

Schriften zum Strafrecht

Heft 223

Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei

Informelle Informationserhebung
und Selbstbelastungsfreiheit

Von

Tobias Mahlstedt



Duncker & Humblot · Berlin

TOBIAS MAHLSTEDT

Die verdeckte Befragung des Beschuldigten
im Auftrag der Polizei

Schriften zum Strafrecht

Heft 223

Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei

Informelle Informationserhebung
und Selbstbelastungsfreiheit

Von

Tobias Mahlstedt



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Regensburg hat diese Arbeit
im Jahre 2011 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2011 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-13648-3 (Print)
ISBN 978-3-428-53648-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-83648-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Pia

„Es ist besser, daß Ungerechtigkeiten geschehen, als
daß sie auf eine ungerechte Weise gehoben werden.“

Johann Wolfgang v. Goethe

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2010/11 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation zugelassen. Die bis einschließlich Dezember 2010 publizierte Literatur und Judikatur ist eingearbeitet.

Meinem fachlich wie persönlich außerordentlich geschätzten Doktorvater Herrn Professor Dr. Tonio Walter danke ich sehr herzlich dafür, dass er die Fertigstellung der Dissertation engagiert gefördert hat. Bei Herrn em. Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder bedanke ich mich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinem Freund und Kollegen Herrn Rechtsanwalt Dr. Rainer M. Christmann danke ich für seine ausdauernde und äußerst wertvolle Hilfe beim Redigieren und Formatieren.

Das Thema meiner Arbeit hat mich nicht zuletzt aufgrund seiner Praxisnähe von Beginn an gefesselt – obschon es nicht immer einfach war, diese Begeisterung auch kontinuierlich wissenschaftlich umzusetzen, da es zugleich galt, mir eine eigene wirtschaftliche Existenz aufzubauen. Am Ende ist beides geglückt, worüber ich mich sehr freue.

Ich bin mir sicher, dass die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei Rechtswissenschaft und Rechtsprechung auch weiterhin nachhaltig beschäftigen wird. Meine Arbeit kann hier nur eine Zäsur sein; die weitere Entwicklung werde ich aber mit großem Interesse verfolgen.

Schließlich danke ich an dieser Stelle meiner Frau Pia von ganzem Herzen, dass sie in wahrhaft schweren und stürmischen Zeiten nicht von Bord gegangen ist und mich auf meinem Weg so gut es ging unterstützt und begleitet hat – ihr widme ich diese Arbeit in Liebe.

Berlin, im Mai 2011

Tobias Mahlstedt

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
I. Zur Bedeutung des Themas	23
II. Überblick über die maßgeblichen Rechtsfälle	26
III. Ziel und Gang der Untersuchung	28

Erstes Kapitel

Grundlagen

§ 1 Die rechtshistorische Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit	30
I. Die peinliche Gerichtsordnung und der Inquisitionsprozess	30
II. Der reformierte deutsche Strafprozess	31
III. Die Reichsstrafprozessordnung von 1877	33
IV. Nationalsozialismus und Vereinheitlichungsgesetz	34
V. Das StPÄG von 1964	35
§ 2 Grundzüge der Rechtsprechung des BGH zur Selbstbelastungsfreiheit ...	36
I. BGHSt. 38, 214 (5. Strafsenat)	36
II. BGHSt. 39, 335 (2. Strafsenat)	39
III. Anfrage- und Vorlagebeschluss (5. Strafsenat)	41
IV. BGHSt. 42, 139 (Großer Senat für Strafsachen)	42
V. BGHSt. 52, 11 (3. Strafsenat)	45
§ 3 Grundzüge der Rechtsprechung des EGMR zur Selbstbelastungsfreiheit ..	46
I. Die Entscheidung des EGMR vom 05.11.2002 (Fall Allan)	46
II. Die Entscheidung des EGMR vom 10.03.2009 (Fall Bykov)	48

Zweites Kapitel

Beweisverwertungsverbot aufgrund von § 136 StPO?

§ 1 Grundlagen der offenen Beschuldigtenbefragung	50
I. Der Begriff der Vernehmung	51
II. Der Zweck der Vernehmung	52
§ 2 Informelle Informationserhebungen als Verstoß gegen § 136 StPO	56
I. Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns	56

II.	Stellungnahme	57
§ 3	Informelle Informationserhebungen als Umgehung von § 136 StPO	61
I.	Die Unzulänglichkeit isolierter Normbetrachtung	61
II.	Der Grundsatz „Nemo tenetur se ipsum accusare“	62
	1. Die Menschenwürdegarantie als Grundlage der Selbstbelastungs- freiheit	63
	a) Naturrechtlicher Begründungsansatz	64
	b) Schutz des sozialen Geltungsanspruchs	66
	c) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	69
	aa) BVerfGE 56, 37 („Gemeinschuldnerentscheidung“)	69
	bb) Die Verkehrsunfallflucht nach Maßgabe von BVerfGE 56, 37	70
	d) Schutz der personalen Entschließungsfreiheit	71
	e) Schutz der Prozesssubjektivität	75
	2. Verfahrenslegitimatorischer Begründungsansatz (Lesch und Pawlik)	77
	3. Schutz der Eigenverantwortlichkeit (Ransiek)	80
	4. Selbstbelastungsfreiheit als Wissensschutz (Reiß)	82
III.	Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	86
	1. Zum Bestand dieses Rechts im Strafverfahren	86
	2. Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit als Informationsbeherr- schungsrecht	87
	3. Der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestim- mung	88
IV.	Informelle Informationserhebungen als Eingriff in dieses Recht	90
	1. Zur Zurechnung des Verhaltens Privater zum Staat	90
	a) Maßgebliche Zurechnungsdogmatik	90
	b) EMRK als Maßstab – das Urteil des EGMR im Fall M.M. vs. Niederlande	93
	2. Zur Eingriffsrelevanz vermeintlich privaten Verhaltens	94
	a) Die Zielgerichtetheit der Informationserhebung	94
	b) Zum Erfordernis der Aktivität	95
	aa) BGHSt. 40, 211 („Sedlmayr-Fall“) – Umgehung der §§ 52, 252 StPO?	96
	bb) BGHSt. 53, 294 („Haftbesuchsraum-Fall“)	98
	c) Die Dauer der Ausforschung	99
	d) Grundrechtsverzicht/Überprüfung des Schutzbereichs	100
	3. Zwischenergebnis	101
V.	Schutz vor hoheitlicher Instrumentalisierung als Grundlage der Selbst- belastungsfreiheit	101
VI.	Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK – Zwang oder Täuschung?	104
	1. Die Urteile des EGMR in den Fällen Allan und Bykov	104

2. Die Bedeutung dieser Urteile für das nationale Recht	107
a) BGHSt. 52, 11 („Mallorca-Fall“)	109
b) BGHSt. 53, 294 („Haftbesuchsraum-Fall“)	110
c) Die „Zweithörer-Fälle“ Nr. 1 bis 3 und die „U-Haft-Fälle“ Nr. 4 bis 6	111
VII. Der Nemo-tenetur-Grundsatz – ein absoluter, unbeschränkbarer Rechts- satz?	112
VIII. Zwischenergebnis	122
IX. Keine unmittelbare Anwendung von § 136 StPO	122
X. Analoge Anwendbarkeit von § 136 StPO	123
1. Erste Voraussetzung: Das Vorliegen einer Regelungslücke	124
2. Zweite Voraussetzung: Die Planwidrigkeit der Regelungslücke – § 136 StPO als „Fundamentalnorm“ der Selbstbelastungsfreiheit?	125
a) Der Zweck der Belehrung gemäß § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO	126
aa) BGHSt. 38, 214	127
bb) BGHSt. (GrS) 42, 139	130
cc) Anfrage- und Vorlagebeschluss	132
b) Folgerungen für § 136 StPO	133
§ 4 Ergebnis	137

Drittes Kapitel

Beweisverwertungsverbot aufgrund von § 136a StPO? 138

§ 1 Keine unmittelbare Anwendung von § 136a StPO	138
§ 2 Analoge Anwendbarkeit von § 136a StPO	139
I. Erste Voraussetzung: Das Vorliegen einer Regelungslücke	139
II. Zweite Voraussetzung: Die Planwidrigkeit der Regelungslücke – § 136a StPO als „Fundamentalnorm“ der Selbstbelastungsfreiheit?	139
1. Der Schutzzweck von § 136a StPO	142
a) Gewährleistung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit	142
b) Gewährleistung wahrheitsgemäßer Tatsachenfeststellung	142
c) Stellungnahme	142
2. Anwendungsverhältnis der §§ 136, 136a StPO	146
a) Normative Begründung der Selbstbelastungsfreiheit in § 136a StPO	146
b) Erfordernis eines subjektiven Elements für § 136a StPO	147
3. Beschränkung der analogen Anwendung auf vernehmungsfähnliche Situationen?	149
a) Die „Zweithörer-Fälle“	150
b) Die „U-Haft-Fälle“	150

aa) Fall Nr. 4 – BGHSt. 34, 362	150
bb) Fall Nr. 5 – BGH, NJW 1989, 843	151
cc) Fall Nr. 6 – BGHSt. 44, 129	152
c) Stellungnahme	153
4. Folgerungen für § 136a StPO	155
a) Verschiedenartigkeit des Vernehmungsbegriffs der §§ 136, 136a StPO	155
b) Zurechnung bei staatlicher Veranlassung	156
c) Zurechnung bei staatlicher Duldung	158
5. Zwischenergebnis	160
§ 3 Tatbestandsmerkmal der Täuschung	160
I. Ausdrückliche Täuschung	161
II. Konkludente Täuschung	161
1. Formelle Informationserhebungen	161
a) Die Situation der Beschuldigtenbefragung	162
aa) Vernehmungsunterbrechungen	162
bb) Der „Metzgereihund-Fall“	162
cc) „Inoffizielle“ Vor- und Nachgespräche	162
b) Die Situation der „Stimmenfalle“	163
aa) Fall Nr. 10 – BGHSt. 34, 39	164
bb) Fall Nr. 11 – BGHSt. 40, 66	165
c) BGHSt. 53, 294 („Haftbesuchsraum-Fall“)	167
d) Zwischenergebnis	168
2. Informelle Informationserhebungen	168
a) Auslegungsmaßstab: Schutz staatlichen Ansehens	168
aa) Gewährleistung verfahrensrechtlicher Legitimität als Norm- funktion	169
bb) Die Disziplinierungsfunktion	170
cc) Zwischenergebnis	171
b) Das Diktum von der „bloßen Heimlichkeit“	171
c) Tatsächlicher Bezugspunkt der Täuschung: Die Verschleierung der unmittelbar beweisrechtlichen Relevanz der Befragung	173
aa) Die U-Haft-Fälle	173
(1) Fall Nr. 4	173
(2) Fall Nr. 5	174
(3) Fall Nr. 6	175
bb) Die „Zweithörer-Fälle“	176
d) Normative Zurechnung der Täuschung: Die Berechtigung des Vertrauens in die Legitimität staatlicher Strafverfolgungsmaß- nahmen	176
aa) Legitimation, Ermächtigungsgrundlage	177

(1) Erforderlichkeit gesetzlicher Legitimierung	177
(2) Erforderlichkeit spezialgesetzlicher Legitimierung	178
(3) Vergleich zur polizeilichen Beobachtung, § 163e StPO	179
(4) Keine Analogie der §§ 110a ff. StPO	180
(5) Zwischenergebnis	180
bb) Einwilligung, Grundrechtsverzicht	180
(1) BVerfGE 106, 28 („Hörfalle“)	181
(2) Art. 10 Abs. 1 GG	182
cc) Ausschluss aufgrund allgemeinen Lebensrisikos	183
dd) Rechtsstaatliche Vertraulichkeitsvermutung	183
(1) Rechtsbetroffenheit durch §§ 100a ff. StPO	183
(2) BGHSt. 33, 217 („Aufscheuch-Fall“)	186
ee) Vertrauensschutz und Instrumentalisierung	188
III. Täuschung durch Unterlassen	193
1. Unterlassene Handlungen trotz bestehender Rechtspflichten	193
a) § 136 Abs. 1 S. 1 StPO	193
b) § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO	193
c) Informativische Befragungen	194
2. Unterlassene Tatsachenaufklärung	195
IV. Ergebnis	195
§ 4 Beeinträchtigung der Willensentschließung und Willensbetätigung	195
I. Forderung nach restriktiver Auslegung	196
1. Art. 1 Abs. 1 GG	196
2. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	199
3. §§ 100 ff. StPO, §§ 110a ff. StPO	199
II. Der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit als Schutzzweck von § 136a StPO	200
1. Normauslegung	200
a) Grammatische Auslegung	200
b) Systematische Auslegung	201
c) Gesetzgeberische Motive/Entstehungsgeschichte	203
d) Teleologische Auslegung	204
2. Beeinträchtigung bei formellen Informationserhebungen	204
a) Ausdrückliche Täuschung	204
aa) OLG Köln MDR 1972, 965	204
bb) BGHSt. 37, 48 („Leichenfund-Fall“)	205
cc) OLG Hamburg, MDR 1976, 601	205
dd) Zwischenergebnis	206
b) Konkludente Täuschung	206
aa) Die Situation „inoffizieller“ Vor- und Nachgespräche	206

bb) Die Situation der „Stimmenfalle“	206
cc) BGHSt. 53, 294 („Haftbesuchsraum-Fall“)	209
dd) Zwischenergebnis	210
c) Täuschung durch Unterlassen	210
aa) § 136 Abs. 1 S. 1 StPO	210
bb) § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO	210
cc) Informativische Befragungen	211
dd) Zwischenergebnis	212
3. Beeinträchtigung bei informellen Informationserhebungen	212
a) Übertragung der Ergebnisse/Maßgeblichkeit der Auslegungs- kriterien	212
b) Das Diktum vom Erfordernis reduzierter Verhaltensmöglich- keiten	212
c) Auslegung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK durch den EGMR	215
d) Das Diktum von der Freiwilligkeit eigenen Handelns	218
e) Verdeckt polizeiliches Vorgehen abseits der §§ 110a ff. StPO ...	220
f) Konsequenzen für den Einsatz Verdeckter Ermittler	221
g) Systematische Einwände	224
h) Zwischenergebnis	226
4. Beschränkungen des Täuschungsverbots	227
a) Die Situation bereits abgelehnter Mitwirkung	227
b) Die Situation stofflich fixierter Selbstbelastung	228
c) Kriminalpolitisch motivierte Beschränkungen	228
§ 5 Ergebnis	230

Viertes Kapitel

Grenzen der Zulässigkeit im GG und in der EMRK	231
§ 1 Zur Erforderlichkeit spezialgesetzlicher Regelung	231
§ 2 Rechtsstaatliche Grunderwägungen	233
§ 3 Grenzen aus Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK (Fälle Nr. 4 und Nr. 6)	234
§ 4 Grenzen aus Art. 1, 2 Abs. 1 GG, Art. 6, 8 Abs. 1 EMRK (Fall Nr. 7)	236
§ 5 Grenzen aus dem rechtsstaatlichen Strukturprinzip des § 136 StPO (Fälle Nr. 10 und Nr. 11)	236
I. Täuschung durch Unterlassen	237
II. Aufklärungspflicht aus Art. 20 Abs. 3 GG	238
§ 6 Verfassungsrechtliche Grenzen der Legitimierbarkeit (Fälle Nr. 1 bis Nr. 3)	239
I. Der organisationsrechtliche Gesetzesvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG ..	239

II. Anwendbarkeit von Art. 33 Abs. 4 GG	239
III. Regelungsgegenstand der „hoheitlichen Befugnisse“ (Art. 33 Abs. 4 GG)	240
IV. Das „Regel-Ausnahme-Prinzip“ in Art. 33 Abs. 4 GG	241
§ 7 Ergebnis	243
Schluss	244
Ergebnisse/Thesen	245
Literaturverzeichnis	248
Sachwortverzeichnis	268

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AK/StPO	Alternativ-Kommentar zur Strafprozessordnung
Alt.	Alternative
a. M.	am Main
Angekl.	Angeklagte(r)
Anm	Anmerkung, Anmerkungen
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
ASP	Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Besch.	Beschuldigte(r)
Bespr.	Besprechung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BgVerf.	Verfassung des Landes Brandenburg
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drucks.	Drucksache des Bundestages (die erste Zahl bezeichnet die Wahlperiode)

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerfSchG	Bundesverfassungsschutzgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des BVerwG
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer und Recht
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dt. BT	Deutscher Bundestag
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f.	folgende (Seite, Randnummern)
ff.	fortfolgende (Seiten, Randnummern)
FG	Festgabe/Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GK	Große Kammer
GrS	Großer Senat
GS	Gedenkschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Habil.	Habilitation
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
HSOG	Hessisches Gesetz über Sicherheit und Ordnung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung

i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
JA	Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht (Berlin)
KK/StPO	Karlsruher Kommentar zur StPO und zum GVG
KMR/StPO	Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur StPO
KO	Konkursordnung
Kriminalistik	Kriminalistik, Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Lfg.	Lieferung
lit.	litera
LK/StGB	Leipziger Kommentar zum StGB
LR/StPO	Löwe-Rosenberg, Kommentar zur StPO und zum GVG
m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MünchKommStGB	Münchener Kommentar zum StGB
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RGSt.	Reichsgericht in Strafsachen
RiStBV	Richtlinien über das Straf- und Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer(n)
S.	Satz/Seite
SächsVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen
sc.	scilicet
SK/StPO	Systematischer Kommentar zur StPO
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung

str.	streitig
StraFO	Strafverteidiger Forum
StV	Der Strafverteidiger
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	vom
Var.	Variante
VE	Verdeckter Ermittler
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
vs.	versus
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z. B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Die Abkürzungen folgen weitgehend den Empfehlungen aus dem „Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache“ (Kirchner, Hildebert), 6. Aufl., Berlin u. a. 2008.

Einleitung

I. Zur Bedeutung des Themas

Die entscheidenden Weichen für den Ausgang eines Strafverfahrens werden im Ermittlungsverfahren gestellt.¹ Diese Feststellung trägt vor allem den in Art und Umfang beträchtlich ausgedehnten Methoden verdeckter Ermittlungen der Strafverfolgungsorgane Rechnung, die sich als Reaktion auf eine qualitativ veränderte Verbrechenstendenz und einen gewachsenen technischen Ermittlungsfortschritt verstehen. Insbesondere die durch die Ermittlungsbehörden vom Beschuldigten unter Ausnutzung seiner Ahnungslosigkeit selbst erlangten Informationen sind es, die seiner Verteidigung wenig Spielraum lassen und frühzeitig das Ergebnis der Hauptverhandlung determinieren. Der Beschuldigte wird dabei gleichsam zum Werkzeug seiner eigenen Überführung gemacht, handelt es sich doch naturgemäß um solche Erkenntnisse, die er in einer offenen Befragung nicht mitteilen würde oder deren Preisgabe er bereits ausdrücklich verweigert hat. Das Instrumentarium zur Selbstüberführung ist reichhaltig; neben einer Vielzahl an technischen Möglichkeiten zur Ausforschung des Beschuldigten ist es vor allem eine Methode, die zur Aufklärung von Straftaten verstärkt und effektiv zum Einsatz kommt: Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei.

