ANTJE SCHUMANN

Verhör, Vernehmung, Befragung

Jus Poenale
8

Mohr Siebeck

JUS POENALE

Beiträge zum Strafrecht

Band 8

Antje Schumann

Verhör, Vernehmung, Befragung

Zu Geschichte und Dogmatik des Rechtsbegriffs der Vernehmung im Strafprozess und seiner Auflösung im 20. Jahrhundert

Mohr Siebeck

Antje Schumann, geboren 1972; Studium der Rechtswissenschaft und der Psychologie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und der Universidad de Vigo, Facultad de Derecho Ourense (Galicia); 1998 erste Juristische Staatsprüfung; 2003 zweite Juristische Staatsprüfung; 2005 Promotion; 2014 Habilitation; SoSe 2013 Vertretung am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin; WiSe 2014/15 bis SoSe 2016 Vertretung der Lehrprofessur für Strafrecht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-154127-8
ISBN 978-3-16-154103-2
ISSN 2198-6975 (Jus Poenale)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meiner Mutter Margitta und
ihrem Mann Wolfgang

Vorwort

Das Buch ist die aktualisierte Fassung meiner im Wintersemester 2014/15 von der Leipziger Juristenfakultät angenommenen Habilitationsschrift.

Mein besonderer Dank gilt den Herren Professoren Heribert Schumann, Michael Kahlo und Friedrich Dencker für die Erstellung der Gutachten. Von Herrn Schumann, der mir die Möglichkeit zur Habilitation gab, lernte ich zudem den Wert des positiven Gesetzes als Grenze der Macht kennen – wenn es denn gute Gesetze sind.

Wertvoll waren für mich auch die Gespräche mit Herrn Professor Manfred Seebode. Sein Lob und seine Kritik gaben mir Anregung ebenso wie der von Herrn Professor Gerhard Fezer im März 2013 initiierte Fachaustausch im kleinen Kreis an der Leipziger Universität. Leider können beide das Buch nicht mehr in den Händen halten, ihre Gedanken sind jedoch in der einen oder anderen Art hier aufbewahrt.

Wichtige Rückmeldungen erhielt ich von befreundeten Kolleginnen und Kollegen auf zwei Treffen unseres früheren „Habilitandenkreises" in Hamburg und Gießen, auf denen ich Aspekte meines Themas vorstellen und in angenehmer Atmosphäre diskutieren konnte.

Impulse für meine rechtshistorische Forschung gaben mir die Rückfragen, Anmerkungen und Gespräche anlässlich meines Vortrages auf dem 4. Kolloquium zu Kriminalität und Strafjustiz in der Frühen Neuzeit im September 2015. Sie zeigten mir, wo und an welchen Stellen der interdisziplinäre Dialog verstärkt fortzusetzen ist.

Das Thema „Vernehmung" hat mich lange beschäftigt, und es beschäftigt mich weiterhin. Die Arbeit an diesem Buch ist eine Reise mit allen Mühen und Freuden gewesen, deren Ende in der Zukunft liegt. Viele Menschen im beruflichen und privaten Umfeld haben mich auf diesem Weg begleitet und auf unterschiedlichste Art unterstützt, und sie tun es noch. Bei ihnen allen bedanke ich mich von Herzen – ganz besonders bei Brigitte, Claudia, Inge & Harry, Lutz & Matthias, Ursula und bei dir, liebe Angela!

Antje Schumann Leipzig, im April 2016

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung 1

B. Begriff der Vernehmung: Der aktuelle Befund 3

I. Bestimmung des Begriffs der Vernehmung: Meinungsstand 3

1. Das Schweigen des Gesetzes 3
2. Formeller und materieller Vernehmungsbegriff 7
3. Zweck der Vernehmung als Kriterium der Begriffsbestimmung 12
4. Bedeutung des Personalbeweises im Strafverfahren der Gegenwart . . 15

II. Auswirkungen des Strafprozessänderungsgesetzes vom 19. Dezember 1964 19

1. Einführung der Hinweis- und Belehrungspflicht 19
2. Reaktionen in Rechtsprechung und Literatur 21
   a) Charakter als bloße Ordnungsvorschrift 21
   b) Die – belehrungsfreie – informatorische Befragung 24
      aa) Behandlung in Rechtsprechung und Literatur 24
      bb) Ursprung der Diskussion 26
      cc) Die informatorische Befragung als Gegenteil der Vernehmung? 30
   c) Das – informatorische – Vorgespräch 32
   d) Die verdächtige Auskunftsperson: Beschuldigter, Zeuge oder Verdächtiger mit eigenen Rechten? . . . 32
      aa) Begründung der Beschuldigteneigenschaft 32
      bb) Der verdächtige Zeuge im Ermittlungsverfahren 35
      cc) Der Verdächtige als Auskunftsperson 37
      dd) Fazit 40
   e) Der Verdacht als Bezugsgröße 41
      aa) Tatbezogener und personenbezogener Anfangsverdacht 41
      bb) Folgen für die Bestimmung des „Verdächtigen“ und des „Beschuldigten“ 43

f) Die – belehrungsfreie – verdeckte Befragung 44
aa) Zellengenossenentscheidung (1987) und Hörfallenbeschluss (1996) 44
bb) Auswirkungen des Hörfallenbeschlusses: Prinzip statt Gesetz 48
3. § 136a StPO als Zentralnorm der Vernehmung? 51
a) Bedeutung für den Begriff der Vernehmung 51
b) Hintergrund der Einführung des § 136a StPO 53
c) Täuschung als verbotene Vernehmungsmethode 56

III. Zusammenfassung und Fragen 58

C. Historische Grundlegung: (Peinliche) Befragung, Verhör und Vernehmung als Formen der Befragung im Strafverfahren 65

I. Untersuchungsgegenstand und Fragestellungen 65

II. Befragung und „peinliche Frage" in der Constitutio Criminalis Carolina von 1532 68

1. Carolina und Inquisitionsverfahren 68
2. Beweisrecht der Carolina 72
3. Die (peinliche) Befragung 74

III. Das Verhör im Inquisitionsverfahren vor Abschaffung der Folter . . 76

1. Zu Ursprung und Genese des weltlichen Inquisitionsverfahrens . . . 76
2. Das Inquisitionsverfahren in der Theorie: Carpzov, Brunnemann, Ludovici 80
a) Carpzov: General- und Spezialinquisition sowie summarisches und artikuliertes Verhör 81
aa) Verfahrensstruktur 81
bb) Verhör des Inquisiten 86
cc) Fazit: Beweiskraft der Befragung 87
b) Der Verdächtige als Zeuge in der Generalinquisition 88
3. Ein erstes Gesetz: Die Criminalordnung vor die Chur- und Neumark von 1717 90
a) Aufbau und Verfahrensstruktur 90
b) Verhör des Inquisiten 92

IV. Das Verhör im Inquisitionsverfahren nach Abschaffung der Folter 94

1. Rahmenbedingungen 94
2. Zu den Gründen der Abschaffung der Folter 98
   a) Inner- und außerprozessuale These 98
   b) Die Frage der „Wahrheit" im Strafverfahren 100
3. Abschaffung der Folter: Folgen für die Verfahrensstruktur und die Stellung der verdächtigen Person 102
   a) Vorverlagerung des summarischen Verhörs des Inquisiten 102
   b) Untergang des artikulierten Verhörs: Auswirkung auf den Verfahrensschwerpunkt 103
4. Inquisitionskunst und Jagdwissenschaft 104
5. Heimlichkeit 108
6. Ein letztes Gesetz: Das Verhör in der Criminalordnung für die preußischen Staaten von 1805 110
   a) Verfahrensstruktur 112
   b) Arten und Form des Verhörs 113
      aa) Verdächtiger, Beschuldigter, Angeschuldigter und Inquisit . . 113
      bb) Form und Beweiskraft 116
7. Erstes Verhör und „Inquisitionskunst": Gegensätze in Preußen und Bayern 119
8. Form und Funktion der ersten Befragung der verdächtigen Person . . 121
   a) Zusammenfassung 121
   b) Kritik an der ersten Befragung der verdächtigen Person 124

