

Jahn, StV 2015, 778



Thema: Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme

Zeitschrift: StV - Strafverteidiger

Autor: Prof. Dr. Matthias Jahn

Rubrik: Aufsätze

Referenz: StV 2015, 778 - 783 (Heft 12)

Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme

*Prof. Dr. Matthias Jahn, Frankfurt/M.**

A. Einleitung

Der Begriff Strafprozessreform kündigt für manche von Unheil.¹ Daran lag es freilich nur zu geringsten Teil, dass sie in der 130-jährigen Geschichte der StPO oft gefordert,² gleichwohl als »große« oder zumindest umfassendere Reform nach den ersten und wechselvollen Erfahrungen mit dem Gesetz von 1879 nie realisiert wurde. Nunmehr gelangte sie aber in der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages auf die rechtspolitische Agenda³ und zumindest ein Schritt in diese Richtung steht nach einem bislang in dieser Form einzigartigen Austausch zwischen Wissenschaft, Praxis und Politik bevor.

Das aktuelle Reformvorhaben entsteht aus einer traditionsreichen Diskussion zu Fragen des Strafverfahrens, an dem sich auch der *Arbeitskreise Alternativentwurf*, dem ich seit 2010 angehöre, seit Jahrzehnten mit Beiträgen und Alternativvorschlägen beteiligt hat.⁴ Ich bin gebeten worden, den Alternativentwurf Beweisaufnahme⁵ zu skizzieren, der aus einem intensiven Diskurs von sechzehn Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer aus drei deutschsprachigen Ländern zu Fragen der Beweisaufnahme entstanden ist, den diese in 16 Arbeitssitzungen (üblicherweise jeweils zwei Tage lang) zwischen 2008 und 2013 geführt haben.⁶ Nach einer kurzen Einführung in das gedankliche Gerüst dieses *Alternativentwurfs* (im Folgenden: AE-Beweisaufnahme) werden dessen inhaltliche Leitlinien dargestellt, um sodann die prozeduralen Sicherungen zu thematisieren und anschließend an einem konkreten Beispiel die Mechanik – sozusagen die DNA des AE-Beweisaufnahme – zu exemplifizieren und an einer Vorschrift in ihrer konkreten Gestalt (§ 254 StPO-AE) demonstrieren zu können.

* Überarbeitetes und um ein Schlusskapitel zu den Ergebnissen der StPO-Expertenkommission im Abschlussbericht v. 13.10.2015 ergänztes Referat für die AG 2 des 39. Strafverteidigertages in Lübeck am 07.03.2015.

1 »Strafprozessreform ist ein Begriff, der großes Unheil ankündigt«: P.-A. Albrecht, Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren – Bemerkungen zum StVÄG v. 01.11.2000 – (25. Strafverteidigertag), StV 2001, 416; jetzt wieder aufgegriffen von Mosbacher, in: Jahn/Radtke (Hrsg.), Deutsche Strafprozessreform und Europäische Grundrechte – Herausforderungen auch für die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen?, Referate und Diskussionen auf dem 5. Karlsruher Strafrechtsdialog, 2015 (im Erscheinen).

2 »Seit der Gründung der Bundesrepublik ist der Ruf nach einer Reform des Strafverfahrensrechts nicht verstummt ...«, siehe Anlage zur Kabinettsvorlage des Bundesministeriums der Justiz v. 10.06.1960 – 4100/1 B-0-22872/60, S. 1. Siehe dazu auch Hubig, in: Jahn/Radtke (Fn. 1) (im Erscheinen).

3 Vgl. nur Pressemitteilung des BMJV vom 07.07.2014 unter www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/20140707_Expertenkommission_Reform_StPO.html?nn=1468684.

4 Vgl. den Alternativ-Entwurf »Novelle zur StPO«: nichtöffentliche Hauptverhandlung, Tübingen 1980; den Alternativ-Entwurf »Novelle zur StPO«: Reform der Hauptverhandlung, Tübingen 1985; den Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit (AE-ZVR), München 1996 und den Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), München 2001.

5 Vgl. die Veröffentlichung des gesamten Entwurfs in GA 2014, S. 1-72 sowie im Materialheft des 38. Strafverteidigertages Dresden 2014, S. 7-40.

6 Zeitlich inmitten trat dazu eine internationale Tagung an der Universität Hannover, um die Datenbasis rechtsvergleichend zu verbreitern und den damals erreichten Zwischenstand des Entwurfs in einer kritischen Diskussion testen zu können; die Referate der ausländischen Gäste aus insgesamt sechs europäischen Ländern sind in ZStW 126 (2014), S. 172-248, veröffentlicht.