Dabei geht es um Fälle, in denen ein (auch inhaftierter) Beschuldigter von einer Privatperson auf Veranlassung oder zumindest mit Billigung einer staatlichen Stelle zu repressiven Zwecken befragt wird und in einem (persönlichen oder fernmündlichen) Gespräch selbstbelastende Äußerungen macht. Deren Inhalt wird sodann, wie von den Ermittlern von vornherein bezweckt, durch die Vernehmung der Privatperson bzw. desjenigen Polizeibeamten, der ein fernmündliches Gespräch mittels eines Zweithörers angehört hat, in das Strafverfahren eingeführt.² Ebenfalls angesprochen sind hiermit die Konstellationen der verdeckten Ausforschung von Zeugen sowie der heimlichen Stimmprobenerlangung.

Gesetzliche Vorschriften zur Zulässigkeit verdeckter Beschuldigtenbefragungen enthält die StPO mit den §§ 110a ff. allenfalls zum Einsatz Verdeckter Er-

¹ Richtungsweisend *Peters*, Fehlerquellen (Bd. II), 195; vgl. auch *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 501.

² Nicht übernommen wird der geläufige Begriff der „Hörfalle“, da dieser – ursprünglich nur täuschendes Verhalten in einer oder im Anschluss an eine Vernehmung kennzeichnend – mittlerweile auf eine Vielzahl problematischer Sachverhalte polizeilicher Informationsgewinnung uneinheitlich angewandt wird, vgl. insoweit *Diemer*; KK/StPO, § 136a, Rn. 6; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 29.

mittler, wohingegen die quantitativ weitaus häufigere Inanspruchnahme von Privatpersonen gesetzlich nicht geregelt ist. Lediglich in den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) finden sich hierzu Normen. Nach deren Begriffsbestimmung handelt es sich bei einer V-Person um eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, während ein Informant nur im Einzelfall bereit ist, den Strafverfolgungsbehörden Informationen zu geben.³ Auf Regelungen über die staatliche Inanspruchnahme von sogenannten Augenblicks- bzw. Gelegenheitshelfern hat der Gesetzgeber ebenfalls verzichtet. Auch hierbei handelt es sich um Privatpersonen, deren sich die Ermittlungsbehörden für kurze Zeit in besonderer Situation bedienen, um über einen bestimmten Beschuldigten Informationen zum Zwecke der gegen ihn betriebenen Strafverfolgung zu erlangen.

Eine besondere Gesetzesgrundlage für die verdeckte Befragung des Beschuldigten durch Privatpersonen im Auftrag der Polizei besteht also nicht. Weder gelten beschränkte Anordnungs Kompetenzen noch eine Begrenzung auf bestimmte Straftaten oder ein Subsidiaritätserfordernis,⁴ nach dem etwa zu verlangen wäre, dass andere Maßnahmen zur Straftataufklärung aussichtslos oder aber wesentlich erschwert wären. So sind es denn auch vor allem das Recht des Beschuldigten auf Selbstbelastungsfreiheit und die dieses Recht flankierenden Schutzvorschriften der §§ 136, 136a StPO,⁵ die der Rechtmäßigkeit verdeckter Befragungen Grenzen setzen, wobei der Verlauf dieser Grenzen weithin ungeklärt und umstritten geblieben ist.

So hat der EGMR den Anwendungsbereich des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Urteil aus dem Jahr 2002 unter Anordnung eines strafprozessualen Beweisverwertungsverbots auf die verdeckte Befragung des Beschuldigten durch eine Privatperson erstreckt⁶ und sich damit in grundlegenden Rechtsfragen zu der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH aus dem Jahr 1996 in Widerspruch gesetzt, der zufolge der Anwendungsbereich des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit auf formelle Vernehmungen begrenzt ist.⁷ Im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR steht nunmehr ein Urteil des BGH aus dem Jahr 2007, wonach auch ein Verdeckter Ermittler den Beschuldigten in seinem

³ „Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung“, in: RiStBV, Anlage D, I. 2. (abgedruckt in *Meyer-Goßner*: Anhang Nr. 12).

⁴ So etwa § 110a I 3, 4 StPO für den Einsatz Verdeckter Ermittler.

⁵ Im Folgenden sind, soweit nicht gesondert gekennzeichnet, die Vorschriften im Anwendungsbereich gemeint, wie er i. V. m. § 163 a I, IV StPO vorgegeben ist.

⁶ EGMR, Urteil v. 05.11.2002, Az. 48539/99 (= StV 2003, 257) – Fall *Allan vs. Großbritannien*.

⁷ BGHSt. (GrS) 42, 139 (sogenannter „Hörfallenbeschluss“).

Recht auf Selbstbelastungsfreiheit verletzen kann, so dass dieses Recht also gerade nicht auf formelle Befragungen beschränkt ist.⁸

Die weitreichende Divergenz dieser höchstrichterlichen Judikate in der bedeutsamen Frage, ob und inwieweit der Schutz vor unbeabsichtigter Selbstbelastung auf (offene) Vernehmungen und Zwangseinwirkung zu begrenzen ist, verdeutlicht die ungebrochene Aktualität dieses Themenfeldes. Immerhin erklärt der BGH in dem besagten Urteil aus 2007 mit Blick auf verdeckte Befragungen des Beschuldigten selbst: „Über Inhalt und Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Einzelnen besteht – zwischen Literatur und Rechtsprechung aber auch innerhalb der Rechtsprechung – noch keine Einigkeit.“⁹ Die zentrale Frage, um die es auch in dieser Untersuchung geht, lautet: Unterliegen die selbstbelastenden Äußerungen, die ein Beschuldigter in einer solchen Befragung macht, einem Beweisverwertungsverbot, und woraus kann es sich gegebenenfalls ergeben?

Obschon es in der Literatur an wissenschaftlichen Befassungen mit dem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit nicht mangelt,¹⁰ steht eine monografische Aufarbeitung der hier zu untersuchenden Thematik weiterhin aus. Dabei besteht das erhebliche theoretische und praktische Interesse umso mehr, als sämtliche auf Verletzung dieses Rechts gestützten Verfassungsbeschwerden zum Rechtsfragenkreis „polizeilich veranlasste heimliche Befragung durch hilfsbereite Auskunftsperson“ vom BVerfG aus formalen Gründen, nämlich wegen unzureichend dargelegter Grundrechtsverletzung, nicht zur Entscheidung angenommen wurden, so dass verfassungsrechtlich aussagekräftige und bindende Entscheidungen bislang nicht ergangen sind.¹¹

Die für das Ermittlungsverfahren zu beobachtende Auflösung eines liberal-freiheitlichen Vorverständnisses¹² birgt gerade für das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit die Gefahr, dass es einiges von der ihm früher attestierten „prozessualen Binsenweisheit“¹³ verliert. Da dem kriminalistischen Erfolg einer Ermitt-

⁸ BGHSt. 52, 11; ebenso im Anschluss BGH, NStZ 2010, 527; BGH, NStZ 2009, 343.

⁹ BGHSt. 52, 11 (17); ebenso *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (ebd.): „Das Problem der Zulässigkeit verdeckter Befragungen des Beschuldigten kommt nicht zur Ruhe.“

¹⁰ Grundlegend: *Rogall*: „Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst“ (1977); aus jüngerer Zeit *Eidam*: „Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts“ (2007), *Verrel*, „Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren“ (2001), *Bosch*, „Aspekte des Nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht“ (1998).

¹¹ BVerfG, NJW 2000, 3556 f. (zu BGHSt. [GrS] 42, 139, zu BGHSt. 40, 211 und zu BGHSt. 39, 335).

¹² Vgl. *Albrecht*, Die vergessene Freiheit (2003); vgl. auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 69, Rn. 1 ff.; *Wolter*, GA 1999, 158 ff.

¹³ *Eser*, Kolloquium, 151; *Niese*, ZStW 63 (1951), 199 (219).

lungsmaßnahme für sich betrachtet kein Rechtswert zukommt,¹⁴ ist zugleich die grundsätzliche Frage aufgeworfen, inwieweit die Rechtsstellung des Beschuldigten angesichts einer gewandelten Wirklichkeit des Strafverfahrens insgesamt der Neukonstituierung bedarf. Denn obschon die Erforschung der Wahrheit das zentrale Ziel des Strafverfahrens ist,¹⁵ zeigt die Geschichte der Strafrechtspflege auch, dass nach rechtsstaatlichen Maßstäben eine bedingungslos betriebene Sachverhaltsaufklärung nicht legitim sein kann.

II. Überblick über die maßgeblichen Rechtsfälle

Die Varianten verdeckter Beschuldigtenbefragungen – im Folgenden auch als informelle Informationserhebungen gekennzeichnet – sind vielgestaltig. Dies verdeutlichen die nachstehenden Sachverhalte, die die Gerichte und die Strafprozessrechtswissenschaft in den letzten Jahren nachhaltig beschäftigt haben und die Grundlage dieser Untersuchung sind. Dabei werden im Folgenden die *Fälle Nr. 1 bis Nr. 3* aufgrund der ihnen zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellationen auch als „Zweithörer-Fälle“, die *Fälle Nr. 4 bis Nr. 6* auch als „U-Haft-Fälle“ begrifflich zusammengefasst.

- *Fall Nr. 1*¹⁶ („Mitschnitt-Fall“)

Der Zeuge Y wird von dem später angeklagten X aufgefordert, ihm bei einer Straftat behilflich zu sein. Y, der bereits seit Jahren als V-Mann tätig ist, geht zum Schein auf dieses Ansinnen ein. Im Einvernehmen mit dem Polizeibeamten Z führt Y später vom Polizeipräsidium aus zwei Telefongespräche mit X, die mittels eines Aufnahmegerätes mitgeschnitten, d. h. aufgezeichnet werden. Eine Telefonüberwachung war gegenüber X nicht angeordnet worden. In diesen Gesprächen macht X selbstbelastende Angaben.

- *Fall Nr. 2*¹⁷ („Mithör-Fall“)

Der Polizeibeamte Z bittet das Tatopfer Y, von seinem Dienstapparat den Beschuldigten X anzurufen und ihn auf die Tat anzusprechen, derentwegen das Ermittlungsverfahren gegen X eingeleitet wurde. In dem daraufhin geführten Telefongespräch, welches Z mittels Zweithörer und im Einverständnis mit Y mithört, macht X selbstbelastende Angaben.

¹⁴ *Lisken*, ZRP 1994, 265 (266); *Lorenz*, GA 1992, 254 (278).

¹⁵ Vgl. BGHSt. (GrS) 50, 40 (48): „Gebot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung“.

¹⁶ Fall nach BGHSt. 31, 304 (= NJW 1984, 1040 = NStZ 1984, 275 = StV 1984, 1).

¹⁷ Fall nach BGHSt. 39, 335 (= NJW 1994, 596 = NStZ 1994, 292 = StV 1994, 58).

- *Fall Nr. 3*¹⁸ („*Dolmetscher-Fall*“)

Der Beschuldigte X gesteht dem Zeugen W seine Täterschaft. W wendet sich daraufhin an die Polizei. Dort wird W vom Polizeibeamten Z veranlasst, den X anzurufen und ihn auf die fragliche Tat und seine Täterschaft anzusprechen. Zu diesem Gespräch wurde der Zeuge U hinzugezogen, um als Dolmetscher das in ägyptischer Sprache geführte Gespräch an einem Zweithörer mitzuerfolgen und zu übersetzen. In diesem Gespräch macht X selbstbelastende Angaben.

- *Fall Nr. 4*¹⁹ („*Zellengenossen-Fall*“)

Dem in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten X wird der Mithäftling Y „auf die Zelle gelegt“. Auf Initiative des Polizeibeamten Z hatte sich Y ihm gegenüber bereit erklärt, X auszuhorchen, da er sich hiervon Vorteile für den Fortgang seines eigenen Strafverfahrens erhoffte. Y erhielt von Z taktische Anweisungen und Ratschläge, um seine Aufgabe erfüllen zu können. In der Folgezeit gelingt es dem Y, das Vertrauen seines Zellengenossen X zu erwerben, so dass ihm dieser selbstbelastende Angaben macht. In der Hauptverhandlung wiederholt Y, als Zeuge befragt, diese Angaben.

- *Fall Nr. 5*²⁰ („*Denunzianten-Fall*“)

X befindet sich in Untersuchungshaft und lernt dort beim Hofgang den in einer anderen Zelle untergebrachten Mithäftling Y kennen. In der Folgezeit fasst er Vertrauen zu Y und macht ihm gegenüber nach und nach selbstbelastende Angaben. Y, der bis zu seiner Inhaftierung als V-Mann tätig war, gibt das erlangte Wissen von sich aus in mehreren Vernehmungen an die Polizei weiter. Später wird X auf eigenen Wunsch in die Zelle des Y verlegt, ohne dass er zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von dessen Zusammenarbeit mit der Polizei hat.

- *Fall Nr. 6*²¹ („*Wahrsagerinnen-Fall*“)

Die in Untersuchungshaft genommene Beschuldigte X macht der Mitinhaftierten Y, die sich als Wahrsagerin ausgibt, selbstbelastende Angaben, nachdem

¹⁸ Fall nach BGH, NSStZ 1995, 410 (= StV 1995, 283): Anfragebeschluss; BGH, NSStZ 1996, 200 (= StV 1996, 242 = JA 1996, 632): Vorlagebeschluss; BGHSt. 42, 139 ff. (= NJW 1996, 2940 = NSStZ 1996, 502 = StV 1996, 465: Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen am BGH).

¹⁹ Fall nach BGHSt. 34, 362 (= NJW 1987, 2525 = NSStZ 1989, 33 = StV 1987, 283).

²⁰ Fall nach BGH, NJW 1989, 843 (= NSStZ 1989, 32 = StV 1989, 2 = MDR 1989).

²¹ Fall nach BGHSt. 44, 129 (= NJW 1998, 3506 = NSStZ 1999, 147 = StV 1998, 527).

diese behauptet hatte, durch übersinnliche Kräfte das Strafverfahren der X positiv zu beeinflussen, sofern sie sich ihr nur rückhaltlos offenbare und den Tathergang schriftlich niederlege. Für den Fall der Weigerung hatte Y die Bestrafung durch okkulte Mächte in Aussicht gestellt. Ob X von Y Haschischzigaretten angeboten erhielt bzw. im Zusammenhang mit ihren selbstbelastenden Angaben konsumierte, ist ungewiss. Unklar ist ebenfalls, ob Y von den Ermittlungsbehörden gezielt auf X angesetzt wurde oder sie sich den Ermittlungsbehörden als Polizeispitzel selbst angedient hatte und diese Y zur Tataufklärung gewähren ließen.

- *Fall Nr. 7²²* („Mallorca-Fall“)

Auf den Beschuldigten X, der sich in Strafhaft befindet und in Verdacht geraten ist, in seiner Wohnung auf Mallorca ein 15-jähriges Mädchen ermordet zu haben, ist der Verdeckte Ermittler Y angesetzt worden. In den Vernehmungen zuvor hatte sich X auf sein Schweigerecht berufen. Im Laufe der Zeit fasste X Vertrauen zu Y, der ihm mit der Ausübung gemeinsamer Geschäfte eine Lebensperspektive nach Haftverbüßung in Aussicht stellt. Zudem ist Y für den X die einzige Kontaktperson außerhalb der Haftanstalt; als solche benötigt er ihn auch für Vollzugslockerungen. Während eines Hafturlaubs, den X in der Wohnung des Y verbringt, spricht ihn dieser gezielt auf den Tatvorwurf an und drängt ihn unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis, wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Der X, der sich im Hinblick auf die weitere Haftzeit und die geplante gemeinsame Tätigkeit das Vertrauen des Y erhalten möchte, räumt daraufhin seine Täterschaft ein.

III. Ziel und Gang der Untersuchung

In der vorliegenden Untersuchung soll versucht werden, für die vorstehenden Fallkonstellationen eine rechtliche Beurteilung anhand von § 136a StPO aufzuzeigen. Die Einschlägigkeit dieser Vorschrift wurde von Rechtsprechung²³ und Literatur²⁴ bislang nahezu einhellig verneint, und die rechtliche Beurteilung ist an § 136 StPO ausgerichtet worden.

²² Fall nach BGHSt. 52, 11 (= NJW 2007, 3138 = NStZ 2007, 714 = StV 2007, 509).

²³ In keinem der Fälle hat der BGH § 136a StPO in der Modalität Täuschung für anwendbar gehalten.

²⁴ *Amelung*, NStZ 1988, 515 (517); *Bär*, CR 1997, 367 (368); *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, 70; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481g; *Bosch*, Jura 1988, 236 (240 f.); *Dencker*, StV 1994, 667 (675); *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 6; *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 91, 112; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 571; *Erfurth*, Verdeckte Ermittlungen, 60; *Geier/Schäl/Twelmeier*, Jura 2004, 121 (126); *Geyer*, Beschuldigendenbelehrung, 148 f.; *G. Haas*, GA 1995, 230 (234); *Joecks*, StPO, Einl. Rn. 225 f.; *B. Kramer*, Jura 1988, 520 (524); *Kudlich*, JuS 1997, 696 (698); *Puppe*, GA 1978, 289

Dabei wird so vorgegangen, dass zunächst die historische Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit sowie die maßgeblichen Entscheidungen des BGH und des EGMR hierzu in ihren Grundlagen – soweit für die weitere Bearbeitung von Interesse – dargestellt werden (Erstes Kapitel). Im Anschluss daran wird die vom 5. Strafsenat des BGH sowie auch von weiten Teilen der Rechtswissenschaft vertretene These, die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei stelle eine unzulässige Umgehung von § 136 StPO dar, einer systematischen Analyse unterzogen. Hierfür ist es erforderlich, vorab den Schutzgehalt des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit zu bestimmen. Unter Würdigung auch der neueren Rechtsprechung des EGMR soll herausgearbeitet werden, dass die vom Großen Senat für Strafsachen beim BGH und von der herrschenden Meinung in der Literatur vertretene Auffassung, das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit schütze den Beschuldigten allein vor der Anwendung von Zwang in der Situation seiner förmlichen Vernehmung, Wertungswidersprüche aufweist. In einem zweiten Schritt soll untersucht werden, ob § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zur Begründung eines Verwertungsverbots für selbstbelastende Äußerungen herangezogen werden kann, die ein Beschuldigter in einer verdeckten Befragung gemacht hat (Zweites Kapitel). Ob § 136a Abs. 3 S. 2 StPO insofern ein Verwertungsverbot zu begründen vermag, ist Gegenstand des dritten Kapitels. Abschließend soll in einem Überblick der Frage nachgegangen werden, welche rechtlichen Grenzen der Zulässigkeit von informellen Informationserhebungen durch das Grundgesetz und durch die Europäische Menschenrechtskonvention mit Blick auf eine *Lex ferenda* gesetzt sind (Viertes Kapitel).

(305); *Renzikowski*, JR 2008, 164 (167); *ders.*, JZ 1997, 710 (712); *Rogall*, NStZ 2008, 110 (111); *ders.*, SK/StPO, § 136a, Rn. 22, 50; *Rothfuß*, StraFo 1998, 289 (293 f.); *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 ff.; *ders.*, NStZ 1997, 18 (20); *ders./Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 40 f.; *ders./Achenbach*, PdW, Fall 83; *Schlüchter/Radbruch*, NStZ 1995, 354; *Schneider*, NStZ 2001, 8 (9 f.); *Sinn*, Jura 2003, 812 (817); *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (306); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 280 f.; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (21 f.).

Erstes Kapitel

Grundlagen

§ 1 Die rechtshistorische Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit

Für das Verständnis des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit und der Vorschriften der §§ 133 ff. StPO soll zunächst ein Überblick über dessen geschichtliche Entwicklung im Strafverfahrensrecht gegeben werden.

I. Die Peinliche Gerichtsordnung und der Inquisitionsprozess

Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. – *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) – aus dem Jahre 1532 brachte die Hinwendung zum Inquisitionsprozess. Sie war in erster Linie eine Strafprozessordnung. Da in ihr aber auch Abschnitte des materiellen Strafrechts enthalten waren, gilt sie als das erste einheitliche Strafgesetzbuch für das Heilige Römische Reich Deutscher Nation.¹ Strafverfolgung war zur staatlichen Aufgabe erklärt, das Anklageverfahren mit privatrechtlichem Strafanspruch durch das Offizialprinzip endgültig abgelöst worden.² Die richterliche Entscheidungsfindung unterlag nicht der freien Beweiswürdigung entsprechend der heutigen Vorschrift des § 261 StPO, sondern war strikt an formale gesetzliche Beweisregeln gebunden. Deren oberste Maxime bestand in der Ermittlung der Wahrheit als „heiligste Pflicht“.³

Da der reine Indizienbeweis als zu unzuverlässig galt, durfte ein Angeklagter nur verurteilt werden, wenn er ein Geständnis abgelegt hatte oder durch mindestens zwei Augenzeugen mit gutem Leumund der Tat überführt war (Art. 60, 66, 72 CCC).⁴ Weil Letztere oftmals nicht zur Verfügung standen und der Zeugenbeweis zudem langwierig und – gemessen am absoluten Wahrheitsanspruch jener Zeit – unsicher erschien, wurde vorrangig die Folter („peinliche Befragung“) als Methode der Geständniserlangung beim Beschuldigten eingesetzt, obschon ihre

¹ *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 69, Rn. 3.

² *Wesel*, Rechtsgeschichte, Rn. 237, 258.

³ *Wessels*, JuS 1966, 169 (170); vgl. auch *v. Hippel*, Strafprozess, 36.

⁴ *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 69, Rn. 7; *Wesel*, Rechtsgeschichte, Rn. 258.

Anwendung das Vorhandensein erheblicher Indizien für seine Täterschaft zur Voraussetzung hatte.⁵ Diese aus dem italienischen Recht rezipierte Beweistheorie mit ihrer absoluten Bevorzugung des Geständnisses als „Königin der Beweisarten“ gab dem Inquisitionsprozess sein spezifisches Gepräge. Die peinliche Befragung des Beschuldigten – das inquisitorische Verhör – wurde darin zum Mittelpunkt des Verfahrens.⁶ Informationen zum konkreten Tatvorwurf sowie zu den vorhandenen Verdachtsmomenten erhielt der Beschuldigte dabei im Regelfall nicht. Für ihn war auch nicht hilfreich, dass ein durch Folter abgepresstes Geständnis eine Verurteilung nur tragen konnte, wenn es nach der Folter wiederholt wurde, weil bei einer Weigerung des Beschuldigten zur Geständniswiederholung eine Fortsetzung der Folter mit unter Umständen noch intensiveren Misshandlungen drohte.⁷ Die mit dieser Zeit untrennbar verbundene Kennzeichnung des Beschuldigten als Verfahrensobjekt erklärt sich aus der Grundannahme des Inquisitionsprozesses, nämlich einer hoheitlich erzwingbaren Verpflichtung des Beschuldigten zu wahrheitsgemäßer Aussage.⁸

Die „Jagd nach dem Geständnis“⁹ des Beschuldigten dauerte in der Zeit der Aufklärung nahezu unvermindert an. Zwar entschloss sich Friedrich II. im Jahr 1740 unter dem Einfluss der Postulate der Vernunft, Menschlichkeit und Achtung der menschlichen Persönlichkeit zur Abschaffung der Folter in Preußen. Jedoch trat an ihre Stelle schon bald die Möglichkeit, mit körperlicher Züchtigung und strengem Arrest gegen einen mutmaßlichen Straftäter vorzugehen, wenn er schwieg, hartnäckig leugnete, sein Geständnis widerrief oder erwiesenermaßen log.¹⁰ In der Praxis wurde der Beschuldigte denn auch weiterhin mit zahllosen Repressalien zermürbt, weshalb die für den Inquisitionsprozess jener Zeit charakteristische Beweisführung unter Beibehaltung von Aussagezwang und Wahrheitspflicht trotz der einsetzenden Humanisierung des Straf- und Strafverfahrensrechts in Deutschland zunächst noch unverändert blieb.¹¹

II. Der reformierte deutsche Strafprozess

Durchgreifende Veränderungen gingen erst von der Napoleonischen Gesetzgebung aus, die, von der französischen Revolution nachhaltig geprägt, dem bürgerlichen Freiheitsinteresse im Unterschied zum Inquisitionsprozess Preußens be-

⁵ *Eb. Schmidt*, NJW 1969, 1137 (1138 f.); *Schroeder*, Strafprozessrecht, Rn. 3.

⁶ *v. Hippel*, Strafprozess, 33; *Lesch*, Strafprozessrecht, 3. Kapitel, IV, Rn. 46 m.w.N.

⁷ *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 69, Rn. 7.

⁸ *Rieß*, JA 1980, 293; *Wesel*, Rechtsgeschichte, Rn. 258.

⁹ *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (35).

¹⁰ *Schroeder*, Strafprozessrecht, Rn. 34; *Wessels*, JuS 1966, 169 (170).

¹¹ *v. Hippel*, Strafprozess, 39 f.; *Lesch*, Strafprozessrecht, 3. Kapitel, IV, Rn. 48; *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 147 ff.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 70, Rn. 4; *Eb. Schmidt*, NJW 1969, 1137 (1139).

reits in erheblichem Maße Rechnung trug. So war der französische Strafprozess, niedergelegt im „Code d’Instruction criminelle“ von 1803, bereits als Anklageverfahren ausgestaltet, fußend auf den Grundsätzen der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit.¹² Diesem Vorbild folgend begann sich der Liberalismus ab Mitte der vierziger Jahre auch in Deutschland durchzusetzen. Einen wesentlichen Auftrieb erhielt diese Entwicklung durch die Revolution von 1848, unter deren Eindruck die Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849 durch die Frankfurter Nationalversammlung ausgearbeitet wurde. Mit der Festschreibung des Anklageverfahrens unter Einrichtung einer Staatsanwaltschaft in § 179 der Frankfurter Reichsverfassung sollte der Inquisitionsprozess endgültig abgelöst werden.¹³ Nach dem Vorbild des Code d’Instruction criminelle proklamierte sie ein öffentliches und mündliches Verfahren, die Einrichtung von Schwurgerichten, ein Verbot von Ausnahmegerichten und das Erfordernis einer richterlichen Anordnung von Zwangsmaßnahmen zum Schutz gegen polizeiliche Willkür.¹⁴ Bezeichnend für diesen derart reformierten deutschen Strafprozess ist die gewandelte Stellung des Beschuldigten, der aufgrund eines infolge der Aufklärung erneuerten Menschenbildes nunmehr als Prozesssubjekt und nicht mehr lediglich als Mittel zur Straftataufklärung wahrgenommen wurde. Die Ersetzung der gesetzlichen Beweisregeln durch die freie Beweiswürdigung leistete hierzu freilich einen erheblichen Beitrag, war dem Geständnis des Beschuldigten die dominierende Rolle als „regina probationum“ doch genommen.¹⁵

Auch wenn die meisten deutschen Einzelstaaten in der Folgezeit Strafprozessordnungen erließen, die Ausfluss der aufgezeigten Entwicklung waren, wäre der Schluss auf die Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit als Rechtsprinzip verfrüht. Zwar legte die Braunschweigische StPO von 1849 in bahnbrechender Weise in § 43 Abs. 1 fest, dass dem Beschuldigten anlässlich seines ersten Verhörs durch den Untersuchungsrichter zu eröffnen war, dass „er zu keiner Antwort oder Erklärung auf die ihm vorzulegenden Fragen gehalten sei“.¹⁶ Doch war der Beschuldigte etwa nach § 72 der Hamburgischen StPO von 1869 auch weiterhin ausdrücklich verpflichtet, zum Untersuchungsgegenstand wahrheitsgemäß Auskunft zu erteilen.¹⁷ Von elementarer Bedeutung für die Rechtsstellung des Beschuldigten aber war, dass selbst dort, wo die Wahrheitspflicht noch fortbestand, eine Verletzung dieser Pflicht im Unterschied zum Inquisitionsprozess früherer

¹² *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 70, Rn. 6.

¹³ *Dingeldey*, JA 1984, 407 (408); *Schneider*, Selbstbegünstigungsprinzip, 41.

¹⁴ *Hahn*, Gesamte Materialien (3.1.), 131 f.; *Wesel*, Rechtsgeschichte, Rn. 290.

¹⁵ *Dingeldey*, JA 1984, 407 (408); *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 149 f.; *Rieß*, JA 1990, 293.

¹⁶ *Eser*, Kolloquium, 147 (152); *Hahn*, Gesamte Materialien (3.1.) 139; *Rüping*, JR 1974, 135 (136).

¹⁷ *Hahn*, Gesamte Materialien (3.1.), 138.

Zeit sanktionslos wurde, so dass die Wahrheitspflicht letztlich nur noch einen sittlichen Charakter hatte.¹⁸

III. Die Reichsstrafprozessordnung von 1877

Obwohl die Motive der am 1. Februar 1877 verkündeten Reichsstrafprozessordnung den Grundsatz enthielten, es könne „nicht gefordert werden, dass der Beschuldigte gegen seinen Willen zu seiner Überführung beitrage“,¹⁹ war auf eine ausdrückliche Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Aussagefreiheit noch verzichtet worden. Einen mittelbaren Hinweis auf das Schweigerecht des Beschuldigten gab lediglich die Vorschrift des § 136 Abs. 1 StPO a.F., nach der er zu fragen war, „ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle“,²⁰ wobei zu dieser Frage nur der Richter, nicht aber der Staatsanwalt oder der Polizeibeamte verpflichtet war.²¹ Da allein das Wort „ob“ in der Gesetzesfassung eine Belehrungspflicht vage andeutete, blieb bis zur Neuregelung der Vorschrift im Jahre 1964 lebhaft umstritten, ob § 136 Abs. 1 StPO a.F. die Pflicht zur Belehrung über die Aussagefreiheit überhaupt beinhaltet. Allerdings war dieser Streit von nur untergeordneter Bedeutung, weil der Verletzung einer solchen Pflicht ohnehin keine Auswirkungen beigemessen wurden.²² Zur Begründung für die unterbliebene gesetzliche Klarstellung führen die Motive an, bei Statuierung einer Belehrungspflicht könne der (unerwünschte) Anschein erweckt werden, dass auch die sittliche Pflicht zur wahrheitsgemäßen Äußerung aufgehoben sei.²³ Daneben sah man die Gefahr, der Beschuldigte könne durch die Belehrung zum Schweigen geradezu ermuntert werden – eine Befürchtung, die durchaus in seinem Interesse geltend gemacht wurde, da in der Rechtsprechung die Auffassung, das Schweigen sei als Schuldeingeständnis zu werten, nur langsam verblasste.²⁴

Auch wenn die Reichsstrafprozessordnung, die nunmehr die Aussagefreiheit als Rechtsposition anerkannte, einer expliziten Regelung dieser Rechtsposition noch entbehrte, setzte sie die mit dem reformierten Strafprozess eingeschlagene Entwicklung der Territorialgesetze fort und verwirklichte reichseinheitlich die Abkehr vom Inquisitionsprozess. Damit begründete sie maßgeblich das heutige Verständnis von dem Beschuldigten als Verfahrensbeteiligtem: Die Respektierung seiner Persönlichkeitsrechte, den Schutz seiner Willensfreiheit, seine Aus-

¹⁸ *Dingeldey*, JA 1984, 407 (408); *Rüping*, JR 1974, 135 (136).

¹⁹ *Hahn*, Gesamte Materialien (3.1.), 138.

²⁰ *Eb. Schmidt*, NJW 1968, 1209 (1210); *Stree*, JZ 1966, 593.

²¹ *Eser*, Kolloquium, 147 (152); *Grünwald*, StV 1987, 453 (Fn. 1).

²² *Eb. Schmidt*, NJW 1968, 1209 (1210).

²³ *Hahn*, Gesamte Materialien, 139.

²⁴ *Wessels*, JuS 1966, 169 (170 f.); zu einem solchen Fall etwa OLG Hamburg, GA 73 (1929), 315.

stattung mit eigenverantwortlich von ihm wahrzunehmenden Rechten – mithin seine Anerkennung als Prozesssubjekt.²⁵

IV. Nationalsozialismus und Vereinheitlichungsgesetz

In der Zeit des Nationalsozialismus erfuhr die Rechtsstellung des Beschuldigten, deren Stärkung bis dahin nahezu linear verlaufen war, erhebliche Erschütterungen, auch wenn es formal bei seiner Anerkennung als Prozesssubjekt blieb.²⁶ Faktisch war in Deutschland trotz Widerstands der Gerichte und des Justizministeriums ab 1933 die Folter wieder eingeführt worden.²⁷

Nach nationalsozialistischer Denkweise war es die „Volksgemeinschaft“ und ihr „Schutz- und Sühnebedürfnis“, das ein Zurücktreten individueller Freiheitsinteressen hinter das gemeinsame Ziel der Wahrheitsfindung verlangte. Mit der zur alles entscheidenden Größe im Rechtsdenken erhobenen „Volksgemeinschaft“ ließ sich nahezu jede Form der Verbrechensbekämpfung und Beschneidung der Beschuldigtenrechte ideologisch rechtfertigen („Recht ist, was dem Recht nutzt“).²⁸ Die Integration der völkisch-rassischen Grundanschauungen des Nationalsozialismus in das Recht führte im Strafverfahrensrecht beispielsweise zur Erweiterung der Haftgründe, zur Abschaffung des Klageerzwingungsverfahrens sowie zu der in seiner Bedeutung für den Verlust an Rechtssicherheit kaum zu überschätzenden Befugnis des Oberreichsanwalts und Hitlers, jedes rechtskräftige Urteil durch Einspruch bzw. durch Nichtigkeitsbeschwerde zu beseitigen. Die meisten legislativen Neuerungen galten dem materiellen (Straf-)Recht („Verordnung der Strafrechtspflege gegen Polen und Juden“, „Volksschädlingsverordnung“, „Blutschutzgesetz“) und der Gerichtsverfassung (etwa der Einrichtung von Sondergerichten, wie des Volksgerichtshofs für politische Strafsachen).

Es versteht sich, dass die Zeit nach 1945 auf Wiederherstellung rechtsstaatlicher Garantien und des früheren Rechtszustandes ausgerichtet war.²⁹ Einen bedeutsamen Beitrag hierzu leistete das Vereinheitlichungsgesetz vom 19. September 1950, welches das Strafprozessrecht im Geiste des Grundgesetzes neu fasste und mit der Einführung des § 136a StPO ein Verbot der ehemals zur „förmlichen Kunst des Inquirierens“³⁰ gerechneten Vernehmungsmethoden statuierte. Die Bedeutung dieser Vorschrift für die Stellung des Beschuldigten wurde dadurch un-

²⁵ Böse, GA 2002, 98 (114 f.); Degener, GA 1992, 443 (456 ff.); Reiß, Besteuerungsverfahren, 154 ff.

²⁶ Rüping, JR 1974, 135 (137); Wesel, Rechtsgeschichte, Rn. 304.

²⁷ Vgl. Wesel, Rechtsgeschichte, Rn. 304.

²⁸ Hierzu und im Folgenden: Terhorst, Überwachung und Vorbeugungshaft im Dritten Reich, 24 ff.

²⁹ Eser, Kolloquium, 147 (148); Reiß, LR/StPO, Einl. Abschn. E, Rn. 74 ff.

³⁰ Lesch, Strafprozessrecht, 3. Kapitel, IV, Rn. 62 m.w.N.

terstrichen, dass ihre Beachtung mit den §§ 161 Abs. 2, 163 Abs. 2 StPO a.F. auch den Staatsanwälten und der Polizei zur Pflicht gemacht wurde, während diese Adressatenerweiterung für § 136 Abs. 1 StPO nicht vollzogen wurde.³¹ Vom Rechtsvereinheitlichungsgesetz war diese Vorschrift unverändert gelassen worden, so dass in der Folgezeit weiterhin umstritten blieb, ob ihr eine Pflicht zur Belehrung über die Aussagefreiheit überhaupt zu entnehmen sei.

V. Das StPÄG von 1964

Nachdem die diese Frage bejahende Auffassung schon in der Literatur eine immer breitere Gefolgschaft gefunden hatte,³² entschloss sich der Gesetzgeber des Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) vom 19. Dezember 1964³³ zur Aufnahme der auf alle Vernehmungsorgane zugleich ausgedehnten Belehrungspflichten in den §§ 115 Abs. 3, 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 sowie § 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Nach diesen Vorschriften war der Beschuldigte nunmehr über die Art der gegen ihn erhobenen Vorwürfe aufzuklären, wobei diese Verpflichtung für Richter und Staatsanwalt zugleich die Angabe der den Tatvorwurf begründenden Strafvorschriften beinhaltete.³⁴ Auch wenn die Aussagefreiheit des Beschuldigten als Rechtsprinzip zuvor schon als gesichert galt, haben diese – maßgeblich auf das Engagement der Anwaltschaft gegen vielerlei Stimmen des Deutschen Richterbundes zurückzuführenden – Vorschriften zu einer prozessualen Verfestigung seiner Prozesssubjektstellung geführt, welche die StPO bislang nicht gekannt hatte.³⁵

Weitere grundlegende Änderungen der Belehrungsvorschriften erfolgten seither nicht,³⁶ doch blieb die Frage nach ihrer Reichweite (vor allem danach, ob von dem Recht auf Aussagefreiheit auch Angaben zur Person umfasst seien³⁷), nach dem Grund ihres Bestehens und – damit eng verbunden und praktisch höchst bedeutsam – nach den Rechtsfolgen ihrer Verletzung lange Zeit heftig

³¹ *Eb. Schmidt*, NJW 1968, 1209 (1210).

³² *Vgl. Eb. Schmidt*, NJW 1968, 1209 (1210 ff.).

