

§§ 100f, 136 Abs. 1, 136a Abs. 1, 163a Abs. 4 StPO;
Art. 6 Abs. 1 EMRK

Verdeckte Befragung und Selbstbelastungs- freiheit

Leitsatz des Verfassers:

Hat eine Privatperson unter Verdeckung der Überführungsabsicht ein auf die Erlangung belastender Informationen gerichtetes Gespräch mit einem Beschuldigten geführt, darf der gem. § 100f StPO heimlich technisch aufgezeichnete Inhalt dieses Gesprächs dann verwertet werden, wenn die belastenden Angaben weder durch Zwang noch durch eine psychologischen Druck gleichkommende Täuschung, die eine Verletzung des Rechts des Angeklagten zu schweigen begründen könnte, zustande gekommen sind.

BGH, Beschl. v. 31. 3. 2011 – 3 StR 400/10

I. Sachverhalt

Die Zeugin E wollte ihrem Ehemann die Vergünstigungen des § 31 BtMG sichern. Sie erklärte sich deshalb aus eigenem Antrieb gegenüber der Polizei bereit, an der Überführung des Angeklagten mitzuwirken. Das AG ordnete daraufhin in dem gegen den Angeklagten eingeleiteten Ermittlungsverfahren das Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes zwischen dem Angeklagten und der Zeugin an (§ 100f StPO). Im Laufe des Gesprächs zwischen den beiden, das heimlich technisch aufgezeichnet wurde, erklärte die E wahrheitswidrig, ihr Ehemann habe ihr das fragliche BtM-Geschäft, an dem auch der Angeklagte beteiligt gewesen sein sollte, gestanden. Sie wollte vom



Angeklagten wissen, ob ihr Mann sie belogen habe. Auch sicherte sie dem Angeklagten fälschlicherweise zu, das Gespräch vertraulich behandeln zu wollen. Der Angeklagte wurde später vom LG wegen unerlaubten Handeltreibens zu einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Das Urteil stützte sich maßgeblich auf die von der Zeugin gefertigte Gesprächsaufzeichnung. Der Angeklagte hat die Tatbeteiligung bestritten; die Verteidigung hatte der Verwertung der Aufzeichnung in der Hauptverhandlung widersprochen. Die gegen die Verurteilung eingelegte Revision blieb erfolglos (§ 349 Abs. 2 StPO).

II. Entscheidung

Der BGH verneint ein Verwertungsverbot hinsichtlich des heimlich aufgezeichneten Gesprächs zwischen der Zeugin und dem Angeklagten. Die Angaben des Angeklagten sind nach Auffassung des 3. Strafsenats nicht rechtswidrig erlangt worden. Es liege, so der Senat, kein Verstoß gegen die polizeilichen Belehrungspflichten (§§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1 StPO) vor, da es sich bei dem Gespräch zwischen E und dem Angeklagten nicht um eine Vernehmung gehandelt habe. Denn zum Begriff der Vernehmung gehöre, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenüber trete (st. Rspr. seit GS BGHSt 42, 139, 145; zum Vernehmungsbegriff der Rechtsprechung vgl. BURHOFF, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn. 1836, 1840). Bei einer nur „vernehmung-ähnlichen“ Situation wie hier gelten die Belehrungspflichten nicht. In derartigen Fällen läge auch keine unzulässige Umgehung der Belehrungspflichten vor.

Auch ein Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO wird verneint. Eine Täuschung im Sinne dieser Vorschrift sei nicht gegeben, da nach Auffassung des BGH die verbotenen Vernehmungsmethoden einschränkend auszulegen seien (BGHSt 42, 139, 149; vertiefend BURHOFF, a.a.O., Rn. 1743 ff.). Die wahrheitswidrigen Angaben der Zeugin seien nicht vergleichbar mit einer Beeinträchtigung der Willensentschließung durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff usw.

Schließlich verstoße das von den Ermittlungsbehörden gebilligte Vorgehen der Zeugin auch nicht gegen den Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“. Die Selbstbelastungsfreiheit gehöre zwar zum Kernbereich des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Verfahren und wolle den Beschuldigten vor unzulässigem Zwang der Behörde und vor Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks schützen. Auch sei durch die Rechtsprechung des EGMR anerkannt, dass die Entscheidung eines Beschuldigten, im Strafverfahren zu schweigen, von den Ermittlungsbehörden zu respektieren sei. Das verbiete es, dem Beschuldigten durch Täuschung belastende Äußerungen zu entlocken, die man in der Vernehmung nicht erlangen konnte, um diese im Prozess zu verwenden. Ob bei Anwendung einer Täuschung das Schweigerecht aber in einem solchen Maß beeinträchtigt sei, dass daraus eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (fair trial) folge, wäre eine Frage des Einzelfalls. Diese Einzelfallprüfung nimmt der BGH sodann in äußerst enger Anlehnung an zwei Urteile des EGMR vor, nämlich den Fall „Allen“ (StV 2003, 257) einerseits, den Fall „Bykov“ (BGH NJW 2010, 213) andererseits. Während der Gerichtshof bei „Allen“ einen Konventionsverstoß bejahte und dies zentral damit begründete, dass das heimliche Abhören einem inhaftierten Beschuldigten galt, der sich durchgängig auf sein Schweigerecht berufen hatte, dass ferner der in derselben Zelle einsitzende Informant von der Polizei instruiert und vorbereitet wurde und jener schließlich unter Ausnutzung des entstandenen Vertrauensverhältnisses den