Jahn: Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme - StV 2015 Heft 12 - 779 >>

B. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

Kernanliegen des AE-Beweisaufnahme ist eine grundsätzliche Revision der Regelungen, welche die materielle Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung prägen.⁷ Rechtspolitischer Hintergrund ist auch, dass seit Jahrzehnten die Bedeutung des Unmittelbarkeitsprinzips erheblich relativiert wird, wenn Verfahrensformen ohne komplette Hauptverhandlung zunehmende praktische Bedeutung erlangen und genau das ist nicht nur in zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen, sondern auch im deutschen Strafverfahren der Fall.⁸

Die Reform des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist ein Projekt, dem viele Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger nicht gerade überschwänglich begegnen, um das Mindeste zu sagen – die Diskussionen auf dem Dresdner Strafverteidigertag 2014 haben das schon angedeutet.⁹ Es erscheint deshalb nicht überflüssig, nochmals auf einige grundsätzlichen Fragestellungen im Bereich der Inhalte des Unmittelbarkeitsprinzips des geltenden Rechts aufmerksam zu machen. Wir unterscheiden bekanntlich heute zwischen formeller und materieller Unmittelbarkeit – Regelungsziel dieses Entwurfs war der letztere, also der etwas umfassendere Komplex. *Formelle Unmittelbarkeit* bedeutet, etwas vereinfachend gesagt, dass alles, was Inhalt des Urteils sein soll, formell in der Hauptverhandlung von den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis genommen worden sein muss. Die formelle Unmittelbarkeit bezieht sich also im Wesentlichen auf das, was Inhalt der Regelung in § 261 StPO ist. Die *materielle Unmittelbarkeit* hingegen betrifft die Wege, auf denen sich die Verfahrensbeteiligten vom Prozessstoff in der Hauptverhandlung Kenntnis verschaffen müssen. Das Gericht ist also auch bisher bei der Auswahl der Beweismittel in der Hauptverhandlung nicht gänzlich frei, wie es der Grundsatz der »freien« Beweiswürdigung in § 261 StPO terminologisch suggeriert, sondern selbstverständlich kennt auch das geltende Strafprozessrecht Regelungen darüber, in welcher Art und Weise sich das Gericht in der Hauptverhandlung der einzelnen Beweismittel bedienen muss. Ich erwähne dies zum einen, weil bereits kritisch angemerkt wurde, dass die Reihenfolge der Beweismittel, die der AE-Beweisaufnahme vorsieht (§ 251 Abs. 1 Nrn. 1-3 StPO-AE), die Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts, insbesondere natürlich seines Vorsitzenden, in der Hauptverhandlung dergestalt beschneidet, dass eine grundsätzliche Rangfolge der Beweissurrogate vom Entwurf zwingend vorgegeben ist. Und ich erwähne es zum anderen deshalb, weil es kein Novum des AE-Beweisaufnahme ist, sondern in den geltenden Regelungen des § 249 und § 256 StPO bereits enthalten ist. Vor dem Hintergrund dieses Regelungsziels war also beabsichtigt, Vorschriften für die inhaltliche Gestaltung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu finden, die die Regelungen zu einem mehr partizipatorisch gestalteten Ermittlungsverfahren ergänzen.¹⁰ Das ist nochmals zu betonen, weil ich meine, dass eine innere Abhängigkeit – wenn nicht sogar ein Junktim – zwischen dem besteht, was der AE-Beweisaufnahme für die materielle Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung vorschlägt und den Regelungen, die die Sammlung des Beweisstoffs im Ermittlungsverfahren betreffen.

Für den Alternativkreis war Hintergrund des AE-Beweisaufnahme damit der AE-Ermittlungsverfahren¹¹, der bereits im Jahre 2002 vorgelegt worden war und im Schrifttum breit diskutiert wurde. Es wäre also ein Missverständnis, den AE-Beweisaufnahme nur isoliert als ein Projekt zu betrachten und zu würdigen, das sich allein der Hauptverhandlung annimmt. Das bedeutet natürlich auch, dass die Fragen des Beweistransfers in die Hauptverhandlung zwingend davon abhängen, ob man, was die Regelungen der Beweis- und Stoffsammlung im Ermittlungsverfahren anbelangt, beim bisherigen status quo bleiben möchte – dann könnten die Vorschläge möglicherweise in einer Gesamtbetrachtung unausgewogen erscheinen – oder ob man bereit ist, in eine rechtspolitische Gesamtdebatte einzutreten und ein Gesamtpaket zu schnüren, um damit die innere Abhängigkeit der beiden Entwurfsteile zu spiegeln.