³³ BGBl. I 1067. Auf die Neuerungen der Strafprozessnovelle eingehend: *Creifelds*, JR 1965, 1 ff.

³⁴ *Vgl. hierzu Eser*, Kolloquium, 147 (153 f.).

³⁵ *Rieß*, LR/StPO, Einl. Abschn. E, Rn. 95 ff.; *Eb. Schmidt*, NJW 1968, 1209 (1213 ff.).

³⁶ Der Umfang der Belehrungspflicht wurde – für die vorliegende Untersuchung von untergeordnetem Interesse – jedoch insofern erweitert, als nach § 136 I 3, 4 StPO auch über das Recht, zur Entlastung einzelne Beweiserhebungen zu beantragen, zu belehren ist, sowie in geeigneten Fällen zudem über die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs.

³⁷ *Vgl. hierzu Hanack*, LR/StPO, § 136, Rn. 12; *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 68 ff.

umstritten. Vor allem die Rechtsprechung war mit der Anerkennung der Aussagefreiheit als subjektive Rechtsposition des Beschuldigten zurückhaltend, so dass es noch weitere 28 Jahre dauerte, ehe der BGH am 27.02.1992 die letztgenannte Streitfrage für das Ermittlungsverfahren mit der Statuierung eines Verwertungsverbots zu Gunsten des Aussageverweigerungsberechtigten entschied (BGHSt. 38, 214, dazu unten).

§ 2 Grundzüge der Rechtsprechung des BGH zur Selbstbelastungsfreiheit

Für das Verständnis des BGH vom Recht auf Selbstbelastungsfreiheit sowie von den Vorschriften der §§ 133 ff. StPO ist seine wesentliche Rechtsprechung hierzu in ihrer Entwicklung und in ihren wesentlichen Leitlinien aufzuzeigen.

I. BGHSt. 38, 214 (5. Strafsenat)³⁸

Den Ausgangspunkt bildet die bereits angesprochene Entscheidung vom 27.02.1992. Unter massivem Druck des nahezu gesamten Schrifttums hatte der 5. Strafsenat am BGH aufgrund erneuten Vorlagebeschlusses³⁹ des OLG Celle⁴⁰ an das Unterlassen der Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht im Ermittlungsverfahren (§§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 4 S. 2 StPO) zum ersten Mal ein Verwertungsverbot geknüpft.

Hinsichtlich der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen inhaltsgleichen Belehrung gemäß § 243 Abs. 4 S. 1 StPO war eine Änderung der Rechtsprechung bereits mit BGHSt. 25, 325 erfolgt. In dieser Entscheidung hatte der BGH ein Verwertungsverbot erstmalig für Aussagen des Beschuldigten anerkannt, die dieser in Unkenntnis seines Aussageverweigerungsrechts gemacht hat. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Hinweispflicht gemäß § 243 Abs. 4 S. 1 StPO nicht als bloße Ordnungsvorschrift zu werten sei, sondern als notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens gegenüber dem rechtsunkundigen Angeklagten.⁴¹ Allerdings ist nach Auffassung des BGH von einer regelmäßig vorhandenen Kenntnis des Angeklagten auszugehen; vor allem dann, wenn ihm ein Rechtsanwalt zur Seite gestanden habe, könne angenommen werden, dass er „über seine Verteidigungsmöglichkeiten im Bilde war“.⁴² Für die Revision folg-

³⁸ BGHSt. 38, 214 (= NJW 1992, 1463 = NStZ 1992, 294 = StV 1992, 555).

³⁹ Bereits 10 Jahre zuvor hatte das OLG Celle dem zuständigen 5. Senat die wortgleiche Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt. Die das OLG hindernde Entscheidung BGHSt. 22, 170 wurde durch BGHSt. 31, 295 indes bestätigt.

⁴⁰ OLG Celle, NStZ 1991, 403 m. Anm. *Amelung*, StV 1991, 454.

⁴¹ BGHSt. 25, 325 (329 f.) (= NJW 1974, 1570 = MDR 1974, 765).

⁴² BGHSt. 25, 325 (332).

ten daraus erhöhte Anforderungen an die Begründung einer auf § 243 StPO gestützten Verfahrensrüge, weil der Angeklagte darzulegen hatte, dass und warum er „an seine Aussagepflicht glaubte und dadurch veranlasst wurde, zur Sache auszusagen“.⁴³

Diese Neubewertung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO durch BGHSt. 25, 325 änderte an der Beurteilung des § 136 StPO aber zunächst nichts. Vielmehr bestätigte der BGH in der Entscheidung BGHSt. 31, 395 noch einmal seinen Standpunkt, wonach die Verletzung der Belehrungsverpflichtung im Ermittlungsverfahren kein Verwertungsverbot zur Folge habe.⁴⁴ Zur Begründung wurde ausgeführt, dass diese Vorschrift ein Verwertungsverbot nicht enthalte und seine Annahme anders als bei der unterlassenen Belehrung nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO deshalb nicht geboten sei, weil eine dem Regelungsgegenstand des § 52 StPO vergleichbare Zwangslage für den Beschuldigten angesichts der grundsätzlichen Unterschiede seiner verfahrensrechtlichen Stellung zu der des Zeugen nicht bestehe.⁴⁵ Der entsprechenden Anwendung des § 136a Abs. 3 S. 2 StPO stehe ferner entgegen, dass diese Vorschrift in der Täuschungsvariante allein die bewusste Irreführung erfasse, die fahrlässig unterlassene Belehrung also keine Täuschung im Sinne von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO sei; zudem sei der für die Annahme eines Verwertungsverbots erforderliche Nachweis darüber, dass die Aussage des Beschuldigten auf der irrigen Annahme seiner Aussagepflicht beruht habe, praktisch nicht zu erbringen.⁴⁶ Mit diesen Ausführungen hatte der BGH zugleich zu erkennen gegeben, dass er die von ihm ausdrücklich offen gelassene Frage, „ob die bewusste Irreführung des Vernommenen durch absichtliches Unterlassen des nach §§ 163a IV 2, 136 I 2 StPO gebotenen Hinweises eine Täuschung i. S. d. des § 136a StPO enthält“,⁴⁷ dann, wenn sie entscheidungserheblich wäre, wohl bejahen würde.

Seine bisherige Auffassung, die Bestimmungen der §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 4 S. 2 StPO seien nur als Ordnungsvorschriften zu werten, deren Verletzung ohne Folgen bleibe, gab der BGH mit seiner Entscheidung BGHSt. 38, 214 auf. Er entschied, dass die Nichtbeachtung dieser Vorschriften vielmehr ein Verwertungsverbot begründe.⁴⁸ Die vorgenommene Angleichung der Rechtsfolgen einer Verletzung der §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 4 S. 2 StPO an diejenigen einer Nichtbeachtung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO rechtfertigt sich nach Auffassung des 5. Senats daraus, dass der Beschuldigte in seiner ersten Vernehmung im Ermittlungsverfahren aufgrund seiner in dieser Situation bestehenden Unvorberei-

⁴³ BGHSt. 25, 325 (331).

⁴⁴ BGHSt. 31, 395 (= NJW 1983, 2205 = MDR 1983, 857).

⁴⁵ BGHSt. 31, 395 (399).

⁴⁶ BGHSt. 31, 395 (399 f.).

⁴⁷ BGHSt. 31, 395 (401).

⁴⁸ BGHSt. 38, 214 (222); zuvor ebenso schon AG Hameln, NSTz 1990, 293.

tetheit, Verwirrtheit, Verängstigung und Bedrücktheit ein gegenüber seiner richterlichen Vernehmung noch gesteigertes Schutzbedürfnis im Hinblick auf eine ungewollte Selbstbelastung habe.⁴⁹

Hervorgehoben hat der BGH insofern die tragende Bedeutung des aus der Achtung der Menschenwürde und dem Persönlichkeitsrecht resultierenden Schweigerechts des Beschuldigten, welches international anerkannt und Bestandteil eines fairen Verfahrens sei.⁵⁰ Weil das Gesetz unterstelle, dass das Schweigerecht nicht allgemein bekannt sei, müsse auf das Schweigerecht hingewiesen werden, denn „durch das Unterbleiben des Hinweises wird der Zweck der Vorschrift vereitelt, die Rechtsausübung auf eine Alternative beschränkt, das Recht selbst verkürzt“.⁵¹

Zur weiteren Begründung nimmt der BGH auf die von ihm entwickelte Rechtskreistheorie⁵² Bezug, wonach die Frage, ob und inwieweit ein Verwertungsverbot bei der Verletzung eines Beweiserhebungsverbots eingreift, sich danach beurteilt, ob die Verletzung den Rechtskreis des Betroffenen wesentlich berührt. Bei Anwendung dieser Theorie ergebe sich, dass ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten in ihren Grundlagen verletze und ein aufgrund „umfassender Abwägung“ zu treffendes Verwertungsverbot begründe.⁵³ Es liege „ein Verfahrensverstoß von Gewicht“ vor, hinter welchem das staatliche Wahrheitsforschungsinteresse zurücktreten müsse.⁵⁴

Das Gebot, die Regelungstatbestände der §§ 136 und 136a StPO widerspruchsfrei aufeinander abzustimmen, sah der BGH durch seine rechtliche Beurteilung nicht beeinträchtigt. Die Existenz der ein Verwertungsverbot ausdrücklich vorsehenden Regelung des § 136a Abs. 3 S. 2 StPO verstehe sich „angesichts der besonderen Schwere des Verstoßes und seiner Bedeutung für elementare Rechte des Betr. von selbst“ und schließe deshalb nicht im Gegenschluss ein aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO gefolgertes Verwertungsverbot aus.⁵⁵ Das Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 S. 2 StPO sei vom Gesetzgeber vorausgesetzt und, wie sich aus dem Wort „auch“ in dieser Vorschrift ergebe, in seinem Anwendungsbereich noch erweitert, da eine Verwertung selbst bei der Zustimmung des Beschuldigten ausgeschlossen bleibt.⁵⁶ Zwar verlange § 136a StPO zur Ausscheidung unwesent-

⁴⁹ BGHSt. 38, 214 (222).

⁵⁰ BGHSt. 38, 214 (222).

⁵¹ BGHSt. 38, 214 (221).

⁵² Hierzu grundlegend: BGHSt. (GrS) 11, 213 (215) (= NJW 1958, 557 = MDR 1958, 535).

⁵³ BGHSt. 38, 214 (219 f.).

⁵⁴ BGHSt. 38, 214 (221).

⁵⁵ BGHSt. 38, 214 (222).

⁵⁶ BGHSt. 38, 214 (222), zuvor ebenso *Beulke*, StV 1990, 180 (181).

licher Einwirkungen, dass das verbotene Verhalten eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit herbeigeführt hat, während ein solches Erfordernis für die Feststellung eines Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht bestehe. Darin liege aber kein Wertungswiderspruch. Bei einer entgegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO unterlassenen Belehrung sei der kaum zu erbringende Nachweis einer kausalen Willensbeeinträchtigung nämlich nicht zu verlangen, da „jeder Fall der Unterlassung ein Verstoß gegen die Hinweispflicht sei“, weshalb im Unterschied zu § 136a StPO nicht „zwischen verschiedenen Graden der Einwirkung unterschieden werden“ müsse.⁵⁷

In ergänzenden Ausführungen zu Anwendung und Begrenzung des so begründeten Verwertungsverbots führt der BGH schließlich unter anderem einschränkend aus, dass ein Verwertungsverbot ausnahmsweise dann nicht eingreife, wenn der Beschuldigte zu Beginn der Vernehmung auch ohne die Belehrung Kenntnis von seinem Aussageverweigerungsrecht gehabt habe, weil eine wertende Abwägung ergebe, „dass dem Interesse an der Durchführung des Verfahrens in einem solchen Fall der Vorrang gegeben werden“ könne. Weitere Einschränkungen formuliert der BGH dahin, dass zum einen der Inhalt der Vernehmung verwertbar bleibe, sofern sich im Freibeweisverfahren nicht klären lasse, ob die Belehrung erfolgt sei, und zum anderen kein Verwertungsverbot bestehe, sofern der verteidigte Angeklagte der Verwertung einer ohne Belehrung zustande gekommenen Aussage ausdrücklich zustimme oder aber bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt nicht widerspreche. Dem verteidigten Angeklagten stehe derjenige gleich, der vom Gericht über die Möglichkeit eines Widerspruchs unterrichtet worden sei.⁵⁸

II. BGHSt. 39, 335 (2. Strafsenat)⁵⁹

Mit einem klassischen Anwendungsfall informeller Informationserhebung setzte sich die Entscheidung BGHSt. 39, 335 vom 08.10.1993 zum „Mithörfall“ (Nr. 2) auseinander. Der Sachverhalt weist eine große Ähnlichkeit zum „Mitschnitt-Fall“ (Nr. 1) in BGHSt. 31, 304 auf. Obschon jene Entscheidung bereits 10 Jahre zuvor ergangen war, nahm der BGH zur Zulässigkeit dieser Ermittlungsmethode erstmals in seinem Urteil vom 08.10.1993, also nach der mit BGHSt. 38, 214 erfolgten Aufwertung des Schweigerechts, näher Stellung.

In seinen Entscheidungsgründen ging der BGH zunächst der Frage nach, ob ein Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 100a, 100b StPO gegeben sei, und verneinte sie im Ergebnis. Denn ein vom Anschlussinhaber gestattetes Mithören

⁵⁷ BGHSt. 38, 214 (223).

⁵⁸ BGHSt. 38, 214 (223 f.).

⁵⁹ Fall Nr. 2: BGHSt. 39, 335 ff.

lasse den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 GG unberührt, unabhängig davon, „welche Stellung der Mithörer einnimmt, weshalb er das mitgehörte Gespräch veranlasst, zu welchem Zweck er mithört und ob er dabei in Ausübung öffentlicher Gewalt handelt“.⁶⁰

Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des Angeklagten sei nicht beeinträchtigt, da von der Post zugelassene Mithöreinrichtungen nicht als Abhörgeräte i. S. v. § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu qualifizieren seien und mit ihrer Nutzung bei privaten Telefonanschlüssen allgemein gerechnet werden müsse. Daher sei auch unerheblich, dass der verwendete Zweithörer zu der Fernsprechanlage einer Behörde gehöre und es sich bei dem Mithörer um einen Polizeibeamten gehandelt habe.⁶¹ Anders liege es nur dann, „wenn das Verhalten des Teilnehmers, der einen Dritten mithören lässt, auf Täuschung angelegt ist, der Inhalt des Gesprächs vertraulichen Charakter hat oder – soweit dies nicht zutrifft – der Gesprächspartner ausdrücklich erklärt, dass er Wert auf Vertraulichkeit lege“.⁶² Vorliegend aber sei – so der 2. Senat – eine Täuschung nicht erfolgt, „insbesondere auch nicht darüber, dass eine Mithöreinrichtung verwendet werde; auch insoweit hat sie (sc. die Ermittlungsbehörde⁶³) keine Fehlvorstellung bei dem Angeklagten erweckt, sondern lediglich den Umstand ausgenutzt, dass dieser sich der Beteiligung eines Mithörers nicht verschah“.⁶⁴

Eine Verletzung des Schweigerechts des Beschuldigten sah der BGH ebenfalls nicht als gegeben. Auch wenn „das heimliche Vorgehen der Polizei einer Beschuldigtenvernehmung (§§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2 StPO) insoweit ähnelte, als auch dabei ein Tatverdächtiger – freilich durch eine Privatperson im Rahmen eines privaten Gesprächs – zum Tatvorwurf befragt worden ist und ein polizeilicher Ermittlungsbeamter seine Äußerungen unmittelbar zur Kenntnis genommen hat“, sei der Nemo-tenetur-Grundsatz nicht berührt. Denn – so der BGH weiter – „wer sich einer Privatperson gegenüber zum Tatvorwurf äußert, kann über die Freiwilligkeit dieses Tuns nicht im Zweifel sein, ebenso wenig darüber, dass alles, was er dieser berichtet, verwertet werden darf, falls es zum Strafverfahren gegen ihn kommt und der andere in diesem Verfahren als Zeuge aussagen muss“.⁶⁵

§ 136a StPO war nach Auffassung des 2. Senats nicht betroffen, weil nicht darüber getäuscht worden sei, dass der Anruf nicht polizeilich veranlasst sei oder von einem Polizeibeamten mitgehört werde. Dieser Umstand sei lediglich ver-

⁶⁰ BGHSt. 39, 335 (341).

⁶¹ BGHSt. 39, 335 (344).

⁶² BGHSt. 39, 335 (345).

⁶³ Ergänzung durch *Verf.*

⁶⁴ BGHSt. 39, 335 (345).

⁶⁵ BGHSt. 39, 335 (347).

schwiegen worden, wobei sich das bloße Verschweigen nur dann als Täuschung darstelle, wenn eine „Rechtspflicht zur Offenbarung“ bestehe.⁶⁶ Ein Irrtum sei daher weder erregt noch unterhalten worden, die „Ausnutzung eines bereits bestehenden Irrtums stellt (...) keine Täuschung i. S. d. des § 136a StPO dar (...), sondern unterfällt dem Begriff der auch nach dieser Bestimmung erlaubten List.“⁶⁷ Etwas anderes könne sich allenfalls dort ergeben, „wo der Irrtum des Betroffenen im Vertrauen auf eine in Wirklichkeit nicht bestehende Sachlage gründet und dieses Vertrauen schutzwürdig ist“, was im Hinblick auf die große Verbreitung von Mithöreinrichtungen aber nicht angenommen werden könne.⁶⁸ Jedermann, der sich eines Fernsprechers bediene, müsse damit rechnen, dass am Telefongerät seines Gesprächspartners eine Mithöreinrichtung angeschlossen sei und auch benutzt werde. „Sein Vertrauen darauf, dass dies unterbleibt, also kein Dritter, insbesondere kein Polizeibeamter ‚am anderen Ende‘ mithört, genießt demnach keinen rechtlichen Schutz. Die Ausnutzung eines solchen Vertrauens rechnet daher nicht zu denjenigen Mitteln und Methoden, die nach § 136a StPO – in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung – verboten sind.“⁶⁹

III. Anfrage- und Vorlagebeschluss (5. Strafsenat)⁷⁰

Nur knapp eininhalb Jahre später beschloss der 5. Senat in dem gleich gelagerten „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3) eine Anfrage bei den anderen Strafsenaten und, nachdem der 1. Senat mitgeteilt hatte, an seiner Rechtsauffassung⁷¹ festzuhalten⁷², sodann eine Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 132 Abs. 4 GVG.

In Übereinstimmung mit der Entscheidung des 2. Senats war die Anwendbarkeit des § 136a StPO auch vom 5. Senat mit Hinweis darauf verneint worden, dass die „bloße Irreführung über die Rolle der von Ermittlungsbehörden auf den Beschuldigten angesetzten Privatperson (...) nicht das Gewicht der übrigen in dieser Vorschrift genannten Verstöße gegen die Willensfreiheit des Betroffenen“ erreiche.⁷³ Ausdrücklich heißt es: „Das absolute Verwertungsverbot des § 136a

⁶⁶ BGHSt. 39, 335 (348).

⁶⁷ BGHSt. 39, 335 (348).

⁶⁸ BGHSt. 39, 335 (349).

⁶⁹ BGHSt. 39, 335 (349).

⁷⁰ *Fall Nr. 3*: BGH, NStZ 1995, 410 (Anfragebeschluss); BGH, NStZ 1996, 200 (Vorlagebeschluss).

⁷¹ Hinsichtlich BGHSt. 40, 211 (= *Fall Nr. 8*, vgl. hierzu weiter unten, zweites Kapitel, § 3 IV. 2. b)).

⁷² Vgl. BGH, NStZ 1995, 557, mit der Begründung, eine V-Person führe keine Vernehmung i. S. d. StPO; durch eine andere Einordnung werde das Tor zu weiteren, durch das Strafprozessrecht nicht vorgesehenen Verwertungsverboten geöffnet.

⁷³ BGH, NStZ 1996, 200 f.

Abs. 3 S. 2 StPO ist daher bei der bloßen Hörfalle im Zusammenhang mit dem Einsatz von Verdeckten Ermittlern oder von V-Personen nicht einschlägig.“⁷⁴

Zwar liegt nach Auffassung des 5. Senats im vorliegenden Fall keine Vernehmung vor. Allerdings ergebe sich – in Abkehr von der Entscheidung des 2. Senats – ein Verwertungsverbot für die im Rahmen derartigen Vorgehens erlangten Beweise daraus, dass bei polizeilich veranlassten und mitgehörten Telefongesprächen die §§ 163 a, 136 StPO umgangen würden. Diese Vorschriften hätten nämlich – so der 5. Senat – sinngemäß auch dann zu gelten, „wenn V-Leute gezielt zur Befragung des Beschuldigten über eine abgeschlossene Straftat eingesetzt werden und Polizeibeamte diese Befragung mithören oder mithören lassen, so dass diese Befragung in ihrem Gewicht für die Beweisgewinnung einer Vernehmung gleichkommt.“ In solchen Fällen sei „die Freiheit des Beschuldigten, selbst darüber zu befinden, ob er an der Aufklärung des Sachverhalts mitwirken will oder nicht, nicht mehr gewährleistet, weil der Beschuldigte wegen der Art des Vorgehens der Ermittlungsbehörden diese Entscheidung gar nicht treffen kann.“⁷⁵ Insoweit aber würden das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage und die Wertentscheidung der Verfassung für ein Schweigerecht des Beschuldigten die Verwertung derart erlangter Kenntnisse verbieten. Wegen BGHSt. 38, 214 müssen nach Auffassung des 5. Senats für die Umgehung der Belehrung dieselben Grundsätze gelten wie für das Unterlassen der Belehrung.⁷⁶

Zur Begründung eines Verwertungsverbots führte der 5. Senat im Vorlagebeschluss schließlich aus: „Das Strafprozessrecht kennt auch sonst Verwertungsverbote für Ermittlungsergebnisse, die durch an sich zulässige Ermittlungsmethoden gewonnen werden. Hingewiesen sei nur auf die zu § 100a StPO entwickelten Verwertungsverbote, auf das aus § 252 StPO entnommene Verwertungsverbot und auf die neueren gesetzlichen Regelungen in §§ 98b Abs. 3 S. 2, 100b Abs. 5, 100d Abs. 2 und 110e StPO ...“⁷⁷. Der Annahme eines Verwertungsverbots ließe sich daher auch „nicht entgegenhalten, dass diese Auffassung die Heranziehung von V-Leuten und Informanten sinnlos mache“.⁷⁸

IV. BGHSt. 42, 139 (Großer Senat für Strafsachen)

In seiner für die verdeckte Befragung des Beschuldigten einschneidenden⁷⁹, als „Hörfallenbeschluss“ bekannt gewordenen Entscheidung vom 13.05.1996 ist

⁷⁴ BGH, NStZ 1996, 200 (201).

⁷⁵ BGH, NStZ 1996, 200 (201).

⁷⁶ BGH, NStZ 1996, 200 (201).

⁷⁷ BGH, NStZ 1996, 200 (201 f.).

⁷⁸ BGH, NStZ 1996, 200 (201).

⁷⁹ Nach *Fezer*, NStZ 1996, 289, handelt es sich hierbei um „die wichtigste Kursbestimmung (...), die der BGH im Strafverfahrensrecht je vorzunehmen hatte“; ähnlich

der Große Senat den Ausführungen des 5. Senats nicht beigetreten. Er hat die ihm vorgelegte Rechtsfrage in aller Deutlichkeit beantwortet: „Veranlassen die Ermittlungsbehörden eine Privatperson, mit einem Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht ein auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichtetes Gespräch zu führen, so liegt darin kein Verstoß gegen die Vorschriften der Strafprozessordnung, der ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben könnte.“⁸⁰

Nach Auffassung des Großen Senats steht der direkten Anwendung von § 136 StPO entgegen, dass sich die Vorschrift auf Vernehmungen, also auf erkennbar amtliche Befragungen beziehe. Eine funktionale Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 136 StPO sei mit dem überkommenen Begriff der Vernehmung in der Rechtssprache, der gesetzlichen Ausgestaltung als offene Befragung und dem „Sinn und Zweck der §§ 110a ff. StPO“ nicht zu vereinbaren.⁸¹

Gegen eine analoge Anwendung von § 136 Abs. 1 StPO spreche, dass diese Vorschrift ihrem Sinngehalt nach bei Befragungen von Privatpersonen nicht verletzt sei. Damit liege „auf der Hand, dass sich der Beschuldigte nicht durch die Autorität des Befragenden zu einer Äußerung veranlasst sehen kann“.⁸² Das Belehrungsgebot wolle nämlich allein „sicherstellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird, zu der er möglicherweise eben durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte“.⁸³ Einem aus § 136 StPO hergeleiteten Verwertungsverbot stünde der unter anderem in BGHSt. 38, 214 ausgesprochene Grundsatz entgegen, wonach ein Verwertungsverbot für eine ohne die erforderliche Belehrung zustande gekommene Vernehmung nicht eingreife, wenn der Beschuldigte sein Aussageverweigerungsrecht gekannt habe. Da auf die Kenntnis des Beschuldigten von seinen Befugnissen nicht abgestellt werden könne, wenn eine Privatperson ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht vom Beschuldigten eine Äußerung zu erlangen suche, würde das Aufstellen eines absoluten Verwertungsverbots der Vorschrift des § 136 StPO durch analoge Anwendung einen Inhalt verschaffen, den sie bei direkter Anwendung nicht habe.⁸⁴

Zu einer möglichen Verletzung des § 136a StPO verwies der Große Senat darauf, dass der Begriff der Täuschung „nach allgemeiner Ansicht zu weit gefasst“ sei, und daher „einschränkend ausgelegt“ werden müsse. Dabei sei „der Bezug zur Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung sowie zu den ande-

auch die seinerzeitigen Einschätzungen von *Roxin*, NSTZ 1995, 465 (469) und *Weiler*, GA 1996 101 (114).

⁸⁰ BGHSt. (GrS) 42, 139 (145).

⁸¹ BGHSt. (GrS) 42, 139 (146).

⁸² BGHSt. (GrS) 42, 139 (147).

⁸³ BGHSt. (GrS) 42, 139 (147).

⁸⁴ BGHSt. (GrS) 42, 139 (148).

ren in der Vorschrift aufgeführten verbotenen Mitteln zu berücksichtigen“, woraus sich ergebe, dass eine „Befragung, die das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckt“, hiermit nicht gleichzustellen sei.⁸⁵

Den Nemo-tenetur-Grundsatz sah der Große Senat nicht betroffen, da dieser entsprechend seiner Rechtstradition allein Freiheit von Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung im Strafverfahren gewährleiste und die Freiheit von Irrtum nicht in seinen Anwendungsbereich falle.⁸⁶ In einem Gespräch mit einem von den Ermittlungsbehörden eingeschalteten Helfer außerhalb einer förmlichen Vernehmung könne sich der Beschuldigte aber gar nicht zur Aussage verpflichtet fühlen, weshalb Zweifel an der „Freiwilligkeit seines Tuns“ nicht bestehen könnten.⁸⁷ Dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Motive des Beschuldigten zur Äußerung unmaßgeblich seien und nicht näher erforscht werden müssen, sei mit den Vorschriften über den Verdeckten Ermittler hinreichend belegt; zudem würde „die Einbeziehung der staatlich veranlassten Selbstbelastung in den Gegenstand der Selbstbeziehungsfreiheit dazu führen, dass diese einen weiterreichenden Schutz gewährte, als es § 136a StPO, der lediglich Täuschungen unterbindet, vorsieht“.⁸⁸

Unter Hinweis auf BGHSt. 39, 335 sah der Große Senat schließlich auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht verletzt, weil jedermann damit rechnen müsse, „dass sein Telefongespräch mittels eines Zweithörers oder auf andere Weise Dritten unmittelbar zugänglich ist“.⁸⁹

Gleichwohl erkennt der Große Senat am Ende seiner Entscheidung an, dass gegen Befragungen des Beschuldigten durch hierzu staatlicherseits veranlasste Privatpersonen Vorbehalte erhoben werden können. Wenn diese Vorgehensweise nämlich darauf gerichtet sei, selbstbelastende Äußerungen des Beschuldigten zu erlangen, könne im Rahmen einer wertenden Betrachtung im Sinne der Verhältnismäßigkeit „das in Frage stehende Vorgehen der Ermittlungsbehörden einem Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz nahe kommen“.⁹⁰ Denn der Tatverdächtige „weiß zwar, dass er zu einer Aussage nicht verpflichtet ist, aber er irrt über den wahren Sinn und Anlass des mit ihm geführten Gesprächs und erkennt nicht, dass dem Gesprächspartner vor allem daran gelegen ist, ihn zu selbstbelastenden, in einem Strafverfahren beweiskräftig verwertbaren Angaben zu bewegen“.⁹¹ Wenn mangels Zwanges keine Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes vorliege, wegen der Heimlichkeit das Vorgehen aber einem Verstoß gegen den

⁸⁵ BGHSt. (GrS) 42, 139 (149).

⁸⁶ BGHSt. (GrS) 42, 139 (153).

⁸⁷ BGHSt. (GrS) 42, 139 (153); ebenso schon BGHSt. 40, 211 (215).

⁸⁸ BGHSt. (GrS) 42, 139 (152 f.).

⁸⁹ BGHSt. (GrS) 42, 139 (154).

⁹⁰ BGHSt. (GrS) 42, 139 (155 f.).

⁹¹ BGHSt. (GrS) 42, 139 (155).

Nemo-tenetur-Grundsatz nahe komme, führe dies nicht von vornherein zur Unzulässigkeit der Maßnahme. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Maßnahmen der Ermittlungsbehörden, welche den Beschuldigten „in der zur Prüfung gestellten Weise verdeckt zu Äußerungen veranlassen“, ergebe sich aus einer Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem aus dem Rechtsstaatsprinzip hervorgehenden Grundsatz des fairen Verfahrens einerseits und dem ebenfalls in Verfassungsrang stehenden Gebot der Effektivität staatlicher Strafverfolgung andererseits. Nach Auffassung des Großen Senats ist der heimliche Einsatz von Personen, die den Beschuldigten befragen, um ihn zu selbstbelastenden Äußerungen zu veranlassen, jedenfalls dann zulässig, „wenn es sich bei der den Gegenstand der Verfolgung bildenden Tat um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und wenn der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden – für deren Auswahl untereinander wiederum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt – erheblich weniger erfolversprechend oder wesentlich erschwert wäre“.⁹²

V. BGHSt. 52, 11 (3. Strafsenat)

Mit der Frage, ob ein Verdeckter Ermittler, der einen Beschuldigten zum Tatvorwurf befragt, dessen Rechte aus §§ 136, 136a (i.V.m. 163a) StPO und den Nemo-tenetur-Grundsatz verletzt, hat sich der 3. Strafsenat des BGH in seinem Urteil vom 26.07.2007 zum „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7) auseinandergesetzt.

In seiner Entscheidung hat auch der 3. Strafsenat zunächst geklärt, dass kein Verstoß gegen die §§ 163a, 136 Abs. 1 StPO vorliege. Die direkte Anwendung der Vorschriften scheidet aus, weil die Befragung eines Beschuldigten durch einen Verdeckten Ermittler keinen amtlichen Charakter habe. Die analoge Anwendung der Vorschriften wird vom BGH unter Hinweis auf ihren Sinn und Zweck sowie auf die Ausführungen des Großen Senats in seiner Entscheidung vom 13.05.1996 abgelehnt.⁹³

Ein Verstoß gegen die direkt oder entsprechend anzuwendende Regelung der §§ 163a Abs. 3, 136a Abs. 1 StPO wird ebenfalls unter Hinweis auf den Hörfallenbeschluss als nicht gegeben erachtet: „Mit der Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei lässt sich eine verdeckte Befragung des Beschuldigten nicht vergleichen.“⁹⁴

Sodann hat sich der 3. Senat mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Unzulässigkeit der Befragung eines Beschuldigten zum Tatvorwurf durch einen Verdeckten Ermittler damit zu begründen sei, dass die Beschuldigtenvernehmung nach

⁹² BGHSt. (GrS) 42, 139 (155 f.).

⁹³ BGHSt. 52, 11 (15, Rn. 16).

⁹⁴ BGHSt. 52, 11 (16, Rn. 17).

der StPO ein offener, den amtlichen Charakter der Befragung und des Ermittlungsinteresses offenbarender Vorgang ist. Der BGH verneint die Frage: Dieses Bild von der Vernehmung sei zwar zutreffend, „aber nicht Ausdruck eines dem Gesetz als allgemeines Prinzip zugrunde liegenden Grundsatzes, nach dem Ermittlungen und speziell Befragungen des Beschuldigten nicht heimlich, das heißt ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht, erfolgen dürfen“.⁹⁵

Im Unterschied zum Hörfallenbeschluss sieht der 3. Senat den Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes auch außerhalb der förmlichen Beschuldigtenbefragung eröffnet und in dem von ihm zu entscheidenden Fall verletzt: „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 Initiative der Ermittlungsbehörden ohne Aufdecken der Verfolgungsabsicht durchgeführt werden, wie etwa durch Verdeckte Ermittler, selbstbelastende Angaben zur Sache zu entlocken“.⁹⁶ Hinsichtlich der vom Verdeckten Ermittler daher unzulässig gewonnenen Beweise hat der BGH ein Verwertungsverbot mit Fernwirkung auch für die später erfolgte förmliche Vernehmung ausgesprochen.

§ 3 Grundzüge der Rechtsprechung des EGMR zur Selbstbelastungsfreiheit

Für die Frage, inwieweit mit verdeckten Befragungen des Beschuldigten bzw. mit der Verwertung der so erlangten Äußerungen gegen die Selbstbelastungsfreiheit als Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren („Fair Trial“) gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen wird, sind im Wesentlichen zwei Urteile des EGMR maßgeblich.

I. Die Entscheidung des EGMR vom 05.11.2002 (Fall Allan)

Wegweisend ist die Entscheidung des EGMR im Fall *Allan vs. Großbritannien*.⁹⁷ Nach dem ihr zugrunde liegenden Sachverhalt – einem weiteren „Zellen-genossenfall“ ähnlich *Fall Nr. 4* – war ein Mithäftling von den Ermittlungsbehörden beauftragt und instruiert worden, dem Beschuldigten Allan Informationen über seine mutmaßliche Beteiligung an einem Mordfall zu entlocken, da dieser

⁹⁵ BGHSt. 52, 11 (16, Rn. 18), wiederum unter Hinweis auf BGHSt. (GrS) 42, 139 (149).

⁹⁶ BGHSt. 52, 11 (19, Rn. 28); ebenso BGH, NStZ 2010, 527 und BGH, NStZ 2009, 343.

⁹⁷ EGMR, Urteil v. 05.11.2002, Az. 48539/99 (= StV 2003, 257) – Fall *Allan vs. Großbritannien*.

jede Einlassung zum Tatvorwurf beharrlich abgelehnt hatte und stichhaltige Beweise nicht vorlagen. Sodann wurde der Mithäftling in die Haftzelle des Beschuldigten verlegt, nachdem er zuvor mit einer Abhörvorrichtung ausgestattet worden war. Die Zelle und die Besucherräume der Haftanstalt waren von der Polizei zuvor schon mit Anlagen der Audio- und Videoüberwachung versehen worden. Die auf diese Weise zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangten Informationen, vor allem aber die als Zeugenbeweis eingeführte, technisch nicht fixierte Aussage des Mithäftlings, der Beschuldigte habe ihm gegenüber die Anwesenheit am Tatort eingeräumt, führten zu dessen Verurteilung wegen Mordes vor einem britischen Geschworenengericht.

Der EGMR hat die staatlich veranlasste Ausforschung des Mithäftlings (nicht jedoch: Gebrauch und Verwertung der Audio- und Videoanlagen) als Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit gewertet. Nach Auffassung des EGMR schützt dieses – dem Kernbereich des fairen Verfahrens aus Art. 6 Abs. 1 EMRK zugeordnete – Recht den Beschuldigten zwar in erster Linie davor, dass die Strafverfolgungsbehörden auf Beweise zurückgreifen, die von ihm durch Ausübung von Zwang und Druck erlangt wurden. Insofern diene das Recht prinzipiell der Freiheit einer verdächtigen Person, darüber zu entscheiden, ob sie in einer Polizeibefragung aussagen oder aber schweigen wolle.⁹⁸

Bestehe aber – so führt der EGMR aus – die Selbstbelastungsfreiheit ihrem Wesen nach in einem Schutz der Willensfreiheit, dann könne ihr Anwendungsbereich nicht auf die Fälle beschränkt sein, in denen der Beschuldigte Zwang habe widerstehen müssen oder sein Wille direkt überwunden worden sei. Denn „eine freie Entscheidung wird effektiv unterlaufen, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich in der Vernehmung für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, und die so erlangten Geständnisse oder selbstbelastenden Äußerungen in den Prozess als Beweise einführen.“⁹⁹

Nach Auffassung des EGMR ist ein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit dann gegeben, wenn die Tätigkeit des Informanten dem Staat zuzurechnen ist und dieser die selbstbelastenden Äußerungen des Beschuldigten veranlasst, sie ihm „entlockt“ hat. Für die erste Frage sei maßgeblich, ob der Wortwechsel zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten in der gleichen Weise auch ohne das Eingreifen der Behörden erfolgt wäre. Für die zweite Frage des Entlockens macht der EGMR konkrete Angaben: „Ob die fraglichen Beweise als vom Informanten entlockt zu betrachten sind, hängt von der Art der Beziehung zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten und davon ab, ob sich das Gespräch

⁹⁸ EGMR, StV 2003, 257 (259).