V. Vom inquisitorischen Verhör zur Vernehmung in der RStPO von 1877 125

1. Rahmenbedingungen 125
2. Reform und Reformdiskussion 127
   a) Die Theorie: Der „Prinzipienstreit" und das Verhör (Zachariae versus Köstlin) 127
   b) Die Praxis: Anknüpfung an die Tradition – Entwürfe und Prozessordnungen 134
      aa) Preußen 135
         α) Revidierter Entwurf von 1841 136
         β) Das Gesetz vom 17. Juli 1846 138
      bb) Andere Partikulargesetzgebungen 141
         α) Bayern 142
         β) Baden 143
         γ) Sachsen 145
         δ) Zusammenfassung 148

c) Fazit: Kontinuität und Wandel, Errungenschaften und Verluste . . 149
3. Machtverhältnisse: Kriminalpolizei – Staatsanwaltschaft – (Untersuchungs-)Gericht . . . 152
4. Zeitgenössische Stimmen: Die Sammlungen der Prozessordnungen von Haeberlin (1852) und Sundelin (1861) 157
5. Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich (RStPO von 1877) 160
a) Allgemeines 160
b) Verfahrensstruktur 161
c) Verhör und Vernehmung: Abschaffung der Aussage- und Wahrheitspflicht des Beschuldigten 162
aa) Die Vernehmung im Vorverfahren 163
bb) § 136 RStPO von 1877 als Zentralnorm der Vernehmung des Beschuldigten: Ambivalenzen und Entwicklungen 166
cc) Zweck der Vernehmung des Beschuldigten 169
d) Wandlungen und Verschiebungen bis 1933/1945: Machtverhältnisse im Vorverfahren und ihre Auswirkung auf den Zweck der Vernehmung des Beschuldigten 173

D. Der Rechtsbegriff der Vernehmung 177

I. Historische Auslegung 177

II. Wert und Notwendigkeit der förmlichen Vernehmung 179

1. Schützende Form und Methode der Wahrheitsfindung 179
2. Verfahrensgerechtigkeit und Strafzwecke 184
a) Verfahrensgerechtigkeit 184
b) Strafzwecke 188
3. Notwendigkeit der förmlichen Vernehmung aus empirischer Sicht . . 191
a) Wahrheit im Strafverfahren 191
b) Vernehmung und Erinnerung 195
aa) Wahrnehmung und Erinnerung 195
bb) Gedächtnis, Erinnerung und Verfälschungsfaktoren 196
cc) Konsequenzen für die Vernehmung 200

III. Ergebnis 202

E. Konsequenzen des Rechtsbegriffs der Vernehmung 205

I. Verdeckte Befragung 205

1. Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot 205
2. Disponibilität des Verwertungsverbotes 209
3. Fortwirkung und Fernwirkung des Verwertungsverbotes 209

II. Informatorische Befragung und informatorisches Vorgespräch 210

III. Ausblick: Zulässigkeit der verdeckten Befragung de lege ferenda? . . 212

Literaturverzeichnis 215
Personenverzeichnis 255
Sachverzeichnis 257

A. Einführung

Die förmliche Vernehmung im Strafverfahren ist eine besondere Kommunikationssituation. Das liegt nicht zuletzt an ihrem Anlass, dem Verdacht einer Straftat, zu dessen Aufklärung der Staat verpflichtet ist. Die Vernehmung ist kein Alltagsgespräch, sondern die Befragung des Bürgers[1] durch einen Repräsentanten des Staats. Aufgrund des Machtgefälles zwischen Staat und Bürger handelt es sich immer um eine asymmetrische Kommunikation. So unmittelbar wie in einer Vernehmung ist der Kontakt zwischen dem Staat, personifiziert im Vernehmungsbeamten, und dem Bürger selten. Die Vernehmung ist insoweit eine Nahtstelle des Staat-Bürger-Verhältnisses. Das Gesetz, das die Vernehmung regelt, regelt eben dieses Verhältnis.

Für den Bürger strahlt das Wort Vernehmung nicht selten etwas Bedrohliches aus, und eine Vernehmung im Strafverfahren ist tatsächlich mit Unannehmlichkeiten verbunden. Das gilt für die Vernehmung als Zeuge, der grundsätzlich zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet ist, und gleichermaßen, ungeachtet des (Menschen-)Rechts zum Schweigen, für die Vernehmung als beschuldigte Person. Im Unterschied zur „bloßen" Befragung haftet der Vernehmung etwas Verbindliches an. Diese Verbindlichkeit der Vernehmung kann in dem einen oder anderen Fall als unangemessen und lästig empfunden werden. Nach dem Gesetz gibt sie der Befragung jedoch eine Regelförmigkeit, die auch Schutz bedeutet. Denn die Strafprozessordnung stattet den Bürger in einer förmlichen Vernehmung mit Rechten aus, um die staatliche Macht zu binden und zu begrenzen. Das ist zu berücksichtigen, wenn der Staat statt einer Vernehmung die bloße Befragung wählt, die harmlos scheint und zunächst manche Unannehmlichkeit der Vernehmung vermeidet. Denn die Befragung bleibt ein Befragen durch die staatliche Macht, auch wenn sie nicht als solche auftritt. Allzu schnell können in der Kommunikation von Angesicht zu Angesicht die Grenzen zwischen Staat, Bürger und Gesellschaft verwischen, und die „bloße" Befragung entpuppt sich als Verhör.

Das Strafverfahren ist das Herrschaftsinstrument des Staats, um Straftaten zu verfolgen. Seit den 1970er Jahren gab es unter dem Ziel der Bekämpfung von „Terrorismus" und „organisierter Kriminalität" weitreichende Gesetzesände-

[1] Überwiegend wird wie im Gesetz die männliche Form als geschlechtsneutrale Bezeichnung verwendet.

rungen, die auch im Bereich des Strafprozessrechts zu einer für den Bürger folgenreichen Vermengung von Prävention und Repression führten.[2] Diese Entwicklung ist als Erosion des Rechtsstaats charakterisiert worden.[3] Der Staat zeigt sich als Präventions- und Sicherheitsstaat,[4] der die Freiheit des Bürgers in erster Linie durch die Ausweitung staatlicher Kontrolle und Überwachung zu gewährleisten sucht.[5] Gegenwärtig ist zudem das, was Staatlichkeit ausmacht, einem weiteren tiefgreifenden Wandel unterworfen. Es ist unsicher geworden, welche Aufgaben originär hoheitlich sind und bleiben müssen und welche Gebiete der Staat der Zivilgesellschaft mit ihren eigenen Mechanismen der Macht überlassen darf. Als Beispiele sind im vorliegenden Zusammenhang etwa die Privatisierungstendenzen in der Strafverfolgung[6] und im Strafvollzug[7] zu nennen.

Die vorliegende Untersuchung widmet sich auf historischer und dogmatischer Grundlage der Frage nach der Notwendigkeit und dem Wert eines Rechtsbegriffs der Vernehmung im Strafprozess. Als Nahtstelle des Staat-Bürger-Verhältnisses dürfte die Vernehmung in besonderer Weise Aufschluss über Verschiebungen im Wertgefüge des Strafverfahrens geben und damit ein Indikator sein für das Strafverfahrensrecht als Seismograph[8] der „Verfassung" des Staats.[9]

---

[2] S. *I. Müller* KJ 1977, 11, 20 ff.; AE-EV, 28 f.