C. Regelungsanlass

I. »Doppelung« der Beweisaufnahme

Der Regelungsanlass wird gestiftet durch drei zentrale Schwächen des geltenden Rechts, an die der Alternativentwurf Beweisaufnahme unmittelbar anknüpft.¹² Das ist zum einen der Gesichtspunkt der »Doppelung« der Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren einerseits und in der Hauptverhandlung andererseits. Der Begriff der »Doppelung« ist hier untechnisch zu verstehen. Das geltende Recht ist hier auch alles andere als strikt. Bereits die systematische Interpretation des § 244 Abs. 1 StPO (»Nach [...] folgt die Beweisaufnahme«) zeigt, dass z.B. die Einlassung des Angeklagten noch nicht zur Beweisaufnahme im technischen Sinne gehört,

gleichwohl sie im Einzelfall den Kern des Beweisprogrammes bilden kann.

Mit dem Stichwort »Doppelung« der Beweisaufnahme ist etwas anderes gemeint, das den Arbeitskreis lange beschäftigt hat: Die persönliche Vernehmung eines Zeugen und die Verlesung bzw. sonstige Reproduktion seiner früheren Aussage beispielsweise im Wege der audiovisuellen Vorführung dieser Aussage. Nach der Überzeugung des Arbeitskreises liegen hier nicht lediglich unterschiedliche Formen der Beweiserhebung vor, sondern es handelt sich um zwei unterschiedliche *Gegenstände* der Beweiserhebung, wie bei der Vernehmung zweier verschiedener Zeugen. Insbesondere aufgrund nachlassender Erinnerung, aber auch aus anderen praktischen Gründen, kann eine frühere Aussage den tatsächlichen Wahrnehmungen des Zeugen besser entsprechen als die Angaben in der Hauptverhandlung. Deshalb lässt sich ungeachtet der unbestreitbaren Vorteile der persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung – eigener Eindruck des Gerichts vom Zeugen, vom Inhalt seiner Aussage, von seiner persönlichen Glaubwürdigkeit und der Glaubhaftigkeit seiner Bekundungen und damit in engem Zusammenhang ste-

-
- 7 Siehe zum Ganzen (aus der Sicht des derzeitigen Geschäftsführers des AE-Kreises) *Frister*, in: Leblois-Happe/Stuckenberg (Hrsg.), *Was wird aus der Hauptverhandlung?* 2014, S. 65 (73 ff.). Die Reformhistorie und -debatte vor dem AE-Beweisaufnahme fasst *M. Krüger*, *Unmittelbarkeit und materielles Recht*, 2014, S. 252 ff., zusammen.
 - 8 *Wohlens ZStrR* 2014, 424 (444).
 - 9 Vgl. Ergebnisse der AG 1 des 38. Strafverteidigtages, *StV* 2014, 441 sowie nunmehr die Dokumentation der Ergebnisse der AG 2 des 39. Strafverteidigtages, *StV* 2015, 328, diff. aber z.B. *Conen*, *StV-Editorial* 5/2014, S. I, www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/StV-05-2014_Editorial.pdf.
 - 10 *AE-Beweisaufnahme*, *GA* 2014, 1 (25 f.).
 - 11 *Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens* (Fn. 4).
 - 12 Vgl. *AE-Beweisaufnahme*, *GA* 2014, 1 (3 f.).

Jahn: Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme - StV 2015 Heft 12 - 780 << >>

hend, umfassende Befragungsmöglichkeiten des Zeugen – nach unserer Überzeugung nicht *abstrakt* bestimmen, welcher Beweiserhebung die höhere Qualität zukommt. Ich halte deshalb fest, dass man nicht von vorneherein sagen kann, die Vernehmung in der Hauptverhandlung sei die »bessere« Vernehmung und man kann auch umgekehrt nicht abstrakt sagen, dass dasjenige, das zeitnah im Ermittlungsverfahren bekundet wurde, von vornerein und denknötwendig stets das »bessere« Beweismittel ist – es kommt vielmehr, wie so oft, darauf an. Angesichts des Umstands, dass die Wege, auf denen man sich nun die Beweisergebnisse des Ermittlungsverfahrens in der Hauptverhandlung erschließen kann, durch das geltende Recht unsystematisch und teilweise sogar widersprüchlich sowie auch für den Fachmann nicht immer ganz leicht zu durchschauen sind, sollten diese Beweiswege nach unserer Ansicht konkreter bestimmt werden.

II. Gefahr des Beweis(mittel)verlusts bis zur Hauptverhandlung

Es liegt in der Logik der eben erwähnten Zusammenhänge und stellt in der Praxis eine geradezu typische Situation im Rahmen der Hauptverhandlung dar, dass Erinnerungsverluste im Rahmen des Zeugenbeweises eine zentrale Rolle spielen. Nicht nur beim Landgericht, sondern gerade auch in Verfahren vor dem Amtsgericht stellt sich die bekannte Situation ein, dass der Zeuge keine konkrete Erinnerung mehr hat und bestenfalls das bekunden kann, was er sich in der Vorbereitung auf die Hauptverhandlung nochmals erarbeitet hat. In der Folge wird daher oft lediglich abgefragt, was in der Akte steht und es wird im Wege des Vorhaltens dann der Akteninhalt reproduziert; da der Zeuge aus seiner Erinnerung nur noch sehr wenig bekunden kann, kommt es zu dem oft zitierten Standardsatz »Wenn das da so steht, dann wird es wohl so gewesen sein«.

