

1. Sachverhalt¹

Das Landgericht verurteilte A zu einer Freiheitsstrafe, weil er aus Hass gegenüber seiner Ehefrau E mehreren Personen Geld angeboten hatte, damit diese die E töten (§§ 30 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 211 StGB).

In der Haft lernte A den Mithäftling B kennen, welcher A gegen Entgelt anbot, die E durch „seine Leute“ bei einem fingierten Autounfall töten zu lassen. A stimmte zu.

B meldete dies sodann den Beamten der JVA und erklärte sich zu einer Zusammenarbeit mit der Polizei bereit. Mit einem Aufzeichnungsgerät ausgestattet bemühte sich B bei einem gemeinsamen Hofgang mit A um eine ausdrückliche Bestätigung des Tötungsauftrags. A reagierte misstrauisch und antwortete nur, es bleibe dabei, wie sie es besprochen hätten.

Nachdem auch weitere Ermittlungsmaßnahmen fehlgeschlagen waren, besuchte der nicht offen ermittelnde Polizeibeamte P den A in der JVA. P stellte sich diesem als „Micha“ vor und erklärte, B habe ihn geschickt. Es gebe Probleme mit der Identifizierung der E. Zur Identifizierung legte P dem A zwei Fotos vor, eines mit E und eines mit einer Frau vergleichbaren Alters. A ging hierauf nicht ein. Auf die Erklärung des P, dass notfalls auch beide Frauen „weggemacht“ werden könnten, rea-

Juli 2010 Mordauftrag-Fall

Beweisverwertungsverbot / verdecktes Verhör / Verdeckter Ermittler / nicht offen ermittelnder Polizeibeamter / Zwang / Recht auf ein faires Verfahren / Selbstbelastungsfreiheit

§ 240 StGB; §§ 110a, 136, 136a, 161, 163 StPO; Art. 20 Abs. 3 i.V.m Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

Leitsatz des Verf.:

Zum Verwertungsverbot im Hinblick auf ein verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten durch einen als Besucher getarnten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten unter Zwangswirkung.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Mai 2010 – 5 StR 51/10; abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de

gierte A aufgebracht und sagte, dass das Ganze „abgebrochen“ würde, wenn Unschuldige „reingezogen“ würden. Auf die Frage des P, ob es denn richtig sei, dass sie seine Frau „wegmachen“ sollten, nickte A schließlich.

In der Hauptverhandlung gegen A vernahm das Landgericht den P gegen den Widerspruch der Verteidigung als Zeuge über den Inhalt des verdeckten Verhörs. Es verurteilte A wegen Annahme des Erbietens zur Begehung eines Mordes. Dabei stützte das Landgericht sein Urteil auch auf die Angaben des Zeugen P. Hiergegen richtet sich die von A eingelegte Revision.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Unverwertbarkeit der Zeugenaussage des P lässt sich schwerlich damit begründen, dass sich P dem A wahrheitswidrig als Besucher ausgab. Zwar stellt die Täuschung durch einen Polizeibeamten eine **verbotene Verneh-**

¹ Der Sachverhalt wird hier vereinfacht wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlich hervortreten.

mungsmethode im Sinne von §§ 136a Abs. 1 Satz 1, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO dar mit einem zwingendem Beweisverwertungsverbot als Folge. Doch unabhängig von der Frage, ob es sich bei dem Gespräch des P mit A um eine „Vernehmung“ im Sinne dieser Vorschriften handelt, liegt schon keine Täuschung vor. Im Interesse einer wirksamen Strafrechtspflege wird der Täuschungsbegriff überwiegend restriktiv ausgelegt und vom Begriff der „kriminalistischen List“ abgegrenzt, welche nicht in den Anwendungsbereich des § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO fallen soll. Das Täuschungsverbot in § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO betrifft damit ausschließlich falsche Angaben über Rechtsfragen und bewusstes Vorspiegeln oder Entstellen von Tatsachen.² Die Angabe, Besucher zu sein, bewegt sich demgegenüber noch im Rahmen der kriminalistischen List, mit dem kein relevanter Eingriff in die Rechte des A einhergeht.³