[3] S. etwa *Albrecht* KritV 1993, 163 ff.

[4] Für den Strafprozess schon im Jahr 1982 vor einer solchen Tendenz warnend *Dencker*, Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung, 447, 459 f.

[5] S. *Denninger* KJ 1988, 1 ff.; *ders.*, Prävention und Freiheit, 85 ff.; *Roggan*, Auf legalem Weg in einen Polizeistaat, 213 ff.; *Huster/Rudolph*, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat?, 9 ff.; kritisch *Bull*, Informationelle Selbstbestimmung, 18 ff. S. auch die Beiträge in *Brunhöber* (Hrsg.), Strafrecht im Präventionsstaat, 2014.

[6] Sie bestehen einmal, indem der Staat private Akteure zur Strafverfolgung einsetzt (Bsp. V-Leute), und im Bereich des Wirtschaftstrafrechts im Zusammenhang mit den sog. „unternehmensinternen Ermittlungen"; hinsichtlich Letzterer s. etwa *Jahn*, Gutachten zum 67. DJT 2008, C 100: „Parallelverfahren zur StPO" sowie die Beschlüsse des 67. DJT 2008, 14; umfassend zuletzt *Stoffer*, Privatisierung, 62 ff., 358 ff., 497 ff.

[7] S. *Barisch*, Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 33 ff.

[8] *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 2 Rn. 1: Strafprozessrecht ist „der Seismograph der Staatsverfassung".

[9] Einen ersten Eindruck von der hohen Bedeutung, die die Vernehmung auch im Strafverfahren des 21. Jahrhunderts hat, vermitteln bereits die Diskussionen und Reformvorschläge im AE-Beweisaufnahme GA 2014, 1 ff. sowie jene im Abschlussbericht der StPO-Reformkommission vom 13.10.2015.

B. Begriff der Vernehmung: Der aktuelle Befund

Die Vernehmung ist die in der Strafprozessordnung de lege lata geregelte Befragung des Bürgers durch den Staat, um den Verdacht einer Straftat aufzuklären. Wann eine Befragung eine Vernehmung in diesem Sinn ist und welche Folgen die Vernehmungsvorschriften auslösen, diese Fragen gehören zu den am meisten umstrittenen und ungelösten Problemen des Strafverfahrens der Gegenwart. Der folgende Teil rekonstruiert das Meinungsbild zur strafprozessualen Vernehmung unter besonderer Berücksichtigung der Befragung im Ermittlungsverfahren. Denn sie bildet, wie zu zeigen ist, den Kulminationspunkt der Auseinandersetzungen. Schon bei nur oberflächlicher Betrachtung offenbart sich dieser Forschungsgegenstand als ein Dickicht in sich verflochtener Theorien und Meinungen. Sie sind zu sichten, zu ordnen und auf ihren Aussagegehalt hinsichtlich des Begriffs der Vernehmung zu überprüfen. Die Streit- und Abgrenzungsfragen betreffen alle Ebenen der Vernehmung: die Befragungssituation, die Seite der fragenden Person sowie die der befragten Person. Genannt seien als erste bekannte Stichworte die informatorische Befragung, die verdeckte Befragung durch Polizeibeamte oder staatlich instruierte Privatpersonen sowie die Vernehmung einer verdächtigen Person als (verdächtiger) Zeuge. Für das Verständnis der heute vertretenen zahllosen Ansichten zur Auslegung des Gesetzes ist die Darstellung des jeweiligen Entstehungskontextes unerlässlich. Erst in der Entwicklungsgeschichte werden die tieferliegenden Begründungszusammenhänge sichtbar und können auf ihre Tragfähigkeit hin überprüft werden.

I. Bestimmung des Begriffs der Vernehmung: Meinungsstand

1. Das Schweigen des Gesetzes

Die Frage, was eine Vernehmung im Strafprozess ist, beantwortet das Gesetz nicht. Die StPO enthält keine Definition der Vernehmung, die etwa lauten könnte: Die Vernehmung ist die Befragung des Bürgers durch einen Repräsentanten des Staats zur Klärung eines Sachverhalts, der den Verdacht einer Straftat begründet. Das Gesetz enthält lediglich an verschiedenen Stellen Vorschriften, die bestimmen, wann eine Person spätestens als Beschuldigter zu vernehmen

ist,[1] durch wen[2] und welche Regeln zu beachten sind.[3] Beim Zeugen[4] beschreibt es darüber hinaus in groben Zügen die Durchführung der Vernehmung.[5] Neben der Vernehmung des Beschuldigten und des Zeugen erwähnt die StPO schließlich noch die Vernehmung des Sachverständigen.[6] Das Gesetz kennt somit begrifflich drei verschiedene Auskunftspersonen: den Beschuldigten, den Zeugen und den Sachverständigen (Numerus clausus des sog. Personalbeweises[7]). Für ihre Vernehmung gelten vereinzelt über Verweisungen dieselben Bestimmungen,[8] zum überwiegenden Teil handelt es sich jedoch um spezifische Regelungen. Sie enthalten Rechte und Pflichten des Bürgers als Auskunftsperson und als Kehrseite die jeweiligen Befugnisse und Pflichten der Organe der Strafrechtspflege. Jede Norm, die ein Recht des Bürgers statuiert, nimmt den Staat in die Pflicht. Umgekehrt folgt aus einer Befugnis des Staats zur Vernehmung zumeist jedoch nicht stets[9] eine Pflicht des Bürgers.

Im Einzelnen: Bekanntlich ist der Zeuge vor Gericht und bei der Staatsanwaltschaft grundsätzlich zur Aussage verpflichtet,[10] und zwar zu einer wahrheitsgemäßen[11] Aussage.[12] Die unwahre Aussage bei Polizei und Staatsanwaltschaft als solche ist – anders als in einer richterlichen Vernehmung – nicht strafbar.[13] Mit der Pflicht des Zeugen zur Aussage korrespondiert die Befugnis des Staats, die Erfüllung der Pflicht mit Zwang einfordern zu können.[14] Eine solche Zwangsbefugnis, um eine Aussage zu erlangen, hat der Staat gegenüber der be-

---

[1] S. §§ 115 Abs. 2, 163a Abs. 1 Satz 1, 243 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 1, 2 StPO.

[2] S. u. a. §§ 163 Abs. 3, 163a Abs. 3 Satz 2, Abs. 4, § 243 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 StPO.

[3] S. u. a. §§ 136 Abs. 1, § 163a Abs. 3 Satz 2, Abs. 4, 243 Abs. 5 Satz 1, 2 StPO.

[4] S. §§ 48 ff., 161, 163 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, 250 StPO.

[5] S. §§ 68 Abs. 1 Satz 1, 69 Abs. 1, 2 StPO. Beim Beschuldigten fehlt eine dem § 69 StPO entsprechende Regelung, die angibt, wie die Vernehmung im Fall seiner Einlassung zu gestalten ist. § 243 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 StPO bestimmen lediglich, wann der Beschuldigte in der Hauptverhandlung zu seinen persönlichen Verhältnissen und wann er zur Sache – nach Maßgabe des § 136 Abs. 2 StPO – zu vernehmen ist. Die Vorschrift enthält, wenn auch rudimentär, Aspekte der Vernehmungslehre.

[6] S. § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO.