⁹⁹ EGMR, StV 2003, 257 (259).

mit dem Beschuldigten als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung darstellt.“¹⁰⁰

II. Die Entscheidung des EGMR vom 10.03.2009 (Fall Bykov)

Gut sechs Jahre später hat die Große Kammer des EGMR im Fall *Bykov vs. Russland* erneut ein bedeutendes Urteil zum Recht auf Selbstbelastungsfreiheit gesprochen.¹⁰¹ In dem Fall war der Beschuldigte *Bykov* der versuchten Anstiftung zu einem Tötungsdelikt verdächtig, er hätte seinen Mitarbeiter V beauftragt, seinen früheren Geschäftspartner S zu töten. V vertraute sich jedoch der Polizei an, woraufhin diese im Rahmen eines „operativen Experiments“ die Entdeckung zweier Leichen im Haus des S inszenierte und in den Medien verbreiten ließ, der S sei zusammen mit einer weiteren Person ermordet worden. Einige Tage später besuchte der V – durch die Polizei instruiert – den Beschuldigten und erklärte ihm, er habe das Attentat ausgeführt; zum Beweis händigte er dem Beschuldigten einige Sachen aus dem Besitz des S aus. Bei dem Gespräch trug V einen verborgenen Funksender, mit dem das Gespräch an einen Polizisten außerhalb des Hauses übermittelt und dort aufgezeichnet wurde. Anhand der Aufzeichnung wurde ein Sachverständigengutachten dazu gefertigt, welche Beziehungen zwischen dem Bykov und dem V bestanden und in welcher Art der Bykov an dem Dialog teilnahm. Dieses Gutachten – also nicht einzelne Gesprächsinhalte – hatte im Rahmen einer umfassenden Beweisaufnahme begrenzte Bedeutung für die Verurteilung des *Bykov* unter anderem wegen Verabredung zum Mord.

Einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK verneinte der EGMR mehrheitlich¹⁰² unter Bezugnahme auf die Allan-Entscheidung. Denn dort war der Beschuldigte (Beschwerdeführer) „in Untersuchungshaft und hatte bei seinem Verhör zum Ausdruck gebracht, dass er schweigen wolle. Die Polizei bediente sich dann eines in derselben Zelle sitzenden Häftlings, um die Verletzbarkeit des Bf. und seine verminderte Widerstandskraft nach langer Vernehmung auszunutzen. Der Gerichtshof hat unter Berücksichtigung des Zusammenwirkens dieser Umstände angenommen, die Behörden hätten Zwang und Druck ausgeübt und die Information sei unter Missachtung des Willens des Beschwerdeführers erlangt worden.“¹⁰³

¹⁰⁰ EGMR, StV 2003, 257 (259).

¹⁰¹ EGMR (GK), Urteil v. 10.03.2009, Az. 4378/02 (= NJW 2010, 213) – Fall *Bykov vs. Russland*.

¹⁰² Die Entscheidung erging mit 11:6 Stimmen; auf Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens gem. Art. 8 II EMRK wegen Überwachung von Mitteilungen ohne gesetzliche Grundlage erkannte die Große Kammer einstimmig, vgl. EGMR, NJW 2010, 213 (ebd.).

¹⁰³ EGMR, NJW 2010, 213 (216, Rn. 101).

Der *Fall Bykov* ist nach Ansicht des EGMR jedoch anders gelagert als der *Fall Allan*. So war der Beschuldigte „nicht in Untersuchungshaft, sondern in seinem eigenen Anwesen in Freiheit und hatte Sicherheitskräfte und andere Personen zu seiner Verfügung.“ „Die Art seiner Beziehung zu V, der ihm untergeben war, zwang ihn nicht zu einem besonderen Verhalten ihm gegenüber.“ Der Beschuldigte war „mit anderen Worten frei, V zu treffen und mit ihm zu sprechen oder das nicht zu tun.“ Aus diesen Gründen – so stellt die Große Kammer des Gerichtshofs abschließend fest – ist sie „nicht davon überzeugt, dass die Beweise durch Zwang oder Druck erlangt worden sind, die er (der EGMR) im *Fall Allan* als Verletzung des Rechts des Beschwerdeführers zu schweigen angesehen hatte.“¹⁰⁴

¹⁰⁴ Hier und vorstehend: EGMR, NJW 2010, 213 (216, Rn. 102).

Zweites Kapitel

Beweisverwertungsverbot aufgrund von § 136 StPO?

Wie der 5. Strafsenat in seinem Vorlagebeschluss an den Großen Senat werten auch weite Teile der Literatur informelle Informationserhebungen als Verstoß gegen die bzw. als unzulässige Umgehung der Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO.¹ Diese These einer ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot begründenden Rechtsverletzung, die mit der Entscheidung BGHSt. 38, 214 erstmals in der Rechtsprechung des BGH Unterstützung erfahren hatte, soll im Folgenden untersucht werden.

§ 1 Grundlagen der offenen Beschuldigtenbefragung

Die für die Befragung des Beschuldigten zentralen Regelungen finden sich in den Vorschriften der §§ 133 ff. StPO im 10. Abschnitt der StPO unter dem Titel „Vernehmung des Beschuldigten“. Da auch das Recht des Beschuldigten, „sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen“, nach § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO an den Begriff der Vernehmung geknüpft ist, ist zunächst der Inhalt dieses Begriffs zu klären.

¹ *Albrecht*, Die vergessene Freiheit, 109; *Bernsmann*, StV 1997, 116 (117 ff.); *ders.*, StraFo 1998, 73 (77); *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481 d, 481 g; *Bosch*, Jura 1998, 236 (243); *Dencker*, StV 1994, 667 (675); *Derksen*, JR 1997, 167 (168 ff.); *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 91 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 571; *Fezer*, NSTZ 1996, 289 f.; *Geyer*, Beschuldigtenbelehrung, 45; *G. Haas*, GA 1995, 230 (234); *Hamm*, Die Revision, Rn. 965; *Hanack*, LR/StPO, § 136, Rn. 64 ff.; *Henrichs/Steri*, Kriminalistik 2004, 629 (632); *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (213 ff.); *Hund*, StV 1993, 379 (380); *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 70; *Joecks*, StPO, Einl. Rn. 225 f.; *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1297); *Müssig*, GA 2004, 87 (99 ff.); *Puppe*, GA 1978, 289 (305 f.); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (717); *Rothfuß*, StraFo 1998, 289 (293 f.); *Roxin*, NSTZ-Sonderheft 2009, 41 (44); *ders.*, NSTZ 1995, 465 (467); *ders.*, NSTZ 1997, 18 (19 ff.); *ders./Achenbach*, PdW, Fall 83; *Rzepka*, Fairness im Strafverfahren, 425; *Salger*, Das Schweigerecht, 55 f.; *Schroth*, JuS 1998, 969 (976 f.); *Schäfer/Sander*, Die Praxis des Strafverfahrens, Rn. 339; *Simm*, Jura 2003, 812 (816 f.); v. *Stetten*, Beweisverwertung, 128; *Völk*, Strafprozessrecht, § 9, Rn. 20; *Weiler*, GA 1996, 101 (113); *Widmaier*, StV 1995, 621 (622); *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (972 ff.) (*ders.* anders aber in SK/StPO, Vor § 151, Rn. 124, 126).

I. Der Begriff der Vernehmung

Eine Legaldefinition des Begriffs „Vernehmung“ beinhaltet das Gesetz nicht, auch bestehen keine Formvorschriften, deren Beachtung eine konstitutive Wirkung für die Vernehmung hat.² Aus Sicht des Vernehmenden besteht das Ziel der Vernehmung darin, von dem Beschuldigten eine Aussage zu erhalten. Ob die äußere Erkennbarkeit dieses Ziels für die Auslegung der Vernehmungsvorschriften und den Inhalt des Vernehmungsbegriffs Bedeutung hat, ist umstritten.

Der Große Senat³ stellt im Einklang mit weiten Teilen der Literatur⁴ auf eine rein formelle Sichtweise ab. Danach zeichnet sich eine Vernehmung dadurch aus, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in erkennbar amtlicher Eigenschaft gegenübertritt und auf diese Weise ggf. eine Aussage erlangt. Kennzeichen der Vernehmung ist demnach im Fall des Zeugen die bewusste Äußerung zum Gegenstand der Untersuchung (§ 69 Abs. 1 S. 2 StPO) bzw. im Fall des Tatverdächtigen zur Beschuldigung (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO). Daraus folgt, dass die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei mangels erkennbarer Amtlichkeit keine Vernehmung ist.

Zu einer abweichenden Beurteilung gelangen die Befürworter eines materiellen Vernehmungsbegriffs, nach deren Auffassung jede direkt oder indirekt von einem Staatsorgan veranlasste Herbeiführung einer Äußerung des Beschuldigten als Vernehmung zu qualifizieren ist.⁵ Weil für das Vorliegen einer Vernehmung demnach nicht erforderlich ist, dass die Äußerung der Auskunftsperson in von ihr bewusst wahrgenommener Gegenwart eines Strafverfolgungsorgans herbeigeführt wird, folgt aus dieser Auffassung die Einbeziehung von informellen Informationserhebungen in den direkten Anwendungsbereich von § 136 StPO. Äußerungen, die der Beschuldigte in seiner verdeckten Befragung tätige, unterlägen einem Verwertungsverbot, da er nicht über sein Aussageverweigerungsrecht gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt werde. Die Begründung für eine derart ex-

² Vgl. BGHSt. 29, 230 (232 f.) (= NJW 1980, 1533); *B. Kramer*, Strafverfahrensrecht, Rn. 28a.

³ BGHSt. (GrS) 42, 139 (145); ebenso BGHSt. 52, 11 (15, Rn. 16); BGHSt. 40, 211 (213).

⁴ *Diemer*, KK/StPO, § 136, Rn. 3; *Ellbogen*, Kriminalistik 2006, 544 (545 f.); *Gusy*, StV 1995, 449 (450); *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 110; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 891; *Lemke*, HK/StPO, § 136, Rn. 2; *Pfeiffer*/StPO, § 136a, Rn. 1; *Ranft*, Strafprozessrecht, Rn. 327; *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 43; *Schlüchter/Radbruch*, NSZ 1995, 354 (355); *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (6 ff.).

⁵ *Bosch*, Aspekte, 208 ff.; *ders.*, Jura 1998, 236 (237 ff.); *Dencker*, StV 1994, 667 (675); *Gleiß*, LR/StPO, § 136, Rn. 91, 94 und § 136a, Rn. 12; *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 91 ff.; *Hanack*, LR/StPO, § 136, Rn. 9, 64 ff.; *Henrichs/Steri*, Kriminalistik 2004, 629 (632); *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (215); *Kühl*, StV 1986, 187 (188 ff.); *Neuhaus*, Kriminalistik 1995, 787 ff.; *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 61 ff.; *Schäfer/Sander*, Die Praxis des Strafverfahrens, Rn. 316; *Seebode*, JR 1988, 427 (428); *Weiler*, GA 1996, 101 (108, 113).

tensive Auslegung des Vernehmungsbegriffs wird der These entnommen, die StPO enthalte ein Regelungsprinzip, demzufolge ein Beschuldigter nur offen befragt werden dürfe, weshalb seine verdeckt durchgeführte Befragung grundsätzlich unzulässig sei.⁶

Eine Einordnung der verdeckten Befragung des Beschuldigten als „funktionale Vernehmung“ wird schließlich von einer in der Literatur vielfach vertretenen Auffassung mit Hinweis auf den Sinn und Zweck der Belehrungsvorschrift des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO befürwortet. Auch wenn der formelle Charakter der Vernehmung anerkannt werden müsse, eine Vernehmung daher nicht vorliege,⁷ sei die analoge Anwendung der Belehrungsvorschriften auf die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei doch geboten, weil anderenfalls der Schutzzweck des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO umgangen werde.⁸

Bevor die beiden letzteren Auffassungen zum materiellen und zum funktionalen Vernehmungsbegriff überprüft werden, ist der Zweck der Vernehmung zu klären. Dieser ist zur Bestimmung der rechtlichen Gewährleistungen von § 136 StPO von elementarer Bedeutung, da die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten ihren Ausgangspunkt in der gesetzlichen Ausgestaltung seiner Vernehmung nehmen muss.⁹

II. Der Zweck der Vernehmung

Die Vorschrift des § 136 StPO über die Vernehmung gilt für den Beschuldigten nach Maßgabe von § 163a Abs. 1 S. 1 StPO. Diese Vorschrift legt fest, dass der Beschuldigte „spätestens vor dem Abschluss der Ermittlungen zu vernehmen

⁶ *Dencker*, StV 1994, 667 (674 f.); *Keller*, Straftatprovokation, 125; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (716).

⁷ Für die Zeugen- und Sachverständigenvernehmung z. B. §§ 52 III, 69, 161a I, 163a V, 168c II, 251 I, II, 253; für die Vernehmung des Beschuldigten z. B. §§ 115, 133, 135, 136 I, II, 147 III, 163a I 1, III 2, IV, 166, 168c I, 254 StPO.

⁸ *Bernsmann*, StV 1997, 116 (117 ff.); *ders.*, StraFo 1998, 73 (77); *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481 d, 481 g; *Bockemühl*, Detektiv-Kurier, 19 (20); *Derksen*, JR 1997, 167 (168 ff.); *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 571; *Fezer*, NStZ 1996, 289 f.; *Geyer*, Beschuldigtenbelehrung, 45; *G. Haas*, GA 1995, 230 (231 ff.); *Hamm*, Die Revision, Rn. 965 f.; *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (214 f.); *Hund*, StV 1993, 379 (380); *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 70; *Joecks*, StPO, Einl. Rn. 225 f.; *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1297); *Müssig*, GA 2004, 87 (99 ff.); *ders.*, GA 1999, 119 (127, Fn. 35); *Puppe*, GA 1978, 289 (305 f.); *Renzikowski*, JR 2008, 164 (167); *ders.*; *JZ* 1997, 710 (717); *Rothfuß*, StraFo 1998, 289 (293 f.); *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (44); *ders.*, NStZ 1995, 465 (467); *ders.*, NStZ 1997, 18 (19 ff.); *ders./Achenbach*, PdW, Fall 83; *Rzepka*, Fairness im Strafverfahren, 425; *Salger*, Das Schweigerecht, 55 f.; *Schroth*, JuS 1998, 969 (976 f.); *Schäfer/Sander*, Die Praxis des Strafverfahrens, Rn. 339; *Sinn*, Jura 2003, 812 (816 f.); *v. Stetten*, Beweisverwertung, 128; *Volk*, Strafprozessrecht, § 9, Rn. 20; *Weiler*, GA 1996, 101 (113); *Widmaier*, StV 1995, 621 (622); *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (972 ff.).

⁹ *Derksen*, JR 1997, 167 (168 f.); *Grünwald*, StV 1987, 453.

ist“, sofern das Verfahren nicht zur Einstellung führt. Es entspricht damit der Ratio dieser Vorschrift, zu gewährleisten und sicherzustellen, dass der Beschuldigte unter allen Umständen rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) erhält.

Die obligatorische Vernehmung bewirkt zugleich, dass der Beschuldigte Kenntnis von einem gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren erhält; spätestens mit Beginn seiner verantwortlichen Vernehmung wird seine Beschuldigteneigenschaft begründet (vgl. Nr. 44 Abs. 1 S. 1 RiStBV). Als Beschuldigtem ist ihm durch die Polizei bei Beginn der Vernehmung zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird; zudem ist er über sein Recht auf Aussagefreiheit, sein Recht auf Befragung seines Verteidigers und über sein Recht, zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen zu beantragen, zu belehren (§ 163a Abs. 4 i.V.m. § 136 S. 4 StPO). Hierdurch wird der Beschuldigte in die Lage versetzt, sich optimal zu verteidigen. Eben dies ist nach § 136 Abs. 2 StPO *expressis verbis* weiterer Gesetzeszweck: „Die Vernehmung soll dem Beschuldigten Gelegenheit geben, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen.“

Über diese beiden Vernehmungszwecke zu Gunsten des Beschuldigten – Absicherung und Gewährung rechtlichen Gehörs sowie die Absicherung der Verteidigungsrechte – herrscht Einigkeit. Umstritten ist, ob der Vernehmung daneben der Zweck der Sachverhaltsaufklärung zukommt. Die herrschende Meinung bejaht dies.¹⁰ Insofern wird das Interesse der Strafverfolgungsbehörden anerkannt, den Sachverhalt aufzuklären und hierbei den Beschuldigten als Erkenntnisquelle zu nutzen.

Demgegenüber schließt eine Minderheitsmeinung den Zweck der Sachverhaltsaufklärung aus.¹¹ Zur Begründung verweist sie auf die Entstehungsgeschichte von § 136 StPO, auf das Recht des Beschuldigten, die Aussage zu verweigern, sowie auf die Pflicht des Vernehmenden, ihm die Verdachtsgründe mitzuteilen.

Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte von § 136 StPO wird angeführt, dass sie den Zweck der Sachverhaltsaufklärung nicht erkennen lasse. Wenn dieser Zweck nach dem Willen des Gesetzgebers eine selbständige Bedeutung haben sollte, dann hätte § 136 Abs. 2 StPO im Zuge seiner letzten Neufassung im Jahr 1964 einen anderen Zuschnitt erhalten müssen. Da eine Gesetzesänderung unterblieb, müsse § 136 Abs. 2 StPO als der den Regelungen der §§ 136 Abs. 1 S. 2,

¹⁰ BGHSt. 20, 298 (300); *Diemer*, KK/StPO, § 136, Rn. 1; *Erb*, LR/StPO, § 163a, Rn. 28; *Hanack*, LR/StPO, § 136, Rn. 35; *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 65; *Griesbaum*, LR/StPO, § 163a, Rn. 3; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, Rn. 34; *Lenke*, HK/StPO, § 136, Rn. 1; *Meyer-Gofßner*, § 163a, Rn. 1; *Monka*, Graf/StPO, § 136, Rn. 17; *Rogall*, SK/StPO, § 136, Rn. 17.

¹¹ *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, 110 ff.; *Bosch*, Aspekte, 145 ff.; 172 f.; *Degener*, GA 1992, 443 (462); *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 510a; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (12).

