazu von Mitsch demnächst in NSTZ; siehe Anhang.

## Frage 4

### 1. Mittäterschaftliche Bestechung

Auch wenn B tatsächlich mittäterschaftliche Bestechung begangen haben sollte, darf ihn das Gericht insoweit nicht verurteilen, wenn es von dem Sachverhalt, auf den der Vorwurf mittäterschaftlicher Bestechung gestützt werden könnte, nicht überzeugt ist. Gegebenenfalls ist nach „in dubio pro reo“ davon auszugehen, dass B keine mittäterschaftliche Beteiligungshandlung ausgeführt hat.

### 2. Verjährung der Beihilfe zur Bestechung

Die Verjährungsfrist für Beihilfe zur Bestechung ist trotz obligatorischer Strafmilderung (§ 27 Abs. 2 S. 2 StGB) dieselbe wie für täterschaftliche Bestechung, § 78 Abs. 4 StGB.

Fraglich ist, wann die Verjährung beginnt, § 78 a StGB. da eine Beihilfe ohne Haupttat nicht tatbestandsmäßig und nicht strafbar ist, muss die Haupttat mit einbezogen werden. Deshalb beginnt die Verjährung der Beihilfe zu demselben Zeitpunkt wie die Verjährung der Haupttat<sup>18</sup>. Da die Haupttat nach der vom BGH vertretenen Ansicht noch nicht verjährt war, war auch die Beihilfe zu ihr nicht verjährt. Schon aus diesem Grund ist der Freispruch des B nicht richtig.

### 3. Freispruch bei Verjährung

Selbst wenn Verjährung eingetreten wäre, könnte der Freispruch eine falsche Entscheidung sein, weil im Falle eines Verfahrenshindernisses das Verfahren einzustellen ist, § 260 Abs. 3 StPO. Die Verjährung ist ein Verfahrenshindernis<sup>19</sup>. Im Fall eingetretener Verjährung ist der Angeklagte nicht freizusprechen, sondern ist das Verfahren einzustellen<sup>20</sup>.

Anders ist es jedoch, wenn der strafrechtliche Vorwurf, der wegen Verjährung nicht mehr erhoben werden kann, materiellrechtlich nur deswegen entscheidungserheblich wird, weil sich ein verfahrensgegenständlicher schwerer strafrechtlicher Vorwurf als unbegründet erwiesen hat. Dann ist in Bezug auf diesen schwereren Vorwurf freizusprechen<sup>21</sup>. Die Verjährung des anderen strafrechtlichen Vorwurfs ist in den Gründen des freisprechenden Urteils zu erwähnen<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben § 78 a Rn 8.

<sup>19</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben vor § 78 Rn 3.

<sup>20</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben vor § 78 Rn 5.

<sup>21</sup> Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben § vor § 78 Rn 5.

<sup>22</sup> Meyer-Goßner § 260 Rn 46.

## Frage 5

Nach dem rechtskräftigen Freispurich ist B nicht mehr Mitangeklagter. Er kann daher Zeuge sein.

B könnte ein Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 StPO haben. Nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens besteht zwar grundsätzlich keine Gefahr strafrechtlicher Verfolgung wegen dieser Tat mehr. Denn gem. Art. 103 Abs. 3 GG ist eine weitere Verfolgung der Tat nicht mehr zulässig (Strafklageverbrauch, „ne bis in idem“),

Sofern aber eine Wiederaufnahme zuungunsten des B möglich ist, besteht die Gefahr der Strafverfolgung weiterhin<sup>23</sup>. Eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ist zulässig, wenn dieser freigesprochen wurde und nach Eintritt der Rechtskraft ein Geständnis abgelegt hat, § 362 Nr. 4 StPO.

Soweit B durch die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Zeugenaussage also zu Angaben gezwungen wäre, die inhaltlich ein Geständnis wären, muß er diese Angaben verweigern dürfen. Daher steht dem B insoweit ein Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 StPO zu<sup>24</sup>.