Ebenso wenig hilft hier § 100c Abs. 5 Satz 3 StPO weiter, wonach Erkenntnisse über **Äußerungen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung** nicht verwertet werden dürfen. Diese Vorschrift ist auf den hier besprochenen Fall nicht anwendbar. Ihre Anwendbarkeit hängt nämlich davon ab, ob es sich bei den Räumlichkeiten einer Haftanstalt um eine Wohnung handelt, was sich nach dem Schutzbereich von Art. 13 GG beurteilt. In dem Besuch des P liegt aber kein Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung des A. Hafträume sind nach überwiegender Auffassung keine Wohnung im Sinne von Art. 13 GG.⁴

Ein Rechtsverstoß und ein darauf folgendes Verwertungsverbot ergeben sich auch nicht aus dem Umstand, dass eine **Belehrung** des A als Beschuldigter gemäß §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs.

4 Satz 2 StPO **unterblieb**. Eine Vernehmung im Sinne dieser Vorschrift setzt voraus, dass der Vernehmende dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm eine Auskunft verlangt.⁵ Nur offenes amtliches Auskunftsverlangen unter den Vernehmungsbegriff zu fassen, lässt sich mit dem Zweck der Belehrungsvorschrift des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO begründen: Der Beschuldigte soll vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht angesichts der Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen bewahrt werden.

Aus diesem Grund kommt auch eine **entsprechende Anwendung** oder die Annahme einer **Umgehung der Vorschrift** nicht in Betracht, wenn der Auskunftsverlangende – wie hier – dem Beschuldigten nicht offen in amtlicher Funktion gegenübertritt.

Zweifelhaft ist indes, ob es für den hier von den Ermittlungsbehörden gewählten Weg der Auskunftsgewinnung überhaupt eine **Rechtsgrundlage** gibt. Greifen der Staat mit seinen Maßnahmen in Grundrechte des Einzelnen ein, bedarf er hierzu einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die der Schrankensystematik des jeweils betroffenen Grundrechts angepasst ist.⁶ Für die Ermittlungsbehörden kann nichts anderes gelten.

Die Vorschriften betreffend den Einsatz **Verdeckter Ermittler** in §§ 110a ff. StPO greifen vorliegend nicht, da P kein Verdeckter Ermittler war. Verdeckte Ermittler sind nur Beamte des Polizeidienstes, die unter einer Legende über einzelne Ermittlungshandlungen hinaus in einer unbestimmten Vielzahl von Handlungen ermitteln; es muss also eine Vielzahl von Personen über die wahre Identität des verdeckt operierenden Polizeibeamten getäuscht werden und wegen Art und Umgang des Auftrags im Vorfeld abzusehen

² Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl. 2009, § 136a Rn. 14 f.

³ Vgl. BGHSt 53, 294 (308).

⁴ Vgl. zur Frage der Eigenschaft von Hafträumen als Wohnung den Besuchsraum-Fall, famos 09/2009.

⁵ BGHSt 42, 139 (145 ff.).

⁶ Vgl. für Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beispielhaft BVerfGE 65, 1 (41 ff.).

sein, dass die Identität des Beamten in künftigen Strafverfahren auf Dauer geheim gehalten werden muss.⁷ Der „**nicht offen ermittelnde Polizeibeamte**“ (noeP) – wie hier der P – unterfällt demgegenüber nicht § 110a StPO, da er nicht unter einer Legende ermittelt, sondern nur gelegentlich verdeckt auftritt und seine Funktion nicht offenlegt.⁸