136a StPO entstehungsgeschichtlich vorgelagerten Norm der Grundsatz entnommen werden, dass das inquisitorische Verhör vergangener Tage im reformierten Strafprozess durch eine allein der Gewährung rechtlichen Gehörs und Verteidigungszwecken dienende Vernehmung abgelöst sei.¹²

So zutreffend diese Beurteilung des § 136 Abs. 2 StPO für sich auch ist, so wenig schließt sie die Aufklärung des Sachverhalts als weiteren Vernehmungszweck des § 163a StPO aber aus. Anderenfalls und allein am Verteidigungszweck orientiert müsste es ein Verbot geben, den Beschuldigten zur Sachverhaltsaufklärung zu befragen, soweit von ihm Belastendes erfragt oder zur Kenntnis genommen wird. Diese Schlussfolgerung wird indes von niemandem vertreten, und zwar zu Recht. Zum einen besteht kein Zweifel daran, dass die Befragung des Beschuldigten für die Aufklärung einer Straftat häufig von großer Bedeutung ist. Mit der Aufklärung des Sachverhalts befolgt die Staatsanwaltschaft ihren gesetzlichen Auftrag gemäß § 160 Abs. 1 StPO, wobei Abs. 2 ihr ausdrücklich vorschreibt, die den Beschuldigten belastenden und entlastenden Umstände gleichermaßen zu ermitteln. Dies macht Sinn, denn weil die Ermittlungsbehörden im Interesse einer effektiven Strafverfolgung gehalten sind, ihre Ressourcen zu bündeln, muss auch solchen Hinweisen frühzeitig nachgegangen werden, die den Beschuldigten entlasten, aber nur von ihm zu erhalten sind. Damit erweitert die Vernehmung des Beschuldigten i. d. R. die Informationsgrundlage für die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts gemäß § 170 StPO.¹³ Zum anderen verbindet sich hiermit kein Nachteil für den Beschuldigten, da seine Rechtsposition keinen Schaden nehmen kann, wenn sich die Polizeibeamten bei Erfüllung des der Staatsanwaltschaft obliegenden Ermittlungsauftrages an die gesetzlichen Vorgaben gemäß § 163a Abs. 4 i. V. m. §§ 136, 136a StPO halten. So ist doch mit dem Aussageverweigerungsrecht und der vorgeschriebenen Belehrung über dieses Recht sichergestellt, dass der Beschuldigte freiwillig Auskunft gibt, also zur Sachverhaltsaufklärung nur insoweit beiträgt, als es seinem Willen entspricht.

Allerdings wird gerade aus der Existenz des Aussageverweigerungsrechts geschlossen, dass der Zweck der Vernehmung nicht in der Erforschung des Sachverhalts liegen könne, weil die Zweckerreichung dann zur Disposition des sich auf sein Aussageverweigerungsrecht berufenden Beschuldigten gestellt wäre.¹⁴ Um dies zu vermeiden, müsste dem Beschuldigten vielmehr gleich einem Zeugen eine Aussagepflicht auferlegt werden, was in seiner Widersinnigkeit zeige,

¹² *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, 110 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 510a; *Grünwald*, StV 1987, 453 ff.; *Rieß*, JA 1980, 293 (297); *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (34).

¹³ *Erb*, LR/StPO, § 163a, Rn. 27; *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 65.

¹⁴ *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, 112 f.; *Böse*, GA 2002, 98 (118); *Degen*, GA 1992, 443 (462); *Derksen*, JR 1997, 167 (168); *Grünwald*, Beweisrecht, 60; *Schneider*, Selbstbegünstigungsprinzip, 30.

dass die Sachverhaltsaufklärung kein eigenständiger Vernehmungszweck sein könne.

Dass mit dem Aussageverweigerungsrecht die Sachverhaltsaufklärung eingeschränkt wird, ist freilich zu zutreffend; jedoch schließt dieses Recht den Zweck der Sachverhaltsaufklärung weder aus noch macht es ihn illegitim. Die Gegenauffassung, die hier einen Widerspruch erblickt, verkennt abermals, dass die Ratio der den Beschuldigten schützenden Vorschriften nicht zugleich den Zweck seiner Befragung diktiert, also nicht notwendigerweise mit ihm übereinstimmen muss. Zum Ausdruck kommt dies etwa in § 244 StPO, der in Abs. 1 und 2 genau zwischen der Vernehmung des Angeklagten und der Beweisaufnahme unterscheidet. Auch wenn der Beschuldigte als Aussageperson nicht wie ein Zeuge Beweismittel i. S. v. § 244 Abs. 2 StPO ist, ändert seine überkommene Stellung als Prozesssubjekt nichts daran, dass seine Aussagen gegebenenfalls Beweismittel im materiellen Sinn sind, er deshalb allein aufgrund seines Geständnisses verurteilt werden kann. So entsprach es schon den Motiven zur Reichsstrafprozessordnung, dass die Vernehmung, „wenn und insoweit der Beschuldigte geständig ist, als freiwillig dargebotenes Untersuchungsmittel auch im heutigen Verfahren von größtem Werthe“ ist.¹⁵

Schließlich wird auch die in § 136 Abs. 1 S. 1 StPO vorgeschriebene Mitteilung der Verdachtsgründe gegen den Zweck der Sachverhaltsaufklärung angeführt, da sie der Sachverhaltsaufklärung zuwider laufe. Zu diesem Zweck wäre es vielmehr geboten, den Beschuldigten über die Beschuldigung im Unklaren zu lassen, um ihm das Aufstellen von Schutzbehauptungen zu erschweren. Dass der Gesetzgeber die Vorschrift aufgenommen hat, obwohl sie kriminalistischen Interessen zuwider läuft, schließe deren Berücksichtigung als Vernehmungszweck aus.¹⁶ Da die Vernehmung somit allein den Interessen des Beschuldigten diene, seien ihm zur Ermöglichung einer optimalen Verteidigung i. S. v. § 136 Abs. 2 StPO die Verdachtsgründe vollständig mitzuteilen.¹⁷

Wären dem Beschuldigten sämtliche Verdachtsgründe bekannt zu geben, spräche dies tatsächlich gegen die Sachverhaltsaufklärung als weiteren Vernehmungszweck. Eine solche Verpflichtung besteht jedoch nicht, vielmehr ist ihm dem klaren Wortlaut von § 136 Abs. 1 S. 1 StPO zufolge lediglich die „Tat“ im

¹⁵ *Hahn*, Gesamte Materialien (3.1.), 138; ebenso BGHSt. 20, 298 (300) kurz nach dem StPÄG 1964.

¹⁶ *Bosch*, Aspekte, 145 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht, 510a; *Gleiß*, LR/StPO, § 136, Rn. 22, 56; *Grünwald*, Beweisrecht, 60 ff.; *ders.*, StV 1987; *Hanack*, LR/StPO, § 136, Rn. 16.

¹⁷ *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 510a; *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624 (642); *Lisken*, ZRP 1994, 264 (269); auch *Dencker*, StV 1994, 667 (675 f.), wonach durch § 136 StPO eine „Rechtspflicht zur Offenbarung“ begründet sei. Ebenso und eingehend zum Anspruch des Beschuldigten auf Mitteilung der Beschuldigung aus Art. 6 III lit. a) EMRK: *Frister*, StV 1998, 159 (162).

verfahrensrechtlichen Sinne (§ 264 StPO) mitzuteilen. Zwar darf sich der Vernehmende nicht auf die Mitteilung des in Betracht kommenden Straftatbestandes beschränken, sondern hat dessen Verwirklichung in groben Zügen so darzustellen, dass dem Beschuldigten eine sachgerechte Verteidigung – vornehmlich durch Nutzung seines Beweisantragsrechts gemäß § 136 Abs. 1 S. 3 StPO – ermöglicht ist. Für eine weitergehende Mitteilung ist indes kein rechtlich schützenswertes Interesse des Beschuldigten ersichtlich, das eine Erschwerung der Sachverhaltsaufklärung rechtfertigte.¹⁸ Zum Ausdruck kommt diese Wertung etwa in Nr. 44 Abs. 1 S. 2 RiStBV, wonach dem Beschuldigten in der Ladung zu seiner Vernehmung der Gegenstand der Beschuldigung nur anzugeben ist, „wenn und soweit es mit dem Zweck der Untersuchung vereinbar ist“.

Festzuhalten ist demnach, dass die Vernehmung des Beschuldigten gemäß §§ 136 i.V.m. 163a StPO seinen Interessen dient, namentlich seiner Verteidigung durch die Gewährleistung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Daneben dient sie dem Zweck der Sachverhaltsaufklärung, womit sie die Informationsgrundlage für die Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft gemäß § 170 StPO regelmäßig erweitert.

§ 2 Informelle Informationserhebungen als Verstoß gegen § 136 StPO

Wenn die Vorschriften der StPO über die Vernehmung des Beschuldigten Ausdruck eines strafprozessualen Regelungsprinzips wären, demzufolge die Erhebung von Informationen vom Beschuldigten allein durch Befragung von als solchen erkennbaren Strafverfolgungsorganen zulässig wäre, müssten die fraglichen Methoden informeller Informationserhebung allesamt schon deshalb unzulässig sein, weil sie heimlich und ohne Belehrung über das Recht auf Aussagefreiheit erfolgen. Diese ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot aus § 136 StPO nach sich ziehende Prämisse der Befürworter eines materiellen Vernehmungsbegriffs ist zunächst zu überprüfen.

I. Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns

In der Literatur wird zum Teil eine Maxime grundsätzlicher Offenheit staatlicher Handlungen aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet und verlangt, dass auch strafprozessuales Handeln für den Betroffenen stets voraussehbar und berechenbar sein müsse. Auch aus der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sei zu folgern, dem Betroffenen müsse der Eingriff in seine Rechte unmittelbar bekannt

¹⁸ *Diemer*, KK/StPO, § 136, Rn. 8; *Lemke*, HK/StPO, § 136, Rn. 25; *Meyer-Goßner*, § 136, Rn. 6, 13.

gemacht werden, da deren Gewährleistungen anderenfalls leer laufen würden.¹⁹ Diese Pflicht folge aus den grundsätzlichen Wertungen, die zur Abkehr vom Inquisitionsverfahren geführt haben, weshalb die polizeilichen Eingriffsbefugnisse, im Unterschied zu denen des Verfassungsschutzes, in der StPO als Handeln mit „offenem Visier“ ausgestaltet seien.²⁰

Vom Großen Senat war ein Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns für den strafprozessualen Bereich verneint und ausdrücklich hervorgehoben worden, dass die Heimlichkeit polizeilicher Initiative an sich nicht die Unzulässigkeit begründen könne. Vielmehr sei mit den Vorschriften zur Telefon- und Videoüberwachung sowie zum Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter die prinzipielle Zulässigkeit heimlicher Ermittlungsmaßnahmen gerade belegt.²¹

II. Stellungnahme

Vor dem Hintergrund der vom historischen Gesetzgeber erstrebten Loslösung vom Inquisitionsprozess durch Konstituierung des Beschuldigten als ein mit eigenen Rechten ausgestattetes Prozesssubjekt drängt sich der Schluss des Großen Senats nicht auf. Es könnte im Gegenteil einiges dafür sprechen, Methoden informeller Ausforschung eines hiervon ahnungslosen Beschuldigten der historisch-gesetzgeberischen Intention als zuwiderlaufend zu betrachten und mit den Prinzipien des geschaffenen Anklageprozesses für unvereinbar zu halten.²² Allerdings ist die Annahme, der damalige Gesetzgeber habe in bewusster Abkehr von den Wertungen des Inquisitionsprozesses – als eine Art rechtspolitisches Signal – die offene Befragung des Beschuldigten als einzig zulässige Form verbaler Informationserhebung regeln wollen, eine Deutung aus heutiger Sicht.²³

Immerhin ist der konspirative Gehalt der von den Reichsjustizgesetzen bereits 1877 in die strafprozessualen Zwangsmaßnahmen der StPO aufgenommenen Postbeschlagnahme nach § 99 schon nicht unerheblich gewesen. Charakteristisch für die Befragung des Beschuldigten im Inquisitionsprozess war, eine wahrheitsgemäße Aussage von ihm erzwingen zu können. Deshalb bedurfte es heimlicher Methoden zur Aussageerlangung nicht, weshalb dem Inquisiten der Umstand sei-

¹⁹ *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (569 f.); *Dencker*, StV 1994, 667 (674); *Keller*, Straftatprovokation, 125; *ders.*, StV 1984, 521 (523); *Ostendorf*, Kriminalistik 1985, 409; *Strate*, StV 1989, 406 (410); *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 206; vgl. auch *Albrecht*, Die vergessene Freiheit, 106 ff., 121 f.

²⁰ *Fezer*, NStZ 1996, 289 (290); *Hassemer*, StV 1994, 333; *Keller*, StV 1984, 521 (523).

²¹ BGHSt. (GrS) 42, 139 (150); zuvor schon BGHSt. 39, 335 (346 f.) und nun BGHSt. 52, 11 (16).

²² So *Dencker*, StV 1994, 667 (677 f.); *Fezer*, NStZ 1996, 289 (290); *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (24 ff.); *Lisken*, ZRP 1994, 264 (266); *ders.*, NJW 2069 (2070).

²³ *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (8).

ner Inquisition auch stets leidvoll bekannt war. Zur Überwindung dieses Verfahrens und zur Konstituierung des Beschuldigten als Prozesssubjekt bestand folglich ein gesetzliches Bedürfnis nur nach Regelung der zwangsweisen Kommunikation, also in der Frage, wie seine amtliche Befragung gesetzlich auszugestalten ist.²⁴ Von einem Problembewusstsein des historischen Gesetzgebers hinsichtlich erst in der Zukunft bestehender (technischer) Möglichkeiten zur (insoweit kompensatorischen) informellen Straftataufklärung kann nicht ausgegangen werden.²⁵

Tatsächlich müssten sich, wenn es einen ausnahmslosen Grundsatz der Offenheit strafprozessualer Maßnahmen gäbe, die Vorschriften die Telekommunikationsüberwachung (§§ 100a ff.) und über Verdeckte Ermittler (§§ 110a ff. StPO) als mit diesem Grundsatz unvereinbar zeigen. Schon die Existenz dieser Zwangseingriffsbefugnisse stellt einen erheblichen „Plausibilitätsvorschluss“²⁶ nicht für, sondern gegen eine „Offenheitsmaxime“ dar. Sieht man diese Vorschriften auf der Basis eines solchen Grundsatzes als hiermit unvereinbar an,²⁷ ist diese Feststellung zwar konsequent, aber zirkulär. Denn ebenso wie aus § 136 StPO gefolgert wird, Heimlichkeit sei unzulässig, weil diese Vorschrift ein offenes Handeln der Strafverfolgungsbehörden statuiere, kann auch argumentiert werden, dass verdecktes Vorgehen zulässig sei, da die genannten Normen hierzu ausdrücklich ermächtigen. Dabei hilft es nicht, die Vorschriften der §§ 100a ff., §§ 110a ff. StPO als eng begrenzte Ausnahmeerlaubnisse²⁸ zu deklarieren, weil mit der Anerkennung derart weitreichender Ausnahmen von einem Grundsatz nicht mehr gesprochen werden kann und Zweck und Legitimität der gesetzlichen Durchbrechungen unerklärt bleiben.²⁹

Eine Wertentscheidung trifft die StPO jedoch an anderer Stelle: Nach § 33 Abs. 3 StPO ist der von einer strafprozessualen Maßnahme außerhalb der Hauptverhandlung Betroffene vor der für ihn nachteiligen Verwertung von Tatsachen und Beweisergebnissen zu hören. Die Vorschriften der §§ 33, 33a StPO sind Ausprägung des rechtsstaatlich garantierten Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs.³⁰ Von dem Grundsatz vorheriger Anhörung ist eine Ausnahme

²⁴ Deutlich der Kommissionsbericht, vgl. *Hahn*, Gesamte Materialien (3.2.), 1554 f.

²⁵ *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 248 f.; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (8).

²⁶ *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 151.

²⁷ *Dencker*, – bezogen auf die §§ 110a ff. StPO – StV 1994, 667 (681 ff.); *Fezer*, NSZ 1996, 289 (290); *Kahlo*, FS-Wolff (1998), 153 (187 f.); *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (25, 42 f.).

²⁸ *Dencker*, StV 1994, 667 (681); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (715); vgl. auch *Neuhaus*, Kriminalistik 1995, 787 (789 ff.): „funktionaler Vernehmungsbegriff mit formalem Ausnahmevorbehalt“.

²⁹ *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 163 f.; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (9); *dies.*, Vorfelddermittlungen, 211. Immerhin kann völlig ohne Kenntnis des Beschuldigten ein Ermittlungsverfahren gegen ihn geführt worden sein, § 170 II StPO.

³⁰ *Meyer-Göfner*, § 33, Rn. 1.

nach § 33 Abs. 4 StPO allerdings dann zu machen, wenn sie den Zweck der Anordnung gefährden würde. In diesem Fall hat die Anhörung des Betroffenen zu unterbleiben. Durch dessen Unkenntnis soll die Wirksamkeit der Maßnahme bis zum Zeitpunkt ihrer Ausführung sichergestellt werden. Auch § 168c Abs. 5 StPO gestattet, von der Benachrichtigung abzusehen, wenn dies zu einer Gefährdung des Untersuchungserfolges, der Gewinnung einer verwertbaren Aussage,³¹ führen würde. Obgleich mit dieser Vorschrift im Besonderen das Anwesenheitsrecht des Betroffenen eingeschränkt ist und nicht die Durchführung einer Maßnahme garantiert werden soll, geht es doch um das Gleiche: Die Gewährleistung von Ermittlungshandlungen, deren Effektivität gerade aus ihrer Verborgenheit resultiert. Entsprechend lässt es § 101 Abs. 1 StPO für Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung genügen, dass das staatliche Vorgehen erst im Nachhinein zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes offen gelegt wird. Dementsprechend ist auch für Art. 6 Abs. 3 lit. a) EMRK anerkannt, dass die hiernach geforderte Mitteilung der Beschuldigung verzögert werden darf, um den mit dem Ermittlungseingriff bezweckten Erfolg nicht zu gefährden.³² Auch wenn nicht auszuschließen ist, dass der Verpflichtung zur nachträglichen Kenntnisverschaffung einmal missbräuchlich nicht Folge geleistet wird, kann über diese Erwägung kein grundsätzliches Verbot von heimlichen Ermittlungsmaßnahmen begründet werden, da dies hieße, Rechtsstaatlichkeit nicht zu bewahren, sondern den Rechtsstaat seinem Ansatz nach schon aufzugeben.³³

Grundsätzlich gebietet das Rechtsstaatsprinzip, dass der Bürger in die Lage versetzt sein muss, mögliche staatliche Eingriffe vorzusehen, um sich hierauf einrichten zu können. In dieser Hinsicht besteht ein mit Verfassungsrang belegter Vertrauensschutz.³⁴ Das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. dem allgemeinen Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG formt dies für das Strafverfahrensrecht mit dem Fair-Trial-Grundsatz in besonderer Weise aus.³⁵ Sein Anspruch auf ein faires Strafverfahren schützt den Beschuldigten auch vor Eingriffen in von der StPO vorausgesetzte, verfassungsrechtlich fundierte rechtsstaatliche Strukturprinzipien, wobei der Grundsatz offener Beschuldigtenbefragung, wie sie auch in den Vorschriften der §§ 133 ff. StPO geregelt ist, als ein solches Prinzip zu verstehen ist.³⁶ Abseits des Anwendungsbereichs dieser Vorschriften sind eng begrenzte Ausnahmen von diesem Grundsatz aber möglich, wenn und soweit für den Betroffenen eine nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs si-

³¹ *Meyer-Göfner*, § 168c, Rn. 5.

³² *Frister*, StV 1998, 159 (162).

³³ A. A. *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 206; wie hier schon *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 145.

³⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2005, 352 (352); BVerfGE 13, 261 (271).

³⁵ Vgl. hierzu *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 101 ff.; *Rzepka*, Fairness im Strafverfahren, 329 ff.

