

Zum Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten in analoger Anwendung des § 168 c StPO

von Rechtsanwalt Günther Larsen

I.

Seit über 25 Jahren wird in Literatur und Rechtsprechung die Frage eines Anwesenheitsrechts des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten kontrovers diskutiert, wobei sich die Judikatur mit dem Beschluß des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 09.11.1995¹ und mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.02.1997² erst sehr spät in die Diskussion eingeschaltet hat. Ausgangspunkt der Kontroverse um die Existenz eines Anwesenheitsrechts bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten, war die Einführung des seit dem 01.01.1975 geltenden § 168 c Abs. 2 StPO durch Art. 1 Nr. 49 des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 09.12.1974³. Nach dieser Vorschrift hat der Beschuldigte ein nach § 168 c Abs. 3 und Abs. 4 StPO einschränkbares,

1 StV 1996, 302 ff.

2 NStZ 1997, 351 ff.

3 BGBl I S. 3393.

der Verteidiger neben dem Staatsanwalt ein grundsätzlich uneingeschränkbares Recht auf Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen. Verbunden mit diesem, für die Verteidigung wichtigen Anwesenheitsrecht, ist der Anspruch auf rechtzeitige Benachrichtigung vor dem Vernehmungstermin gem. § 168 c Abs. 5, Satz 1 StPO, sowie insbesondere auch auf Mitwirkung bei der Vernehmung.

Bis zur Neuregelung des § 168 c StPO im Jahre 1974, bestand das Recht zur Anwesenheit nur, wenn dem Erscheinen der Auskunftsperson in der Hauptverhandlung für längere Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit, andere nicht zu beseitigende Hindernisse oder eine unzumutbar große Entfernung entgegenstanden⁴ und wenn der Beschuldigte bereits als solcher vernommen war oder dieser sich in Untersuchungshaft befand⁵.

Durch die Schaffung eines generellen Anwesenheitsrechts nach § 168 c Abs. 2 StPO sowie durch die Erweiterung des Anwesenheitsrechts des inhaftierten Beschuldigten, dem nach § 168 c Abs. 4 StPO ein Anspruch auf Anwesenheit bei solchen Vernehmungsterminen zusteht, die an der Gerichtsstelle seines Haftortes durchgeführt werden, sowie durch die Regelung der Benachrichtigungspflicht nach § 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO hat der Gesetzgeber die Rechte des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen erheblich erweitert und die früher bestehenden Einschränkungen beseitigt.

Ein wesentlicher Grund dafür ist in der Möglichkeit des Urkundsbeweises durch Verlesung der Niederschrift über die richterliche Vernehmung in der Hauptverhandlung gem. § 251 Abs. 1 StPO zu sehen. Verteidiger und Beschuldigte sollten durch die Neuregelung des Anwesenheitsrechts der antizipierten Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren beiwohnen und auf ihren Verlauf Einfluß nehmen. Parteiöffentlichkeit bei der Beweiserhebung sollte als Ersatz für die Prinzipien der Öffentlichkeit und

⁴ Vgl. § 169 Abs. 2 a.F., in Verbindung mit § 193 Abs. 2 a.F. StPO.

⁵ § 169 Abs. 2 Satz 2 a.F. StPO.

der Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung gewährleistet werden.

Dabei ist von besonderer Bedeutung, daß eine Verletzung des § 168 c StPO, insbesondere der Benachrichtigungspflicht nach § 168 c Abs. Satz 1 StPO, ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Verlesung des richterlichen Protokolls und der Vernehmung des Richters über die Aussage zur Folge hat und bei einem Widerspruch des verteidigten Angeklagten gegen die Verlesung, trotz Verwertungsverbots, die Revision begründet ist⁶.

II.

Auch das Protokoll über die richterliche Vernehmung eines Mitbeschuldigten im Ermittlungsverfahren kann nach § 251 Abs. 1 und 2 StPO zu Beweis Zwecken in der späteren Hauptverhandlung verlesen werden, wenn der Mitbeschuldigte verstorben oder in Geisteskrankheit verfallen oder wenn sein Aufenthalt nicht zu ermitteln ist (Abs. 1) oder wenn dem Erscheinen des Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen (Abs. 2).

Dieser Urkundsbeweis betrifft nach herrschender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung nur den früheren Mitbeschuldigten, gegen den das Verfahren inzwischen erledigt oder abgetrennt ist und der nunmehr bei Abwesenheit in der Hauptverhandlung als Zeuge zu hören wäre⁷.

Darüber hinaus dürfen aber bei gemeinsamer Hauptverhandlung frühere Erklärungen eines Mitangeklagten im Rahmen einer richterlichen Vernehmung auch gem. § 254 Abs.1 StPO zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden, wobei es unerheblich ist, ob der Mitangeklagte die frühere

⁶ BGHSt 26, 332, 335; BGH, NStZ 1986, 207.

⁷ Vgl. z. B. BGHSt 10, 186, 188 f.; BGH, NStZ 1984, S. 464; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., § 251 Rdnr. 2.