Dies wirft die Frage auf, ob die polizeiliche **Ermittlungsgeneralklausel** in §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 Satz 2 StPO eine geeignete Rechtsgrundlage für die hier zu beurteilende Auskunftsgewinnung darstellt. Diese Frage ist bislang höchststrichterlich nicht geklärt worden. Die Literatur lehnt eine Heranziehung der Ermittlungsgeneralklausel als Rechtsgrundlage ab, wenn die Polizei bei ihren Ermittlungen Zwang einsetzt. Zwang könne die Polizei nur dann einsetzen, wenn ihr das Gesetz eine ausdrückliche Spezialermächtigung hierzu erteilt, wie dies etwa bei der vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO der Fall ist.⁹ Begründen lässt sich dies zum einen damit, dass strafprozessuale Zwangsmaßnahmen Grundrechtseingriffe darstellen, deren Rechtsgrundlage sich an der besonderen Schrankensystematik des jeweils betroffenen Grundrechts orientieren muss;¹⁰ zudem wären die speziellen gesetzlichen Regelungen für Zwangsmaßnahmen (wie die Beschlagnahme, die Wohnungsdurchsuchung oder die vorläufige Festnahme) letztlich überflüssig, wenn sich ihre Voraussetzungen im Einzelfall auch dadurch umgehen ließen, dass die Polizei jedenfalls auf die polizeiliche Ermittlungsgeneralklausel zurückgreifen könnte. Im Übrigen wollte der histori-

sche Gesetzgeber bei der Fassung der polizeilichen Ermittlungsgeneralklausel Zwangsmaßnahmen aus ihrem Anwendungsbereich ausnehmen.¹¹

Damit ist zum einen klärungsbedürftig, ob das Verhalten des P im Gespräch mit A als Zwang zu qualifizieren ist und ob – bejahendenfalls – gleichwohl auf die polizeiliche Ermittlungsgeneralklausel als Rechtsgrundlage zurückgegriffen werden kann.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Verfahrensrüge des A hat Erfolg. Im Ergebnis erklärt der BGH die Angaben des P für unverwertbar.

Der BGH erachtet in seiner Entscheidung ein verdecktes Verhör mit dem Ziel, eine selbstbelastende Äußerung eines noch nicht förmlich vernommenen Beschuldigten herbeizuführen, als Ermittlungshandlung von nicht unerheblicher Eingriffsintensität. Auch wenn er deshalb Zweifel anmeldet, ob die polizeiliche Ermittlungsgeneralklausel als Rechtsgrundlage für das verdeckte Verhör genügt und hieraus ein Beweisverwertungsverbot folgt, lässt der BGH diese Fragen überraschenderweise letztlich offen. Es komme hierauf nämlich nicht an, da selbst einem Verdeckten Ermittler das Vorgehen des P nicht gestattet gewesen sei. Erst recht sei das Vorgehen daher einem nicht offen ermittelnden Polizeibeamten verwehrt.

Denn das Vorgehen verstoße jedenfalls gegen das Recht des A auf ein **faires Verfahren** aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK. Hierzu ist auch der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit zu zählen, wonach niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Dieser Grundsatz sei durch Zwanganwendung verletzt, die selbst einem Verdeckten Ermittler nicht zustehe. Zwar seien Verdeckte Ermittler „berechtigt, unter Nutzung einer Legende selbstbelastende Äußerungen

⁷ Meyer-Goßner (Fn. 2), § 110a Rn. 2.

⁸ Nack in KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 110a Rn. 6.

⁹ Vgl. Meyer-Goßner (Fn. 2), § 163 Rn. 32; Griesbaum in KK-StPO (Fn. 7), § 163 Rn. 12; Plöd in KMR (56. EL November 2009), § 163 Rn. 12; Rieß in Löwe-Rosenberg StPO, 25. Aufl. 2004, § 163 Rn. 32, 6 f.

¹⁰ Vgl. Dreier in Dreier GG Vorb. Rn. 86 f.

¹¹ Vgl. BT-Drucks. 14/1484, S. 24.

eines Beschuldigten entgegenzunehmen und an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten.“ Sie seien aber „nicht befugt, in diesem Rahmen den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen zu drängen.“