Beschuldigten beharrlich ausfragte, verneinte er einen Verstoß im späteren Bykov-Fall. Dort befand sich der Beschuldigte in Freiheit und der Gerichtshof hatte eine durch Zwang oder durch psychologischen Druck gleichkommende Täuschung über das Schweigerecht verneint (EMRK NJW 2010, 213, 216). Diese Entscheidung verwendet der 3. Senat als Blaupause, um auch vorliegend einen Konventionsverstoß zu verneinen. Der Angeklagte habe sich nämlich nicht gegenüber den Ermittlungsbehörden auf sein Schweigerecht berufen; er habe sich ferner in Freiheit befunden; er hätte sich schließlich den drängenden Fragen der Zeugin ohne Weiteres entziehen können. Das Vorgehen der Behörde wiege auch deshalb weniger schwer, weil sie die Zeugin nur mit technischen Mitteln ausgestattet habe, jene aber aufgrund eigener Initiative tätig geworden und überdies weder instruiert noch angeleitet worden sei.

Bedeutung für die Praxis:

1. Verdeckte Befragungen haben Konjunktur. Die Rechtsprechung hatte in der letzten Zeit über die Zulässigkeit des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern zu entscheiden, die „verdeckte Verhöre“ durchführten („Mallorca-Mord-Fall“ BGHSt 52, 11 = StRR 2007, 345; „Kindermord-Fall“ BGH StV 2009, 225 = StRR 2009, 221) oder den Fall eines nicht öffentlich ermittelnden Polizeibeamten zu beurteilen, der in Rockeroutfit einen Inhaftierten heimlich dazu bewegen wollte, einen Mordauftrag zu erteilen („Bandido-Fall“ BGHSt 55, 138 = StRR 2010, 343; vgl. dazu JAHN JuS 2010, 837 ff.). Nun also eine wie im Krimi verdrachtete Ehefrau, die einen Verdächtigen überführen will, um ihrem Mann die Kronzeugenregelung zukommen zu lassen. Sie sagt dem Beschuldigten dabei wahrheitswidrig die Vertraulichkeit des Gesprächs zu. Und sie erfährt staatliche Unterstützung in Form einer amtsrichterlichen Anordnung der Aufzeichnung des nicht-öffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnräumen und durch die Bereitstellung technischer Equipments. Darf das verwertet werden, obwohl damit aufgrund einer Täuschung die Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten über sein Schweigerecht faktisch umgangen und die Selbstbelastungsfreiheit ausgehöhlt wird?

Im Gegensatz zum Schrifttum, das verdeckte Befragungen überwiegend für unzulässig hält (vgl. nur ROXIN NSTZ-Sonderheft 2009, 41 ff.), lässt sich die Antwort des BGH wie folgt auf den Punkt bringen: Derartig erlangte Informationen dürfen verwertet werden, sofern sie nicht der Rechtsprechung des EGMR widersprechen. Denn andere Restriktionen sieht der BGH nicht vor; namentlich wird auf der Grundlage des förmlichen Vernehmungsbegriffs ein Verstoß gegen die Belehrungspflichten abgelehnt und wegen der restriktiven Interpretation des Täuschungsbegriffs ein solcher gegen § 136a Abs. 1 StPO verneint. Keine ausdrückliche Rolle spielen in der vorliegenden Entscheidung i.Ü. die in BGHSt 42, 139 vorgenommenen Beschränkungen einer möglichen Beweisverwertung bei einer Hörfalle, nämlich die Gesichtspunkte, dass es sich um die Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung handeln muss und dass der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre. Ersteres kann man dem Beschluss entnehmen; die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips ergibt sich dagegen nicht von selbst aus dem mitgeteilten Sachverhalt.

Es bleibt also nach Auffassung des BGH nur noch ein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit zu prüfen. Bei deren Vornahme orientiert sich der Senat vollständig am EGMR: Sofern die Inhaftierung des Beschuldigten



und dessen damit verbundene Verletzbarkeit und verminderte Widerstandskraft nicht ausgenutzt und auch kein psychologischer Zwang ausgeübt wird, dem sich der Betroffene nicht entziehen kann, darf das heimlich aufgezeichnete Gespräch verwertet werden. Das führt dann im Ergebnis dazu, dass in BGHSt 52, 11 = StRR 2007, 345 („Mallorca-Mord“) in Anlehnung an den Fall Allen ein Verwertungsverbot bejaht, vorliegend ein solches dagegen unter Bezugnahme auf den Fall Bykov verneint wird.

2. Für die Praxis empfiehlt sich deshalb eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR, sei es beim Widerspruch gegen die Beweisverwertung in der Hauptverhandlung oder später im Revisionsvorbringen. Dabei sollte der Sache nach darauf abgestellt werden, ob sich das Gespräch zwischen Informanten und Beschuldigten als sog. funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung darstellt, das Schweigerecht also umgangen wurde, um an belastende Informationen zu gelangen.

Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld

