

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH 3 StR 212/02, Urteil v. 24.07.2003, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 3 StR 212/02 - Urteil vom 24. Juli 2003 (LG Düsseldorf)

BGHR; Begründung der Beschuldigteneigenschaft (durch die Polizei; Mitteilungspflicht); Benachrichtigung des Beschuldigten und seines Verteidigers vom Termin einer richterlichen Zeugenvernehmung bei einer Vertraulichkeitszusage (Gefahr der Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechts; Verwertungsverbot; Gefährdung des Untersuchungserfolgs; Verteidiger; Beurteilungsspielraum; Prüfung des Revisionsgerichts); Recht auf ein faires Verfahren (Fragerecht); Rollenverteilung im Ermittlungsverfahren (Polizei; Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichter; richterliche Ermittlungshandlungen).

Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK; § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 163 a StPO; § 168 c Abs. 5 StPO; § 162 StPO

Leitsätze

1. Zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft. (BGHR)

2. Die Benachrichtigung des Beschuldigten und seines Verteidigers vom Termin einer richterlichen Zeugenvernehmung kann auch bei der Vernehmung eines Zeugen, dem von den Strafverfolgungsbehörden Vertraulichkeit zugesichert worden war, nur unter der Voraussetzung des § 168 c Abs. 5 Satz 2 StPO unterbleiben. (BGHR)

3. Auch wenn die Polizei gemäß § 163 Abs. 1 StPO ohne vorherige Weisung der Staatsanwaltschaft tätig wird, handelt sie als deren "verlängerter Arm"; trifft sie strafprozessuale Maßnahmen mit Außenwirkung gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten, so hat wegen der Einheit und Unteilbarkeit des Ermittlungsverfahrens auch die Staatsanwaltschaft den Betroffenen mit Rücksicht auf seine Interessen als Beschuldigten zu behandeln. (Bearbeiter)

4. Ein Verdächtiger wird zum Beschuldigten, wenn die Strafverfolgungsbehörde faktische Maßnahmen ergreift, die erkennbar darauf abzielen, gegen ihn wegen einer Straftat vorzugehen (vgl. BGHR StPO § 55 Abs. 1 Verfolgung 3 m. w. N.). (Bearbeiter)

5. § 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO soll verhindern, dass im Ermittlungsverfahren unter Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) ein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeigeführt werden kann, ohne dass der Beschuldigte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluss zu nehmen (BGHSt 26, 332, 335). Für den Rechtsverstoß macht es keinen Unterschied, ob die erforderliche Benachrichtigung absichtlich, versehentlich oder unter Verkennung der gesetzlichen Voraussetzungen unterblieben ist. (Bearbeiter)

6. Die Verantwortung für das Ermittlungsverfahren trägt die Staatsanwaltschaft; sie hat darauf zu achten und sicherzustellen, dass die Ermittlungen rechtlich einwandfrei geführt werden (BGHSt 34, 215, 217). Bei der Beantragung der richterlichen Zeugenvernehmung nach § 162 StPO muss die Staatsanwaltschaft dafür Sorge tragen, dass dem Ermittlungsrichter die Person des Beschuldigten rechtzeitig mitgeteilt wird. (Bearbeiter)

7. Der Untersuchungserfolg besteht in der Gewinnung einer wahrheitsgemäßen Aussage, die in einem späteren Verfahrensabschnitt verwertet werden kann (BGHSt 29, 1, 3). Eine Gefährdung dieses Erfolgs liegt insbesondere vor, wenn infolge der mit der Benachrichtigung verbundenen zeitlichen Verzögerung der Verlust des Beweismittels droht. Sie ist aber auch dann gegeben, wenn die auf zureichende tatsächliche Anhaltspunkte gestützte Besorgnis besteht, der Anwesenheitsberechtigte werde die Benachrichtigung zur Vornahme von Verdunkelungsmaßnahmen ausnutzen, etwa den Zeugen mit Nachdruck zu einer Falschaussage anhalten (BGHSt 29, 1, 3; 32, 115, 129). (Bearbeiter)

8. Wann diese Besorgnis begründet ist, entzieht sich allgemein gehaltenen Aussagen und kann nur unter

Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Die Beurteilung obliegt zunächst dem vernehmenden Ermittlungsrichter (BGHSt 29, 1, 3; 31, 140, 142 f.; BGH NStZ 1999, 417), dem dabei wegen des Prognosecharakters seiner Entscheidung ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist. Seine Entschließung und die sie tragenden Gründe hat er aktenkundig zu machen (BGHSt 31, 140, 142). (Bearbeiter)

9. Fehlt eine Entscheidung des Ermittlungsrichters oder ist sie nicht mit einer Begründung versehen, so folgt daraus nicht ohne weiteres ein Verwertungsverbot. Ein solches besteht nur dann, wenn die Benachrichtigung objektiv zu Unrecht unterblieben ist. Das erkennende Gericht hat deshalb in eigener Verantwortung unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die Benachrichtigung unterbleiben durfte, wenn es das Ergebnis der Vernehmung bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen will (BGHSt 29, 1, 3; BGH NStZ 1999, 417). Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung; spätere Umstände, die der Ermittlungsrichter noch nicht kennen konnte, dürfen nicht berücksichtigt werden. (Bearbeiter)

10. Hat das erkennende Gericht eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs bejaht, so ist das Revisionsgericht seinerseits auf die Prüfung beschränkt, ob dabei Rechtsfehler, insbesondere eine Überschreitung des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums, erkennbar sind (vgl. BGHSt 29, 1, 3). (Bearbeiter) 11. Das Revisionsgericht kann grundsätzlich die vom Tatrichter unterlassene Prüfung nicht dadurch nachholen, dass es eine eigene Würdigung der zum Zeitpunkt der ermittelungsrichterlichen Vernehmung vorliegenden tatsächlichen Umstände vornimmt; denn diese Beurteilung liegt weitgehend auf tatsächlichem Gebiet (BGHSt 31, 140, 143). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nur dann in Betracht, wenn das erkennende Gericht alle für die Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen Umstände festgestellt hat und sich daraus ergibt, dass eine andere Entscheidung des Ermittlungsrichters als diejenige, von der Benachrichtigung abzusehen, nicht vertretbar gewesen wäre (vgl. BGHSt 42, 86, 91 ff.). (Bearbeiter)

12. Allein ein Zeugnisverweigerungsrecht und die Möglichkeit seiner Geltendmachung können das Absehen von der Benachrichtigung des Beschwerdeführers und seines Verteidigers nicht rechtfertigen. Zwar wird vertreten, dass von der Benachrichtigung des Beschuldigten abgesehen werden darf, wenn begründete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein Zeuge nur deshalb von seinem Weigerungsrecht Gebrauch machen werde, weil er andernfalls Repressalien seitens des Beschuldigten ausgesetzt wäre. Mit Gründen, die in der Person des Beschuldigten liegen, ließe sich jedenfalls ein Absehen von der Benachrichtigung des Verteidigers nicht rechtfertigen (vgl. BGHSt 29, 1, 4). (Bearbeiter)

13. Es mag in den Fällen, in denen die Strafverfolgungsbehörden eine Vertraulichkeitszusage deswegen ausgesprochen haben, weil der Zeuge bei Bekanntwerden seiner Person erheblich gefährdet wäre, naheliegen, das auch die Voraussetzungen des § 168 c Abs. 5 Satz 2 StPO bejaht werden können. Dies entbindet den Ermittlungsrichter indes nicht von seiner Verpflichtung zu einer eigenständigen Prüfung. Er hat sich in eigener Verantwortung davon zu überzeugen, dass die der Vertraulichkeitszusage zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände auch eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs im Sinne von § 168 c Abs. 5 Satz 2 StPO begründen und damit ein Absehen von der Benachrichtigung rechtfertigen. (Bearbeiter)

14. Dabei können zwar im Einzelfall legitime - in den Gründen für die Vertraulichkeitszusage angelegte - Interessen einer vollständigen gerichtlichen Sachprüfung entgegenstehen; jedenfalls eine Prüfung der behördlichen Entscheidung auf ihre Plausibilität muss dem Gericht aber ermöglicht werden, wie es für die vergleichbaren Fälle, dass die zuständige Dienstbehörde die Erteilung einer Aussagegenehmigung oder die Bekanntgabe der Personalien eines Zeugen verweigert, bereits anerkannt ist (vgl. BVerfGE 57, 250, 288; BGHSt 29, 109, 112; 32, 114, 125 ff.). (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten N. wird das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 16. August 2001, soweit es ihn betrifft, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Beschwerdeführer und den früheren Mitangeklagten S. wegen "Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion mit Todesfolge" in Tateinheit mit sechsfachem Mord und zweifachem Mordversuch zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt und ausgesprochen, daß die Schuld der Angeklagten besonders schwer wiegt. 1