III. Unübersichtliches System von Grundsatz, Ausnahme, Rückausnahme

Drittes Manko des geltenden Rechts in den Vorschriften von § 249 bis § 256 StPO ist die fehlende Systematik und Schlüssigkeit dieses Rechtsbereichs. Es ist aus Sicht der Reform festzuhalten, dass es sich um ein unübersichtliches System von Grundlagen, Ausnahmen und Rückausnahmen handelt. Wir haben einen Grundsatz

in § 249 StPO, dessen Ausnahmen in § 250 StPO wiederum mit Rückausnahmen in § 251 StPO versehen werden, die wiederum mit Rück-Rückausnahmen in § 252 StPO wegen des Zeugnisverweigerungsrechts versehen werden usw. – und zwar *ad infinitum* oder zumindest fast bis dahin, nämlich bis hin zur Sonderregelung in § 325 StPO für das Berufungsverfahren. Dies erscheint nicht mehr zeitgemäß – insbesondere deshalb nicht, weil die Idee der Unmittelbarkeit, die hier zugrunde liegt, angesichts des technischen Fortschritts bei der audiovisuellen Vernehmung nicht mehr zeitgemäß ist.

D. Das Gegenkonzept

I. Amtsaufklärung

Das Gegenkonzept versucht nun zunächst, den Amtsaufklärungsgrundsatz stark zu machen, in dem die Verzichtbarkeit der persönlichen Vernehmung eines Zeugen dann ausgesprochen wird, wenn sie nach Auffassung des Gerichts zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist.¹³

Die Grundsätze, die hier aufgerufen werden, sind also diejenigen des § 244 Abs. 2 StPO in der Ausprägung, die sie durch die Entscheidung *BVerfGE* 133, 168 (197 Tz. 53 ff.) [= StV 2013, 353] zur noch-Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren gefunden haben. Hier bewegen wir uns also auf einem Terrain, dass durch verfassungsgerichtliche Rechtsprechung abgesichert ist – mag man zu ihr auch kritisch stehen.¹⁴ Die Regelung des § 250 Abs. 1 StPO-AE lautet deshalb im Wortlaut:¹⁵

»Soweit es nicht möglich oder zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist, einen Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu vernehmen, kann die Vernehmung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen der betreffenden Person ersetzt werden. Die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte und der Verteidiger können sowohl zur Bestätigung als auch zur Widerlegung einer in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen beantragen. Insoweit gilt das Beweisantragsrecht mit der Maßgabe, dass § 244 Abs. 4 und 5, § 384 Abs. 3 und § 420 Abs. 4 nicht anzuwenden sind.«

Die Rechtfertigung dieses Regelungsinhalts liegt insbesondere darin, dass die unmittelbare Vernehmung in der Hauptverhandlung nach unserer Überzeugung der Vorführung einer audiovisuellen Aufnahme aus dem Ermittlungsverfahren – für Zeugen nach § 58a StPO-AE, für den Beschuldigten nach § 136 Abs. 4 StPO-AE – nach dem vorstehend Ausgeführten nicht mehr prinzipiell überlegen ist. Anders als es sich die Väter der Reichsstraßprozessordnung haben vorstellen können, existieren heute Möglichkeiten audiovisueller Aufnahmen von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren und damit einhergehende Erkenntnismöglichkeiten, die es aus unserer Perspektive nicht mehr zwingend rechtfertigen, den Zeugen in der Hauptverhandlung noch einmal hören zu müssen, weil man sich insbesondere durch die audiovisuelle Konserve einen authentischen Eindruck von der Situation, in der die damaligen Bekundungen abgegeben worden sind, sowie von ihrem Inhalt einschließlich Mimik, Gestik und ähnlichem verschaffen kann.

II. Beweisantragsrecht

Das Korrektiv, das es natürlich für Situationen geben muss, in denen der Eindruck aus der audiovisuellen Vernehmung nicht ausreicht, ist nach unserer Überzeugung das Beweisantragsrecht. Dieses tritt an die Stelle der bisherigen Regelung über die Unmittelbarkeit. Das ist der tragende Gedanke, dem im Wortlaut § 250 Abs. 1 S. 2 und 3 StPO-AE Ausdruck verliehen wurde. Staatsanwalt, Angeklagter und Verteidiger können sowohl zur Bestätigung als auch zur Widerlegung einer in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen beantragen. Soweit gilt das Beweisantragsrecht mit besonderen Maßgaben. Der Entwurfsbegründung sind die konkreten Anforderungen an einen entsprechenden Beweisantrag zu entnehmen:¹⁶ So ist

13 Vgl. AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (5 ff.).

14 Dazu bereits *Jahn*, in: 38. Strafverteidigertag 2014, (Hrsg.) Strafverteidigervereinigungen, S. 39 (45 ff.); ausf. *MüKo-StPO/Jahn/Kudlich*, Bd. 2 (im Erscheinen), § 257c Rn. 20 ff.