## Anhang

Anm. von *Mitsch* zu der Entscheidung OLG Saarbrücken NStZ 2008, 585

**„Spontanerklärungen“ und § 252 StPO** (OLG Saarbrücken NJW 2008, 1396, NStZ 2008, 585)

Zweifellos ist das OLG mit seiner Entscheidung vom Wortlaut des § 252 StPO nicht abgewichen. Damit kann zufrieden sein, wer von der Rechtsprechung nicht mehr verlangt als die Einhaltung der Gesetze. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Rechtsprechung jedoch an „Gesetz und Recht“ gebunden. Will man dem Verfassungsgesetzgeber nicht sprachliche Redundanz unterstellen, muss zwischen „Gesetz“ und „Recht“ ein sachlicher Unterschied bestehen. Daher kann es sein, dass in bestimmten Fällen eine Entscheidung zwar komplett gesetzeskonform und dennoch nicht dem „Recht“ gemäß ist, also eine vom Wortlaut des Gesetzes abweichende Entscheidung zu fordern ist. Darauf zielte die Revision des Angeklagten. Er wollte mit seiner Verfahrensrüge erreichen, dass das OLG die Verwertung der von den Polizeibeamten in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht gemachten Zeugenaussagen als Verletzung des § 252 StPO bewertet, § 337 StPO. Beurteilt man dieses Anliegen streng am Maßstab des Gesetzeswortlauts, konnte der Revision aus zwei Gründen keine Erfolgsaussicht zugemessen werden : Erforderlich wäre eine wortlautüberschreitende Gesetzesanwendung sowohl auf der Rechtsfolgenseite als auch auf der Rechtsfolgenvoraussetzungsseite. Als Rechtsfolge ordnet 252 StPO nur ein Verlesungsverbot an. Der Revisionsführer wollte hingegen aus § 252 StPO ein Verwertungsverbot in Bezug auf mündlich gemachte Zeugenaussagen ableiten. Zudem setzt § 252 StPO voraus, dass der dem Verlesungsverbot unterfallende Erkenntnisgegenstand Inhalt

<sup>23</sup> Joecks StPO § 55 Rn 6.

<sup>24</sup> BGH NStZ-RR 2005, 316; Meyer-Goßner § 55 Rn 9.

einer Aussage ist, die ein Zeuge im Rahmen einer Vernehmung gemacht hat. Auch daran fehlt es hier, weil die Ehefrau des Revisionsführers von den Polizeibeamten nicht vernommen wurde, als sie die Mitteilung von der angeblichen Trunkenheitsfahrt ihres Ehemannes machte.

Die Revision des Angeklagten wäre somit von vornherein zum Scheitern verurteilt, wenn nichts dafür spräche, dass bei § 252 StPO eine wortlautdurchbrechende Anwendung die richtige Rechtsanwendung ist. Nun ist § 252 StPO bekanntlich eine Vorschrift, über die sehr viel geschrieben wird und zu der es umfangreiches Rechtsprechungsmaterial gibt. Dies wäre gewiß anders, wenn die streng im Rahmen des Gesetzeswortlauts bleibende Gesetzesanwendung zu befriedigenden Ergebnissen führen würde. Denn diesen Wortlaut zu verstehen und unter ihn zu subsumieren ist ganz einfach<sup>25</sup>. Aber damit wollen sich offenbar viele nicht begnügen. Dem liegt ein vielfältiges Unbehagen an einer strikt wortlautorientierten und demzufolge teleologisch fragwürdigen Anwendung des § 252 StPO zugrunde. Dafür äußert selbst Rogall Verständnis<sup>26</sup>, der jüngst die „methodisch fehlerhafte und verfassungsrechtlich unzulässige Form der Gesetzesauslegung“ sowie unzulässige Überschreitungen der Grenzen zulässiger Analogiebildung bei § 252 StPO scharf kritisiert hat<sup>27</sup>. Tatsache ist, dass in der praktischen Strafrechtspflege der Wortlaut des § 252 StPO sowohl auf der Voraussetzungsseite als auch auf der Rechtsfolgenseite schon lange nicht mehr als unüberwindbare Rechtsanwendungsbarriere anerkannt wird<sup>28</sup>.