Aussage als Zeuge oder als Mitbeschuldigter gemacht hat. Sofern sich die richterlich protokollierten Bekundungen auf tatsächliche Vorgänge beziehen, mit denen der Tatvorwurf gegen den Mitangeklagten in einem inneren Zusammenhang steht, dürfen Sie auch im Rahmen der Tatsachenfeststellung gegen den anderen Mitangeklagten verwendet werden.

Verlesbar sind auch Angaben über die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten, über die Vorgeschichte der Tat, über Verbindungen zum Mitangeklagten und Mittelspersonen oder die Tatsache, daß der Angeklagte ein Geständnis nicht abgelegt oder daß er ein solches widerrufen hat.

Die Möglichkeit des Urkundsbeweises in der Hauptverhandlung durch die Verlesung von richterlichen Vernehmungsprotokollen gem. § 251 Abs. 1 und 2 StPO oder sonstiger Erklärungen in Niederschriften über eine richterliche Vernehmung zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis gem. § 254 Abs. 1 StPO verdeutlicht, daß auch die richterliche Vernehmung des Mitbeschuldigten im Ermittlungsverfahren Teil einer vorweggenommenen Beweisaufnahme sein und für den anderen Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung erhebliche Bedeutung gewinnen kann. Dennoch wird weder in den Gesetzesmaterialien ein Anwesenheitsrecht des Mitbeschuldigten und seines Verteidigers erwähnt, noch in der Vorschrift des § 168 c StPO ausdrücklich geregelt.

III.

Hierauf hat erstmals *Krause* 1975⁸ hingewiesen, der der Auffassung ist, daß eine echte Gesetzeslücke vorliegt, die im Wege der Analogie geschlossen werden müsse. Die gesetzliche Möglichkeit der Verlesung richterlicher Vernehmungsprotokolle, sowohl des Zeugen als auch des Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung sowie der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren⁹,

⁸ NJW 1975, S. 2283 f.

⁹ So ergänzend *Krause*, StV 1984, 169, 171.

gebieten es nach Ansicht von *Krause*, in beiden Fällen der Vernehmung im Ermittlungsverfahren den Beschuldigten und seinem Verteidiger mit dem Anwesenheitsrecht eine „oft entscheidende Verteidigungsmöglichkeit“ zu eröffnen.

Während sich in der Folgezeit die Kommentarliteratur allein vom Gesetzeswortlaut ausgehend zunächst geschlossen gegen eine analoge Anwendung der §§ 168 c Abs. 2 bis 5 StPO auf richterliche Vernehmungen des Mitbeschuldigten aussprach¹⁰, sah 1986 auch *Sieg* die Notwendigkeit einer Ausdehnung des Anwesenheitsrechts bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten, das der Gesetzgeber schlicht übersehen habe.

Es sei geradezu „unlogisch und jedenfalls inkonsequent, dem Beschuldigten bei Vernehmungen einer gewissermaßen neutralen Person im Interesse seiner Verteidigung zur Herbeiführung einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage die Anwesenheit zu gestatten, dies aber nicht zu tun bei Vernehmungen einer Person, die in der Gefahr und Versuchung steht, zum eigenen Vorteil den Beschuldigten zu Unrecht zu belasten“¹¹.

Eine umfassende Begründung für eine analoge Anwendung des § 168 c StPO auf die Vernehmung des Mitbeschuldigten, für die der Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör, ein faires Verfahren und eine effektive Verteidigung sprächen, liefert *von Dellinghausen* 1993 in der Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels¹². Auch *von Dellinghausen* ist der Auffassung, daß die fehlende Erwähnung des Anwesenheitsrechts des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten in den Gesetzesmaterialien den Schluß auf eine „planwidrige Gesetzeslücke“ nahe legt. Dagegen spreche auch nicht das Argument, aus dem in der amtlichen Begründung zum Entwurf des 1. StVRG enthaltenen Hinweis auf § 251 StPO, der

10 Vgl. die Nachweise bei *Sieg*, MDR 1986, 285 Rdnr. 1 sowie zur weiteren Entwicklung des Kommentarschrifttums *Rieß*, StV 1996, 305 sowie die dortigen Rdnrn. 13 bis 20.

11 Vgl. *Sieg* a.a.O.

12 A.a.O. S. 685 bis 703.

den Mitbeschuldigten ausdrücklich neben Zeugen und Sachverständige nennt, ergebe sich, daß der Gesetzgeber den Mitbeschuldigten durchaus in seine Erwägungen einbezogen, insoweit ein Anwesenheitsrecht aber nicht gewollt habe. In der amtlichen Begründung werde nämlich auf die Verlesbarkeit von richterlichen Protokollen nach § 251 Abs. 1 StPO nur kurz und ausschließlich im Zusammenhang mit der richterlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen hingewiesen. Hätte der Reformgesetzgeber die Problematik gesehen, so wäre angesichts der erstrebten erheblichen Erweiterung der Anwesenheitsrechte des Beschuldigten und der erkannten Bedeutung richterlicher Vernehmungen für das weitere Verfahren zu erwarten gewesen, daß die entsprechenden Rechte des Mitbeschuldigten zumindest eine Erwähnung erfahren hätten.