[7] Der Beschuldigte als Auskunftsperson hat die Wahl, ob und inwieweit er als „Beweismittel" zur Verfügung steht; vgl. dazu *Rogall*, Beweismittel gegen sich selbst, 53 f. Zur Beweismitteleigenschaft des Beschuldigten und zur – teils sehr von Missverständnissen geprägten – Diskussion um sie instruktiv *Prittwitz*, Der Mitbeschuldigte, 197 ff.

[8] So § 136a StPO (s. §§ 69 Abs. 3, 72 StPO).

[9] Gegenüber Staatsanwaltschaft und Richter bzw. Gericht besteht eine Erscheinungspflicht, s. §§ 133 Abs. 2, 161a Abs. 1 Satz 1, 163a Abs. 3 Satz 1 StPO, nicht jedoch vor der Polizei. Allerdings wird die Einführung einer Erscheinungspflicht des Zeugen vor der Polizei diskutiert, s. den Vorschlag im Abschlussbericht der StPO-Reformkommission, 57 ff.; s. auch BT-Drs. 17/2166, kritisch dazu *Erb* StV 2010, 655 ff.; L/R-*Erb* Nachtr. § 163 vor Rn. 1.

[10] S. § 48 Abs. 1 Satz 2, § 161a Abs. 1 Satz 1 StPO.

[11] S. § 57 Satz 1 StPO.

[12] Zur Wahrheitspflicht gegenüber der Staatsanwaltschaft s. L/R-*Erb* § 161a Rn. 12; KK-*Griesheim* § 161a Rn. 4 unter Verweis auf BT-Drs. 7/2600, S. 14.

[13] Vgl. §§ 153 ff. StGB. Verwirklicht sein können die §§ 145d, 164, 258 StGB.

[14] S. §§ 48 Abs. 2, 51, 70, 161a Abs. 2 StPO.

schuldigten Person nicht. Hier sieht das Gesetz als äußerstes Mittel die Vorführung zur Vernehmung vor.[15] Zugleich normiert es für den Staat die Pflicht, den Beschuldigten darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen.[16]

In ihren Vorschriften über die Vernehmung enthält die StPO somit zwar Regeln für das Befugnis-/Rechte-Pflichten-Verhältnis zwischen Staat und Bürger als Auskunftsperson (Beschuldigter, Zeuge, Sachverständiger[17]). Sie schweigt aber darüber, wann diese Bestimmungen auf eine Befragung im Strafverfahren anzuwenden sind. Wie anhand der insbesondere für das Stadium des Ermittlungsverfahrens[18] heftig geführten Kontroverse noch zu zeigen ist, lässt sich die Frage der Anwendbarkeit der Vernehmungsvorschriften auch nicht durch eine Wort- oder systematische Auslegung beantworten. Denn mit diesen Interpretationsmethoden[19] kann der Begriff der Vernehmung nur dahingehend bestimmt werden, dass es sich um die Befragung eines Zeugen, Sachverständigen oder Beschuldigten durch einen Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamten (z. B. §§ 48, 161a, 136, 163a StPO) im Rahmen und für die Zwecke des Strafverfahrens handelt. Unklar bleibt jedoch, ob zu den Begriffselementen der Vernehmung auch das offene Auftreten des Amtsträgers und die Erkennbarkeit des Zwecks der Befragung für die befragte Person gehören. Zwar mögen die mit der Vernehmung verknüpften Regeln, wie etwa die Hinweis- und Belehrungspflichten (z. B. §§ 52 Abs. 3 Satz 1, 55 Abs. 2, 57, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) sowie die Vorschriften über die Ladung (z. B. §§ 48 Abs. 2, 133 StPO) den Schluss nahelegen, nur die offene, förmliche Befragung sei eine Vernehmung.[20] Zwingend ist diese Annahme jedoch nicht. Denn keineswegs ist es ausgeschlossen, auch die „verdeckte Befragung",[21] bei der die auf Offenheit der Befragungssituation zugeschnittenen Vernehmungsregeln nicht angewandt werden,[22] statt als „Nicht-Vernehmung" ebenso als rechtsfehlerhafte Vernehmung zu bezeichnen, wie es der Fall ist, wenn das Strafrechtspflegeorgan in der förmlichen Vernehmung seine Hinweis- und Belehrungspflicht verletzt.[23]

---

[15] S. § 133 Abs. 2, 173 Abs. 3, 163a Abs. 3 Satz 2, 216 Abs. 1 Satz 1 StPO.

[16] S. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO.

[17] Für den Sachverständigen gilt das Regel-Ausnahme-Verhältnis entsprechend wie beim Zeugen, s. §§ 72, 75 ff. StPO.

[18] Zur gegenwärtigen „zerfahrenen" Entwicklung des Ermittlungsverfahrens s. die interdisziplinäre Bestandsaufnahme und Analyse in den Beiträgen in *Barton* u. a. (Hrsg.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015.

[19] Zum nach wie vor als Qualitätsstandard geltenden Methodenkanon s. *Röhl*, Grundlagen der Methodenlehre II, Rn. 19 f.

[20] S. *Dencker* StV 1994, 667, 674.

[21] Ausführlich dazu s. unten B.II.2f).

[22] So im Anschluss an BGH GSSt 42, 139 (Hörfallenbeschluss) die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur, s. unten B.II.2f).

[23] S. *Dencker* StV 1994, 667, 675.

Nicht abschließend beantworten lässt sich schließlich mit grammatischer und systematischer Interpretation, ob nur die unmittelbar von einem Amtsträger durchgeführte oder auch die von ihm veranlasste Befragung durch eine Privatperson als Vernehmung anzusehen ist. Die Notwendigkeit, diese Fragen grundlegend zu erörtern und zu diskutieren, ergibt sich vor allem mit Blick auf die in §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a StPO zum Ausdruck kommende Äußerungs- bzw. Aussagefreiheit der beschuldigten Person. Denn Inhalt und Reichweite des sog. Schweigerechts werden in Strafverfolgungspraxis, Verteidigung, Judikatur und Strafprozesswissenschaft sehr unterschiedlich beurteilt.[24] Die Meinungen reichen hier von der Annahme einer „absoluten Aussagefreiheit",[25] die der Staat bei jeder staatlichen bzw. staatlich veranlassten Befragung zu respektieren und zu schützen hat,[26] bis zu der Auffassung, der gesetzliche Geltungsbereich erstrecke sich nur auf die Befragung, die im Wege förmlicher Vernehmung stattfindet, nicht aber auf Befragungen, bei denen der förmliche Charakter fehlt bzw. für die betroffene Person nicht erkennbar ist.[27] Dabei ist darauf hinzuweisen, dass der in diesem Zusammenhang geführte „Kampf um das Recht" ursprünglich noch im Rahmen der Strafprozessordnung anhand der Auslegung und Anwendung der Vernehmungsvorschriften ausgefochten worden ist.

Mittlerweile wird das Problemfeld durch die Diskussion um die verfassungs- und konventionsrechtliche Ausprägung des Prinzips „nemo tenetur se ipsum accusare/prodere"[28] überlagert.[29] Mit dieser Verschiebung vom „Gesetz zum

[24] Es handelt sich, wie im Verlauf der Arbeit gezeigt werden wird, um den immerwährenden Kampf zwischen Strafverfolgung und Verteidigung, wie er seit der Abschaffung der Aussagepflicht der beschuldigten Person durch die Reichsstrafprozessordnung vom 1. Februar 1877 ausgelöst worden ist. Je nachdem, welche Mentalität beim Norminterpreten vorherrscht, bricht sich eine Auslegung der Wertentscheidung des Gesetzgebers Bahn, die entweder mehr die Interessen des Staats oder mehr die Interessen des betroffenen Bürgers berücksichtigt.

[25] *E. Schmidt* SJZ 1949, Sp. 449, 450.

[26] S. die Nachweise in SK-StPO/*Wohlers* § 163a Rn. 40 Fn. 111.

[27] So seit BGH GSSt 42, 139, 145 f. m. w. N. die Rechtsprechung; ihr folgend SK-StPO/*Rogall* § 136 Rn. 14 m. w. N. in Fn. 53.

[28] Die sog. Selbstbelastungsfreiheit der beschuldigten Person, wie sie heute in den Vernehmungsvorschriften der StPO (s. etwa §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 55 Abs. 1, 136a Abs. 1) zum Ausdruck kommt und Verfassungsrang genießt, s. BVerfGE 55, 114, 150; 56, 37; 95, 220, 241, völkerrechtlich anerkannt ist, s. Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR (BGBl. II 1973, 1533 ff.), und zum Kernbestand eines fairen Verfahrens, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, gezählt wird, s. EGMR, Allan v. the UK, Urt. v. 5.11.2002, Nr. 48539/99; Jalloh v. Germany, Urt. v. 11.7.2006, Nr. 54810/00; Bykov v. Russia, Urt. v. 10.3.2009, Nr. 4378/02. Zum kirchen- und naturrechtlichen Hintergrund s. *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, 411 ff., 421 ff. Zu den Ursprüngen im gelehrten Recht und der über Umwege erfolgten Übernahme durch die Rechtsprechung des englischen Common Law s. *Helmholz* New York University Law Review 65 (1990), 962, 969 ff., 987 ff.; *Macnair* Oxford Journal of Legal Studies 10 (1990), 66, 70 ff.; s. auch *Langbein* Michigan Law Review (92) 1994, 1047, 1072 ff., der die traditionelle – auf den Werken John H. Wigmores (Evidence in Trials at Common Law) und Leonard W. Levys (Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-Incrimination) beruhende – Auffassung einer Entwicklung aus dem englischen Common Law widerlegt. Zur damit sehr anfechtbaren Herleitung aus dem englischen Rechtskreis s. *Rogall*, Beweismittel gegen sich selbst, 72 ff., 76 ff.

Prinzip" sind Auflösungserscheinungen verbunden,[30] die gerade im Bereich des Strafprozesses wachsam und kritisch im Auge zu behalten sind.

2. Formeller und materieller Vernehmungsbegriff

Die gegenwärtige Konzentration auf das Nemo-tenetur-Prinzip dürfte neben dem allgemeinen Trend einer verfassungsrechtlichen Orientierung im Strafrecht[31] auch damit zusammenhängen, dass der Begriff der Vernehmung, also sein rechtlicher Gehalt und Umfang, bislang noch nicht Gegenstand einer eigenen umfassenden Untersuchung gewesen ist. So erschöpfen sich die Bestimmungen in Lehrbüchern und Kommentaren in der Gegenüberstellung des sog. formellen[32] Vernehmungsbegriffs der Rechtsprechung, dem ein großer Teil der Literatur folgt,[33] und des materiellen bzw. funktionalen[34] Vernehmungsbegriffs einer Minderheitsmeinung in der Literatur.

Bekanntlich ist nach dem formellen Vernehmungsbegriff eine Befragung dann eine Vernehmung, wenn der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft, d.h. als Repräsentant des Staats für die befragte Person erkennbar, von ihr eine Auskunft verlangt.[35] Nach dem materiellen Vernehmungsbegriff ist unter Vernehmung jede amtliche Herbeiführung von Aussagen und jede zur Erfüllung der Aufgabe amtlicher Sachverhaltsaufklärung geschaffene Aussagesituation zu verstehen.[36] Der wesentliche Unterschied beider Begriffsbestimmungen liegt also in ihrem Verhältnis und ihrer Gewichtung von (äußerer) Form und Inhalt (Gehalt). Denn nach

---

[29] Näher dazu und zu den Folgen s. unten B.II.2.f.aa).

[30] S. *Verf.* JZ 2012, 265; *dies.*, Prinzip statt Gesetz, 153 ff.; *dies.*, Wert und Notwendigkeit eines Rechtsbegriffs der Vernehmung im Strafverfahren, 161, 164 ff. m.w.N. in Fn. 22; *Jäger*, Erosionserscheinungen, 948, 954 ff.; *Wang*, Einsatz Verdeckter Ermittler, 245 f. Zu den Gefahren der Entformalisierungstendenzen im Strafrecht und Strafprozessrecht vgl. auch die Beiträge in *Murmann* (Hrsg.), Recht ohne Regeln?, 2011.

[31] Vgl. etwa die Beiträge in *Brunhöber* u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013.

[32] Ständige Rechtsprechung seit BGHSt 40, 211, 213 (Fall Sedlmayr); BGH GSSt 42, 139, 145 f. (Hörfallenbeschluss); s. nur BGHSt 52, 11, 15 (Mallorca-Fall); BGHSt 55, 138, 142 f. (verdecktes Verhör); BGH 3 StR 400/10 (verdeckte Befragung durch Privatperson).

[33] S. SK-StPO/*Rogall* § 136 Rn. 14; weitere Nachweise zu dieser wohl herrschenden Meinung bei SK-StPO/*Wohlers* § 163a Rn. 39 Fn. 108.

[34] *Seebode* JR 1988, 427 ff.; vgl. auch *Dencker* StV 1994, 667, 674; *Roxin* NStZ 1995, 465, 466; *ders.* NStZ 1997, 18 f.; *Gusy* StV 1995, 449; *Neuhaus* Kriminalistik 1995, 787 ff.; *Derksen* JR 1997, 169; *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips, 208 ff., *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 94; L/R-*Gleß* § 136 Rn. 12. Vgl. ferner *Kühl* StV 1986, 187, 188; *Lagodny* StV 1996, 167, 168 f.; *Ransiek*, Polizeivernehmung, 61 f.

[35] S. BGH GSSt 42, 139, 145 unter Verweis auf BGHSt 40, 211, 213; ähnlich auch SK-StPO/*Rogall* § 136 Rn. 14: „Vernehmung ist ... jede innerprozessuale Veranlassung einer Person ... zur (ihr bewussten) Abgabe sach- oder prozessrelevanter Informationen seitens eines amtlich tätigen Strafverfolgungsorgans."

[36] S. LG Stuttgart NStZ 1985, 568 f.; *Seebode* JR 1988, 427, 428; L/R-*Gleß* § 136 Rn. 12 m.w.N.; vgl. auch *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 93 f.

dem formellen Vernehmungsbegriff, wie ihn die Rechtsprechung versteht, sind die amtliche Funktion des Fragenden und deren Erkennbarkeit für den Befragten, d. h. der offene förmliche Charakter der Befragungssituation, maßgeblich. Im Unterschied dazu stellt der materielle Vernehmungsbegriff auf den Zweck und den Inhalt der Befragung ab, ohne dass es auf einen für die befragte Person sichtbaren amtlichen Charakter ankommt. Wie an späterer Stelle noch zu zeigen ist,[37] treffen die Folgen dieser unterschiedlichen begrifflichen Fassungen den Hauptnerv des Strafprozesses in einem Rechtsstaat. Denn der formelle Vernehmungsbegriff der Rechtsprechung bezweckt aus Gründen einer effektiven Strafverfolgung die Erweiterung der Befugnis zur Befragung des Bürgers extra legem. Der materielle Vernehmungsbegriff ist das aus Sicht des Bürgers notwendige Korrelat zur Wahrung seiner Rechtsposition in einem Strafverfahren.

Entgegen dem ersten Anschein handelt es sich bei diesen Begriffsbestimmungen jedoch nicht um allgemeingültige Definitionen der Vernehmung. Das liegt schon daran, dass sie die dogmatische Reaktion auf die Praxis der verdeckten Befragung sind. Den Hintergrund dieser Begriffe bilden die in den 1980er Jahren als rechtsstaatliches Problem erkannte und bis heute ungelöste V-Personen-Thematik[38] sowie der Bereich der verdeckten Ermittlungen durch Polizeibeamte. Wesentliches Kennzeichen des Phänomens der verdeckten Befragung[39] ist, dass das Strafverfolgungsorgan oder eine vom Staat instruierte Privatperson die Auskunftsperson mit dem Ziel, Überführungsbeweise zu erlangen, zu einem Tatgeschehen befragt, ohne den amtlichen Strafverfolgungscharakter der Kommunikation offenzulegen.

Dabei kann es sich beispielsweise um ein scheinbar privates Telefongespräch handeln, bei dem das Strafverfolgungsorgan mithört (Hörfalle),[40] um ein Aushorchen in der Haftanstalt durch einen vom Staat angesetzten Mithäftling (Zellengenossenentscheidung)[41] oder einen als Besucher getarnten Kriminalbeamten, der sich als Bekannter oder Freund eines gemeinsamen Bekannten ausgibt (verdecktes Verhör).[42] Nicht selten wird bei der verdeckten Befragung eine schon bestehende Vertrauensbeziehung ausgenutzt oder eine solche zur Aus-

---

[37] S. unten B.II.2f).

[38] Vgl. dazu *Dencker*, Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung, 447, 458, 459 ff.; *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, 13 ff.; *Eschelbach* StV 2000, 390 ff.; *Hüls*, Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, 243 ff., 260 ff.; *Roggan* GA 2016, 393 ff.

[39] Monographisch dazu *Mahlstedt*, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei, 2011; *Wang*, Einsatz verdeckter Ermittler zum Entlocken des Geständnisses eines Beschuldigten, 2015.

[40] S. BGH NStZ 1983, 466 mit Anm. *J. Meyer*; BGH StV 1986, 185 mit Anm. *Kühl* und vor allem BGH GSSt 42, 139 (Hörfallenbeschluss).

[41] S. BGH StV 1987, 470 mit Anm. *Grünwald* = JZ 1987, 936 mit Anm. *Fezer* = JR 1988, 427 mit Anm. *Seebode*.

[42] S. BGHSt 55, 138; vgl. dazu *Verf.*, Prinzip statt Gesetz, 153, 159 ff.

kunftsperson extra aufgebaut.[43] Regelmäßig handelt es sich bei den Befragten um Personen, die in einer förmlichen Vernehmung auf ihr Recht, die Aussage zu verweigern, hingewiesen werden müssen (§§ 52 ff., 136 Abs. 1 Satz 2, 163a StPO). Verweigert die betroffene Person in der förmlichen Vernehmung die Aussage, dann greift die Rechtsprechung auf die (unter Umständen aufgezeichneten[44]) Informationen aus der verdeckten Befragung zurück, indem sie das Strafverfolgungsorgan oder die staatlich instruierte Privatperson als Zeuge über die (selbst- oder fremdbelastenden) Bekundungen der Auskunftsperson vernimmt.[45] Über diesen Weg des Zeugnisses vom Hörensagen bzw. des „Ohrenscheinbeweises" bei Aufzeichnungen finden die Angaben aus der verdeckten Befragung gegen den erklärten Willen der aussage- bzw. zeugnisverweigerungsberechtigten Person Eingang in das Verfahren und können auf diese Weise in die Entscheidungsfindung einfließen.[46]

Ausgelöst durch die Entscheidung BGHSt 40, 211 (Fall Sedlmayr) aus dem Jahr 1994[47] und den Hörfallenbeschluss des Großen Senats aus dem Jahr 1996[48] entzündete sich die Debatte[49] um den Begriff der Vernehmung im Strafverfahren. Das gegenwärtige Meinungsbild zum Vernehmungsbegriff ist daher durch die Problematik der verdeckten Befragungspraxis geprägt und auf sie fokussiert. Bereits deshalb sind die unter dem formellen und dem materiellen Vernehmungsbegriff firmierenden Auslegungen keine allgemeinen Begriffsbestim-

---

[43] Die Grenze zur Unzulässigkeit setzt der Große Senat im Hörfallenbeschluss bei der gezielten Anbahnung einer „Liebesbeziehung"; s. BGH GSSt 42, 139, 155 („Romeo-Fälle").

[44] Gem. §§ 100a ff., 100f StPO.

[45] Nicht selten wird diese Person in der Hauptverhandlung anonym vernommen, um sie nicht für die weitere Tätigkeit als V-Person oder verdeckten Ermittler zu „verbrennen"; instruktiv dazu und zu den rechtlichen Folgeproblemen *Safferling* NStZ 2006, 75, 79; *Valerius* GA 2005, 459 ff.

[46] Zur rechtlichen Behandlung der verdeckten Befragung s. unten B.II.2f).

[47] Im Fall Sedlmayr (Raubmord) werden zwei Vertrauensleute von der ermittelnden Polizeibehörde förmlich für den öffentlichen Dienst verpflichtet und auf das soziale Umfeld der beiden Tatverdächtigen angesetzt. Sie erwerben das Vertrauen der Verlobten eines der Tatverdächtigen, die sich zunächst ungefragt und dann auf Nachfrage eingehender über die Herkunft des Tatwerkzeugs gegenüber einem der V-Leute äußert. In ihrer Vernehmung in der Hauptverhandlung verweigert die Zeugin die Aussage. Durch die Vernehmung des V-Manns fließen die Informationen zum Tatgeschehen in das Urteil ein.

[48] BGH GSSt 42, 139: Mithören eines (fremdsprachigen) Telefongesprächs zwischen dem Tatverdächtigen und einer Privatperson, die das Gespräch auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörde führt. Der mithörende Dolmetscher wird als Zeuge in der Hauptverhandlung über den (selbstbelastenden) Inhalt des Gesprächs vernommen. Auf seine Aussage stützt das Gericht die Verurteilung des Angeklagten. Die Verwertbarkeit der Zeugenaussage hat der Große Senat bekanntlich entgegen der Ansicht im Vorlagebeschluss des 5. Senats grundsätzlich bestätigt; näher zu diesem Punkt s. unten B.II.2f).

[49] Zuvor hatte *Seebode* JR 1988, 427 ff. in einer Anm. zur Zellengenossenentscheidung mit seinem funktionalen Vernehmungsbegriff die Grundlage für eine materielle Bestimmung gelegt, auf die später vielfach zurückgegriffen worden ist; s. etwa *Dencker* StV 1994, 667, 675; *Ransiek*, Polizeivernehmung, 61 ff.; *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips, 208 ff.; *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 91 ff.

mungen. So beschränkt sich die Anwendung des formellen Vernehmungsbegriffs auf die Frage des Geltungsbereichs der Verweigerungsrechte in den §§ 52 ff., 136, 163a StPO im Stadium des Ermittlungsverfahrens.[50] In anderen Kontexten favorisiert die Rechtsprechung durchaus eine materielle Auslegung des Vernehmungsbegriffs, wie die Diskussionen zu § 247[51] und § 252[52] StPO zeigen.[53] Entsprechendes gilt für jene Ansicht in der Literatur, die den Vernehmungsbegriff mit Erwägungen zum Nemo-tenetur-Grundsatz[54] begründet[55] und damit implizit einen – von der Rolle der Auskunftsperson abhängigen – spezifischen Begriff der Beschuldigtenvernehmung voraussetzt. Eine von der Rolle der Auskunftsperson unabhängige und in jedem Stadium des Verfahrens gleichermaßen geltende Begriffsbestimmung kann nur der auf das Täuschungsverbot in § 136a Abs. 1 StPO gestützte funktionale Vernehmungsbegriff[56] für sich in Anspruch nehmen. Allerdings ist dem § 136a Abs. 1 StPO keine Aussage darüber zu entnehmen, wann eine Befragung eine Vernehmung ist, da die Vorschrift zu den verbotenen Vernehmungsmethoden nicht die Ebene des „Ob" der Vernehmung, sondern die Art und Weise ihrer Durchführung, mithin das „Wie" betrifft. Eine am Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 StPO orientierte Bestimmung des Vernehmungsbegriffs ist somit zirkelschlüssig.

