

Die rechtliche Unmöglichkeit im Rahmen des § 251 I Nr. 2 StPO

Drei Sonderkonstellationen vor dem Hintergrund strafrechtlicher Prozessmaximen

Bearbeitet von
Verena Orend

1. Auflage 2010. Taschenbuch. 280 S. Paperback
ISBN 978 3 631 60042 9
Format (B x L): 14,8 x 21 cm
Gewicht: 370 g

[Recht > Strafrecht > Strafverfahrensrecht, Opferschutz](#)

Zu [Leseprobe](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

INHALTSVERZEICHNIS

ERSTER TEIL: GEGENSTAND DER ARBEIT MIT HISTORISCHER UND GEGENWÄRTIGER BEZUGNAHME ZU STRAFPROZESSUALEN VERFAHRENSGRUNDSÄTZEN 17

KAPITEL 1 EINFÜHRUNG IN DAS THEMA.....	17
KAPITEL 2 RÜCKBLICK AUF DIE HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES GRUNDSATZES DER UNMITTELBARKEIT.....	23
KAPITEL 3 BERÜHRUNGSPUNKTE DER VERLESUNG MIT DEN TRAGENDEN GRUNDSÄTZEN DES DEUTSCHEN STRAFPROZESSES	28
A. ZUSAMMENSPIEL DER PROZESSMAXIMEN DER UNMITTELBARKEIT UND AMTSERMITTLUNGSPFLICHT	28
I. Der Amtsermittlungsgrundsatz	28
II. Der strafprozessrechtliche Grundsatz der Unmittelbarkeit	30
1. Formelle Unmittelbarkeit.....	30
2. Materielle Unmittelbarkeit.....	30
III. Beziehung der beiden Maximen.....	32
1. Interessengegensatz.....	32
2. Interessengleichklang.....	32
3. Ergebnis	33
B. AUSNAHMEN VOM UNMITTELBARKEITSGRUNDSATZ	33
I. Verlesungsmöglichkeiten nach der Strafprozessordnung.....	33
II. Wahrung des Grundsatzes der Mündlichkeit.....	34
C. SCHLUSSFOLGERUNG.....	35

ZWEITER TEIL: NEUREGELUNG DES § 251 STPO DURCH DAS ERSTE JUSTIZMODERNISIERUNGSGESETZ VOM 24.8.2004 36

A. GESETZESÄNDERUNGEN DER STRAFPROZESSORDNUNG DURCH DAS ERSTE JUSTIZMODERNISIERUNGSGESETZ	36
B. NEUREGELUNG DES § 251 StPO DURCH DAS ERSTE JUSTIZMODERNISIERUNGSGESETZ IM BESONDEREN	37
I. Redaktionelle Änderung	37
II. Neueinführung des § 251 I Nr. 3 StPO.....	38
III. Die Unmöglichkeit der Vernehmung im Sinne des § 251 I Nr. 2 StPO und § 251 II Nr. 1 StPO vor dem Hintergrund des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes	39
1. Verhältnis zwischen § 251 I StPO und § 251 II StPO.....	39

2. Konsequenz dieses Verhältnisses für § 251 I Nr. 2 StPO und § 251 II Nr. 1 StPO	40
a) Befürwortung des eigenständigen Anwendungsbereichs des § 251 II Nr. 1 StPO neben § 251 I Nr. 2 StPO.....	41
aa) Höherer Beweiswert bei richterlichen Protokollen.....	41
bb) Strengere Anforderungen für § 251 I Nr. 2 StPO.....	42
b) Ablehnung des eigenständigen Anwendungsbereichs	43
aa) Wechselseitiger Verweis auf §§ 223, 244 III 2 StPO	43
bb) Tatbestandsmerkmal: „Erscheinen“ im Sinne des § 251 II Nr. 1 StPO	44
cc) Tatbestandsmerkmale: „nicht absehbare Zeit“ nach § 251 I Nr. 2 StPO und „längere oder ungewisse Zeit“ gemäß § 251 II Nr. 1 StPO	45
dd) Versehen des Gesetzgebers	46
5. Zwischenergebnis	48
IV. Zusammenfassung des zweiten Teils.....	48

**DRITTER TEIL: DIE „RECHTLICHE“ UNMÖGLICHKEIT
IM SINNE DES § 251 I NR. 2 STPO AM BEISPIEL DREIER
SONDERKONSTELLATIONEN** 49