Auf der Voraussetzungsseite tritt die Wortlautdurchbrechung als „vernehmungähnliche Situation“ sowie „informativische Befragung“ in Erscheinung<sup>29</sup>. Dadurch wird die Bindung der Norm an das Erfordernis einer förmlichen „Vernehmung“ gelockert<sup>30</sup>. Auf der Rechtsfolgenseite erfährt die Vorschrift eine Erweiterung durch Einbeziehung des Zeugenbeweises in den – dem Wortlaut nach nur den Urkundenbeweis (§ 249 StPO) erfassenden – Verbotsbereich. Nicht nur die Verlesung des Vernehmungsprotokolls – das es im Fall einer bloßen informativischen Befragung ohnehin nicht gibt – sei verboten, sondern auch die Vernehmung der Amtsperson, die Adressatin der im Rahmen der Vernehmung oder vernehmungähnlichen Situation gemachten Zeugenaussage gewesen ist<sup>31</sup>. Dies ist im groben h. M., im Detail ist einiges umstritten. Unumstritten ist, dass § 252 StPO nicht jedweden Rückgriff auf frühere Äußerungen eines erst in der Hauptverhandlung das Zeugnisverweigerungsrecht ausübenden Zeugen ein Verbot entgegenstellt. Mitteilungen an Privatpersonen könnten durch Zeugenvernehmung eben dieser Mitteilungsempfänger ohne weiteres in die Hauptverhandlung eingeführt werden<sup>32</sup>. Dasselbe gelte auch für Äußerungen, die jemand spontan und ungefragt gegenüber Polizeibeamten oder sonstigen Organen der Strafverfolgung gemacht hat<sup>33</sup>.

Gerechtfertigt wird der Schritt über die Wortlautgrenze mit dem § 252 StPO zugrunde liegenden Schutzzweck. Der Zeuge, der in der Hauptverhandlung den Rückzug antritt und seine frühere Auskunftsfreudigkeit ungeschehen machen möchte, solle sein

<sup>25</sup> Rogall FS Otto S. 973 (981, 985).

<sup>26</sup> Rogall, FS Otto, 2007, S. 973 (997).

<sup>27</sup> Rogall S. 973 (988).

<sup>28</sup> Rogall S. 985.

<sup>29</sup> Beulke Rn 420a; Joecks StPO § 252 Rn 6; Kindhäuser Strafprozessrecht § 21 Rn 55; Volk § 27 Rn 16.

<sup>30</sup> Nach Rogall FS Otto S. 985 erlaube der Wortlaut das aber noch.

<sup>31</sup> Beulke Strafprozessrecht Rn 419; Fezer Strafprozessrecht 5/44; Hellmann Strafprozessrecht Rn 669; Joecks § 252 Rn 10; Kindhäuser Strafprozessrecht § 21 Rn 62 ff.; KKStPO-Diemer § 252 Rn 1; Volk § 27 Rn 10.

<sup>32</sup> BGHSt 1, 373

<sup>33</sup> Beulke Rn 420a; Joecks § 252 Rn 7; KKStPO-Diemer § 252 Rn 20, Volk § 27 Rn 16; Ranft Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2005, Rn 1752; a. A. Fezer 15/53.