Nach den Feststellungen war der Beschwerdeführer Eigentümer eines in D. gelegenen, mehrgeschossigen Hauses, in dem sich elf Mietwohnungen befanden. Da die Mieter sich seinen Sanierungsplänen widersetzen, wollte er sie aus dem Hause drängen. Zu diesem Zweck öffnete er zusammen mit seinem Freund, dem früheren Mitangeklagten S., in den Nachtstunden des 24. Juli 1997 im Keller des Hauses die Gasleitung. Das ausströmende Gas führte kurze Zeit später zu einer Explosion, durch die das Haus völlig zerstört und sechs Menschen getötet wurden; zwei weitere Bewohner überlebten den Einsturz des Hauses mit schweren Verletzungen. Die Angeklagten wollten an sich nur eine Verpuffung erreichen, um die Mieter zum Auszug zu veranlassen. Es war ihnen aber klar, daß das letztlich unkontrollierte Ausströmen großer Gasmengen zur Zerstörung des Hauses und zum Tod von Menschen führen konnte. Dieses Risiko nahmen sie in Kauf. 2

Die auf Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützte Revision des Beschwerdeführers hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Die Revision des früheren Mitangeklagten S., die diese Verfahrensrüge nicht erhoben hatte, hat der Senat durch Beschluß vom 11. Februar 2003 unter Bestätigung des Schuld- und Strafausspruchs verworfen. 3

A

Zu Recht beanstandet der Beschwerdeführer, daß das Schwurgericht bei seiner Urteilsfindung die Angaben verwertet hat, welche die geschiedene Ehefrau des früheren Mitangeklagten S. bei einer richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren gemacht hatte. 4

I. Die Revision rügt die Verwertung dieser Zeugenaussage unter drei verschiedenen Gesichtspunkten. Sie sieht darin einen Verstoß gegen § 252 StPO, die Mißachtung eines sich aus der Verletzung der Benachrichtigungspflicht nach § 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO ergebenden Verwertungsverbots sowie eine Beeinträchtigung des Rechts des Beschwerdeführers auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. d MRK. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Nachdem erste Untersuchungen ergeben hatten, daß die Gasexplosion durch eine Manipulation am abgesperrten Hausanschluß ausgelöst worden war, leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion gegen Unbekannt ein. Am 2. August 1997 wurden der Beschwerdeführer und S. in Haft genommen, da gegen sie der dringende Verdacht bestand, daß sie im Frühjahr 1996 versucht hätten, das genannte Haus durch Dritte in Brand setzen zu lassen. Am 3. August 1997 wurde ihnen bei einer polizeilichen Vernehmung eröffnet, daß ihnen nunmehr auch zur Last gelegt werde, die Gasexplosion vom 24. Juli 1997 vorsätzlich herbeigeführt zu haben. 5

Elf Tage später, am 14. August 1997, wurde dem Ermittlungsrichter eine weibliche Person zur anonymen Vernehmung überstellt, der zuvor gemäß Runderlaß des Justizministers und des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen Vertraulichkeit zugesichert worden war. Der Ermittlungsrichter belehrte die Zeugin abstrakt über ihre Rechte nach den §§ 52, 55 StPO, nannte ihr aber keinen Beschuldigten, sondern wies darauf hin, daß sich das Verfahren gegen Unbekannt richte. Die Zeugin sagte unter anderem aus, der Beschwerdeführer und S. hätten sich einen Tag vor der Explosion im Keller des Hauses aufgehalten und dort "etwas gemacht". S. habe in diesem Zusammenhang geäußert, daß er nicht wisse, ob "links und rechts nur Kellerwände kaputtgehen oder die Nachbarhäuser mit in die Luft fliegen" würden. 6

Bei der ermittelungsrichterlich vernommenen Zeugin handelte es sich um die geschiedene Ehefrau des früheren Mitangeklagten S., Frau H. In der Hauptverhandlung hat sich die Zeugin H. auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO berufen. Das Schwurgericht hat deshalb den Ermittlungsrichter als Zeugen über das Ergebnis der anonymen Vernehmung im Ermittlungsverfahren gehört. Der Vernehmung des Ermittlungsrichters und der Verwertung seiner Aussage haben die Verteidiger mit der Begründung widersprochen, daß entgegen § 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO weder der Beschwerdeführer selbst noch sein damaliger Verteidiger von dem Vernehmungstermin benachrichtigt worden seien. 7

Diesen Widerspruch hat das Schwurgericht durch Beschluß vom 8. Mai 2000 mit der Begründung zurückgewiesen, das Ermittlungsverfahren wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion habe sich zum Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung am 14. August 1997 noch gegen Unbekannt gerichtet, so daß eine Benachrichtigung des Beschuldigten gemäß § 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO nicht möglich gewesen sei. Nach der Vernehmung des Ermittlungsrichters haben die Verteidiger der Verwertung seiner Angaben erneut widersprochen und darauf verwiesen, daß der Angeklagte bereits am 3. August 1997 als Beschuldigter vernommen worden war. In dem angefochtenen Urteil stützt das Schwurgericht seine Überzeugung von der Täterschaft des Beschwerdeführers unter anderem auf die Angaben der anonym 8

vernommenen Zeugin gegenüber dem Ermittlungsrichter, deren Verwertbarkeit es unter Bezugnahme auf den Beschluß vom 8. Mai 2000 bejaht.

II. Die Verfahrensbeschwerde ist, soweit die Verletzung von § 252 StPO beanstandet wird, bereits unzulässig, da die Revision das Protokoll der ermittelungsrichterlichen Vernehmung nicht mitteilt. Sie wäre aber auch unbegründet, da angesichts der in diesem Protokoll wiedergegebenen Belehrung ausgeschlossen werden kann, daß die Zeugin, die bei dieser Vernehmung ihren geschiedenen Ehemann schwer belastete, sich über ihr Recht, das Zeugnis zu verweigern, sowie über die Tragweite ihres Verhaltens nicht im Klaren war. 9

Die Angaben der Zeugin unterliegen jedoch einem Verwertungsverbot, weil der Beschwerdeführer und sein damaliger Verteidiger entgegen § 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO vom Vernehmungstermin am 14. August 1997 nicht benachrichtigt worden sind und aufgrund der Feststellungen des Schwurgerichts auch nicht sicher ist, daß die Benachrichtigung wegen einer damit verbundenen Gefährdung des Untersuchungserfolgs zu Recht unterblieben ist (§ 168 c Abs. 5 Satz 2 StPO). 10

1. Eine Benachrichtigungspflicht hätte allerdings nicht bestanden, wenn sich das Ermittlungsverfahren wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion zum Zeitpunkt der Vernehmung noch gegen Unbekannt gerichtet hätte. Dies ist aber entgegen der Auffassung des Schwurgerichts nicht der Fall. Der Beschwerdeführer und S. waren bereits Beschuldigte. Ihnen war elf Tage vorher im Verlauf einer polizeilichen Vernehmung eröffnet worden, daß sie auch der Herbeiführung der Gasexplosion beschuldigt würden. Insofern kann offen bleiben, ob diese Erweiterung des Tatvorwurfs - wie von der Revision vorgetragen - auf direkte Veranlassung der Staatsanwaltschaft erfolgt ist. Denn auch wenn die Polizei gemäß § 163 Abs. 1 StPO ohne vorherige Weisung der Staatsanwaltschaft tätig wird, handelt sie als deren "verlängerter Arm" (BVerwGE 47, 255, 263; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 163 Rdn. 1); trifft sie strafprozessuale Maßnahmen mit Außenwirkung gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten, so hat wegen der Einheit und Unteilbarkeit des Ermittlungsverfahrens auch die Staatsanwaltschaft den Betroffenen mit Rücksicht auf seine Interessen als Beschuldigten zu behandeln (Wache in KK 5. Aufl. § 163 Rdn. 2). 11

Im übrigen hätten der Beschwerdeführer und S. spätestens durch den Antrag auf richterliche Vernehmung der Zeugin H. hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Straftat den Status von Beschuldigten erlangt. Ein Verdächtiger wird zum Beschuldigten, wenn die Strafverfolgungsbehörde faktische Maßnahmen ergreift, die erkennbar darauf abzielen, gegen ihn wegen einer Straftat vorzugehen (vgl. BGHR StPO § 55 Abs. 1 Verfolgung 3 m. w. N.). 12

Aufgrund der vorangegangenen polizeilichen Vernehmung der Zeugin H. war bereits bekannt, daß deren Angaben den Beschwerdeführer und S. erheblich belasteten. Die von der Strafverfolgungsbehörde erwirkte richterliche Vernehmung konnte deshalb nur den Zweck haben, einen Beweis gegen diese beiden Personen zu sichern. 13

2. Für die danach im Grundsatz gegebene Benachrichtigungspflicht ist ohne belang, ob der Ermittlungsrichter der irrigen Auffassung war, das Verfahren richte sich noch nicht gegen einen bestimmten Beschuldigten. 14

§ 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO soll verhindern, daß im Ermittlungsverfahren unter Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) ein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeigeführt werden kann, ohne daß der Beschuldigte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluß zu nehmen (BGHSt 26, 332, 335). Für den Rechtsverstoß macht es keinen Unterschied, ob die erforderliche Benachrichtigung absichtlich, versehentlich oder unter Verkennung der gesetzlichen Voraussetzungen unterblieben ist (Wache in KK 5. Aufl. § 168 c Rdn. 22; Rieß in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 168 c Rdn. 49). 15

Die Verantwortung für das Ermittlungsverfahren trägt die Staatsanwaltschaft; sie hat darauf zu achten und sicherzustellen, daß die Ermittlungen rechtlich einwandfrei geführt werden (BGHSt 34, 215, 217; Wache in KK 5. Aufl. § 163 Rdn. 2; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 163 Rdn. 3). Bei der Beantragung der richterlichen Zeugenvernehmung nach § 162 StPO muß die Staatsanwaltschaft deshalb dafür Sorge tragen, daß dem Ermittlungsrichter die Person des Beschuldigten rechtzeitig mitgeteilt wird. Andernfalls wäre die Erfüllung der Benachrichtigungspflicht weitgehend in das Belieben der Ermittlungsbehörden gestellt. 16

3. Die Benachrichtigung des Beschwerdeführers und seines Verteidigers hätte deshalb nur unterbleiben dürfen, wenn sie den Untersuchungserfolg gefährdet hätte (§ 168 c Abs. 5 Satz 2 StPO). 17

a) Der Untersuchungserfolg besteht in der Gewinnung einer wahrheitsgemäßen Aussage, die in einem späteren Verfahrensabschnitt verwertet werden kann (BGHSt 29, 1, 3). Eine Gefährdung dieses Erfolgs liegt insbesondere vor, 18

wenn infolge der mit der Benachrichtigung verbundenen zeitlichen Verzögerung der Verlust des Beweismittels droht. Sie ist aber auch dann gegeben, wenn die auf zureichende tatsächliche Anhaltspunkte gestützte Besorgnis besteht, der Anwesenheitsberechtigte werde die Benachrichtigung zur Vornahme von Verdunkelungsmaßnahmen ausnutzen, etwa den Zeugen mit Nachdruck zu einer Falschaussage anhalten (BGHSt 29, 1, 3; 32, 115, 129; Wache in KK 5. Aufl. § 168 c Rdn. 17; aA Rieß in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 168 c - 10 - Rdn. 44; Welp JZ 1980, 134). Wann diese Besorgnis begründet ist, entzieht sich allgemein gehaltenen Aussagen und kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

b) Diese Beurteilung obliegt zunächst dem vernehmenden Ermittlungsrichter (BGHSt 29, 1, 3; 31, 140, 142 f.; BGH NStZ 1999, 417), dem dabei wegen des Prognosecharakters seiner Entscheidung ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist. Seine Entschließung und die sie tragenden Gründe hat er aktenkundig zu machen (BGHSt 31, 140, 142), um dem erkennenden Gericht, das über die Verwertbarkeit des gewonnenen Beweisergebnisses zu entscheiden hat, die Nachprüfung zu ermöglichen, ob er den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum eingehalten hat. Daran fehlt es hier. 19

c) Fehlt eine Entscheidung des Ermittlungsrichters oder ist sie nicht mit einer Begründung versehen, so folgt daraus nicht ohne weiteres ein Verwertungsverbot. 20

Ein solches besteht nur dann, wenn die Benachrichtigung objektiv zu Unrecht unterblieben ist (Rieß in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 168 c Rdn. 49). Das erkennende Gericht hat deshalb in eigener Verantwortung unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die Benachrichtigung unterbleiben durfte, wenn es das Ergebnis der Vernehmung bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen will (BGHSt 29, 1, 3; BGH NStZ 1990, 136; 1999, 417). Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung; spätere Umstände, die der Ermittlungsrichter noch nicht kennen konnte, dürfen nicht berücksichtigt werden (Rieß aaO; Fezer JZ 1983, 355, 356). 21

Hat das erkennende Gericht eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs bejaht, so ist das Revisionsgericht seinerseits auf die Prüfung beschränkt, ob dabei Rechtsfehler, insbesondere eine Überschreitung des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums, erkennbar sind (vgl. BGHSt 29, 1, 3). Dementsprechend würde die Verwertung der Angaben der Zeugin H. keinen Bedenken begegnen, wenn sich das Schwurgericht aufgrund eigener Prüfung rechtsfehlerfrei davon überzeugt hätte, daß mit der Benachrichtigung der Anwesenheitsberechtigten eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs verbunden gewesen wäre. Diese Prüfung hat das Schwurgericht allerdings nicht vorgenommen, weil es die unzutreffende Ansicht vertreten hat, das Ermittlungsverfahren habe sich zum Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung noch gegen Unbekannt gerichtet. 22

d) Das Revisionsgericht kann grundsätzlich die vom Tatrichter unterlassene Prüfung nicht dadurch nachholen, daß es eine eigene Würdigung der zum Zeitpunkt der ermittelrichterlichen Vernehmung vorliegenden tatsächlichen Umstände vornimmt; denn diese Beurteilung liegt weitgehend auf tatsächlichem Gebiet (BGHSt 31, 140, 143; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 168 c Rdn. 9; aA Fezer JZ 1983, 355, 356). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nur dann in Betracht, wenn das erkennende Gericht alle für die Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen Umstände festgestellt hat und sich daraus ergibt, daß eine andere Entscheidung des Ermittlungsrichters als diejenige, von der Benachrichtigung abzusehen, nicht vertretbar gewesen wäre (vgl. BGHSt 42, 86, 91 ff.). Das ist hier nicht der Fall. 23

Allein das Zeugnisverweigerungsrecht der Zeugin H. und die Möglichkeit seiner Geltendmachung hätten das Absehen von der Benachrichtigung des Beschwerdeführers und seines Verteidigers nicht rechtfertigen können. 24

Zwar wird vertreten, daß von der Benachrichtigung des Beschuldigten abgesehen werden darf, wenn begründete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß ein Zeuge nur deshalb von seinem Weigerungsrecht Gebrauch machen werde, weil er andernfalls Repressalien seitens des Beschuldigten ausgesetzt wäre (vgl. BayObLG NJW 1978, 232; offengelassen in BGHSt 29, 1, 3). Abgesehen davon, daß das Landgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ließe sich mit Gründen, die in der Person des Beschuldigten liegen, jedenfalls ein Absehen von der Benachrichtigung des Verteidigers nicht rechtfertigen (vgl. BGHSt 29, 1, 4). 25

Ebensowenig kann der Senat mit Blick auf die der Zeugin H. gewährte Vertraulichkeitszusage mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, daß die Benachrichtigung der Anwesenheitsberechtigten zu unterbleiben hatte. Allerdings mag es in den Fällen, in denen die Strafverfolgungsbehörden eine Vertraulichkeitszusage deswegen ausgesprochen haben, weil der Zeuge bei Bekanntwerden seiner Person erheblich gefährdet wäre (vgl. Gemeinsame Richtlinien der Justiz- und Innenminister der Länder, Anlage D zur RiStBV, I. Nr. 3.3), naheliegen, daß auch die Voraussetzungen des § 168 c Abs. 5 Satz 2 StPO bejaht werden können. Dies entbindet den Ermittlungsrichter indes nicht von seiner Verpflichtung zu einer eigenständigen Prüfung. Er hat sich in eigener Verantwortung davon zu überzeugen, daß die der Vertraulichkeitszusage zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände auch eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs 26