Die Erklärung des P, gegebenenfalls beide Frauen töten zu lassen, wenn A bei der Identifizierung nicht mitwirke, wertet der BGH im Wege einer Prüfung der Voraussetzungen des **§ 240 Abs. 1 StGB** als Zwangs(ein)wirkung. Es handele sich hierbei um eine Drohung mit einem empfindlichen Übel. Es liege „auf der Hand, dass – bei fortgesetzter Weigerung der Identifizierung des ‚Tatopfers‘ – eine dem Angeklagten bevorstehende Verantwortlichkeit für ein zweites, nicht gewolltes Tötungsverbrechen diesem als ein gewichtiger Nachteil erscheinen musste.“ Dass das angedrohte Übel einem Dritten galt, schade der Tatbestandsmäßigkeit einer Nötigung nicht. Der BGH hatte schon zuvor entschieden, dass auch die Drohung mit einem Übel für einen Dritten unter den Tatbestand des § 240 StGB fällt. Voraussetzung sei aber, dass derjenige, auf dessen Willen eingewirkt wird, das einem anderen zugeordnete Übel auch für sich selbst als Übel empfindet.¹²

Aus der Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit als Unterfall des Rechts auf ein faires Verfahren leitet der BGH ein Beweisverwertungsverbot ab. Mit dem Aussagezwang werde „in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit ohne Rechtsgrundlage eingegriffen.“ Aus der Schwere des Rechtsverstößes folgert der BGH dementsprechend ein zwingendes Beweisverwertungsverbot.

Weil das Landgericht seine Beweiswürdigung tragend auf die zeugenschaftlichen Angaben des P über sein Gespräch mit A gestützt hat, nimmt der BGH auch ein Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler an (§ 337 Abs. 1 StPO). Ein Durchentscheiden auf Freispruch kam für ihn nicht in Frage, da

¹² BGH NSTz 1987, 222 (223).

dem BGH eine Verurteilung auch ohne die Aussage des P aufgrund der übrigen Beweisanzeichen ungeachtet der „begründeten massiven Vorbehalte“ gegen den B nicht von vornherein auszuschließen sei.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die heimliche Informationsgewinnung durch Ermittlungsbehörden unter Ausnutzung begleitender belastender Haftsituationen ist keine Neuigkeit. Wiederholt¹³ hat der BGH in ähnlichen Fällen wie dem hier besprochenen das Vorgehen der Ermittlungsbehörden für unzulässig erklärt und hieraus Beweisverwertungsverbote abgeleitet. Umso mehr erstaunt, dass sich Fälle wie der hier besprochene noch immer ereignen.

Der vorgestellten Entscheidung kommt jedoch nicht allein in ihrer mahnenden Funktion Bedeutung zu, sondern auch in methodischer Hinsicht.

Die **methodische Neuerung** besteht im Rückgriff auf § 240 StGB bei der Prüfung des Zwangs auch im strafprozessualen Sinn. In ähnlich gelagerten Fällen hat der BGH bislang das Vorliegen von Zwang nicht nach materiell-strafrechtlichen Maßstäben geprüft, sondern am Maßstab des natürlichen Wortsinns des Begriffs „Zwang“.¹⁴ Es ist jedoch unklar, welche Konsequenzen der Rechtsanwender und der Jurist in der Ausbildung in methodischer Hinsicht hieraus zu ziehen haben. Denkbar ist, dass künftig das Vorliegen von Zwang im strafprozessualen Sinn stets – also auch im Rahmen des § 136a StPO – anhand der Voraussetzungen des Nötigungstatbestands zu prüfen ist. Denkbar ist aber auch, dass der Rückgriff auf den Tatbestand des § 240 StGB nur im Rahmen der Prüfung angezeigt ist, ob der Beschuldigte wegen

¹³ Vgl. BGHSt 34, 362; 44, 129; vgl. auch den Hafturlaubs-Fall, famos 10/2007, und den Besuchsraum-Fall, famos 09/2009.

¹⁴ Vgl. BGHSt 34, 362 (363 f.); 44, 129 (134 ff.).

Aussagezwangs in seinem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG, 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verletzt wurde.

Es bleibt abzuwarten, wie der BGH künftig bei der Prüfung von Zwang bei Vorschriften wie dem § 136a StPO vorgehen wird. Dem Juristen in der Ausbildung wird einstweilen anzuraten sein, den Zwang grundsätzlich nach Maßgabe des natürlichen Wortsinns zu prüfen und auf § 240 StGB nur dann zurückzugreifen, wenn es – wie hier – um die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren wegen Anwendung von Aussagezwang geht.

5. Kritik

Im Ergebnis ist dem BGH bei seiner Entscheidung vorbehaltlos zuzustimmen. Zwanganwendung eines nicht offen ermittelnden Polizeibeamten zur Gewinnung sonst verweigerter Informationen des Beschuldigten ist ein Rechtsverstoß solchen Ausmaßes, dass die hieraus gewonnenen Erkenntnisse nicht Grundlage einer Verurteilung sein dürfen. Gegen Ende seiner Entscheidung wird die Kritik des BGH am Vorgehen des Ermittlungsbeamten besonders deutlich: „Der hier vorliegende Zwang zur Abgabe selbstbelastender Äußerungen im Rahmen eines verdeckten Verhörs wiegt nicht leichter als das Entlocken solcher Äußerungen unter Ausnutzung einer Vertrauensstellung nach angekündigter Inanspruchnahme des Schweigerechts oder die Verlegung eines Aushorchers in die Zelle eines Untersuchungsgefangenen. Sie übertrifft sogar die Eingriffsintensität im Vergleich mit zielgerichtet für erwartete Selbstbelastungen geschaffene – von der Rechtsprechung des BGH mit einem Beweisverwertungsverbot belegte – andere Ermittlungssituationen.“

Neben diesen deutlichen Worten erscheint auch begrüßenswert, dass der strafprozessuale Zwangsbegriff durch einen Rückgriff auf den Nötigungstatbestand in § 240 StGB an Kontur gewinnt.

In diesem Zusammenhang mag auf den ersten Blick verwundern, warum der BGH bei der Prüfung des Zwangs unter Rückgriff auf § 240 StGB nicht auch eine Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 Abs. 2 StGB vorgenommen hat. Denn der Tatbestand des § 240 StGB ist weit und bedarf daher des einschränkenden Korrektivs der Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 Abs. 2 StGB, wenn nicht das tatbestandsmäßige Verhalten ohnehin aufgrund eines Rechtfertigungsgrundes gerechtfertigt ist.¹⁵ Käme es auf eine Verwerflichkeitsprüfung an, spräche zugunsten des Vorgehens des P, dass diesem an einer effektiven Strafrechtspflege und am Schutz des Lebens der E gelegen war. Dies sind durchaus achtenswerte Motive, weswegen eine Verneinung der Strafbarkeit des P nach § 240 StGB jedenfalls gut vertretbar erscheint. Darauf kann es hier jedoch nicht ankommen. Insoweit ist dem BGH zuzustimmen, wenn er bei seiner Prüfung des § 240 StGB auf eine Verwerflichkeitsprüfung verzichtet hat.

Würde man bei der Prüfung von Aussagezwang unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren auch § 240 Abs. 2 StGB prüfen, wäre dieses Recht oftmals im Ergebnis entwertet. Denn auch wer Aussagezwang ausübt, handelt zum Schutz einer effektiven Strafrechtspflege und von Strafrechtsgütern, allesamt achtenswerte Motive. Ginge es um eine Prüfung der Strafbarkeit des P, müsste man sie daher zu seinen Gunsten berücksichtigen und wohl eine Verwerflichkeit der Nötigung ablehnen. Hier geht es aber um die Frage, inwieweit die Verfahrensrechte des Beschuldigten A verletzt wurden. Das Recht eines jeden Beschuldigten auf ein faires Verfahren gehört aber zu dem Kern der Beschuldigtenrechte und ist schon deshalb keiner Abwägung zugänglich.

Zu bedauern ist allein, dass der BGH in seiner Entscheidung zu der Fra-

¹⁵ *Gropp/Sinn* in *MüKo-StGB*, 2003, § 240 Rn. 109, 114.

ge schwieg, ob das Vorgehen des P überhaupt von einer Rechtsgrundlage gedeckt war. Der hier besprochene Fall war eine gute Gelegenheit für den BGH, sich klar zu der Frage zu äußern, was eigentlich von der polizeilichen Ermittlungsgeneralklausel gedeckt ist und was nicht.

(Dr. Erol Pohlreich)