Ist deshalb von einer Regelungslücke auszugehen, so gebieten nach *von Dellinghausen* Sinn und Zweck des gesetzlich geregelten Anwesenheitsrechts eine analoge Anwendung auf die Vernehmung des Mitbeschuldigten. Dadurch werde dem Anspruch auf rechtliches Gehör, dem Prinzip der „Waffengleichheit“ zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigten und damit dem Recht auf ein faires Verfahren Rechnung getragen sowie eine effektive Verteidigung bereits im Ermittlungsverfahren gewährleistet. Die eigentliche Bedeutung des Anwesenheitsrechts beruhe auf den damit verbundenen Mitwirkungsrechten und der Möglichkeit, das Beweisergebnis zu beeinflussen.

Von Dellinghausen weist auch darauf hin, daß das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten, nicht nur angemessen sondern geboten erscheint, da das Protokoll richterlicher Beschuldigtenvernehmung in weiterem Umfang als die Niederschrift einer richterlichen Zeugenvernehmung, nämlich nach § 251 Abs. 1 StPO und zusätzlich nach § 254 Abs.1 StPO verlesbar ist. Zutreffend hebt *von Dellinghausen* auch hervor, daß für die Verteidigungsposition des Beschuldigten die Aussage eines Mitbeschuldigten häufig von größerer Bedeutung, als die eines Zeu-

gen sein kann, dann nämlich, wenn der Mitbeschuldigte eine Tatbeteiligung bestreitet und den anderen Mitbeschuldigten als Täter benennt oder, wenn er zumindest versucht, seinen Tatbeitrag zu Lasten des Mitbeschuldigten in ein milderer Licht zu stellen.

Auch der Umstand, daß es nicht selten auf Zufälligkeiten beruht, ob eine Person zu dem selben Tatkomplex als (verdächtiger) Zeuge oder Mitbeschuldigte vernommen wird, spricht nach *von Dellinghausen* für eine Gleichstellung der Anwesenheitsrechte bei der Vernehmung von Zeugen und Mitbeschuldigten, da schwerlich einsehbar sei, daß die Teilnahmebefugnis des Mitbeschuldigten von solchen Zufallskonstellationen abhängig sein solle.

In Ergänzung der vorgenannten überzeugenden Argumente für eine analoge Anwendung des § 168 c StPO auf die richterliche Vernehmung des Mitbeschuldigten, macht *Rieß*¹³ noch auf § 168 d StPO aufmerksam. § 168 d StPO regelt das Anwesenheitsrecht und die Benachrichtigung des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der Einnahme des richterlichen Augenscheins. Nach *Rieß* werde durch § 168 d StPO „die legislatorische Grundkonzeption erkennbar, dem Beschuldigten für alle richterlichen Ermittlungshandlungen im Ermittlungsverfahren, ein Anwesenheitsrecht zu sichern“ und es sei kein Grund ersichtlich, hiervon allein die Mitbeschuldigtenvernehmung auszunehmen.

Sieht man von den ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei der Vernehmung des Mitbeschuldigten ablehnenden Kommentierungen zu § 168 c Abs. 2 StPO ab¹⁴, hat sich bis zur ersten obergerichtlichen Meinungsäußerung, lediglich *Gründler*¹⁵ in einer Stellungnahme zu dem oben zitierten Aufsatz von *Sieg* gegen eine analoge Anwendung des § 168 c StPO auf die Vernehmung eines Mitbeschuldigten ausgesprochen.

13 StV 1996, 304, 305.

14 Vgl. Fußnote 10.

15 MDR 1986, 903.

Nach *Gründler* bestehe kein Regelungsbedürfnis und für die Nichterwähnung des Mitbeschuldigten in § 168 c Abs. 2 StPO gebe es gute Gründe. Im Gegensatz zu Zeugen und Sachverständigen sei ein Mitbeschuldigter nicht zur Angabe der Wahrheit verpflichtet und die Mitbeschuldigtenaussage werde von vornherein unter dem Gesichtspunkt betrachtet, dass sich der Vernommene entlasten will und darf.

Später hat sich auch *Theisen*¹⁶ gegen die Theorie einer bestehenden planwidrigen Regelungslücke des Gesetzes ausgesprochen und die Auffassung geäußert, daß der Gesetzeswortlaut eindeutig sei.