im Sinne von § 168 c Abs. 5 Satz 2 StPO begründen und damit ein Absehen von der Benachrichtigung rechtfertigen. Dabei können zwar im Einzelfall legitime - in den Gründen für die Vertraulichkeitszusage angelegte - Interessen einer vollständigen gerichtlichen Sachprüfung entgegenstehen; jedenfalls eine Prüfung der behördlichen Entscheidung auf ihre Plausibilität muß dem Gericht aber ermöglicht werden, wie es für die vergleichbaren Fälle, daß die zuständige Dienstbehörde die Erteilung einer Aussagegenehmigung oder die Bekanntgabe der Personalien eines Zeugen verweigert, bereits anerkannt ist (vgl. BVerfGE 57, 250, 288; BGHSt 29, 109, 112; 32, 114, 125 ff.).

Hier kann der Senat nicht feststellen, daß die Plausibilitätsprüfung zu einem Absehen von der Benachrichtigung des Beschwerdeführers und seines Verteidigers hätte führen müssen; denn weder der Ermittlungsrichter noch das Schwurgericht haben dargelegt, aus welchen Gründen der Zeugin H. Vertraulichkeit zugesichert worden war. 27

e) Die einem Zeugen von den Strafverfolgungsbehörden gegebene Vertraulichkeitszusage wird durch das Erfordernis einer - zumindest eingeschränkten - Offenlegung der dafür maßgeblichen tatsächlichen Umstände gegenüber dem Ermittlungsrichter nicht entwertet. Eine solche Offenlegung ist nämlich nur geboten, wenn die Strafverfolgungsbehörden die richterliche Vernehmung dieses Zeugen für erforderlich halten und sie deshalb veranlassen. 28

Dann aber hat der Ermittlungsrichter nicht vorrangig die Vertraulichkeitszusage, sondern die Strafprozeßordnung, insbesondere § 168 c Abs. 5 StPO und § 68 Abs. 3 StPO zu beachten. Die Benachrichtigung des Beschuldigten und seines Verteidigers vom Termin einer richterlichen Zeugenvernehmung kann auch bei der Vernehmung eines Zeugen, dem von den Strafverfolgungsbehörden Vertraulichkeit zugesichert worden war, nur unter der Voraussetzung des § 168 c Abs. 5 Satz 2 StPO unterbleiben. Diese zwingende Vorschrift kann auch nicht dadurch umgangen werden, daß das Verfahren, in dem die anonyme Vernehmung erfolgt, "gegen Unbekannt" geführt wird. 29

4. Auf der rechtsfehlerhaften Verwertung der Angaben der Zeugin H. beruht das Urteil, weil das Schwurgericht seine Überzeugung von der Täterschaft des Beschwerdeführers unter anderem auf die Angaben der anonym vernommenen Zeugin stützt. Nachdem die Zeugin H. sich in der Hauptverhandlung auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht berufen hatte, wäre das Schwurgericht auch daran gehindert gewesen, die fehlerhafte richterliche Vernehmung vom 14. August 1997 wie eine nichtrichterliche Vernehmung zu behandeln, bei der kein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und seines Verteidigers bestanden hätte. 30

B.

I. Auf die Rüge des Beschwerdeführers, er sei auch unabhängig von der Verletzung der Benachrichtigungspflicht aus § 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO in seinem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. d MRK verletzt, weil er und seine Verteidiger der Zeugin H. in keinem Verfahrensstadium Fragen stellen konnten, kommt es nicht mehr an. Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, daß unter diesem Gesichtspunkt das Verfahren nicht zu beanstanden ist; denn die Aussage dieser Zeugin stellt nicht das einzige Beweismittel dar, auf das sich das Schwurgericht bei seiner Entscheidung gestützt hat (vgl. EGMR EuGRZ 1992, 474, 475 - Asch gegen Österreich; BGHSt 46, 93, 95 ff. m. w. N.). 31

II. Für das neue Verfahren, in dem die Zeugin H. nach dem rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens gegen den früheren Mitangeklagten S. kein Zeugnisverweigerungsrecht mehr haben wird (vgl. BGHSt 38, 96), geben materiellrechtliche Fehler des angefochtenen Urteils dem Senat Anlaß, auf seinen Beschluß vom 11. Februar 2003 in dem Revisionsverfahren gegen den früheren Mitangeklagten hinzuweisen. 32