

HEIMLICH UND CO.

BEWEISRECHTLICHEN GRENZEN DES EINSATZES VERDECKTER ERMITTLER

In seiner Entscheidung vom 26. Juli 2007 hatte der Dritte Senat des Bundesgerichtshof (BGH) über die Vereinbarkeit des Einsatzes sogenannter Verdeckter Ermittler (VE) mit dem Schweigerecht des Beschuldigten zu entscheiden. Hierbei hat er die rechtsstaatlichen Grenzen verdeckter Ermittlungen konturiert.¹

VE sind gem. § 110a Abs. 2 S. 1 Strafprozessordnung (StPO) BeamtInnen des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen Legende ermitteln. Die Notwendigkeit ihrer gesetzlichen Einführung wurde mit dem kriminalpolitischen Bedürfnis begründet, bei organisatorisch abgeschotteten Milieus, aber auch bei anderen Beschuldigten, die zu einer Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden nicht bereit sind, an die erforderlichen Beweismittel zu gelangen. Dabei wird allerdings bereits ihr rechtsstaatliches Grundproblem deutlich: Im Unterschied zum Inquisitionsprozess des Mittelalters² haben die Beschuldigten im modernen Strafverfahren das Recht zu schweigen. Ziel des Einsatzes VE ist es aber Beschuldigte, die bei einer offenen Vernehmung von ihrem Schweigerecht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO oder auch ZeugInnen, die von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 52 ff. StPO Gebrauch machen, zu täuschen, um an Informationen zu gelangen, die sie von sich aus gerade nicht preisgeben wollten.³ Im "Kampf gegen das Verbrechen" sollen die Verfahrensrechte der BürgerInnen der vermeintlichen "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" weichen.⁴ Teile des wissenschaftlichen Schrifttums halten den Einsatz VE für verfassungswidrig, da der Staat nicht das Recht habe, seine BürgerInnen mit solchen Methoden "auszutricksen", sondern StraftäterInnen mit "offenem Visier" gegenüberzutreten habe.⁵ Dem haben sich die Rechtsprechung und weite Teile der wissenschaftlichen Literatur allerdings nicht angeschlossen.⁶ Umso wichtiger sind damit allerdings die Bemühungen, die Rechtsstellung der BürgerInnen vor einer faktischen Umgehung zu schützen.

Aushorchung während des Hafturlaubs

In dem vorliegenden Fall wurde gegen den Angeklagten (A) ein Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts eingeleitet. Als er hiervon erfuhr, teilte der sich in Haft befindende A mit, dass er von seinem Schweigerecht Gebrauch machen werde. Nachdem sich der bestehende Verdacht nicht anders erhärten ließ, wurde auf A über mehr als ein Jahr hinweg ein VE angesetzt. Ein erster Kontakt wurde während eines Gefangenentransports arrangiert. In der Folgezeit besuchte der VE den A regelmäßig in der Justizvollzugsanstalt (JVA) und teilte ihm mit, dass er auch während eines eigens zum Aushorchen

arrangierten Hafturlaubs bei ihm wohnen könne, da A über keine weiteren Kontakte außerhalb der JVA verfügte. In diesem Urlaub bedrängte der VE den A intensiv, ihm im Hinblick auf das vermeintliche gemeinsame Vertrauensverhältnis und eine zukünftige berufliche Zusammenarbeit die Wahrheit zu sagen und drohte, andernfalls den Kontakt abzubrechen. Unter diesem Druck räumte A schließlich den Mord ein und schilderte detailliert die Tatbegehung, die Beseitigung der Leiche sowie der Tatspuren. Sämtliche Aussagen wurden heimlich aufgezeichnet. Im Rahmen einer anschließenden polizeilichen Vernehmung behauptete ein Ermittlungsbeamter die Aufnahmen seien verwertbar, woraufhin der A sein Geständnis wiederholte. Entgegen dem Widerspruch der Verteidigung in der Hauptverhandlung verwertete das Landgericht das Geständnis. A wurde zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Das Urteil des Landgerichts wurde jedoch durch den BGH aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an eine andere Strafkammer zurückverwiesen, da das Geständnis des A nach dem Widerspruch der Verteidigung nicht verwertet werden durfte.

Täuschung der Betroffenen

Der BGH hatte in der Vergangenheit bereits mehrfach über ähnliche Fälle zu entscheiden. Seine im folgenden darzustellenden rechtlichen Ausführungen sind entsprechend von Kontinuität geprägt, werden aber unter dem Eindruck der neuen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) modifiziert.

Zunächst hält der BGH an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, dass in der fehlenden Belehrung über das Schweigerecht kein Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zu sehen sei. Diese Vorschrift setze nämlich eine förmliche Vernehmung voraus, welche nach dem in ständiger Rechtsprechung vertretenen formellen Vernehmungsbegriff nur vorliege, wenn die Befragung von einem Staatsorgan in seiner nach außen erkennbaren amtlichen Funktion durchgeführt werde.⁷ Auch eine entsprechende Anwendung der Vorschrift sei nicht geboten. Durch die zwingende Belehrung über das Schweigerecht solle der Beschuldigte nämlich vor der irrtümlichen Annahme geschützt werden, es bestehe für ihn gegenüber einem in amtlicher Funktion auftretenden Beamten eine durch Zwang durchsetzbare Aussagepflicht.⁸ Ein solcher Irrtum entstehe bei einem VE jedoch nicht. Nicht weniger entscheidend dürfte sein, dass eine Belehrungspflicht die mit dem Einsatz VE verfolgte kriminalpolitische Zielsetzung konterkarieren würde.⁹

Der Einsatz VE ist, wie der BGH ausdrücklich feststellt, mit einer Täuschung des Beschuldigten verbunden. Gleichwohl liege keine Täuschung im Sinne von § 136a StPO vor, da eine solche - dies zeige der systematische Vergleich mit den anderen verbotenen Mitteln der Vorschrift - von einer höheren Intensität als bei der bloß verdeckten Befragung sein müsse. Die Ausgestaltung der Vernehmung in der StPO als eines offenen Vorgangs sei auch nicht Ausdruck eines dem Gesetz zu entnehmenden Prinzips, wonach Ermittlungen und Befragungen nicht verdeckt, d. h. ohne Aufdeckung des Ermittlungsabsichts, erfolgen dürften.

Die Freiheit von Selbstbelastungszwang

Der BGH stellt aber nunmehr fest, dass der VE die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten verletzt habe. In seiner Hörfallenentscheidung aus dem Jahr 1996 hatte der Große Senat des BGH sich mit der Problematik zwar schon eingehend auseinandergesetzt, jedoch einen Verstoß noch verneint. Der Grundsatz schütze nämlich nur die Freiheit vor "Zwang" zur Aussage. Der Tatverdächtige, der in einem Gespräch mit einem von den Ermittlungsbehörden eingeschalteten Helfer zu den Tatvorwürfen Stellung nehme, äußere sich nicht aufgrund von Zwang, sondern tue dies freiwillig. Die "Freiheit von Irrtum" falle nicht in den Anwendungsbereich des Grundsatzes. Dann operierte der Große Senat gleichwohl wegen der "Nähe" zur Selbstbelastungsfreiheit mit der in erster Linie ergebnisorientierten Konstruktion eines "Beinahe-Verstoßes" gegen die Freiheit von Selbstbelastungszwang und nahm ein eingeschränktes Beweisverwertungsverbot an, so dass der Inhalt von Gesprächen zur Aufklärung von Straftaten von erheblicher Bedeutung verwertet werden durfte.¹⁰