Dennoch hält *Theisen* die Argumente, die für eine Analogie geltend gemacht werden, insbesondere den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör, ein faires Verfahren und eine effektive Verteidigung zwar für beachtlich, aber nicht für zwingend. *Theisen* meint, daß die fehlende Präsenz des Mitbeschuldigten und seines Verteidigers, später vom Gericht im Falle der Verlesung des Protokolls des Beschuldigten nach den §§ 254, 251 Abs. 1 StPO bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sein werde. Eine Lösung, die nicht zu überzeugen vermag. Selbst wenn das Gericht dem Ergebnis der Vernehmung des Mitbeschuldigten in Abwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers im Rahmen der Beweiswürdigung ein geringeres Gewicht beimessen sollte, können die negativen Konsequenzen der fehlenden Einwirkungsmöglichkeit der Verteidigung zum Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung selbst, kaum noch geheilt werden.

IV.

Eine Ausnahme vom generellen Anwesenheitsrecht bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten in analoger Anwendung des § 168 c StPO sieht *von Dellinghausen*¹⁷ für die mündli-

¹⁶ JR 1996, 436, 437.

¹⁷ A.a.O., S. 700 ff.

che Verhandlung bei der richterlichen Haftprüfung, im Beschwerdeverfahren gegen den Haftbefehl (§ 118 Abs. 1 und 2 StPO) und für die richterliche Vernehmung nach Verhaftung (§§ 115, 115 a StPO).

Einerseits seien Zweifel begründet, ob für diesen Bereich von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen sei, andererseits sei ein Anwesenheitsrecht des Mitbeschuldigten und seines Verteidigers bei der Anhörung des inhaftierten Mitbeschuldigten im mündlichen Haftprüfungsverfahren auch nicht geboten. Während die von der Staatsanwaltschaft nach § 162 StPO beantragte richterliche Zeugenvernehmung neben der Sicherung des Beweisergebnisses im wesentlichen einer möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung diene, sei die mündliche Haftprüfung demgegenüber auf die Prüfung ausgerichtet und beschränkt, ob dringender Tatverdacht vorliege oder die Haftgründe Bestand hätten.

V.

In der Rechtsprechung gibt es drei veröffentlichte Entscheidungen, die sich mit dem Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten auseinandersetzen:

Zwanzig Jahre, nachdem erstmals *Krause*¹⁸ das Vorliegen einer Gesetzeslücke annahm und eine analoge Anwendung des § 168 c Abs. 2 StPO auch bei der richterlichen Beschuldigtenvernehmung forderte und damit die dargelegte Diskussion in Gang setzte, erklärt das Oberlandesgericht Karlsruhe in seinem Beschluß vom 09.11.1995¹⁹, es „neige zu der Auffassung“, daß das Anwesenheitsrecht nach § 168 c Abs. 2 StPO sich auch auf die richterliche Vernehmung eines Mitbeschuldigten beziehe.

¹⁸ Vgl. oben Fußnote 8.

¹⁹ StV 1996, 302 ff. mit Anm. Rieß = NStZ 1996, 151 = JR 1996, 434 mit Anm. Theisen.

Das Oberlandesgericht war bei seiner Entscheidung mit der Frage befasst, ob die Einsicht des Verteidigers eines Mitbeschuldigten in die Protokolle über die Vernehmungen im Haftprüfungsverfahren nach § 118 a StPO, die die Staatsanwaltschaft unter Berufung auf die Gefährdung des Ermittlungszwecks verweigert hatte, nach § 23 EGGVG gerichtlich erzwingbar waren, weil es sich um Protokolle handelte, in die nach § 147 Abs. 3 StPO Akteneinsicht zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens verweigert werden darf. Diese Frage lässt das Oberlandesgericht Karlsruhe letztlich offen, weil es der Auffassung ist, daß das Anwesenheitsrecht nicht bei der Vernehmung anlässlich der Eröffnung des Haftbefehls gelten könne.

Auch das Oberlandesgericht Karlsruhe sieht in der Gesetzgebungsgeschichte die Möglichkeit einer „planwidrigen Regelungslücke“ und fasst die wichtigsten Argumente für ein Anwesenheitsrecht wie folgt zusammen:

„Die Gewährleistung einer effektiven Verteidigung schon im Vorverfahren durch die Möglichkeit der Einwirkung auf Angaben eines Mitbeschuldigten, der anders als ein Zeuge in der Gefahr und Versuchung steht, zum eigenen Vorteil und zu Lasten des anderen Beschuldigten falsch auszusagen, spricht ebenso für die ausdehnende Anwendung der Vorschrift, wie der Umstand, daß der Gesetzgeber im Ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 09.12.1974 die Anwesenheitsrechte im Hinblick auf die auch die richterliche Vernehmung von Mitbeschuldigten umfassenden Verlesungsmöglichkeiten nach § 251 Abs. 1 StPO erheblich erweitert hat. Auch der Gedanke, daß die Vernehmung durch den Ermittlungsrichter einen antizipierten Teil der Hauptverhandlung darstellt, bei dessen Verlauf der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet sein muß, spricht für die erweiternde Auslegung.“

Diese sich auf die Vernehmung vor dem Ermittlungsrichter beziehende Auslegung, kann nach Ansicht des Oberlandesgerichts Karlsruhe, nicht für solche Vernehmungen des Mitbeschuldigten gelten, die der Haftrichter bei Eröffnung des Haftbefehls gem.