15 Siehe AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (49 f.).

16 AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (51).

Jahn: Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme - StV 2015 Heft 12 - 781 << >>

»[d]er Antrag auf persönliche Vernehmung [...] nach der Konzeption des Alternativentwurfs ein Beweisantrag, für den im Grundsatz die allgemein formalen Anforderungen für Beweisanträge gelten«¹⁷,

also das, was in Rechtsprechung und Literatur zu 244 § Abs. 3 S. 2 StPO ausbuchstabiert ist. Zu der konkreten Frage, wie der Beweisantrag zu fassen ist, erklärt die Begründung weiter:

»Um dem Gericht die Anwendung des § 244 Abs. 3 StPO kodifizierten Ablehnungssystems zu ermöglichen, hat der Antragsteller insbesondere anzugeben, zu welcher in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung vernommen und ob diese Tatsache durch seine Vernehmung bestätigt oder widerlegt werden soll.«¹⁸

Eine weitere, in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage ist die nach dem Verhältnis etwaiger Darlegungsobliegenheiten bezüglich der Anforderungen an die Konnexität zwischen Beweismittel und Beweistatsache. Auch diese, schon relativ spezielle Frage wird in der Entwurfsbegründung beantwortet. Dort heißt es ausdrücklich, dass die in der Rechtsprechung des *BGH*¹⁹ postulierten und später in der Kammerjuridikatur des *BVerfG* bestätigten Verpflichtungen des Antragstellers zur Begründung seiner eigenen Beweiserwartung – sogenannte Konnexität im weiteren Sinne – mit Recht kritisiert werden und dementsprechend auch nicht den Vorstellungen der Entwurfsverfasser entsprechen.

III. Prozedurale Sicherungen des AE-Beweisaufnahme

1. Art und Weise der Ersetzung durch eine frühere Aussage

Die prozeduralen Sicherungen des *Alternativentwurfs* ruhen aus meiner Sicht auf drei tragenden Säulen: Die erste Säule wurde schon im Überblick angesprochen und betrifft die Frage nach der Legitimation der Regelung in § 251 Abs. 1 StPO unter dem Aspekt der Beschränkung der Auswahlmöglichkeiten des Vorsitzenden bei dem Sich-Verschaffen des Überblicks über das Beweismaterial in der Hauptverhandlung. Der vom Arbeitskreis vorgeschlagene § 251 Abs. 1 StPO-AE lautet:

»(1) Bei der Ersetzung einer Vernehmung durch eine frühere Aussage nach § 250 Abs. 1 S. 1 ist von mehreren für die Einführung in die Hauptverhandlung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten in folgender Rangfolge Gebrauch zu machen:

1. Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Aussage (§ 249a);
2. Verlesung einer Niederschrift über die frühere Aussage (§ 249);
3. Vernehmung einer anderen Person über den Inhalt der früheren Aussage.

(2) Mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten und seines Verteidigers kann eine nachrangige Form der Einführung verwendet werden, wenn dies zur Erforschung der Wahrheit ausreicht. Die ergänzende Verwendung einer nachrangigen Form ist stets zulässig.«

Die inhaltliche Legitimation des § 251 Abs. 1 StPO-AE ergibt sich aus der Sachnähe der vorgeschlagenen Reihenfolge. Wir sehen die audiovisuelle Vernehmung an der Spitze einer gedachten Skala der Authentizitätsvermutung:

»Da Bild-Ton-Aufzeichnungen sowohl den Wortlaut als auch Gestik und Mimik von Aussagen originalgetreu wiedergeben, sind frühere Aussagen gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO-AE in erster Linie durch die Vorführung von ihnen angefertigter Bild-Ton-Aufzeichnungen in der

Hauptverhandlung einzuführen.«²⁰

Erst in zweiter Hinsicht soll die Möglichkeit der Verlesung stehen und in dritter Hinsicht die Vernehmung der Verhörsperson – und dies auch nur unter der Voraussetzung einer qualifizierten Belehrung. Letztlich soll hier genau das *de lege ferenda* normiert werden, was der 2. Strafsenat glaubt, im Anfrage²¹ – und Vorlageschluss²² zum Umfang der Belehrung bei ermittlungsrichterlicher Vernehmung eines angehörigen Zeugen schon dem geltenden Recht entnehmen zu können. § 52 Abs. 4 StPO-AE lautet:

