

Dr. Gerwin Moldenhauer\*

# Der Zeuge im Spiegel der Ausbildung

## A. Einleitung

Die verschiedenen strafprozessualen Ermittlungsinstrumente haben sich auf Grund des technischen Fortschritts immens verändert, zu denken ist beispielsweise an die 2017 eingeführte<sup>1</sup> Online-Durchsuchung (vgl. § 100b StPO) oder die Quellen-Telekommunikationsüberwachung (vgl. § 100a I 2 StPO). Dennoch ist der Zeuge nach wie vor das wichtigste und zugleich das *schlechteste* Beweismittel im Strafverfahren. Nicht selten rangt sich ein Strafprozess letztlich um die Beurteilung der Aussage eines Zeugen. Dies hat ganz unterschiedliche Gründe: So kann es sein, dass der Zeuge eine Straftat beobachtet, also eine Wahrnehmung über Tatsachen gemacht hat, die sonst nicht dokumentiert ist, weil noch gar keine strafprozessualen Maßnahmen in Gang gesetzt und später nicht mehr möglich waren. Ein Zeuge kann aber auch Einblicke über das Innenleben des Täters geben, die sonstigen strafprozessualen Maßnahmen nicht oder nur schwer zugänglich sind. So kann der Zeuge Auskünfte über Motive, Beweggründe, Pläne oder auch Taten des Täters geben, weil der Täter dem Zeugen davon erzählt hat. Die Wahrnehmung der vom Zeugen zu berichtenden Tatsachen beschränkt sich in diesen Fällen auf das Zuhören, man spricht vom „Zeugen vom Hörensagen“. Hat der Zeuge Wahrnehmungen auf Grund seiner besonderen Sachkunde gemacht, beispielsweise als Arzt über den gesundheitlichen Zustand des Opfers, ohne dass er als Sachverständiger beauftragt wurde, ist er sachverständiger Zeuge und kein Sachverständiger, vgl. § 85 StPO. Die größte mediale Aufmerksamkeit wird aber dem Kronzeugen zuteil, der bei genauerer Betrachtung häufig gar kein Zeuge im formellen Sinne ist, nämlich wenn er als Mittäter oder Teilnehmer ein Geständnis ablegt und damit gleichzeitig andere Angeklagte belastet. Der Begriff des Kronzeugen stammt aus dem als Parteiprozess ausgestalteten angelsächsischen Strafverfahren. Er ist nach dem dortigen Modell „Zeuge der Anklage“ (des *Crown Prosecution Service*), weil er selbst der Straftat überführt wurde und nunmehr gegen Mittäter oder Teilnehmer aussagt.

Ein Zeuge macht Angaben über Wahrnehmungen von Tatsachen in einem nicht gegen sich selbst gerichteten Verfahren. Der durch die Rechtspraxis formell bestimmte Verfahrensstatus vom Angeklagten kann sich zum Zeugen verändern, indem das Verfahren gegen ihn abgetrennt wird. Es ist beispielsweise denkbar, dass er verurteilt wird und später in einem anderen Verfahren gegen seine ehemaligen Komplizen als Zeuge aussagt. Der Kronzeuge kann unter bestimmten Voraussetzungen des § 46b StGB in den Genuss einer Strafmilderung oder des Absehens von Strafe kommen, wenn er rechtzeitig, nämlich bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 207 StPO), Aufklärungshilfe für eine schwere

Straftat (§ 100a II StPO) leistet.<sup>2</sup> In jedem einzelnen Fall muss sich das Gericht bei der Würdigung der Aussage eines solchen Zeugen eingehend damit auseinandersetzen, dass er kein neutraler Zeuge ist und sich gegebenenfalls durch seine Aussage einen Vorteil verspricht. Von essenzieller Bedeutung für den auf Wahrheitsfindung angelegten Strafprozess ist, dass der Zeuge wahrheitsgemäße Angaben macht. Wegen dieser überragenden Bedeutung des Zeugen für das Strafverfahren wurden gesetzliche Regelungen installiert, die es ermöglichen sollen, Zeugenaussagen bestmöglich fruchtbar zu machen. Seit jeher sind die Grundzüge dieser Systematik auch ein fester Bestandteil in der juristischen Ausbildung. Die Systematik beruht im Verfahrensrecht darauf, dass der Zeuge unter bestimmten Voraussetzungen nicht aussagen muss, um ihm einen Konflikt mit der Wahrheit zu ersparen. Im materiellen Recht ist zur Absicherung von wahrheitsgemäßen Aussagen durch die Aussagedelikte der §§ 153 ff. StGB geregelt, dass Falschaussagen strafbewehrt sind. Gesetzlich nicht geregelt, in der Ausbildung viel zu wenig beachtet, aber in der Praxis von unschätzbarem Wert ist die Vernehmungstechnik und Vernehmungspsychologie. Dieser Beitrag soll einen schlaglichtartigen Überblick über den Rechtsrahmen des Zeugen im Strafprozess geben.