§ 115 Abs. 2 und 3 StPO oder bei der mündlichen Haftprüfung nach § 118 a Abs. 3 StPO durchführt. Hier gelte allein das Anwesenheitsrecht des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft, was sich aus der Unterschiedlichkeit der jeweiligen Verfahrenszwecke ergebe:

„Wenn auch die mündliche Verhandlung anlässlich der Haftprüfung „die Weichen für die weitere Behandlung der Haftsache stellen kann“, kann sie doch über ihr Ziel, neben dem dringenden Tatverdacht die Haftgründe und die Frage der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, nicht hinausgehen. Die Sicherheit von Schuldfeststellungen darf diese Vernehmung nicht anstreben. Sie beschränkt sich letztlich darauf, daß der Verhaftete sich zu den Voraussetzungen der ihn betreffenden weiteren Untersuchungshaft äußern können soll. Demgegenüber dient die von der Staatsanwaltschaft gem. § 162 StPO beantragte Vernehmung eines Zeugen durch den Ermittlungsrichter, gem. § 168 c StPO neben der Sicherung des Beweisergebnisses (strafrechtlich sanktionierte Wahrheitspflicht von Zeugen und deren Vereidigungsmöglichkeit; ein Beschuldigter will nur vor dem Richter aussagen) im wesentlichen einer möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung, der weitgehenden Aufklärung des Sachverhalts und der Sicherung der Grundlage entsprechender Schuldfeststellungen. Der eindeutige Zweck der Vernehmung nach § 168 c StPO als Vorwegnahme eines Teils der Hauptverhandlung, auf dessen Ablauf und Inhalt der Mitbeschuldigte zur Gewährleistung einer effektiven Verteidigung auch schon im Vorverfahren und zur Wahrung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, Einfluß nehmen können soll, geht damit weit über den Anwendungsbereich der Vernehmung nach § 118 a StPO hinaus und läßt sich auf diesen Verfahrensabschnitt nicht übertragen.“

In seinem Urteil vom 20.02.1997²⁰ hat sich auch der Bundesgerichtshof zu der Möglichkeit der analogen Anwendung des § 168 c Abs. 2 StPO auf die Vernehmung des Mitbeschuldigten geäußert und – anders als das Oberlandesgericht Karlsruhe – ein

²⁰ BGHSt 42, 391 ff. = StV 1997, 234 = NStZ 1997, 351 ff. mit Anm. Rieß = JZ 1997, 1016 ff. mit Anm. Fezer = JR 1998, 165 ff. mit Anm. Theisen.

Anwesenheitsrecht des Verteidigers und des Beschuldigten verneint.

Der Bundesgerichtshof spricht sich schon gegen das Bestehen einer Gesetzeslücke aus, sieht eine Analogie auch nach Sinn und Zweck der Regelung nicht veranlasst und meint:

„Bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten aber besteht – zumal wenn es sich um die erste Vernehmung handelt – typischerweise eine Konfliktsituation und die Gefahr der Beeinträchtigung, Verfälschung und der Abstimmung von Aussagen. Deshalb bezieht § 168 c Abs. 2 StPO den Mitbeschuldigten zutreffend nicht in den Personenkreis ein, bei dessen Vernehmung der Beschuldigte grundsätzlich die Anwesenheit gestattet ist.“

Aus der Sicht des Bundesgerichtshofes sei es inkonsequent, das Anwesenheitsrecht des Mitbeschuldigten grundsätzlich zu bejahen, hiervon aber bei richterlicher Vernehmung im Haftverfahren eine Ausnahme zu machen:

„Denn hätte der Gesetzgeber an die Existenz des Mitbeschuldigten bei Schaffung des § 168 c StPO nicht gedacht, so müsste dies folgerichtig auch für die Vernehmung im Haftverfahren gelten. Das Hauptargument für eine unterschiedliche Handhabung – bei Vernehmungen im Haftverfahren gehe es in erster Linie um die Prüfung der Haftgründe, die nur den jeweiligen Beschuldigten treffen – überzeugt zudem nicht: Gerade bei der Beurteilung der Haftfrage wird entscheidend auf den dringenden Tatverdacht abgestellt und damit der Tatvorwurf selbst erörtert, so daß hier unter dem Gesichtspunkt der effektiven Verteidigung ein besonderes Informationsinteresse des Mitbeschuldigten bestehen kann. Diese Vernehmungen sind in der späteren Hauptverhandlung in gleicher Weise verwertbar, wie richterliche Vernehmungen nach § 162 StPO (vgl. Rieß, StV 1996, 306). Daß das Gesetz für richterliche Vernehmungen im Haftverfahren kein Anwesenheitsrecht des Mitbeschuldigten vorsieht, spricht daher ebenfalls dafür, ein solches,

auch für sonstige richterliche Vernehmung nicht zuzulassen.“²¹

Dieser Auffassung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofes folgt der 3. Strafsenat in seinem Beschluß vom 31.01.2001²². Ergänzend hebt der 3. Strafsenat hervor, daß auch Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK das Fragerecht nur bei Fragen an den Belastungszeugen und nicht bei solchen an den Mitbeschuldigten garantiere.