»Bei der richterlichen Vernehmung eines nach Absatz 1 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen im Ermittlungsverfahren (...) ist der Zeuge auch darüber zu belehren, dass seine Aussage bei späterer Zeugnisverweigerung in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf (§ 251)«

Der Vorrang der Verlesung der Niederschrift gegenüber der Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten beruht auf der Überlegung, dass erstere gerade die Funktion hat, die Aussage des Zeugen zu dokumentieren, ihre Richtigkeit dementsprechend von dem Zeugen oder Sachverständigen durch seine Unterschrift bestätigt wird und der Vernehmungsbeamte sich bei einer Vernehmung als Zeuge über den Inhalt der Aussagen aufgrund fehlender spontaner Erinnerung typischerweise ohnehin darauf beziehen wird. Der Subtext des § 251 Abs. 1 StPO-AE ist also im Ganzen die Einladung zur vermehrten Videografierung der Vernehmungen im Ermittlungsverfahren, weil damit die Surrogatsfrage vorentschieden ist. § 251 Abs. 2 S. 1 StPO-AE nimmt dann Bezug auf konsensuale Elemente innerhalb der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung, indem er die Möglichkeit für die Verfahrensbeteiligten schafft, im Einvernehmen eine nachrangige Form der Einführung zu verwenden, wenn das ausreichend ist. Die ergänzende Verwendung einer nachrangigen Form ist ohnehin stets zulässig. Das heißt also, dass auch der AE-Beweisaufnahme die Freiheit des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung nicht gänzlich aufhebt, sondern seinen Spielraum nur durch einen – allerdings grundsätzlich zwingenden – Regelungsmechanismus sinnvoll zu steuern versucht.

2. Stärkung des Konfrontationsrechts

Ein weiterer Gesichtspunkt, der bei den prozeduralen Sicherungen eine Rolle spielt, ist die Stärkung des Konfrontationsrechts. Der tragende Gedanke ist hier, dass der AE-Beweisaufnahme über den Mindeststandard, den der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ausgeformt hat,²³ hinauszugehen und das innerstaatliche Konfrontationsrecht aufzuwerten sucht.

17 AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (54).

18 AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (51).

19 BGHSt 52, 284 (287) = StV 2009, 57; dazu krit. *Jahn* StV 2009, 663 (664 f.).

20 AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (54).

21 BGH NStZ 2014, 596 (598) = StV 2014, 717 m. Anm. *Jahn* JuS 2014, 1138 (1140) [BGH 04.06.2014 - 2 StR 656/13]; ausf. *T. Meyer* StV 2015, 319.

22 BGH, Beschl. v. 18.03.2015 – 2 StR 656/13, Tz. 25 zu den §§ 52 Abs. 1 Nr. 3, 252 StPO.

23 Vgl. hierzu *Jahn* ZStW 127 (2015), H. 4 (im Erscheinen); LR-StPO/Esser, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 178 mit zahlreichen Nachweisen.

Jahn: Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme - StV 2015 Heft 12 - 782 << >>

3. Zustimmungslösung bei Einführung von Beweismitteln in die Hauptverhandlung

Die Stärkung des Grundsatzes, sich nicht zwangsweise selbst bezichtigen zu müssen, soll in der neuen Regelung des § 253 Abs. 1 StPO-AE zum Ausdruck kommen; sie lautet:

»Hatten im bisherigen Verfahren weder der Angeklagte noch sein Verteidiger die Gelegenheit, einen Zeugen zu befragen, und können sie eine solche auch durch einen Beweisantrag nach § 250 Abs. 1

S. 2 AE nicht erlangen, so dürfen frühere Aussagen oder sonstige schriftliche oder mündliche Erklärungen des Zeugen zum Zweck der Beweiserhebung oder des Vorhalts nur mit Zustimmung des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt werden.«

Diese dritte prozedurale Sicherung besteht also darin, dass es von der Zustimmung des jeweiligen Verfahrensbeteiligten abhängt, ob Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen. Es wird damit ein weiteres konsensuales Element eingebaut, weil wir glauben, dass die Entscheidungshoheit aller Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung gestärkt werden kann und dies auch notwendig ist.

IV. Ein konkretes Beispiel: § 254 StPO-AE

Ein konkretes Beispiel, das den Mechanismus des Entwurfs deutlicher hervortreten lassen soll, ist die Regelung des § 254 StPO-AE, hier insbesondere Absatz 1:

»Angaben, die der Angeklagte bei einer früheren Vernehmung in einem Strafverfahren gemacht hat, dürfen zum Zweck der Beweiserhebung in der Regel nur mit seiner Zustimmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Ohne Zustimmung des Angeklagten dürfen sie in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn

1. die Vernehmung durch einen Richter durchgeführt wurde;
2. bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war;
3. der Angeklagte vor der Vernehmung auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat und von der Vernehmung eine Bild- Ton-Aufzeichnung angefertigt wurde.