Zeugnisverweigerungsrecht unbelastet von der Vorstellung ausüben könne, dass Schweigen zwecklos ist, weil seine frühere Aussage anderweitig in die Hauptverhandlung eingeführt wird<sup>34</sup>. Ob es zutrifft, dass der Wortlaut von § 252 StPO „keineswegs eindeutig“ ist, wie der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1952 behauptet<sup>35</sup>, und ob die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Norm noch als Resultat einer Auslegung<sup>36</sup> qualifiziert werden kann, ist fraglich<sup>37</sup>, soll aber hier nicht weiter diskutiert werden<sup>38</sup>. Stattdessen soll hinterfragt werden, warum dem OLG Saarbrücken der Schritt vom Text des § 252 StPO zu einem Verwertungsverbot in dem ihm unterbreiteten Fall als zu groß erschien. Auffallend an der Entscheidung ist, dass der Schutzzweck des § 252 StPO in der Begründung keine Rolle spielt. Das Gericht orientiert sich ausschließlich an Begriffen, ohne sich dabei jedoch an die im Gesetz verwendeten Ausdrücke gebunden zu sehen. Eine Aussage im Rahmen einer „informativischen Befragung“ hätte der Senat noch als von § 252 StPO erfasst angesehen, obwohl der Gesetzestext mit dem Abstellen auf einen „vernommenen“ Zeugen dahinter eindeutig zurückbleibt. Ein informativisch befragter Zeuge ist nicht vernommen worden<sup>39</sup>. Implizit macht das Gericht sich die Schutzzweckerwägungen der h. M. zueigen, ohne die auch die vom OLG ebenfalls befürwortete Rechtsfolgenerweiterung auf ein Verwertungsverbot nicht zu halten wäre. Aber damit provoziert das Gericht natürlich die Frage, weshalb die Umstände des vorliegenden Falles in Anbetracht dieser Erwägungen für ein Verwertungsverbot nicht ausreichen. Die Bezugnahme auf die zwangsfreie Situation der Auskunftsperson, die ihre Angaben gegenüber der Polizei „von sich aus“, „unbefragt“, „spontan“ und „aus freien Stücken“ gemacht habe, erklärt nicht, wo die Schutzzweckdifferenz im Vergleich zu den Fällen besteht, in denen ein Verwertungsverbot anerkannt wird. Jedem Zeugnisverweigerungsrecht liegt ein bestimmter Schutzzweck zugrunde. Diesem Zweck auch noch in der Hauptverhandlung Geltung zu verschaffen, obwohl der weigerungsberechtigte Zeuge zuvor bereits eine Aussage gemacht hat, ist der Zweck des § 252 StPO<sup>40</sup>. Die Schutzwirkung eines bloßen Verlesungsverbots ist gemessen an dieser Zweckbeschreibung aber zu gering. Deswegen wird – wie oben skizziert – in Rechtsprechung und Literatur über die Grenzen des Wortlautes hinweggegangen. Wie weit die Rechtsanwendung jenseits des Gesetzestextes gehen darf, hängt somit letztlich vom Schutzzweck des betroffenen Zeugnisverweigerungsrechts ab. Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO schützt die Rücksichtnahme des Zeugen auf eine zwischen ihm und dem Beschuldigten bestehende verwandtschaftliche, schwägerschaftliche, eheliche oder ehähnliche Beziehung. Der Angehörige des Beschuldigten soll nicht gezwungen sein, dadurch zu einer Belastung dieser Beziehung zu werden, dass er im Strafverfahren als Zeuge aussagt und damit möglicherweise zu Verurteilung und Bestrafung beiträgt.

Hier hat die Ehefrau in der Hauptverhandlung ihr Zeugnisverweigerungsrecht ausgeübt. Die Verurteilung ihres Ehemannes konnte sie dadurch dennoch nicht verhindern. Mehr noch : Letztlich hat allein sie die Verurteilung und Bestrafung verursacht, indem sie ihren Ehemann bei der Polizei anzeigte und kurz danach in Gegenwart der beiden Polizeibeamten erneut

<sup>34</sup> BGHSt 2, 99 (105); 48, 294 (298); Kindhäuser Strafprozessrecht § 21 Rn 66.

<sup>35</sup> BGHSt 2, 99 (105).