## B. Der Zeuge im Prozessrecht

### I. Zeugenpflichten

Der Zeuge hat zunächst die Pflicht, vor Gericht (vgl. § 48 I StPO) oder der Staatsanwaltschaft (§ 161a I 1 StPO) zu erscheinen. Diese Pflicht wurde 2017<sup>3</sup> durch den Gesetzgeber dahingehend erweitert, dass der Zeuge nunmehr auch verpflichtet ist, bereits auf eine polizeiliche Ladung zu erscheinen, wenn der Ladung ein Auftrag der Staatsanwaltschaft zu Grunde liegt (§ 163 III 1 StPO). Die Erweiterung bildet die schon vor der Einführung vorherrschende Realität ab, da der größere Teil der Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren durch die Polizei vorgenommen wird und eine Ladung des Zeugen durch die Staatsanwaltschaft in das Polizeipräsidium zu einer Vernehmung, an der die Staatsanwaltschaft nur zur Durchsetzung der Pflicht zum Erscheinen des Zeugen mitwirkt, Fөрmelei wäre. Bei Nichterscheinen des Zeugen trotz ordnungsgemäßer Ladung können Ordnungsmittel gegen ihn ver-

\* Dr. Gerwin Moldenhauer ist OStA b. BGH in der Abteilung Terrorismus bei der Bundesanwaltschaft in Karlsruhe und Lehrbeauftragter an der Freien Universität Berlin.

1 Gesetz vom 17.08.2017 (BGBl I 3202, 3204).

2 Vergleichbare Regelungen enthalten § 31 BtMG, § 129 VII, § 129a VII, § 261 IX StGB.

3 Gesetz vom 17.08.2017 (BGBl I 3202, 3209).

hängt werden (vgl. § 51 StPO), wobei die Ordnungshaft als freiheitsentziehende Maßnahme wegen des verfassungsrechtlich abgesicherten Richtervorbehaltes (Art. 104 II GG) durch den Richter anzuordnen ist. Darüber hinaus ist der Zeuge grundsätzlich verpflichtet auszusagen (§§ 48 I 2, § 161a I 1 StPO), und zwar wahrheitsgemäß (vgl. § 57 I StPO sowie §§ 153 ff. StGB). Darüber ist der Zeuge nach § 57 StPO zu belehren.

Die Aussagepflicht des Zeugen ist aber nicht grenzenlos. Es gibt verschiedene Konstellationen, bei denen der Zeuge nicht oder nicht umfassend aussagen muss. Dabei ist zwischen den Zeugnisverweigerungsrechten der §§ 52 ff. StPO und dem Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO zu unterscheiden.

## II. Zeugnisverweigerungsrechte

Die Zeugnisverweigerungsrechte sind umfassend. Wenn ein solches vorliegt, muss der Zeuge lediglich Angaben zu seiner Person machen. Diese muss er immer machen, schon damit überprüft werden kann, ob er der in Rede stehende Zeuge ist und ob ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Die Angaben zur Person umfassen nach § 68 I StPO insbesondere Name, Alter, Beruf und Wohnort. Zeugen, die Wahrnehmungen in amtlicher Eigenschaft gemacht haben, namentlich Polizeibeamte, können statt des Wohnortes ihren Dienstort („Münster“) angeben, vgl. § 68 I 2 StPO. Aspekte des Zeugenschutzes sind in § 68 III StPO geregelt. Dieses in der Praxis wichtige Thema des Zeugenschutzes soll hier ausgeklammert werden.<sup>4</sup> Der Zeuge kann darüber disponieren, ob er die Angaben vollständig verweigert oder teilweise von seinem Recht Gebrauch machen will und nur bestimmte Bereiche ausklammert.<sup>5</sup> Aus der Zeugnisverweigerung dürfen keine negativen Schlüsse zu Lasten des Angeklagten gezogen werden. Macht der Zeuge teilweise Angaben, unterliegen diese jedoch der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO).

Durch die Wahrnehmung des Zeugnisverweigerungsrechts entsteht ein Verwertungsverbot. Das bedeutet, dass in der Hauptverhandlung die Aussage des zuvor vernommenen Zeugen nicht eingeführt werden darf, wenn dieser in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Die Verwertbarkeit der früheren Angaben eines Zeugen richtet sich nach § 252 StPO. Dessen Umfang ist ein klassisches Klausurthema in der Ausbildung, da der Wortlaut des § 252 StPO zunächst nur die Verlesung der Niederschrift über frühere Vernehmung erfasst. Es ist aber allgemein anerkannt, dass auch die Vernehmung der Verhörsperson in diesen Fällen einschließlich etwaiger Videovernehmungen ausgeschlossen ist.<sup>6</sup> Es gibt davon allerdings zwei wesentliche Ausnahmekonstellationen: Zum einen ist die Verwertung bei einer früheren nicht-richterlichen Vernehmung zulässig, wenn der Zeuge diese nach ausdrücklicher, qualifizierter Belehrung gestattet und nur in der Hauptver-