In den Fällen des Satzes 2 ist die Einführung nur zulässig, wenn der Angeklagte vor Beginn der Vernehmung über die Möglichkeit der späteren Verwendung in der Hauptverhandlung belehrt worden ist. [...]«²⁴

Die *lex lata* sieht in § 254 Abs. 1 StPO bisher vor, dass Erklärungen des Angeklagten, die in einem richterlichen Protokoll enthalten sind, zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden können. Das Gegenkonzept, das der Alternativentwurf hier vorsieht, zeichnet sich im Wesentlichen durch drei Parameter aus:

1. Zustimmungslösung

Der erste Parameter zielt erneut auf die Idee einer Zustimmungslösung. Angaben, die der Angeklagte bei einer früheren Vernehmung in einem Strafverfahren gemacht hat, dürfen zum Zweck der Beweiserhebung in der Regel nur mit seiner Zustimmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Wir wollen damit die Autonomie der Entscheidung des Subjekts stärken, das durch *nemo tenetur* geschützt wird.²⁵

2. Zustimmungspflichtigkeit

Zweiter Pfeiler des § 254 StPO-AE ist die Durchbrechung dieser grundsätzlichen Zustimmungspflichtigkeit in drei konkreten Fällen:

a) Richterliche Vernehmung

Eine erste Ausnahme gilt für die richterliche Vernehmung. Hier ergibt sich ein Bezug zur ständigen Rechtsprechung,²⁶ die in vielen Situationen der richterlichen Vernehmung einen höheren Beweiswert beimisst als in sonstigen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren.

b) Anwesenheit eines Verteidigers

Zum zweiten wird für eine Durchbrechung ermöglicht, wenn bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war. Hier wurde bewusst die *Anwesenheit* des Verteidigers und nicht lediglich die Möglichkeit, anwesend zu sein, vorausgesetzt – auch das mit Blick auf die prozeduralen Sicherungen. Die damit einhergehende, vermehrte

Tätigkeit des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, beispielsweise bei Vernehmungen anwesend zu sein, muss in der Folge z.B. durch Erweiterung der Ziff. 4102 der Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 RVG (Gebühr für die Teilnahme an Terminen außerhalb der Hauptverhandlung) besser vergütet werden, da sonst geeignete Anreize fehlen.

c) Bild-Ton-Aufzeichnung

Die dritte und letzte Option, auf die Zustimmung des Angeklagten zu verzichten, liegt im Anwendungsbereich der Bild-Ton-Aufzeichnung; hier ist Verteidigeranwesenheit sogar entbehrlich.

3. Qualifizierte Belehrung

Eine weitere prozedurale Sicherung ist die qualifizierte Belehrung des Beschuldigten darüber, dass seine Äußerungen zu Beweis Zwecken in der Hauptverhandlung verwendet werden können.²⁷ Das gilt nicht nur kraft Verweises für die polizeiliche Vernehmung, sondern auch für die staatsanwaltschaftliche Beschuldigtenvernehmung und für die richterliche unmittelbar.

E. Zusammenfassung

Die Befassung mit den Vorschriften über die materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung hat erhebliche Schwachstellen des geltenden Rechts hervortreten lassen – insbesondere ein unsystematisches, inkonsistentes und schwer vermittelbares Regelungskonzept, das meines Erachtens durch ein flexibleres Modell zu ersetzen ist. Flexibler soll das Modell insoweit sein, als zwar eine Reihenfolge der Beweissurrogate zwingend vorgegeben ist, aber von dieser Reihenfolge der Beweissurrogate im allseitigen Konsens der Verfahrensbeteiligten abgewichen werden kann. Zudem soll bezüglich der Frage der Auswahl des Beweismittels, also der Wahl zwischen unmittelbarer Vernehmung der Beweisperson und Einführung einer früheren Bekundung dreierlei maßgeblich sein:

- die gerichtliche Aufklärungspflicht (inquisitorisches Element),
- der Wille der Verfahrensbeteiligten (konsensuales Element) und
- die Eignung des jeweiligen Beweismittels zur verlässlichen Wiedergabe des Gesagten (Authentizitätselement).

24 AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (66) sowie *Jahn* FS Wolter, 2013, S. 963 (970 ff.).

25 Eingehender *Schlothauer/Jahn* RuP 2012, 222 f.

26 Statt vieler vgl. *Jahn* JuS 2007, 485 (486) [BGH 27.10.2006 - 2 StR 334/06] m.w.N.

27 Siehe umfassend AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (31 ff.).

Jahn: Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme - StV 2015 Heft 12 - 783 <<

Bei einer solchen Neuregelung bestünde eine prinzipielle Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *BVerfG* zum Verständigungsgesetz – wie auch immer man zu ihr stehen mag –²⁸ und es würde normativ kein völliges Neuland betreten, da die Regelungsmechanismen des geltenden Rechtes schon jetzt zum Teil auf den Willen der Verfahrensbeteiligten abstellen. Sowohl in § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO als auch in § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO existieren *de lege lata* im Kontext des Unmittelbarkeitsgrundsatzes schon Zustimmungslösungen im weitesten Sinne (technisch: Einverständnislösungen). Es erscheint den *Verfassern* des AE-Beweisaufnahme überzeugend, diesen Pfad des geltenden Rechtes zu verbreitern, auch wenn uneingeschränkte Zustimmung nicht zu erwarten ist.