Demgegenüber hatte der EGMR im Jahr 2002 festgestellt, dass die durch Art. 6 EMRK geschützte Selbstbelastungsfreiheit nicht auf Fälle beschränkt sei, in denen der Beschuldigte Zwang widerstehen müsse oder in denen sein Wille in irgendeiner Weise direkt überwunden werde. Die Selbstbelastungsfreiheit garantiere prinzipiell die Freiheit, zu entscheiden, ob man in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen wolle. Sie werde effektiv unterlaufen, wenn die Behörden in Fällen, in denen sich die Beschuldigten zum Schweigen entschieden haben, eine Täuschung anwendeten, um Eingeständnisse zu "entlocken", die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten. In solchen Fällen sei ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen.¹¹

Fortentwicklung der Hörfallenentscheidung

Dieser Rechtsprechung des EGMR zu folgen kann oder will sich der Dritte Strafsenat nicht entscheiden, um eine erneute Vorlage beim Großen Senat zu vermeiden.¹² Die Rechtsprechung des EGMR könne allerdings "Anlass zur Prüfung geben, ob an der - anscheinend restriktiveren - Bestimmung der Reichweite des nemo-tenetur-Prinzips durch den Großen Senat für Strafsachen festgehalten werden kann." Diese Frage konnte vorliegend auf Grund der Besonderheiten des Falls dahinstehen, da der Dritte Senat meinte, auch ohne Rückgriff auf die Rechtsprechung des EGMR zu einem Beweisverwertungsverbot zu gelangen: Wenn der Beschuldigte mitteile, dass er von seinem Schweigerecht Gebrauch machen wolle, so verdichte sich der allgemeine Schutz, den ihm der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit biete, in der Weise, dass die Strafverfolgungsbehörden das Schweigerecht zu respektieren haben. "Mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist es jedenfalls nicht vereinbar, dem Beschuldigten, der sein Schweigerecht in Anspruch genommen hat, in gezielten, vernehmungähnlichen Befragungen, die auf die Initiative der Ermittlungsbehörden ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt werden (...) selbstbelastende Angaben zur Sache zu entlocken." Unter Rückgriff auf eine Formulierung des EGMR stellt der BGH fest, dass die besonders intensive Befragung durch den VE im vorliegenden Fall zur Folge hatte, dass sich "das Gespräch als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung" darstellte. Hinzu sei gekommen, dass die "besonderen Belastungen der Haftsituation" ausgenutzt wurden, so dass durch den VE eine "besondere Zwangssituation" verursacht wurde, deren Instrumentalisierung auch nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH einen Verstoß gegen die Freiheit von "Zwang" zur Selbstbelastung darstelle und ein Beweisverwertungsverbot zur Folge habe.



Foto: naladans

- 1 BGH, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2007, 3138.
- 2 Vgl. Schroeder, Friedrich-Christian, *Strafprozessrecht*, 2007, 17 f.
- 3 Krit. Albrecht, Peter-Alexis, *Kriminologie*, 3. Aufl. 2005, 171 f.
- 4 Vgl. Hassemer, Winfried: Die "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege", in: Lüderssen, Klaus (Hrsg.), *V-Leute*, 1985, 71 ff.
- 5 Z. B. Rzepka, Dorothea, *Zur Fairness im Deutschen Strafverfahren*, 2000, 426 f.
- 6 Vgl. Meyer-Goßner, Lutz, *StPO*, 2007, § 110a Rn. 5; Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 1998, 62.
- 7 BGHSt 42, 139 (145); dem folgend: Ellbogen, Klaus, *Grenzen verdeckter Ermittlungen und das nemo-tenetur-Prinzip*, *Kriminalistik* 2006, 544, 545 f.; Wesslau, Edda, *Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 110 (1998), 1 (7).
- 8 BGHSt 42, 139 (147).
- 9 Ellbogen, *Kriminalistik* 2006, 544 (547); Wesslau, *ZStW* 110 (1998), 1, 18, 37.
- 10 BGHSt 42, 139, 156 f.; krit. Albrecht, *Kriminologie*, 171 f.; Wesslau, *ZStW* 110 (1998), 1, 15 f.
- 11 EGMR, *Strafverteidiger (StV)* 2003, 257 (259) m. Anm. Gaede, Karsten.
- 12 Vgl. auch Jahn, Matthias, Anm. zum Fall, *Juristische Schulung* 2007, 1146 (1147).