VI.

Die zitierten bisherigen obergerichtlichen Entscheidungen können nicht überzeugen.

Es ist das Verdienst des Oberlandesgerichts Karlsruhe, erstmals zu der in der Literatur längst erkannten Bedeutung des Anwesenheitsrechts bei der richterlichen Mitbeschuldigtenvernehmung für eine effektive Verteidigung in einer richterlichen Entscheidung Stellung bezogen zu haben.

Daß diese Bedeutung auch bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten im Haftprüfungsverfahren in gleicher Weise gegeben ist²³, wird aber vom Oberlandesgericht Karlsruhe verkannt und auch nicht überzeugend widerlegt.

Gerade die mündliche Haftprüfung kann für den Beschuldigten mit Hilfe des persönlichen Eindrucks, den er mit seiner Aussage vermittelt, eine Chance bieten, mit einer umfassenden Einlassung zur Sache, den Tatvorwurf zu erschüttern oder durch Darstellung der unterschiedlichen Tatbeiträge, die Voraussetzung für eine Bewertung schaffen, die eine Haftverschonung rechtfertigen kann.

21 BGH, NStZ 1997, 353.

22 StV 2002, 584 mit Anmerkung Wohlers.

23 So auch von Dellingshausen a.a.O., 700 ff.; Fezer JZ 1997, 1019, 1020; Rieß, StV 1996, 304, 306.

Nicht zu vergessen ist die praktisch sehr bedeutsame und häufige Nutzung der Möglichkeit der Tataufklärung über den eigenen Tatbeitrag hinaus im Rahmen der richterlichen Vernehmung im Haftprüfungsverfahren bei dem Verdacht eines Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz. Der Beschuldigte kann durch die Belastung des Mitbeschuldigten in den Genuß der Anwendung des § 31 BtMG kommen, wonach das Gericht die Strafe mildern oder von Bestrafung absehen kann, wenn der Täter durch freiwillige Offenbarung seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, daß die Tat über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus aufgedeckt werden konnte. Dazu gehört auch die Aufklärung des Tatbeitrages des Mittäters. Die Aussage gegen den Mitbeschuldigten dient damit praktisch der Sicherung einer Strafraahmenverschiebung und bietet neue Möglichkeiten der Haftverschonung wenn diese, wegen der geringeren Straferwartung, nach umfassender Aussage zur Sache aus Gründen der Verhältnismäßigkeit oder wegen einer ausgeräumten Verdunklungsgefahr gerechtfertigt erscheint.

Die erhoffte Strafmilderung durch die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren birgt aber auch die Gefahr einer Falschbelastung in sich, mit der sich der Mitbeschuldigte die Anwendung der „Kronzeugenregelung“ des § 31 BtMG sichern will und erfordert deshalb die Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers. Zu den in Rechtsprechung und Literatur weitgehend erkannten und häufigsten Unzuverlässigkeiten von Angaben im Rauschgiftmilieu, die Anlaß zu zurückhaltender Bewertung der Aussage geben müssen, zählen *Endriß/Malek*: „Die gezielte, also vorsätzliche Falschbelastung, die fahrlässige und leichtfertige Falschbelastung schließlich eine durch die Sucht des Aussagenden beeinträchtigte Bekundung.“²⁴ Da die im im Protokoll einer mündlichen Haftprüfung enthaltene Aussage des Mitbeschuldigten, in der späteren Hauptverhandlung nach den §§ 251 Abs. 1, 254 Abs. 1 StPO zu Beweis Zwecken verlesbar ist, wenn sie nach Form und Inhalt den Anforderungen an eine richterliche Verneh-

²⁴ *Endriß/Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, Rdz. 533.

mung entspricht²⁵, kann die Gewährleistung effektiver Verteidigung durch die Anwesenheitsberechtigung und Mitwirkungsbefugnis mit der Möglichkeit, das Beweisergebnis zu beeinflussen, auch bei der richterlichen Vernehmung im Haftprüfungsverfahren entscheidende Bedeutung für die Verteidigung gewinnen, so daß entgegen der oben dargelegten Ansicht, auch bei der richterlichen Verhandlung im Rahmen der Haftprüfung oder der Haftbeschwerde, die Gewährleistung des Anwesenheitsrechts des Mitbeschuldigten und seines Verteidigers geboten ist²⁶.