F. (Vorläufiger) Schluss: Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Abschlussbericht der BMJV-Kommission zur Strafverfahrensreform

Der am 13.10.2015 vorgelegte Bericht der 21-köpfigen BMJV-Expertenkommission²⁹ hat den AE-Beweisaufnahme in dem zur Verfügung stehenden knappen Zeitrahmen von fünfzehn Monaten seit dem

07.07.2014 nicht abschließend, sondern nur in den Grundzügen behandeln können.³⁰ Da der *Verfasser* dieses Beitrages zugleich Mitglied der Berliner Kommission war, verbietet sich eine weitergehende eigene Stellungnahme. In den Worten des Abschlussberichtes³¹ ist zu Gunsten des AE-Beweisaufnahme nach Auffassung der Kommission jedenfalls zu verbuchen,

»dass Doppelungen der Beweisaufnahme, beispielsweise durch die Vernehmung eines Zeugen sowohl im Ermittlungsverfahren als auch in der Hauptverhandlung, vermieden werden können. In solchen Situationen entstehen zwei Beweismittel unterschiedlichen Gegenstands, deren Qualität nicht abstrakt bestimmbar ist. Vielmehr kann es von den Umständen des Einzelfalls abhängen, ob für den Richter der persönliche Eindruck vom Zeugen oder die zeitliche Nähe der Aussage zur Tat von entscheidender Bedeutung ist. Darüber hinaus spiegeln sich die heutigen Möglichkeiten zur audiovisuellen Aufzeichnung von Vernehmungen in den §§ 249 ff. StPO nicht wider. Durch die Stärkung der Verwertbarkeit audiovisueller Aufzeichnung in der Hauptverhandlung könnten aber auch Anreize geschaffen werden, im Ermittlungsverfahren auf diese Art der Dokumentation zurückzugreifen«.

Da in den Beratungen aber auch grundlegende Bedenken gegen den AE-Beweisaufnahme geltend gemacht wurden, hat die BMJV-Kommission keine Empfehlung zu dem Entwurf als Ganzem ausgesprochen. Sie legt aber, jeweils mit breiter Mehrheit, ein Paket mit fünf punktuellen Änderungsvorschlägen zum Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung (Ziff. 14.1-14.5) vor, nämlich³²

- die *Erweiterung der Verlesungsmöglichkeiten* für nichtrichterliche Vernehmungsprotokolle von Zeugen, wenn der unverteidigte Angeklagte dem nach Belehrung zustimmt und die Verlesung lediglich der Bestätigung seines Geständnisses dient,
- die Möglichkeit der *Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung* einer richterlichen Vernehmung des zeugnisverweigerungsberechtigten *Zeugen*, wenn das Konfrontationsrecht des Beschuldigten gewahrt war (vgl. § 252 Abs. 2 StPO-AE i.V.m. § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO-AE),
- dass zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis neben der Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls auch die *Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung* einer früheren richterlichen Vernehmung des *Beschuldigten* ermöglicht werden soll (vgl. § 254 Abs. 1 StPO-AE),
- die Möglichkeit der *Verlesung* ärztlicher Atteste auch bei anderen Tatvorwürfen als denjenigen der einfachen oder fahrlässigen Körperverletzung und
- dass der Vorsitzende verpflichtet werden soll, den wesentlichen Inhalt einer Urkunde oder eines Schriftstückes in der Hauptverhandlung mitzuteilen, wenn diese im Selbstleseverfahren in das Verfahren eingeführt wird.

Zuletzt regt die Kommission an, dass der AE-Beweisaufnahme in anderem Rahmen weiter verfolgt werden solle.³³

28 Krit. MüKo-StPO/*Jahn/Kudlich* (Fn. 14), § 257c Rn. 57: »überstrenge praktische Handhabung (...) mit jedenfalls für die amtsgerichtliche Praxis fast schon erdrosselnder Wirkung«. Ähnlich *F. Meyer* StV 2015, 790 (nachstehend in diesem Heft).

29 Vgl. oben StV 2015, 773.

30 Vgl. Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, S. 8.

31 Bericht (Fn. 30), S. 8.

32 Bericht (Fn. 30), S. 22 f.

33 Bericht (Fn. 30), S. 6.