handlung nicht aussagen will (Teilverzicht). In dieser Konstellation kann der Vernehmungsbeamte gehört werden.<sup>7</sup> Zum anderen ist nach der Rechtsprechung die Verwertung des Inhalts einer früheren richterlichen Vernehmung wegen ihres besonderen Bedeutungsgehaltes zulässig.<sup>8</sup> Dabei war – und ist wohl auch noch – umstritten, ob der Zeuge bei der richterlichen Vernehmung schon dahingehend qualifiziert zu belehren ist, dass die Angaben auch bei einer späteren Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts durch Vernehmung des Richters verwertbar sind.<sup>9</sup> Der BGH hat diese Frage in der Entscheidung des Großen Strafsenats 2016 verneint.<sup>10</sup> Eine qualifizierte, über § 52 III StPO hinausgehende Belehrung ist danach nicht erforderlich.<sup>11</sup> Bei den Zeugnisverweigerungsrechten wird unterschieden zwischen solchen aus persönlichen (§ 52 StPO) und solchen aus beruflichen Gründen (§ 53 StPO). Kommt ein Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen in Betracht, ist der Zeuge darüber zu belehren, § 52 III 1 StPO; bei den Berufsgruppen, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, geht das Gesetz davon aus, dass ihnen das Recht bekannt ist.

### 1. Persönliche Gründe

Der Zeuge kann bei einem Verfahren gegen einen Verwandten in den Konflikt geraten, dass er diesen bei wahrheitsgemäßen Angaben belasten müsste, was er in den meisten Fällen nicht wollen wird. Es liegt daher nahe, dass der Wahrheitsgehalt solcher Aussagen in vielen Fällen wertlos wäre und der Zeuge unter Umständen sogar zur Falschaussage (§ 153 StGB) gedrängt würde. § 52 StPO löst diesen Konflikt, indem er die dort benannten Angehörigen von der Aussagepflicht entbindet. Der zur Aussageverweigerung berechtigte Personenkreis ist abschließend aufgeführt. § 52 StPO liegt eine formelle Betrachtung zu Grunde.

4 Vgl. dazu Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., 2020, Vor § 48 Rn. 10 f.; BeckOK-StPO-Monka, 38. Ed., [Stand: 01.10.2020], § 68 Rn. 7 ff.; Wenske/Moldenhauer, Richterhandbuch, 3. Aufl., 2012, Kap. EII, Rn. 223.

5 Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn. 15, 21.

6 BGH NJW 1960, 584; KK-StPO-Diemer, 8. Aufl., 2019, § 252 Rn. 1; MK-StPO-Ellbogen, 2016, § 252 Rn. 43; Kudlich/Roy, JA 2003, 565, 571.

7 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 252 Rn. 16a; KK-StPO-Diemer, § 252 Rn. 2; Kraatz, JA 2014, 773, 775; a.A. Beulke, in: Kolloquium für Gollwitzer zum 80. Geb., 2004, S. 11 ff.

8 St. Rspr. seit BGHSt 2, 99; BGHSt 61, 221; vgl. auch Nachweise bei KK-StPO-Diemer, § 252 Rn. 22. A.A. sind wesentliche Teile der Literatur, vgl. bspw. Degener, StV 2006, 509, 512; Fezer, JuS 1977, 669, 671; El-Ghazi, JR 2015, 343, 345; MK-StPO-Ellbogen, § 252 Rn. 49; SK-StPO-Velten, 5. Aufl., 2015, § 252 Rn. 4.

9 Vgl. BGH NStZ 2014, 596 (Vorlagebeschluss des 2. Strafsenats); vgl. dazu Jäger, JA 2014, 948; Jahn, JuS 2014, 1138.

10 BGHSt 61, 221 (Großer Senat), dazu Moldenhauer/Wenske, JA 2017, 860; Weidemann, JA 2017, 938; KK-StPO-Diemer, § 252 Rn. 28.

11 BGHSt 61, 221 Rn. 54 ff.

### a) Verlöbnis, § 52 I Nr. 1 StPO

So kann nach § 52 I Nr. 1 StPO bei einem Verlöbnis die Aussage verweigert werden. Unter einem solchen ist mit der Rechtsprechung das ernst gemeinte Eheversprechen zu verstehen. Dahinter steht der Schutzgedanke aus Art. 6 I GG. Eine analoge Anwendung bei nicht-ehelicher Lebensgemeinschaft kommt nicht in Betracht, da diese – etwas überspitzt – ihre Beziehung noch nicht in die schützenswerte Form gebracht hat. Die Qualität des tatsächlichen Konfliktes für den Zeugen findet keine Berücksichtigung. So kann es sein, dass der in einer langjährigen, festen Liebesbeziehung lebende Zeuge nicht in den Genuss von § 52 I Nr. 1 StPO kommt, der „windige Verlobte“ hingegen schon. In der Praxis ist mitunter zu beobachten, dass Angeklagte und Zeugen sich kurz vor der Aussage noch verloben. Kommt das Gericht im Freibeweis zu der Auffassung, dass das Verlöbnis ernst gemeint ist, wird es das Zeugnisverweigerungsrecht bejahen müssen; in vielen Fällen wird missbräuchlich ein Verlöbnis vorgetragen.<sup>12</sup>