Kein Verwertungsverbot

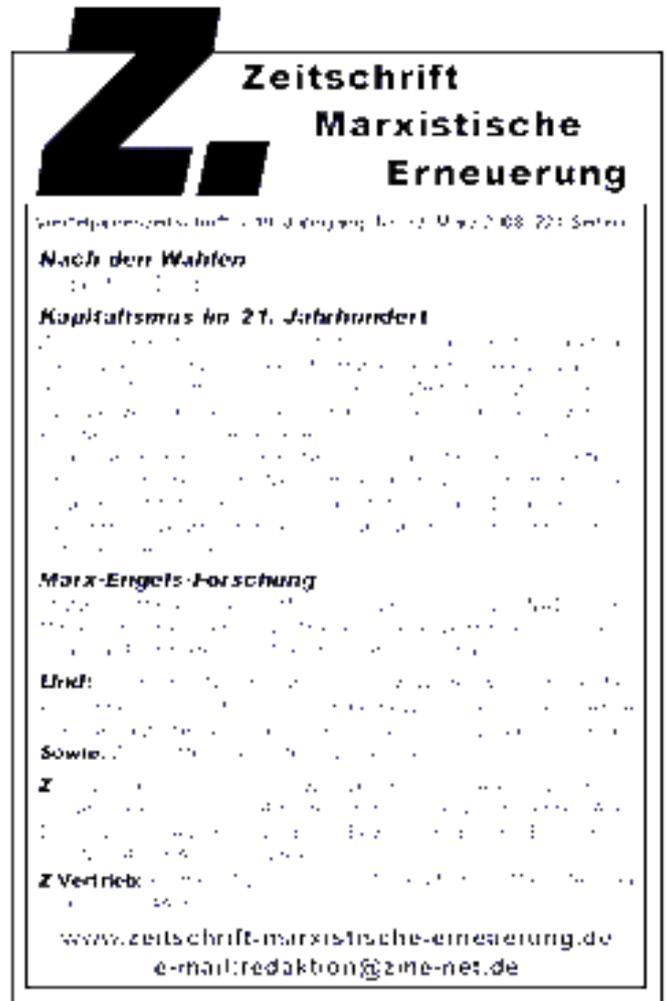
Da der BGH von der grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit der Täuschung von Beschuldigten durch VE ausgeht, hängt die Frage, ob die durch den Einsatz von VE gewonnenen Beweise verwertet werden dürfen, von den jeweiligen Gesamtumständen des Einzelfalls ab: Äußerungen, die der Beschuldigte von sich aus gegenüber dem VE tätigt, sind verwertbar. Niemand kann - und dies ist auch die Auffassung des EGMR - davor sicher sein, dass die leichtfertige Mitteilung oder gar die Prahlerie mit schweren Straftaten gegenüber Dritten, nicht zu einer Strafanzeige führt.¹³ Auch darf ein vom VE belauschtes Gespräch Dritter in die Hauptverhandlung eingeführt werden,¹⁴ soweit hierbei die Vorgaben des BVerfG zum Schutz der (räumlichen) Privatsphäre beachtet werden.