---

[50] Auch Rogall bestimmt entgegen seiner Absicht keinen einheitlichen (formellen) Vernehmungsbegriff, sondern beschreibt im Ergebnis einen spezifischen Begriff für die Beschuldigtenvernehmung; s. einerseits SK-StPO/*Rogall* § 136a Rn. 22 bei Fn. 131 und andererseits § 136 Rn. 14: „Es gilt demnach ein formeller oder (vielleicht besser:) ‚förmlicher' Vernehmungsbegriff. Vorausgesetzt wird dabei, dass ein ‚Beschuldigter' und eine ‚Beschuldigung' existieren."

[51] Vgl. BGH GSSt 55, 87 ff.: Auslegung des Gesetzeswortlauts „während einer Vernehmung" unter Berücksichtigung der Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten für dessen Verteidigung und der Verwirklichung rechtlichen Gehörs; s. dazu die Besprechung von *Bung* HRRS 2010, 50 ff.; *Fezer* NStZ 2011, 49 f.; s. auch SK-StPO/*Frister* § 247 Rn. 27 ff.

[52] So umfasst der Gesetzeswortlaut „Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen" nach der Rechtsprechung nicht nur Angaben aus einer förmlichen Vernehmung, sondern z. B. auch Angaben gegenüber der (Jugend-)Gerichtshilfe, aus einer telefonischen Befragung zum Tatgeschehen und sonstigen „informatorischen Anhörungen", die keinen förmlichen Vernehmungscharakter aufweisen; zu weiteren Nachweisen s. *Meyer-Goßner/Schmitt* § 252 Rn. 7; vgl. auch SK-StPO/*Rogall* Vor § 133 ff. Rn. 48.; zur Kritik an der derzeitigen Auslegung s. *dens.*, Das Beweisverbot des § 252 StPO, 973, 985, 988.

[53] Das gilt vor allem für die Rechtsprechung der OLG zu § 252 StPO: weite Auslegung des Begriffs der Vernehmung, der alle früheren Bekundungen auf Grund einer amtlichen Befragung umfasse; so OLG Saarbrücken NJW 2008, 1396 m. w. N.

[54] Der Nemo-tenetur-Grundsatz bzw. die sog. Selbstbelastungsfreiheit hat sich seit der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen in BGH GSSt 42, 139 zu einem eigenen Problemkosmos entwickelt; s. die Zusammenstellung der Meinungen und Fallgruppen etwa bei *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 13 ff., 173 ff.; s. auch *Böse*, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 114 ff.; *Ransiek/Winsel* GA 2015, 620 ff., 635 ff. In dieser Arbeit interessiert nur die sog. Aussage- bzw. Äußerungsfreiheit des Betroffenen als Auskunftsperson, d. h. die „Selbstbelastungsfreiheit" in einer Befragungssituation.

[55] S. SK-StPO/*Wohlers* § 163a Rn. 41; *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 94.

[56] S. *Seebode* JR 1988, 427, 428.

Formeller und materieller Vernehmungsbegriff, wie sie derzeit von Rechtsprechung und Literatur verstanden werden,[57] beschreiben daher lediglich die Pole des Streits um die rechtlichen Folgen der verdeckten Befragung. Sie sind, wie erwähnt, keine allgemeinen Begriffsbestimmungen. Hinter diesen Bezeichnungen und losgelöst von ihnen steht die zentrale Frage nach der (Rechts-) Pflicht des Staats, seinen Bürgern in der Befragung als Vis-à-vis-Kommunikation mit „offenem Visier" zu begegnen und nach den Folgen, wenn er es nicht tut. Die Rechtsprechung geht bekanntlich seit dem Hörfallenbeschluss von der Zulässigkeit verdeckter Befragungen aus.[58]

Anders sieht das eine verbreitete Literaturmeinung: Sie verneint zwar ebenso wie die Rechtsprechung das Vorliegen einer Vernehmung und die Anwendbarkeit der Vernehmungsvorschriften. Nach dieser Ansicht ist die verdeckte Befragung jedoch unzulässig, da es sich bei ihr um eine eigenständige Strafverfolgungsmaßnahme handelt, die dem Gesetzesvorbehalt unterliegt.[59] Die Unzulässigkeit ergibt sich somit aus dem Fehlen der spezifischen Rechtsgrundlage.[60] Einen dritten Weg schlagen schließlich jene ein, die vom formellen Vernehmungsbegriff der Rechtsprechung ausgehen, jedoch für sog. „vernehmungsähnliche" Befragungssituationen die entsprechende Anwendung der Vernehmungsvorschriften fordern.[61] Eine solche Bestimmung mag für die Befragung durch Privatpersonen, wenn das Vorgehen dem Staat mangels Veranlassung nicht zurechenbar ist, hilfreich sein. Das gilt beispielsweise für die Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit den sog. „Interviews" im Rahmen interner Ermittlungen in Unternehmen ergeben (Stichwort: private Strafverfolgung).[62] Handelt es sich jedoch um eine Befragung des Bürgers durch ein Organ der Strafverfolgung bzw. der Strafrechtspflege, verschiebt die Kreation einer „vernehmungsähnlichen Situation" nur das Problem, stellt aber keine Lösung dar.[63]

Die bislang noch nicht hinreichend untersuchte und ungeklärte Ausgangsfrage lautet daher, ob die „förmliche Vernehmung"[64] die einzige Form der Befra-

---

[57] Ausführliche Darstellung der Auslegungsansätze bei *Prasch*, List in der Vernehmung, 103 ff.

[58] S. BGH GSSt 42, 139; BGHSt 55, 138; BGH JZ 2012, 263.

[59] S. *Fezer* NStZ 1996, 289 f.; s. auch BVerfG StV 2000, 466, 467.

[60] Für die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage L/R-*Gleß* § 136 Rn. 12; L/R-*Erb* § 163 Rn. 65; SK-StPO/*Wohlers* § 163a Rn. 43 jeweils m. w. N. S. auch *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips, 218; *Jäger*, Beweisverwertungsverbote, 183.

[61] S. *Renzikowski* JZ 1997, 710 ff. In diese Richtung weist der gegenwärtige Trend, s. *Mahlstedt*, Verdeckte Befragung, 139 ff.; *Wang*, Einsatz Verdeckter Ermittler, 142 ff.

[62] S. dazu etwa *Brunhöber* GA 2010, 551 ff.; *I. Roxin* StV 2012, 116, 118 ff. m. w. N.; *Kaspar* GA 2013, 206 ff.; *Stoffer*, Privatisierung, 321 ff., 358 ff. auf der Grundlage eines funktionalen Zurechnungszusammenhangs.

[63] Denn hier ist in gleicher Weise problematisch, wann eine Situation „vernehmungsähnlich" sein soll, wenn das Strafrechtspflegeorgan fragt.