KAPITEL 1 ÜBERBLICK ÜBER DIE UNMÖGLICHKEIT DER VERNEHMUNG IM SINNE DES § 251 I NR. 2 STPO	50
A. ALLGEMEINE ANFORDERUNGEN AN DAS NACH § 251 STPO VERLESBARE PROTOKOLL	50
I. Richterliches Vernehmungsprotokoll	50
II. Folge eines Verstoßes gegen die maßgeblichen Verfahrensvorschriften.....	51
1. Zusammenfassung des Meinungsstandes	52
a) Ablehnung der Verlesung	52
b) Befürwortung der Verlesung	53
2. Entscheidung des Meinungsstreits durch persönliche Stellungnahme.....	54
a) Teilweise Erledigung des Streits aufgrund des Justizmodernisierungsgesetzes	54
b) Umfassendes Verlesungsverbot aufgrund fehlerhafter Protokollerstellung	55
c) Ausnahme	57
III. Zwischenergebnis	57
B. DER „ANDERE GRUND“ IM SINNE DES § 251 I NR. 2 STPO	58

I. Einteilung in Fallgruppen der „tatsächlichen“ und „rechtlichen“ Unmöglichkeit	58
1. „Tatsächliche Unmöglichkeit“ nach Auffassung der Rechtsprechung.....	59
2. „rechtliche Unmöglichkeit“	60
II. Zwischenergebnis	60
KAPITEL 2 ERSTE SONDERKONSTELLATION: GELTENDMACHUNG DES AUSKUNFTSVERWEIGERUNGSRECHTS NACH § 55 STPO.....	61
A. GRUNDSÄTZLICHE FOLGE DER GELTENDMACHUNG DES AUSKUNFTSVERWEIGERUNGSRECHTS NACH § 55 STPO.....	61
I. Befürwortung der Verwertbarkeit.....	62
II. Ablehnende Auffassung.....	63
III. Stellungnahme	64
IV. Zwischenergebnis.....	65
B. AUSWIRKUNG DER GELTENDMACHUNG DES AUSKUNFTSVERWEIGERUNGSRECHTS NACH § 55 STPO AUF DIE VERLESUNGSMÖGLICHKEIT NACH § 251 I NR. 2 STPO	66
I. Rechtsprechung.....	66
1. Bundesgerichtshof, 5. Strafsenat, Urteil vom 11.5.1982 , Bundesgerichtshof, 2. Strafsenat, Urteil vom 29.6.1983	66
2. Bundesgerichtshof, 1. Strafsenat, Urteil vom 23.12.1986	67
3. Bundesgerichtshof, 4. Strafsenat, Beschluss vom 27.9.1995	68
4. Bundesgerichtshof, 2. Strafsenat, Beschluss vom 29.8.2001	68
5. Bundesgerichtshof, 4. Strafsenat, Beschluss vom 4.4.2007	69
6. Bundesgerichtshof, 2. Strafsenat, Urteil vom 27. 4. 2007.....	71
a) Sachverhalt.....	71
b) Rechtliche Würdigung des Bundesgerichtshofs.....	72
c) Ergebnis	73
II. Diskussion der Lehre	74
1. Befürwortende Auffassung der Lehre.....	74
a) Murmann.....	74
b) Mitsch.....	75
c) J. Meyer.....	75
d) Hecker.....	76
e) Heissler	76
f) Gollwitzer	77
g) K. Meyer	78
h) D. Meyer	79
2. Ablehnende Ansichten der Lehre	80
III. Zwischenergebnis.....	81