<sup>36</sup> In sich perplex ist die Ansicht des OLG Saarbrücken NJW 2008, 1396 li. Sp., die Vorschrift sei „über ihren Wortlaut hinaus dahin auszulegen“; vgl. Rogall FS Otto S. 973 (984). Auslegung ist Rechtsanwendung secundum legem. Sie bewegt sich immer in den Grenzen des Wortlautes, bringt dessen Sinn zur Entfaltung und vermag anders als die Analogie kein über diese Grenzen hinausgehendes Ergebnis zu produzieren.

<sup>37</sup> Zutr. Kritik bei Rogall FS Otto S. 973 (981).

<sup>38</sup> Recht häufig liest man in diesem Zusammenhang Aussagen wie „Über diesen Wortlaut hinaus ...“; vgl. z. B. Joachim NStZ 1990, 95; Volk Grundkurs StPO § 27 Rn 10; Fezer Strafprozeßrecht 15/44.

<sup>39</sup> Ranft Rn 1754.

<sup>40</sup> Rogall FS Otto S. 973 (984) : „Verlängerung des Schutzes, den die Zeugnisverweigerungsrechte gewähren.“

beschuldigte. Eben diese Konsequenz wollte sie mit der Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung wohl abwenden. Warum sie ursprünglich den Ehemann beschuldigte und dies später vor Gericht nicht wiederholen wollte, ist nicht bekannt. Eine leicht nachvollziehbare Erklärung wäre, dass die eheliche Harmonie im Zeitpunkt der Strafanzeige angeschlagen, im Zeitpunkt der Hauptverhandlung aber wiederhergestellt war. Darüber sollte man sich doch eigentlich freuen. Nun hat der Richter seines Amtes selbstverständlich frei von solchen oder anderen Emotionen zu walten. Aber auch nüchterner Gehorsam gegenüber dem Gesetz müßte ihn veranlassen, nach einem Weg zu suchen, auf dem eine Zerstörung des vielleicht gerade mühsam restaurierten ehelichen Friedens vermieden werden könnte. „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“, heißt es in Art. 6 I GG. Gewiß kann es die Erfüllung anderer staatlicher Aufgaben – wie z. B. Strafrechtspflege – mit sich bringen, dass dieser Schutzauftrag in einen Interessen- und Zielkonflikt verstrickt wird. Dann bedarf es einer Entscheidung auf Grundlage einer Abwägung. In § 52 StPO und in § 252 StPO bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er das Interesse an der Verwirklichung des Strafrechts dem Schutz von Ehe und Familie unterordnet<sup>41</sup>. Wäre das Verhältnis zwischen Ehemann und Ehefrau schon früher intakt gewesen, hätten Polizei und Justiz von der Trunkenheitsfahrt des Angeklagten wahrscheinlich nie erfahren. Eingedenk dessen sollte es leicht fallen, auf die Verwertung der vorhandenen Beweismittel in der Hauptverhandlung zu verzichten und sich damit abzufinden, dass ein höchstwahrscheinlich Schuldiger der verdienten Bestrafung entgeht. Solche Überlegungen spielen in der Entscheidungsfindung des OLG offenbar keine Rolle. Stattdessen wird darauf abgestellt, dass die Ehefrau „von sich aus“ der Polizei belastende Informationen verschafft hat. Was das mit dem Schutzzweck der §§ 52, 252 StPO zu tun hat, vermag ich nicht zu erkennen. Das einzige Argument, auf das sich hier die Ablehnung eines Verwertungsverbotes unangreifbar stützen ließe, ist der Wortlaut des § 252 StPO, der das Geschehen wirklich nicht erfaßt. Aber darauf soll es ja nicht ankommen. Deswegen kann mit der Entscheidung letztlich niemand zufrieden sein : Befürworter einer streng am Gesetzeswortlaut orientierten Rechtsanwendung werden zwar das Ergebnis, nicht aber seine Begründung begrüßen. Anhänger einer dem Schutzzweck auch jenseits der Wortlautgrenze prioritäre Entscheidungserheblichkeit zumessenden Rechtsfindungsmethode müssen Ergebnis und Begründung ablehnen.

*Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

---

<sup>41</sup> Beulke JURA 2008, 653 (657).