### b) Ehe, § 52 I Nr. 2 StPO

Zum Zeitpunkt der Vernehmung muss eine gültige Ehe bestehen oder bestanden haben, um von einem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I Nr. 2 StPO ausgehen zu können. Dabei kann es sich sowohl um eine im Inland wirksam geschlossene Ehe als auch um eine solche im Ausland handeln, wenn sie in Deutschland anerkannt ist. Maßstab ist das Familienrecht, vgl. Art. 14 EGBGB.<sup>13</sup> Entspricht eine Ehe im Ausland den rechtlichen Anforderungen nicht, kann sie unter Umständen als Verlöbnis nach § 52 I Nr. 1 StPO gelten. Eine nach islamischem Recht geschlossene religiöse „Ehe“ entspricht nicht den Erfordernissen einer Ehe nach bürgerlichem Recht. Es ist auch kein Raum für eine analoge Anwendung oder eine Umdeutung in ein Verlöbnis.<sup>14</sup> Dies ergibt sich bereits daraus, dass das Rechtsinstitut der Ehe nach dem bürgerlichen Recht gerade nicht anerkannt werden soll, sondern vielmehr das eigene Recht der Scharia gelten soll.

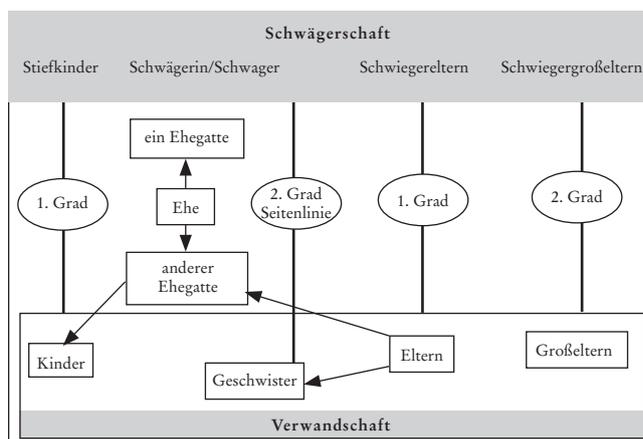
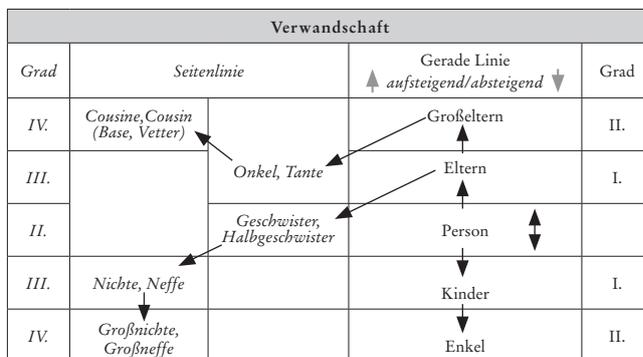
### c) Lebenspartner, § 52 I Nr. 2a StPO

Im Zuge der Einführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes im Jahre 2001<sup>15</sup> wurde das Zeugnisverweigerungsrecht vergleichbar der Ehe des § 52 I Nr. 2 StPO auf den gleichgeschlechtlichen Lebenspartner erweitert.

### d) Verwandtschaft, § 52 I Nr. 3 StPO

Für Verwandte des Angeklagten gilt § 52 I Nr. 3 StPO. Ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht, sofern in gerader Linie eine Verwandtschaft oder Schwägerschaft besteht. Diese richtet sich nach §§ 1589, 1590 BGB. Eine gerade Linie der Abstammung besteht gemäß § 1589 S. 1 BGB bei Personen, die voneinander abstammen, namentlich Eltern, Kindern, Großeltern, Enkeln, Urgröß-

eltern, Urenkeln. Das Zeugnisverweigerungsrecht gilt auch für das nichteheliche<sup>16</sup> und das adoptierte Kind, jedoch nicht für das Pflegekind, weil insoweit kein familienrechtliches Verwandtschaftsverhältnis besteht. In der Seitenlinie geht die Verwandtschaft bis zum dritten Grad, so dass sich beispielsweise die Geschwister gegen den Onkel noch auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen können. In der Schwägerschaft geht die Seitenlinie nur bis zum zweiten Grad.<sup>17</sup>



## 2. Berufliche Gründe

Die Zeugnisverweigerung aus beruflichen Gründen ist in §§ 53, 53a StPO geregelt. Es trägt dem Gedanken Rechnung, dass bei bestimmten, abschließend benannten Berufsgruppen ein Geheimnisschutz für die Berufsausübung unumgänglich ist. Das Vertrauensverhältnis zwischen diesen Berufsgruppen und denen, die ihre Hilfe und Sachkunde in Anspruch nehmen, ist besonders schützenswert. Der Katalog des § 53 I StPO ist letztlich das – politisch vermittelbare – Ergebnis der Abwägung des Gesetzgebers zwischen dem schützenden Vertrauensverhältnis einzelner Berufsgruppen

12 Vgl. Wenske/Moldenhauer, Richterhandbuch, Kap. EII, Rn. 203.

13 Vgl. im Einzelnen Ebner/Müller, NSTz 2010, 657.

14 Vgl. BGH NSTz-RR 2018, 20.

15 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften vom 16.02.2001, BGBl. 2001, 266.