IV. Persönliche Stellungnahme zur Problematik der Verlesung nach § 251 I Nr. 2 StPO bei Geltendmachung des Auskunftsverweigerungsrechts gemäß § 55 StPO	81
1. Auseinandersetzung mit den von Rechtsprechung und Literatur vorgebrachten Argumenten und Lösungsmodellen	81
a) Anwendbarkeit des § 251 I Nr. 2 StPO bei Anwesenheit oder Abwesenheit des Zeugen	82
b) Erfordernis des unbeeinflussbaren Hinderungsgrundes	84
c) Wortlautargumentation	85
aa) Partielle Aussageverweigerung	85
bb) Vollständige Aussageverweigerung	86
cc) Schlussfolgerung	88
d) Gefahr des Wertungswiderspruchs zu § 251 II Nr. 1 StPO	88
e) Ablehnung der Gefahr des Beweisverlusts wegen Vernehmungsmöglichkeit dritter Personen	90
aa) Nichtexistenz einer dritten Person	91
bb) Vernehmung einer dritten Person	91
cc) Schlussfolgerung	93
e) Gefahr der Umgehung des Auskunftsverweigerungsrechts des Zeugen nach § 55 StPO bei Zulässigkeit der Verlesung	93
f) Erleichterte Voraussetzungen bei Verlesung „schriftlicher Erklärungen“ im Gegensatz zu einem „Vernehmungsprotokoll“	94
aa) Der Begriff der „schriftlichen Erklärung“ im Sinne der §§ 250, 251 I StPO und die Argumentation der Rechtsprechung	95
bb) Stellungnahme zur differenzierten Behandlung „schriftlicher Erklärungen“ und „Vernehmungsprotokollen“	97
cc) Zwischenergebnis	98
g) Verlesung im Sinne einer „Ersetzung“ oder „Ergänzung“?	99
aa) Meinungsstand	99
bb) Ergänzende Verlesung bei Geltendmachung des Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO	101
2. Zwischenergebnis: Zusammenfassung zur Auseinandersetzung der von Rechtsprechung und Literatur vorgebrachten Argumenten	103
3. Eigene Problemlösung	105
a) Verstoß gegen das Konfrontationsrecht nach Art. 6 III d) EMRK bei Zulässigkeit der Verlesung im Fall der Auskunftsverweigerung	106
aa) Gewährleistung des Konfrontationsrechts nach Art. 6 III d) EMRK	106
bb) Vereinbarkeit der Verlesung nach § 251 I Nr. 2 StPO mit dem Konfrontationsrecht	107
b) Lösungsmodell 1: Allgemeine Abwägung der Interessen – Differenzierung nach Grad der Beschleunigung	109

aa) Transfer der Abwägung auf die erste Sonderkonstellation.....	110
bb) Mit der Abwägungslösung verbundenen Gefahren.....	111
cc) Ergebnis.....	112
c) Lösungsmodell 2: Differenzierung zwischen richterlichem und nicht-richterlichem Vernehmungsprotokoll bezüglich der Zulässigkeit der Verlesung	112
aa) Historischer Hintergrund.....	113
bb) Vergleichende Rechtsprechung zu § 252 StPO.....	114
cc) Übertragung dieser Grundsätze auf § 251 I Nr. 2 StPO	115
dd) Zwischenergebnis	122
d) Lösungsmodell 3: Unzulässigkeit der Verlesung bei Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz und die Aufklärungspflicht	123
aa) Die materielle Unmittelbarkeit als bedeutendste Prozessmaxime des Strafprozesses.....	124
bb) Bedeutung des materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes	124
cc) Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wegen fehlender Flexibilität in gesetzlich eng umgrenzten Fällen.....	125
dd) Anwendung.....	127
ee) Vereinbarkeit der befürworteten Auslegung mit der gerichtlichen umfassenden Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO	129
(6) Ergebnis.....	133
e) Zwischenergebnis zur eigenen Problemlösung	134
C. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE DER ERSTEN SONDER- KONSTELLATION.....	136
D. LÖSUNG DES BEISPIELFALLS 1 ZUR ERSTEN SONDERKONSTELLATION.....	137
KAPITEL 3 DIE V-MANN PROBLEMATIK IM RAHMEN DER VERLESUNG NACH § 251 I NR. 2 STPO	139
A. BEGRIFF DES V-MANNS IM KREIS DER DIE POLIZEI UND STAATSANWALTSCHAFT UNTERSTÜTZENDEN ERMITTLER – ABGRENZUNG ZWISCHEN V-MANN – VERDECKTER ERMITTLER - INFORMANT.....	140
B. DISKUSSION DER ZULÄSSIGKEIT DES V-MANN-EINSATZES	141
I. Befürwortende Ansicht	142
1. Analogie zu §§ 110 a ff StPO	142
2. Legitimierung durch Rückgriff auf die Notstandsregelung des § 34 StGB.....	143
3. „Schwellentheorie“ in Verbindung mit §§ 161, 163 StPO.....	144
II. Ablehnende Ansicht.....	145
III. Stellungnahme	146
C. VERWERTUNG DER VON EINEM V-MANN ERFORSCHTEN BEWEISE	148
I. Persönliche Vernehmung der V-Person oder Beweismittelsurrogation?	148
II. Darstellung der „Drei-Stufen-Theorie“	150