Auch der Bundesgerichtshof kann die durchschlagenden Argumente für das Anwesenheitsrecht bei der richterlichen Mitbeschuldigtenvernehmung nicht entscheidend entkräften. Soweit vom Bundesgerichtshof die Analogie zu § 168 c StPO unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut und die Gesetzessystematik abgelehnt wird²⁷, stellt *Rieß* zu recht in einer Anmerkung²⁸ zu dem Urteil fest:

„Auch die Befürworter der Analogie gehen davon aus, daß es sich um eine verdeckte Regelungslücke handele, die sich erst aus dem systematischen Gesamtzusammenhang zwischen dem Anwesenheitsrecht im Ermittlungsverfahren und der späteren Verwertbarkeit der Erkenntnisse in der Hauptverhandlung ergebe. Dieser systematische Zusammenhang steht dem vom Bundesgerichtshof in Anspruch genommenen als gleichwertige Argumentationsmöglichkeit entgegen. Ob der historische Gesetzgeber 1975 den Mitbeschuldigten bei seiner Regelung übersehen hat, ob er ihn bewusst ausparen wollte, ob er die systematischen Zusammenhänge nicht vollständig beachtet hat, ist angesichts des Schweigens der zugänglichen Materialien reine Spekulation, die weder für die bejahende, noch für die verneinende Auffassung herangezogen werden kann.“

25 Vgl. hierzu z. B. BGHR StPO § 254 Abs. 1 Vernehmung, richterlich 1 und 2.

26 So auch Schulz, StraFO 1997, 294 ff.

27 Kritisch zu den gegen eine Analogie vorgebrachten „methodisch angreifbaren Argumenten“, Küpper, Mosbacher, JuS 1998, 690 ff.

28 NStZ 1997, 353 ff.

29 Zustimmend Theisen, JR 1998, 165 ff.

Auch das Argument des Bundesgerichtshofes, daß sich bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten „die Gefahr der Beeinträchtigung, Verfälschung und Abstimmung von Aussagen ergebe“²⁹, vermag die dargelegten Gründe, die für eine Anwesenheitsbefugnis sprechen, nicht zu erschüttern. Einerseits hat die Staatsanwaltschaft jederzeit die Möglichkeit, unter Ausschluß des Mitbeschuldigten eine Vernehmung selbst durchzuführen, um Gefährdungen des Vernehmungsergebnisses zu vermeiden. Andererseits ermöglicht es § 168 c Abs. 3 StPO solchen Gefahren vorzubeugen, weil der Ermittlungsrichter nach dieser Vorschrift einen Beschuldigten von der Anwesenheit bei der Verhandlung ausschließen kann, wenn der Untersuchungszweck gefährdet würde.

Bei einer Anwendung des § 168 c Abs. 3 StPO wäre den Bedenken des Bundesgerichtshofes Rechnung getragen, dennoch hätte der Verteidiger, dem die Anwesenheit nicht versagt werden kann, die Möglichkeit, durch seine Mitwirkung den gebotenen Einfluß auf die Vernehmung zu nehmen.

Die Mitwirkung des Verteidigers während der richterlichen Vernehmung kann insbesondere durch Vorhalte und die Ausübung des Fragerechts, mit dem wichtige Aspekte für die Verteidigungsposition eingebracht werden können, erfolgen. Nach Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK hat der Angeklagte das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Die Garantie des Fragerechts ist eine besondere Ausformung des Grundsatzes des fairen Verfahrens. Dabei wird das Fragerecht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes als Recht der Verteidigung insgesamt verstanden³⁰. Art. 6 Abs. 3 lit. d. MRK „bezweckt, den Angeklagten mit dem Staatsanwalt auf gleichen Fuß zu stellen. Nach dem Zweck der Regelung dürfte Zeuge jeder sein, dessen Aussage vor Gericht als Beweismittel zur Entscheidungsfindung

³⁰ BGH, StV 2000, 593 f.

³¹ BGH, StV 1996, 471.

verwendet wird; soweit es um die Ausübung des Fragerechts geht, auch der Mitangeklagte.“³¹

Der Verteidiger und der Beschuldigte werden frühzeitig durch ihr Anwesenheitsrecht in die Lage versetzt, die Glaubhaftigkeit der Aussage des Mitbeschuldigten zu überprüfen und Widersprüche aufzudecken oder aktenkundig zu machen. Auf die Protokollierung kann der Verteidiger durch entsprechende Beanstandung einer unrichtigen oder unvollständigen Aufnahme in die Niederschrift Einfluß nehmen.

Ein weiterer wichtiger Aspekt des Anwesenheitsrechts des Verteidigers, ist das sich daraus ergebende Recht auf uneinschränkbare Einsicht in das Vernehmungsprotokoll, gem. § 147 Abs. 3 StPO. Während die Staatsanwaltschaft bei einer Gefährdung des Untersuchungszwecks Akteneinsicht grundsätzlich bis zum Abschluß der Ermittlungen gem. § 147 Abs. 2 StPO verweigern kann, darf dem Verteidiger die Einsicht in die Niederschriften der Vernehmungen, bei denen ihm die Anwesenheit gestattet worden ist oder hätte gestattet werden müssen, in keiner Lage des Verfahrens versagt werden. Dies gilt also auch dann, wenn der Verteidiger von seinem Anwesenheitsrecht keinen Gebrauch gemacht hat oder wenn er zum Zeitpunkt der Vernehmung noch nicht bestellt war. Damit kann im Rahmen der Verteidigung frühzeitig auf das Vernehmungsergebnis mit dem Ziel einer Verbesserung der Verteidigungsposition reagiert werden.