16 Anders noch der BGH in 1968 (BGHSt 22, 187). Die Rspr. gilt zu Recht als überholt, vgl. KK-StPO-Bader, § 52 Rn. 15.

17 Vgl. die Schaubilder, die auf MK-BGB-Wellenbofer, 8. Aufl., 2020, § 1589 Rn. 13 und § 1590 Rn. 1 zurückgehen; vgl. auch Wenske/Moldenhauer, Richterhandbuch, Kap. EII Rn. 199 f.

und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Zu nennen sind insbesondere die folgenden Berufsgruppen: Geistliche, Verteidiger, Rechtsanwälte, Steuerberater, Ärzte und ähnliche Berufe, Mitglieder von Beratungsstellen für Schwangere, Drogenberater, Abgeordnete, Mitarbeiter von Presse, Rundfunk und Fernsehen; auch das Personal der Berufsgruppen (§ 53a StPO: „mitwirkende Personen“) ist zeugnisverweigerungsberechtigt. Der Katalog des § 53 StPO ist abschließend. Bankangestellte haben beispielsweise kein Zeugnisverweigerungsrecht aus dem „Bankgeheimnis“.<sup>18</sup> Der Begriff des Geistlichen (§ 53 I Nr. 1 StPO) eröffnet Raum für Diskussionen hinsichtlich dessen Auslegung. Zutreffend ist er nicht formell auf eine staatlich anerkannte Religionsgemeinschaft zu beschränken. Zwar hat der BGH Anfang der 1950er Jahre – nicht tragend – noch entschieden, dass Missionare der Zeugen Jehovas schon deshalb keine Geistlichen im Sinne der Norm seien, weil – so wörtlich – „ihre Sekte“ nicht zu den staatlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften gehöre.<sup>19</sup> Damit sollte aber – wie der BGH später klarstellte – keine Wortlautschränke in diese Vorschrift hineingelesen werden, sondern dem Anliegen Rechnung getragen werden, den Kreis der nach dieser Vorschrift zeugnisverweigerungsberechtigten Personen zu begrenzen. Der Begriff „Geistliche“ ist von der Bedeutung offen, bekenntnisneutral und schließt daher keine Religionsgemeinschaft von vorneherein aus. Aus dem Grundsatz der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates, der sich aus einer Zusammenschau der Art. 4 I, Art. 7 III, Art. 33 III, Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 136 I, IV und Art. 137 I WRV ableiten lässt, folgt, dass der Staat auf eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religionsgemeinschaften zu achten hat.<sup>20</sup> Dem Staat ist die Privilegierung bestimmter religiöser Bekenntnisse ebenso untersagt wie die Ausgrenzung Andersgläubiger.<sup>21</sup> Der BGH hat daher im Jahr 2010 auf dieser Grundlage eine über den Wortlaut des § 53 I 1 Nr. 1 StPO hinausgehende Beschränkung des Begriffs der Geistlichen auf Amtsträger der als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannten Religionsgemeinschaften, wie sie die herrschende Lehre<sup>22</sup> vornimmt, abgelehnt und auch einem yezidischen Geistlichen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I Nr. 1 StPO zugesprochen.<sup>23</sup> Einzelheiten zu dem weiteren Katalog und der Ausübung stehen nicht im Fokus der Ausbildung. Wesentlich für die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung ist, dass die anvertraute oder bekanntgewordene Tatsache im funktionalen Zusammenhang mit der Berufsausübung steht. Dieser Zusammenhang wird weit ausgelegt. Er besteht beispielsweise schon für ein Telefongespräch eines Verteidigers, das dieser – bei noch nicht bestehendem Mandatsverhältnis – mit einem Bekannten des späteren Mandanten zum Zwecke der Anbahnung eines Mandatsverhältnisses führt.<sup>24</sup> Nicht mehr erfasst sind privat oder nur anlässlich der Berufsausübung bekannt gewordene Tatsachen, beispielsweise wenn der

Arzt beim Warten auf den Patienten aus dem Fenster beobachtet, wie dieser beim Einparken einen Unfall verursacht und sich unerlaubt vom Unfallort entfernt (§ 142 StGB).