[64] Mit förmlicher Vernehmung ist die offene Befragung durch ein Strafverfolgungsorgan oder einen Richter gemeint, bei der das Ermittlungsinteresse erkennbar ist.

gung im Strafverfahren ist und ob es dafür „gute" Gründe gibt. Dabei interessiert auch und vor allem die – bislang zu wenig beachtete – Bedeutung der Vernehmung im Strafprozess als *Beweis(erhebungs)methode.* Auf dem Prüfstand steht damit der Rechtsbegriff der Vernehmung, also die Frage, welche Form Gesetz und Recht für die Befragung des Bürgers durch den Staat zur Verfolgung von Straftaten vorsehen und warum.

3. Zweck der Vernehmung als Kriterium der Begriffsbestimmung

Ebenso wie der Begriff der Vernehmung ist auch ihr Zweck im Gesetz nicht definiert. Der Blick auf die oben dargestellte Diskussion um den Begriff der Vernehmung zeigt, dass die Frage nach dem – allgemeinen – Zweck der Vernehmung im Strafverfahren bislang nicht gestellt worden ist. Das überrascht deshalb, weil die Bestimmung des Zwecks der Vernehmung die Auslegung ihres Begriffs beeinflusst, wenn nicht sogar präjudiziert. Unbefangen ließe sich in einem ersten Schritt fragen: Welchem Zweck dient die Befragung des Bürgers durch den Staat zu einem Tatverdacht? Ebenso unbefangen ließe sich antworten: Die Befragung dient der Aufklärung eines Sachverhalts, der den Verdacht einer Straftat begründet. Frage und Antwort sind hinsichtlich der Auskunftsperson neutral. Es ist offen, welche Prozessrolle die befragte Person hat. Es kann sich um einen Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen handeln. Dass die Vernehmung des Sachverständigen einen anderen Zweck verfolgt als die Vernehmung des Beschuldigten, liegt auf der Hand. Auch differenziert das Gesetz zwischen der Vernehmung des Zeugen und der des Sachverständigen, da es die Vernehmung des sachverständigen Zeugen (§ 85 StPO) kennt. Allerdings verweist es für die Vernehmung des Sachverständigen grundsätzlich auf die Vorschriften des Zeugen (§ 72 StPO). Dabei folgt bereits aus der systematischen Stellung der Bestimmungen über Zeugen und Sachverständige im unmittelbaren Zusammenhang mit den Maßnahmen der Strafverfolgung, dass die Vernehmung dieser sog. Personalbeweismittel konform mit der Aufgabe[65] des Strafverfahrens ist. Der Zweck der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen kann daher in der „Erforschung der Wahrheit",[66] besser: Wirklichkeit,[67] gesehen werden. Nach der Systematik des Gesetzes muss dagegen für die Vernehmung der beschuldigten Person anderes gelten, da sie keine Strafverfolgungs-

[65] Zur Notwendigkeit der nicht stets vorgenommenen Unterscheidung von Prozessziel und Aufgaben des Strafverfahrens s. *Klesczewski* HRRS 2004, 10, 12 f.; s. *dens.*, Strafprozessrecht, Rn. 1 m. w. N.: Ziel des Strafverfahrens sei die Wiederherstellung des Rechts unter Bedingungen der Unsicherheit; eingehend zum Ziel des Strafverfahrens *Kahlo*, Über den Begriff der wesentlichen Förmlichkeit im Strafverfahrensrecht (§ 273 Abs. 1 StPO), 447, 458 ff.

[66] § 244 Abs. 2 StPO.

[67] S. *Peters*, Übergänge im Strafprozeß, 315 f.

maßnahme ist, sondern gem. § 136 Abs. 2 StPO Gelegenheit zur Verteidigung gegenüber dem Tatvorwurf geben soll.

Die Bedeutung dieser seit der Schaffung der Reichsstrafprozessordnung von 1877 geltenden Vorschrift hängt allerdings davon ab, worin der Zweck der Vernehmung der beschuldigten Person gesehen wird. Auch das ist umstritten, und dieser Streit offenbart die grundsätzlichen Auffassungen und Perspektiven zwischen Strafverfolgung und Verteidigung zum Status des Beschuldigten im Strafverfahren. Dementsprechend oszillieren die Meinungen zwischen den beiden Polen der Wahrheitserforschung[68] (Inquisitionsfunktion und Beweissicherung) einerseits und andererseits des rechtlichen Gehörs[69] (Verteidigungsfunktion). Als vorherrschend gilt gegenwärtig die Ansicht vom sog. „Doppelcharakter"[70] der Beschuldigtenvernehmung[71] mit der Einschränkung, dass die Gewährung rechtlichen Gehörs und die effektive Verteidigung Vorrang habe[72] bzw. die Aufklärung des Sachverhalts nur Nebenzweck[73] sei. Nimmt man diese Aussagen beim Wort, so dürfte § 136 Abs. 2 StPO zumindest den primären Zweck der Vernehmung des Beschuldigten enthalten. Zu welchen Konsequenzen dieses Postulat führt, wird nicht diskutiert. Zu fragen wäre nämlich, ob und inwieweit andere als in förmlicher Vernehmung durchgeführte Befragungen diesen Zweck vereiteln oder zumindest gefährden.[74]

Problematisch an der Ansicht vom „Doppelcharakter" der Beschuldigtenvernehmung ist, dass sie auf einer Gleichsetzung mit der Aufgabe des Strafverfahrens beruht.[75] Denn die Ambivalenz der Stellung der beschuldigten Person als Verfahrenssubjekt und Untersuchungsobjekt im System des Strafprozesses wird auf den Zweck der Vernehmung übertragen.[76] Dieser Schluss vom Ganzen auf das Teil führt allerdings, ohne dass dies erkannt wird, zur Rollendiffusion und Auflösung der allseits betonten Subjektstellung[77] des Beschuldigten. Im Gesamtgefüge des Strafverfahrens nimmt der Beschuldigte zwar aufgrund der

---

[68] Dazu *Lesch* ZStW 111 (1999), 624, 625 ff.; SK-StPO/*Rogall* § 136 Rn. 18 m. w. N. in Fn. 84.

[69] Dazu *Degener* GA 1992, 443, 455 ff.; *Dencker* StV 1994, 667, 675; s. auch *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, 110 ff.; Lisken/Denninger-*Frister*, Handbuch des Polizeirechts, 614 Rn. 23 f.; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 510a; L/R-*Gleß* § 136 Rn. 57 m. w. N. Zur Historie des rechtlichen Gehörs und seiner Verankerung in der StPO s. *Rüping*, Grundsatz des rechtlichen Gehörs, 82 ff.

[70] Zur Missverständlichkeit des Wortes „Doppelcharakter" und seiner Entwicklung *Degener* GA 1992, 443, 460 Fn. 85.

[71] S. SK-StPO/*Rogall* § 136 Rn. 18.

[72] S. SK-StPO/*Rogall* § 136 Rn. 18.

[73] S. L/R-*Erb* § 163a Rn. 26, 27 f.; SK-StPO/*Wohlers* § 163a Rn. 4.

[74] Wie unten, B.II.2f), zu zeigen sein wird, bleibt die Frage, welchem Zweck die Vernehmung des Beschuldigten dient, im Hörfallenbeschluss unerwähnt.

[75] So deutlich bei *Lesch* ZStW 1999, 624, 625 ff. insbesondere 633 ff.

[76] So deutlich bei SK-StPO/*Rogall* 136 Rn. 18, nach dem der „Doppelcharakter" der Vernehmung Folge der ambivalenten Stellung des Beschuldigten im Strafprozess sein soll.

[77] Zur vorpositiven Begründung der Verfahrenssubjektivität auf der Grundlage der neuzeitlichen Philosophie der Subjektivität eingehend *Kahlo* KritV 1997, 183, 195 ff.