Über kurz oder lang wird der BGH jedoch nicht daran vorbeikommen, die Rechtsprechung des EGMR zu übernehmen. Nimmt man die Verfahrensrechte der am Strafverfahren Beteiligten ernst, kann die Konsequenz nur ein weitreichender Umgehungsschutz sein. Mit gewichtigen Gründen wird z. T. angenommen, dass VE überhaupt keine Fragen an Beschuldigte richten dürfe, die von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen¹⁵. Eine solch weitreichende Konsequenz ist allerdings noch nicht einmal der Rechtsprechung des EGMR zu entnehmen¹⁶ und lässt sich wohl auch nicht aus der Freiheit von Selbstbelastungszwang ableiten: Unvermittelte - auch bohrende - Fragen von den Beschuldigten nicht nahe stehenden Personen werden deren Freiheit der Willensbildung und Betätigung, wenn nicht besondere Umstände wie die psychischen Belastungen von Untersuchungshaft hinzukommen, wohl nicht ernsthaft tangieren. Sachgerechter erscheint es, mit dem EGMR auf die "Art der Beziehung zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten" und vor allem darauf abzustellen, ob durch den VE psychischer Druck erzeugt oder ausgenutzt wird, der so stark ist, dass Beschuldigte in ihrer Freiheit, das verdeckte staatliche Informationsbegehren zurückzuweisen, mehr als nur unerheblich beeinträchtigt werden. Eine solche Situation liegt etwa vor, wenn VE eine vermeintliche Vertrauensbeziehung instrumentalisieren. Im Rahmen von Vertrauensbeziehungen fühlen sich die KommunikationspartnerInnen verpflichtet, auch unangenehme Fragen zu beantworten, da ihnen an der Aufrechterhaltung der Beziehung gelegen ist. Durch den sozialen Druck, die Fragen von vermeintlich sehr guten FreundInnen, LebenspartnerInnen etc. zu beantworten, wird von VE ein einer Vernehmung weitgehend entsprechendes Äquivalent geschaffen, so dass von einer "vernehmungähnlichen Situation" gesprochen werden muss. Die den Beschuldigten in einer solchen Situation entlockten Antworten unterliegen einem Verwertungsverbot.

Schritte in die richtige Richtung

Akzeptiert man die grundsätzliche Legitimität des Instituts des VE, so verdient die Entscheidung weitgehende Zustimmung. Hervorhebungswürdig ist insbesondere, dass der BGH die Freiheit von Selbstbelastungszwang als "Grundprinzip eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens" keiner Abwägung unterzieht und vorliegend - auch bei einem Tötungsvorwurf - zu einem Beweisverwertungsverbot gelangt. Der BGH belehrt diejenigen eines Besseren, die Spannungen des Einsatzes VE mit der Freiheit von Selbstbelastungszwang negiert haben.¹⁷ Gab es in der Vergangenheit durchaus Anlass, die restriktive Annahme von Beweisverwertungsverboten durch den BGH zu kritisieren,¹⁸ so bleibt zu hoffen, dass sich in Zukunft ein bürgerrechtsfreundlicher Umgang mit verdeckten Ermittlungen durchsetzen wird. Da die

Anzeige



deutsche Rechtsprechung eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten ablehnt¹⁹ so dass aus unzulässigen Beweisgewinnungen gleichwohl verwertbare Beweise gewonnen werden können, besteht allerdings weiterhin die Gefahr, dass VE versuchen, das Schweige- oder Zeugnisverweigerungsrecht der Betroffenen zu umgehen.

Tobias Mushoff lebt in Bielefeld und freut sich über Anregungen und Kritik.

13 Renzikowski, Joachim, Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung, *Juristenzeitung (JZ)* 1997, 710 (717); vgl. auch: Gaede, *StV* 2003, 260 (261).

14 Renzikowski, *JZ* 1997, 710 (717).

15 Hilger, Hans, Verdeckte Ermittler, V-Leute, in: Ebert, Udo u.a. (Hrsg.), *FS für Ernst-Walter Hanack*, 1999, 207 (215).

16 Vgl. EGMR, *StV* 2003, 259 (260) u. Gaede, *StV* 2003, 260 (261).

17 Z. B. Krey, Volker, Kriminalitätsbekämpfung um jeden Preis?, in: Hirsch, Hans-Joachim u.a. (Hrsg.), *FS für Günter Kohlmann*, 2003, 627 (643).

18 Vgl. Lüderssen, Klaus, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess, in: Roxin, Claus u.a. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, Band IV, 2000, 910.

19 BGHSt 32, 68 (71).