### 3. Aussagegenehmigung

Richter, Beamte (beispielsweise Staatsanwälte und Polizisten) sowie andere Personen des öffentlichen Dienstes bedürfen gemäß § 54 I StPO nach Maßgabe der beamtenrechtlichen Bestimmungen eine Aussagegenehmigung, wenn sie als Zeugen über Umstände gehört werden, auf die sich ihre Amtsverschwiegenheit bezieht. Sofern die Aussagegenehmigung nicht versagt wird, ist in Anlehnung an das Beweisthema, das in der Ladung des Zeugen zu benennen ist, der Umfang der Aussagegenehmigung zu bestimmen. Dabei werden grundsätzlich bestimmte Bereiche, wie beispielsweise die Einsatztaktik der Polizei, von der Genehmigung ausgeklammert. Da aber die Regelung des § 54 StPO lediglich ein Beweiserhebungsverbot ist, kann die Aussage dennoch verwertet werden, wenn der Zeuge ohne die erforderliche Genehmigung aussagt.<sup>25</sup> Die Versagung der Aussage durch den Dienstherrn ist nur unter den beamtenrechtlichen Voraussetzungen (vgl. § 68 I BBG für den Bund) zulässig, wenn die Aussage dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde. Der Dienstherr als ausstellende Behörde muss auch die Bedeutung der gerichtlichen Wahrheitsfindung für die Sicherung der Gerechtigkeit und das Gewicht des Freiheitsanspruchs des Angeklagten angemessen berücksichtigen.<sup>26</sup> Die Entscheidung über die Versagung der Aussagegenehmigung ist als Verwaltungsakt verwaltungsgerichtlich überprüfbar.<sup>27</sup> Gerade im Zusammenhang mit der Einführung von Erkenntnissen von Vertrauenspersonen der Polizei oder eines Nachrichtendienstes in das Strafverfahren sind Aussagegenehmigungen heftig umstritten und stehen in einem Spannungsverhältnis mit dem auf Offenheit und umfassende Sachaufklärung des erkennenden Gerichts angelegten Strafprozess. Eine nicht zu überschreitende Grenze liegt dort, wo ernsthaft die Gefahr einer administrativen Fernsteuerung der Justiz durch die Exekutive zu befürchten ist.<sup>28</sup> Bei der Beurteilung dieser Gefahr ist auch das Recht des Beschuldigten auf eine umfassende Verteidigung zu be-

18 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 53 Rn. 3 mit Nachweis auf weitere Berufsgruppen.

19 BGH, Urteil vom 05.05.1953 - 1 StR 194/53, NJW 1953, 1112 f.

20 Vgl. BVerfG 123, 128.

21 Vgl. BVerfG 108, 282, 299.

22 LR-StPO-Ignor/Bertheau, 27. Aufl., 2017, § 53 Rn. 21 m.w.N.

23 BGH NStZ 2010, 646.

24 BGH NJW 2014, 1314.

25 Allgemeine Meinung, vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 54 Rn. 2.

26 BGHSt 32, 115, 124 [Großer Senat].

27 Vgl. BVerwGE 109, 258 Rn. 21 ff.

28 Vgl. Niehaus, NStZ 2008, 355.

rücksichtigen.<sup>29</sup> Dies soll an einem sicherlich extrem gelagerten Fall des Landgerichts Berlin aus dem Jahr 2006 illustriert werden, der gerade für Ausbildungszwecke viele Probleme verbindet: Zwei Berliner Polizeibeamte („VP-Führer“) waren wegen diverser Straftaten im Zusammenhang mit ihrer polizeilichen Tätigkeit angeklagt, bestritten die Vorwürfe und ließen sich dahingehend ein, dass sie sich nur mit umfassenden Aussagegenehmigungen verteidigen könnten, die ihnen aber nicht erteilt wurden. Sie könnten daher möglicherweise entlastende Umstände nicht vortragen. Der Handlungsspielraum des Gerichts ist in diesem Zusammenhang gering, es bleibt nur die Möglichkeit der Gegenvorstellung, die im zu Grunde liegenden Fall keinen Erfolg hatte. Maßstab der Beurteilung war die Amtsaufklärungspflicht (§ 244 II StPO), das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und insbesondere das faire Verfahren (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG, 20 III GG, Art. 6 I 1 EMRK). Eine Wahrunterstellung des möglichen Entlastungsvorbringens wäre dem Landgericht – unabhängig davon, dass es nicht vorgetragen wurde – nicht möglich, da es dem Strafverfahren wesensfremd ist. Eine Würdigung nach „*in dubio pro reo*“ verschließt sich, da der Sachverhalt ja grundsätzlich aufklärbar gewesen wäre.<sup>30</sup> Das Landgericht kam daher zu dem Ergebnis, dass ein Verfahrenshindernis vorlag und hat das Verfahren durch Urteil nach § 260 III StPO eingestellt. Der BGH hat die Revisionen dagegen als unzulässig verworfen und machte in diesem Zusammenhang Ausführungen *obiter dicta*: Eine Beschränkung der Aussagegenehmigung, die das Recht auf Verteidigung in seinem Wesensgehalt antaste, könne als Verstoß gegen die Grundnorm des Art. 1 I GG von Verfassungs wegen nicht hingenommen werden. Sie träfe einen obersten in seiner Substanz nicht zur Disposition stehenden Wert. Daraus folge, dass ein Strafverfahren nicht durchgeführt werden dürfe, wenn staatliche Geheimhaltungsinteressen von großem Gewicht nicht anders als durch die Beschneidung wesentlicher Verteidigungsmöglichkeiten gewahrt werden könnten. Es sei im Einzelfall abzuwägen, ob die Versagung der Aussagegenehmigung den Kernbereich oder lediglich den Randbereich des Rechts auf umfassende Verteidigung betreffe. Im Kernbereich der Verteidigung könne die Aussagegenehmigung nur zur Verteidigung überragende Güter wie Leben oder Gesundheit der Vertrauensperson erteilt werden. Im Randbereich könne die Aussagegenehmigung auch aus Gründen der Geheimhaltung der Polizeitaktik verwehrt werden.

### III. Das Auskunftsverweigerungsrecht

Das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO regelt den Konflikt, dass der Zeuge bei wahrheitsgemäßen Angaben sich selbst oder einen Angehörigen (§ 52 I StPO) der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Damit sichert es den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz ab, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*).<sup>31</sup> Ohne

§ 55 StPO befände der Zeuge sich in einem unlösbaren Konflikt zwischen Aussage- und Wahrheitspflicht. Der Zeuge ist über sein Auskunftsverweigerungsrecht zu belehren, § 55 II StPO.

Eine Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 I StPO ist anzunehmen, wenn eine Ermittlungsbehörde aus einer wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen Tatsachen entnehmen könnte, die sie zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (§ 152 II StPO) oder auch zur Aufrechterhaltung oder Verstärkung eines Tatverdachts veranlassen könnte. Die bloße Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens ist ausreichend. Hierfür genügt es bereits, wenn der Zeuge bestimmte Tatsachen angeben müsste, die mittelbar den Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit begründen. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die wahrheitsgemäße Beantwortung einer Frage zwar alleine eine Strafverfolgung nicht auslösen könnte, jedoch – so die auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1987 zurückgehende Mosaiktheorie – „als Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude“ zu einer Belastung des Zeugen beitragen könnte.<sup>32</sup> Es muss aber konkrete tatsächliche Anhaltspunkte für die Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung geben, bloße Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen nicht aus.<sup>33</sup>

Das Auskunftsverweigerungsrecht ist kein Zeugnisverweigerungsrecht im Sinne der §§ 52 ff. StPO.<sup>34</sup> Während das Zeugnis bei §§ 52 ff. StPO umfassend verweigert werden kann, gestattet das Auskunftsverweigerungsrecht grundsätzlich nur die Verweigerung der Beantwortung einzelner Fragen. Ob die Beantwortung einer Frage schon in den Bereich des § 55 StPO fällt, ist in der Praxis häufig umstritten. Der Zeuge hat den Verweigerungsgrund nach § 56 StPO glaubhaft zu machen. Der Vorsitzende des Gerichts entscheidet im Rahmen der Verhandlungsleitung, ob die Voraussetzungen des § 55 StPO vorliegen. Die Entscheidung kann – und muss für den Fall einer späteren erfolgreichen Revision – durch Gerichtsbeschluss nach § 238 II StPO überprüft werden.

In besonderen Einzelfällen, insbesondere bei Organisationsdelikten der §§ 129 ff. StGB und im Bereich der organisierten Kriminalität, kann das partielle Auskunftsverweigerungsrecht zum vollständigen werden. Das ist beispielsweise der Fall, wenn schon ein Kennverhältnis vom Zeugen zum Angeklagten – mit weiteren bekannten Indizien – eine Verfolgungsgefahr für den Zeugen mit sich bringen kann. So sind gerade die von einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) begangenen Straftaten vielfach dadurch gekennzeichnet, dass sie von einem begrenzten Kreis von Tätern begangen werden, die sich kennen oder zumindest voneinander wissen,

29 BGH NJW 2007, 3010; *Jahn*, JuS 2007, 1058.

30 *Niehaus*, NStZ 2008, 355.

31 BVerfG 38, 105, 113; MK-StPO-Maier, § 55 Rn. 1.

32 BGH StV 1987, 328; BGH NJW 1999, 1413; BVerfG NJW 2002, 1411, 1412.

33 BGH NStZ 1999, 415, 416.

34 MK-StPO-Maier, § 55 Rn. 9; Meyer-Goßner/Schmitt, § 53 Rn. 2.

untereinander – teils über Dritte – in konspirativem und klandestinem Kontakt stehen und von den terroristischen Aktivitäten der anderen Mitglieder zumindest aus Treffen, internen Mitteilungen oder Gesprächen Kenntnis haben. Daher kann schon die Aufdeckung der Zusammenhänge des Sich-Kennens einzelner Mitglieder der Vereinigung nicht selten auch Rückschlüsse über deren Beteiligung sowie der von weiteren Mitgliedern an (anderen) Taten der Vereinigung zulassen, so dass diese Erkenntnisse – unter Umständen mit weiteren schon bekannten Tatsachen – Teilstücke im Sinne der Mosaiktheorie werden können.<sup>35</sup> Diese Gefahr besteht aber nicht mehr, wenn zu Gunsten des Zeugen

Strafklageverbrauch oder Verjährung eingetreten ist.<sup>36</sup> Dann muss der Zeuge umfassend aussagen. In diesen Fällen ist in der Praxis häufig zu beobachten, dass der Zeuge sich in Erinnerungslücken flüchtet. Die dagegen dem Gericht zur Verfügung stehenden Ordnungsmittel (vgl. § 70 StPO: Kosten, Ordnungsgeld und -haft) sind letztendlich faktisch häufig nicht erfolgreich. Es bestätigt sich dann wieder der Satz, dass der Zeuge auch das schlechteste Beweismittel ist.

35 Vgl. den BGH NStZ 2010, 463 zu Grunde liegenden Fall.

36 So der Fall in BGH NStZ-RR 2010, 246.

Dr. Frank Bräutigam / Felix Schwind\*

## „Tatort“ und Recht – Dramaturgie versus Genauigkeit

### A. Einleitung

Sonntagabend, 20:15 Uhr, es läuft der „Tatort“ aus München. Die beiden Kommissare *Batic* und *Leitmayr* stehen vor der Tür eines Verdächtigen.

*Batic*: „Batic, Kripo München, das ist mein Kollege Leitmayr. Wir werden uns jetzt mal in Ihrer Wohnung umsehen. Hier ist der Durchsuchungsbeschluss.“

*Verdächtiger*: „Heißt das nicht Durchsuchungsbe-  
fehl?“

*Batic*: „Nein, das sagen die nur im Fernsehen“.

Auch wenn die Tatort-Folge mit diesem Dialog schon viele Jahre zurückliegt – selten haben sich die Ebenen Fiktion und juristische Wirklichkeit in einem Tatort schöner vermischt als bei diesem Zitat. Der Tatort im Ersten ist und bleibt ein elektronisches Lagerfeuer am Sonntagabend. Oder natürlich zeitversetzt in der ARD-Mediathek. Jurist\*innen schauen besonders genau hin, auch das hat Tradition. Und sie reiben sich an dem Format, was man zum Beispiel merkt, wenn man die „Juristen-Bubble“ auf Twitter während oder nach einer Ausstrahlung durchscrollt. Sogar auf dem „Deutschen Anwaltstag“ gab es 2019 eine Podiumsdiskussion rund um den „Tatort“ mit dem Tenor, Abläufe bei Polizei und Justiz würden (zu) stark verzerrt. Denn wie bei vielen Fernsehkrimis wird auch beim Tatort, nun ja, nicht immer streng nach der Strafprozessordnung und den Polizeigesetzen ermittelt.

„In der Realität ja auch nicht immer“, mag man dagegenhalten, „sonst gäbe es ja nicht dutzende Bände von Gerichtsurteilen“. Dennoch: Fiktion und Realität stehen hier in einem Spannungsfeld. In einem fiktionalen Format lassen sich die polizeilichen Ermittlungen zwar nicht komplett realitätsgetreu abbilden. Sonst würde man den Filmemachern zu starke Fesseln anlegen. Ein Film kann nie ein juristisches Seminar sein. Trotzdem

hat auch jedes filmische Format eine Sorgfaltspflicht. Die Basics rund um das Recht sollten in den Grundzügen stimmen.

Der Südwestrundfunk (SWR) produziert für die ARD insgesamt drei „Tatorte“: Aus Ludwigshafen (*Lena Odenthal*), aus Stuttgart (*Lannert und Bootz*) und den Schwarzwald-Tatort rund um die Region Freiburg (*Tobler und Berg*). Gleichzeitig ist beim SWR in Karlsruhe die ARD-Rechtsredaktion angedockt. Dort berichten insgesamt zehn Journalist\*innen, die zugleich die volle juristische Ausbildung haben, für alle Nachrichtenformate der ARD über das Thema Recht im Fernsehen, Hörfunk und im Internet. Weil auch in der ARD-Rechtsredaktion Tatort-Fans sitzen, ergaben sich vor ein paar Jahren erste Kontakte zum Tatort-Team. Der Anlass: *Lena Odenthal* hatte am Ende einer Folge das Beatmungsgerät eines schwerkranken Patienten abgestellt. Durfte sie das? Das hat die Redaktion dann auf verschiedenen Kanälen juristisch eingeschätzt.

Als vor einigen Jahren im neuen „Schwarzwald-Tatort“ der Protagonist ein Freiburger Jurastudent war, kam die Tatort-Redaktion auf die Idee, mit den Autoren dieses Artikels ein Web-Video für die ARD-Mediathek, Twitter und Co. zu drehen, und darin juristische Fragen aus dem Film zu erklären. Das hat sich unter dem Label „Der Tatort-Jurist“ in unregelmäßiger Folge fortgesetzt, zum Beispiel in einer weiteren Folge des Schwarzwald-Tatortes, in der es sehr intensiv um die neuen rechtlichen Möglichkeiten ging, im Rahmen von Ermittlungen Erkenntnisse aus DNA-Analysen zu ziehen.<sup>1</sup> Eine Stuttgarter Episode

\* Dr. Frank Bräutigam leitet die ARD-Rechtsredaktion in Karlsruhe und berichtet von dort u.a. für die Tagesschau. Ass. Iur. Felix Schwind hat seine Wahlstation des Referendariats in der ARD-Rechtsredaktion gemacht.

1 <https://www.daserste.de/unterhaltung/krimi/tatort/videos/Der-Tatort-im-Juristen-Check-100.html> [Stand: 16.03.2021].