VII.

Sowohl bei dem Beschluß des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 09.11.1995, als auch bei den beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 20.02.1997 und 31.01.2001, handelt es sich jeweils um ein obiter dictum und nicht um tragende Entscheidungsgründe. Der Ansicht, die Streitfrage der analogen Anwendung des § 168 c Abs. 2 StPO auf den Mitbeschuldigten, sei mit dem

³² So Küpper, Mosbacher, a.a.O., S. 695.

Urteil des Bundesgerichtshofes für die Praxis entschieden³², kann daher nicht gefolgt werden, auch wenn der 3. Strafsenat sich ohne weitere Begründung angeschlossen hat.

Da die Rechtsprechung, von den genannten Entscheidungen abgesehen, von der Problematik bisher keine Notiz genommen hat, sollte der Verteidiger verstärkt sein Augenmerk auf die Wahrnehmung der Rechte aus § 168 c StPO bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten legen.

Der Verteidiger ist dazu aufgerufen, auch weiterhin im Interesse einer effektiven Verteidigung jede rechtliche Möglichkeit zu nutzen, um auf die Anwesenheit seines Mandanten bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten in analoger Anwendung des § 168 c StPO hinzuwirken, auf sofortige Einsicht in das Vernehmungsprotokoll nach § 147 Abs. 3 StPO zu bestehen oder in der Hauptverhandlung Widerspruch gegen die Verlesung richterlicher Vernehmungsprotokolle einzulegen, wenn gegen die Benachrichtigungspflicht nach § 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO verstoßen wurde.

In den Protokollen der 24. Sitzung der Kommission für die Reform des Strafprozesses vom 11.11.1903³³, heißt es zu der Frage, „ob für das Vorverfahren den Beteiligten die Berechtigung zur Anwesenheit bei gerichtlichen Handlungen in erweitertem Umfange zu gewähren sei“ u. a., daß

„allgemein anerkannt wurde, daß daraus erhebliche Vorteile für die Strafrechtspflege erwachsen könnten. Zunächst werde der Staatsanwalt aufgrund des persönlichen Eindrucks, den die Zeugen und Sachverständigen bei der Vernehmung machen, ein besseres Bild von dem Sachverhalte bekommen und in die Lage gesetzt werden, durch entsprechende Anträge sachgemäß auf den weiteren Verlauf der

33 Vgl. die Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, herausgegeben vom Reichs-Justizamte, 1. Band, 1. Lesung, Berlin 1905, 176 ff., 178.

Voruntersuchung einzuwirken. Sodann werde der Ange- schuldigte durch seine Anwesenheit bei den Vernehmungen am besten über die Bedeutung der gegen ihn erhobe- nen Klage und den Umfang der gegen ihn erbrachten Be- weise aufgeklärt. Auch für den Verteidiger bietet die Teil- nahme an den Beweisterminen den Vorteil, daß er für die etwaige Hauptverhandlung besser vorbereitet werde. Vor allem sei aber zu erwarten, daß die Zuziehung der Partei- en zur Beweisaufnahme zur Ermittlung der objektiven Wahrheit und zu einer schleunigeren Aufklärung des Sach- verhalts beitragen werde. Die Anwesenheit der Parteien, welche den in Betracht kommenden Verhältnissen näher stehen, gewähre die Möglichkeit, Irrtümer und Mißver- ständnisse, welche bei der Vernehmung durch den Unter- suchungsrichter unterlaufen, sofort zu berichtigen oder auf eine Ergänzung unvollständiger Zeugenaussagen hinzu- wirken; sie biete die Gewähr, daß bei der Beweisaufnahme den belastenden und entlastenden Umständen in gleicher Weise Rechnung getragen und jede Einseitigkeit des Un- tersuchungsrichters verhütet werde. Dies sei von großer Bedeutung, sowohl für die Zeugen, die dadurch vor fal- schen Aussagen, also auch für die Angeschuldigten, die dadurch vor nicht gerechtfertigten Anklagen bewahrt wür- den, sowie endlich für das Ansehen der Rechtspflege, wel- ches darunter leide, wenn infolge mangelhafter Vorunter- suchungen, ein zur Freisprechung führendes Hauptverfah- ren eröffnet werde. Auch die Stellung des Untersuchungs- richters werde gehoben und das Vertrauen des Volkes zur Strafrechtspflege überhaupt erhöht werden, wenn der Rich- ter nicht mehr heimlich sondern vor den Augen der Betei- ligten prozediere.“

Diese Erkenntnisse zu der Bedeutung des Anwesenheitsrechtes bei der richterlichen Anhörung des Zeugen gelten auch bei der Vernehmung des Mitbeschuldigten und haben auch nach 100 Jah- ren nicht an Aktualität und Überzeugungskraft verloren.