1. Die erste Stufe.....	150
2. Die zweite Stufe.....	151
3. Die dritte Stufe.....	152
a) Materielle Voraussetzungen der Sperrerklärung.....	152
aa) Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit.....	153
bb) „Verbrennungsrisiko“.....	153
cc) Stellungnahme.....	155
b) Zwischenergebnis.....	156
III. Problematik der Fernsteuerung des Beweisaufnahmeverfahrens durch die Exekutive.....	156
1. Einflussnahme der Exekutive in die gerichtliche Pflicht zur umfassenden Sachaufklärung und Wahrheitsfindung.....	156
2. Vereinbarkeit mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewaltenteilung.....	157
3. Zwischenergebnis.....	160
IV. Verlesung eines früheren Vernehmungsprotokolls oder schriftlicher Erklärung nach § 251 I Nr. 2 StPO.....	160
1. Verlesungs- und Verwertungsverbot der Vernehmungsniederschrift bei fehlenden Angaben über Name, Alter und Beruf der V-Person?.....	160
2. Qualifikation der behördliche V-Mann Sperre als rechtliches Vernehmungshindernis.....	161
3. Zulässigkeit der Verlesung früherer Vernehmungsprotokolle nach § 251 I Nr. 2 StPO bei umfassender behördlicher Sperrung der Identität des V-Manns.....	162
a) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts.....	162
aa) Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10.10.1979.....	162
bb) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26.5.1981.....	163
cc) Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.10.1983.....	163
dd) Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.11.1984.....	164
ee) Urteil des Bundesgerichtshofs vom 31.3.1989.....	164
ff) Aktuelle Urteile des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts.....	165
b) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	165
c) In der Lehre vertretenen Gegenstimmen der Rechtsprechung.....	167
aa) Eisenberg.....	167
bb) Fezer.....	168
cc) Taschke.....	168
dd) Gaede.....	169
ee) Detter.....	169
ff) Esser.....	170

gg) Wattenberg/Violet	170
hh) Renzikowski	170
ii) Seelmann	171
jj) Bruns.....	171
d) Der Rechtsprechung zustimmenden Ansichten der Lehre	171
e) Zwischenergebnis	172
V. Zusammenfassung der bisher gewonnenen Ergebnisse	173
D. EIGENES LÖSUNGSMODELL	175
I. Möglichkeit der unmittelbaren Vernehmung des früheren Verhørsbeamten.....	176
II. Konfrontationsrecht des Angeklagten	177
1. Schutzbereich des Konfrontationsrechts nach Art. 6 III d) EMRK....	178
2. Schwierigkeit der Garantie des Konfrontationsrechts bei anonymen Zeugen.....	180
3. Zwischenergebnis	184
III. Wahrheitsgehalt der Aussagen von V-Personen im Vergleich zu sonstigen Zeugenaussagen	184
1. Glaubwürdigkeit der Vertrauensperson als Zeuge	185
a) „Herkunft“.....	185
b) Strafermittlungsspezifische Erfahrungen	187
c) Motivation.....	187
d) Erfolgsdruck	188
2. Zwischenergebnis	190
IV. Aspekte des Zeugenschutzes – Gefahr schützenswerter Rechtsgüter der Vertrauensperson bei Enttarnung.....	191
1. Hohe Wahrscheinlichkeit der Leibes- und Lebensgefahr des Zeugen bei Preisgabe seiner Identität	192
2. Zwischenergebnis	196
V. Lösung des Zielkonflikts durch stetige Videosimultanvernehmung des Zeugen mit Verfremdungstechniken anstelle der Anonymisierung im Rahmen der Dritten Geheimhaltungsstufe.....	197
1. Bisherige Entwicklung der Rechtsprechung zur Zulassung einer audiovisuellen Vernehmung unter optischer und akustischer Abschirmung.....	198
a) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	198
aa) Urteil des Großen Strafsenats vom 17.10.1983	198
bb) Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.9.2002	198
cc) Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.9.2003.....	199
dd) Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17.8.2004	200
ee) Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 7.3. 2007	200
b) Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – erste Kammer des zweiten Senats vom 29.3.2007.....	201

c) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	201
d) Zwischenergebnis	202
2. Auffassung der Lehre.....	202
a) Tiedemann/Sieber	202
b) Weber.....	202
c) Soiné	203
d) Valerius.....	203
e) Güntge.....	203
f) Weider	204
g) Kretschmer.....	205
h) Wattenberg.....	205
i) Walter	206
j) Zwischenergebnis	206
3. Ausreichende Gewährleistung des Konfrontationsrechts bei Videovernehmung mit Verfremdung?	207
a) Garantie des Fragerechts und Glaubwürdigkeitsprüfung	207
b) Wahrung der Waffengleichheit	210
c) Zwischenergebnis	210
4. Enttarnungsrisiko des Zeugen?.....	210
a) Grundsätzliche praktische Durchführung.....	211
b) Akustische Abschirmung.....	212
c) Optische Abschirmung	212
d) Verbleibendes Restrisiko	213
e) Zwischenergebnis	213
5. Bestmögliche Gewährleistung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und der Amtsaufklärungspflicht	214
a) Grundsatz der materiellen Unmittelbarkeit nach § 250 StPO	214
b) Grundsatz der richterlichen Amtsaufklärungspflicht nach § 244 II StPO	215
c) Zwischenergebnis	216
6. Ablösung der dritten Geheimhaltungsstufe durch Videosimultanvernehmung mit Verfremdungstechniken.....	217
7. Bezugnahme zur Konstellation der Geltendmachung des Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO.....	219
VI. Zwischenergebnis.....	220
E. ZUSAMMENFASSUNG DES EIGENEN LÖSUNGSMODELLS	221
F. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE DER ZWEITEN SONDERKONSTELLATION	223
G. LÖSUNG DES BEISPIELFALLS 2 ZUR ZWEITEN SONDERKONSTELLATION.....	224

KAPITEL 4 DRITE SONDERKONSTELLATION: RECHTLICHE UNMÖGLICHKEIT IM SINNE DES § 251 I Nr. 2 StPO AUFGRUND AUSÜBUNG DES ELTERLICHEN ERZIEHUNGSRECHTS	226
A. AUFENTHALTSBESTIMMUNGSRECHT DER ELTERN GEMÄß § 1631 BGB	227
B. ZEUGENSTELLUNG DES KINDES	227
C. RECHTLICHES HINDERNIS	229
D. RECHTSPRECHUNG	229
E. LITERATUR	230
F. HINTERGRUND DER ELTERLICHEN WEIGERUNG – SEKUNDÄRE VIKTIMISERUNG	231
G. GLAUBWÜRDIGKEIT VON KINDESZEUGEN	233
H. STELLUNGNAHME.....	236
I. Verlesung nach § 251 I Nr. 2 StPO mit Vorführung der früheren Bild-Ton-Aufzeichnung nach §§ 58 a I 1, 2 Nr. 1, 255 a II 1 StPO in der Hauptverhandlung	236
1. Respektierung der elterlichen Entscheidung	237
2. Optimierte Beweisführung durch zusätzliche videokonservierte Erstvernehmung des Kindes	237
3. Enger Anwendungsbereich des § 255 a II 1 StPO.....	239
4. Ausgestaltung der §§ 58 a I 2 Nr. 1, 255 a II 1 StPO als Ermessensnormen	241
a) § 255 a II 1 StPO.....	241
aa) Ermessensausgestaltung des § 255 a II StPO	241
bb) Verhältnis des § 255 a II StPO zu § 255 a I StPO.....	242
cc) Zwischenergebnis.....	244
b) § 58 a I 2 Nr. 2 StPO	244
II. Gewährleistung des Konfrontationsrechts nach Art. 6 III d) EMRK....	245
III. Zulässige Durchbrechung des Grundsatzes der materiellen Unmittelbarkeit.....	247
IV. Zwischenergebnis zur Stellungnahme	249
I. Zusammenfassung der Ergebnisse der dritten Sonderkonstellation	250
J. LÖSUNG DES BEISPIELSFALLS 3 ZUR DRITTEN SONDERKONSTELLATION	252
VIERTER TEIL: SCHLUSSBETRACHTUNG UND ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	255
LITERATURVERZEICHNIS.....	259