³⁶ BGHSt. 52, 11 (16, Rn. 18); *Schneider*, GA 1997, 371 (380 f.).

chergestellt ist.³⁷ Gerechtfertigt ist dies durch die gleichfalls im Rechtsstaatsprinzip verankerte Verpflichtung des rechtsstaatlichen Gemeinwesens zur Aufklärung schwerer Straftaten.³⁸ Diese Verpflichtung findet letztlich auch in § 33 Abs. 4 StPO Ausdruck. Jedoch ist die Zulässigkeit der Versagung vorheriger Kenntnisaufnahme durch den Betroffenen im Rahmen nicht offener Ermittlungsmethoden wie der Telefonüberwachung oder des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern an die unumgängliche Notwendigkeit der Maßnahme sowie eine hierauf bezogene gesetzliche Normierung mit Ausnahmecharakter geknüpft.³⁹ Voraussetzung sind das Vorliegen eines konkreten Tatverdachts hinsichtlich katalogisierter Straftaten von erheblicher Bedeutung, die zwingende Beachtung von Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sowie begrenzte Anordnungs Kompetenzen.⁴⁰ Sind diese Anforderungen erfüllt – wobei Ausnahmevorschriften grundsätzlich restriktiv auszulegen sind⁴¹ –, zeigt sich, dass verdeckte Ermittlungshandlungen mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz eines fairen Strafverfahrens vereinbar sein können.

Dies hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum „Großen Lauschangriff“ in aller Grundsätzlichkeit bestätigt und ausgeführt: „Ermittlungen in Heimlichkeit sind (...) eine unabdingbare Voraussetzung einer Reihe von Maßnahmen der Strafverfolgung, die nicht allein deshalb rechtsstaatswidrig sind“⁴². Da sie mit der Aufklärung schwerer Straftaten einem legitimen Zweck dienen und – sofern nicht der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist – zur Erreichung dieses Zwecks auch geeignet und erforderlich seien, unterliege der Umstand, dass der Rechtsschutz auf die nachträgliche Mitteilungspflicht beschränkt werde, im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich keiner verfassungsrechtlichen Beanstandung.⁴³

Weitgehend überholt ist auch die Auffassung, verdeckte Informationserhebungen seien aufgrund des nachrichtendienstlichen Trennungsgebots der repressiven Polizeiarbeit entzogen.⁴⁴ Um dem Entstehen einer omnipotenten Überwachungsbehörde entgegenzuwirken, sind diesem Gebot zufolge die repressiven Aufgaben beschränkt und die „Instrumente zur heimlichen Informationsbeschaffung“ ge-

³⁷ *Bockemühl*, Private Ermittlungen, 76; *Gollwitzer*, JR 1995, 469 (471).

³⁸ BVerfGE 109, 279 (336); BVerfGE 33, 367 (383); BVerfGE 29, 183 (194).

³⁹ *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 146; *Rieß*, LR/StPO, § 163, Rn. 41; *Schneider*, JR 1996, 401 (407).

⁴⁰ Vgl. *Schlüchter/Radbruch*, NStZ 1995, 354 (355).

⁴¹ Vgl. BGHSt. 30, 168 (170 f.).

⁴² BVerfGE 109, 279 (325) m. Bespr. *Ruthig*, GA 2004, 587 ff.

⁴³ BVerfGE 109, 279 (364); vgl. hierzu *Hofmann*, Schmidt-Bleibtreu/Klein/GG, Art. 1, Rn. 50.

⁴⁴ *Keller*, StV 1984, 521 (523); *Lisken*, ZRP, 1994, 264 (266 f.); *Ostendorf*, Kriminalistik, 1985, 409. Zum Trennungsgebot vgl. auch *Nehm*, NJW 2004, 3289; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 146 ff.

mäß § 8 Abs. 2 S. 1 BVerfSchG originär dem Verfassungsschutz zugewiesen, welchem der Rückgriff auf polizeiliche Befugnisse mit § 8 Abs. 3 BVerfSchG seinerseits verwehrt ist. Damit sind heimliche Ermittlungen zu repressiven Zwecken indes nicht ausgeschlossen. Gefahrenabwehr und Strafverfolgung sind strikter Trennung nicht zugänglich, sondern können im Gegenteil sogar eine enge Zusammenarbeit erfordern, etwa bei den Straftaten der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats (z. B. §§ 84, 86a StGB).⁴⁵

Das rechtsstaatlich fundierte Gebot nach offenem hoheitlichem Handeln begründet demnach kein ausnahmsloses Verbot von verdecktem Ermittlungshandeln im Strafverfahren.

§ 3 Informelle Informationserhebungen als Umgehung von § 136 StPO

I. Die Unzulänglichkeit isolierter Normbetrachtung

Erweist sich die den materiellen Vernehmungsbegriff begründende Prämisse somit als nicht tragfähig, ist im Folgenden zu untersuchen, ob informelle Informationserhebungen eine Umgehung von § 136 StPO darstellen. Dies wird von weiten Teilen der Literatur, den Befürwortern eines funktionalen Vernehmungsbegriffs, vertreten, die eine analoge Anwendung von § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO – und damit ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot – fordern.⁴⁶

Zur Beurteilung der Frage, ob die in dieser Vorschrift verankerte Belehrungsvorschrift in den eingangs geschilderten sieben Fällen von den Ermittlungsbehörden umgangen wird, ist ihre isolierte Betrachtung indes nicht weiterführend. Denn der Schutzzweck der Belehrungsvorschrift kann nicht weiter reichen als das Recht, über das zu belehren ist.⁴⁷ Als tragfähig erweist sich die These einer Umgehung von § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO also nur, wenn der Beschuldigte nach Sinn und Zweck des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit den Schutz vor irrtumsbedingter Selbstbelastung überhaupt verdient. Erst wenn dies bejaht werden kann, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es Aufgabe von § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO ist, diesen Schutz über seinen direkten Anwendungsbereich hinaus sicherzustellen.⁴⁸

⁴⁵ Zur Frage der Harmonisierung der Voraussetzungen zur Übermittlung von Erkenntnissen des BND an die Eingriffsvoraussetzungen der StPO (§ 100a) vgl. BVerfG, NJW 2000, 55 (66).

⁴⁶ Siehe hierzu Fn. 8.

⁴⁷ *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (13); ebenso *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, *Engländer*; ZIS 2008, 163 (Fn. 17); *Jäger*; Beweisverwertung, 165.

⁴⁸ Auf die vielfach zirkulären Argumentationsmuster in der Literatur, die sich daraus ergeben, dass der dem Nemo-tenetur-Grundsatz beigelegte Schutzzumfang zum Zweck

Eine nähere Begründung für ihre Annahme, das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit schütze den Beschuldigten vor den hier fraglichen Ermittlungsmethoden, wird von den Befürwortern der Umgehungsthese zumeist nicht mitgeteilt. Die Grundlage sowie Sinn und Zweck dieses Rechts sind daher zunächst zu untersuchen.

II. Der Grundsatz „Nemo tenetur se ipsum accusare“

Der Rechtsgrundsatz „Nemo tenetur se ipsum accusare“ (bzw. „Nemo tenetur se ipsum prodere“) bedeutet, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst anzuklagen (bzw. gegen sich selbst Zeugnis abzulegen). Er geht auf den englischen Rechtskreis zurück. Gegen die uneingeschränkte Wahrheitspflicht des Beschuldigten wurde in England im 16. Jahrhundert geltend gemacht: „No man is bound to give evidence against himself“, wobei sich diese Forderung als Prinzip in der englischen Gerichtspraxis im 18. Jahrhundert durchsetzte – und deren (freie) lateinische Übersetzung dem Nemo-tenetur-Grundsatz heute seinen Namen gibt.⁴⁹ Wie eingangs (im ersten Kapitel unter § 1) ausgeführt, begann seine Rezeption in Deutschland mit der Reformierung des Strafprozesses und formte sich der wachsenden Rechtsstellung des Beschuldigten als Verfahrensbeteiligter (Subjektstellung) entsprechend aus.

Eine ausdrückliche Nennung der Selbstbelastungsfreiheit als Grundrecht findet sich im Grundgesetz nicht.⁵⁰ Auch in der EMRK findet der Nemo-tenetur-Satz keine explizite Erwähnung, doch besteht kein Zweifel mehr daran, dass das Recht zu schweigen und sich nicht selbst beschuldigen zu müssen, Kernstück des von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahrens ist.⁵¹ Es entspricht auch allgemeiner Auffassung, dass die Strafprozessordnung diesen Grundsatz nicht beinhaltet, sondern voraussetzt.⁵²

Lediglich der im Rang eines Bundesgesetzes stehende Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) vom 19.12.1966 sieht in Art. 14

der Belehrung in § 136 I 2 StPO erhoben wird, war zuerst von *Weßlau* hingewiesen worden, vgl. *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (12 f.).

⁴⁹ Näher hierzu *Böse*, GA 2002, 98 (108 ff.); *Eser*, Kolloquium, 151 ff.; *Rogall*, Der Beschuldigte, 72 ff.

⁵⁰ Von den Länderverfassungen enthalten allein die „Grundrechte vor Gericht“ des Landes Brandenburg in Art. 52 V BbgVerf eine explizite Regelung der Selbstbelastungsfreiheit: „Niemand darf gezwungen werden, gegen sich selbst oder durch Gesetz bestimmte nahestehende Personen auszusagen.“

⁵¹ EGMR, NJW 2010, 213 – Fall *Bykov vs. Russland*; EGMR, NJW 2006, 3117 (3122 f.) – Fall *Jalloh vs. Deutschland*; EGMR, JR 2005, 423 (424, Rn. 39) – Fall *Weh vs. Österreich*; BGHSt. 52, 11 (17).

⁵² BVerfGE 109, 279 (324); *Nothelfer*, Selbstbeziehungszwang, 9; *Pfeiffer/Hanich*, KK/StPO, Einl., Rn. 89; *Rogall*, Der Beschuldigte, 104 f.; *Eb. Schmidt*, NJW 1968, 1209 (1213).

Abs. 3 lit. g) eine das Verbot von Selbstbelastungszwang ausdrückende Normierung vor.⁵³ Die Vorschrift lautet übersetzt: Der Angeklagte „darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.“ Eine Schutzbereichsbestimmung, insbesondere die Begrenzung auf das Verbot zur Ausübung von Zwang, kann der Vorschrift aber nicht sicher entnommen werden. Weil anerkannt ist, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz seine Schutzwirkungen weder auf Aussagen noch auf das Strafverfahren und auch nicht auf die Person des Angeklagten (vgl. § 157 StPO) beschränkt, ist nur der völkerrechtliche Minimalgehalt zum Ausdruck gebracht.⁵⁴ Dementsprechend ist im IPBPR auch nicht bestimmt, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs begründet; sie zu regeln überlässt er dem nationalen Recht.

Die zur Fundierung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit vertretenen Konzepte sollen im Folgenden dargestellt werden.

1. Die Menschenwürdegarantie als Grundlage der Selbstbelastungsfreiheit

Verfassungsrechtlich wird das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit ganz überwiegend in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG verortet und hieraus gefolgert, dass es sich bei der Selbstbelastungsfreiheit um einen unveräußerlichen Rechtssatz handle, der einer Relativierung durch Abwägung rechtsgrundsätzlich entzogen sei.⁵⁵ Dabei sind die Unterschiede, ob allein auf Art. 1 Abs. 1 GG oder in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zurückgegriffen wird, nur von gradueller Natur.⁵⁶ Obschon über Art. 2 Abs. 1 GG die Berücksichtigung gegenläufiger Interessen, namentlich der „unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung“ grundsätzlich eröffnet ist, wird für den Schutz vor Zwang zur Selbstbezeichnung aufgrund des spezifischen Zusammenwirkens von Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 19 Abs. 2 GG nämlich das eindeutige Überwiegen des Nemo-tenetur-Satzes, mithin die völlige Unantastbarkeit der hiervon geschützten Rechtssphäre, proklamiert. Nur in anderen Verfahrensarten als dem Strafverfahren sollen Ausnah-

⁵³ BGBl. II 1973, 1533 ff.

⁵⁴ *Gollwitzer*, LR/StPO, MRK Art. 6/Art. 14 IPBPR, Rn. 248, 251 f.

⁵⁵ *Bockemühl*, Private Ermittlungen, 76; *Diemer*, KK/StPO, § 136, Rn. 10; *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 192 ff.; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 156; *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1295); *Nothhelfer*, Selbstbezeichnungszwang, 75; *Rieß*, LR/StPO, Einl. Abschn. I, Rn. 88; *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 131; *Salditt*, GA 1992, 51 (66); *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 211; *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 45 ff.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 55, 114, 150 (Art. 1 I GG); BVerfGE 95, 220, 241 (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG).

men von diesen Kernbereichskonzeptionen zulässig, Abwägungen also möglich sein.⁵⁷

Zur Anknüpfung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit an die Menschenwürdegarantie macht die herrschende Lehre Zumutbarkeitserwägungen zum Bezugspunkt, und auch die Prozesssubjektstellung des Beschuldigten wird zur Begründung herangezogen. Aus dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit, gegen sich selbst aussagen zu müssen, folgt die geläufige Begrenzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit auf die Freiheit zu aktiver Mitwirkung des Beschuldigten im Strafverfahren. Damit wird vorausgesetzt, dass die Selbstbelastungsfreiheit von der Entschließungsfreiheit verschieden ist und letztere den Schutz durch den Nemo-tenetur-Satz nur verdient, wenn und soweit Zwang angewandt wird.⁵⁸

Nach diesem Verständnis würden Methoden informeller Informationserhebung mit dem Nemo-tenetur-Satz grundsätzlich nicht in Widerspruch geraten, da ein unzumutbarer Konflikt deshalb nicht erzeugt wird, weil ein solcher gar nicht erst zum Bewusstsein des sich Äußernden gelangt. Ob dieses Verständnis vom Recht auf Selbstbelastungsfreiheit der These, informelle Informationserhebungen verletzen dieses Recht, überzeugend entgegen gehalten werden kann, ist im Folgenden zu untersuchen.

a) Naturrechtlicher Begründungsansatz

Nach naturalistisch fundierter Herleitung der Unzumutbarkeitsformel soll die Verpflichtung zur Selbstbelastung gegen die psychologischen Gesetzmäßigkeiten des menschlichen Selbsterhaltungstriebes – und somit gegen die Menschenwürde – verstoßen, weil dem Betroffenen sonst „Unrealistisches“,⁵⁹ „Notstandsähnliches“⁶⁰ oder „Übermenschliches“⁶¹ abverlangt würde. Hiervon ausgehend war das Verbot des Selbstbelastungszwangs von der Rechtsprechung schon früh einem „natürlichen Recht auf Selbstschutz“ entnommen worden.⁶² Ähnlich, allerdings nicht ganz so eng, hat auch *Rogall* in seiner bedeutenden Monografie über das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit seine Begründung darin gesehen, dass „es eines jeden Menschen Recht ist, eigene Verfehlungen geheim zu halten, und dass es ihm nicht zugemutet werden darf, durch deren Offenbarung seine eigene Rechtssphäre zu beeinträchtigen.“⁶³

⁵⁷ BVerfGE 56, 37; *Di Fabio*, Maunz/Dürig/GG, Art. 2 I, Rn. 188; *Jarass*, Jarass/Pieroth, Art. 1, Rn. 49.

⁵⁸ *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 160 f.; *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 137.

⁵⁹ *Kopf*, Genomanalyse, 63; *Sautter*, AcP Bd. 161 (1962), 215 (249).

⁶⁰ *Eser*, ZStW 79 (1967), 213 (219, Fn. 24); ähnlich *Günther*, GA 1978, 193 (194).

⁶¹ *Eb. Schmidt*, NJW 1969, 1137 (1139); ähnlich *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 132.

⁶² BGHSt. 11, 353 (356); vgl. auch schon RGSt. 63, 233 (236).

⁶³ *Rogall*, Der Beschuldigte, 169; ebenso *Kirsch*, Selbstbeziehungszwang, 229 (234).

Auch wenn nach diesem Ansatz zunächst ein intuitiver Zugang zur Erklärung des Selbstinkriminierungsverbots eröffnet ist, ist doch festzustellen, dass der „menschliche Selbsterhaltungstrieb“ Befugnisse nur in engen Grenzen und im Hinblick auf Existenz bedrohende Gefahren verleiht, vgl. § 35 StGB.⁶⁴ Eine Aussagepflicht wäre allenfalls dann verfassungsrechtlich problematisch, wenn die persönliche Freiheit bedroht wäre,⁶⁵ während sie bei zu erwartender Geldstrafe keinen Bedenken unterläge, weil die damit verbundenen Rechtseinbußen nicht die in § 35 Abs. 1 StGB genannten Schutzgüter betreffen. Konsequenterweise werden partielle Ausnahmen von der Selbstbelastungsfreiheit, etwa bei den Ordnungswidrigkeiten, auch unter Hinweis darauf befürwortet, dass geringe Geldbußen keinen schweren inneren Konflikt des Betroffenen heraufbeschwören könnten und es deshalb verfassungsrechtlich sogar tragbar wäre, Auskunftsverweigerungen selbst als Ordnungswidrigkeit zu bewerten.⁶⁶

Tatsächlich stimmen BVerfG und BGH aber darin überein, dass vom Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit die Gefahr, wegen eines Disziplinarvergehens oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, gleichermaßen erfasst ist,⁶⁷ zumal hinsichtlich Letzterer der Gesetzgeber diese Weiterungen selbst (etwa in §§ 55 StPO, 384 Nr. 2 ZPO, 103 AO, § 116 Abs. 3 BSHG) zum Ausdruck bringt. Unter Zumutbarkeitserwägungen müsste dagegen unerfindlich bleiben, warum etwa der Zeuge abseits von § 55 StPO trotz erheblichen Selbstschutzbedürfnisses zur Aussage verpflichtet ist, auch wenn sie für ihn mit gravierenden wirtschaftlichen Nachteilen verbunden sein kann. Indem Gleiches für den Betroffenen auch im Steuer- und sonstigen Verwaltungsverfahren gilt, müsste sich die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Mitwirkungspflichten (etwa der Wahrheitspflicht bei Steuerangaben, § 90 Abs. 1 S. 2 AO) geradezu aufdrängen.⁶⁸ Umgekehrt müsste – entsprechend den Wertungen von § 35 StGB – im Bereich der Schwerstdelinquenz mit zu erwartender Freiheitsentziehung jedes auch strafbewehrte Verhalten des Beschuldigten als prozessual rechtfertigungsfähig angesehen werden, was dann aber hieße, das Recht auf Selbstbegünstigung als ein der geltenden

⁶⁴ Böse, GA 2002, 98 (105 ff.). Für das materielle Recht: *Schneider*, Selbstbegünstigungsprinzip, 361 ff.

⁶⁵ Gefahren für die körperliche Unversehrtheit gehen vom deutschen Sanktionsrecht nicht aus; Gleiches gilt für das Leben (vgl. Art. 102 GG).

⁶⁶ *Stürner*, NJW 1981, 1757 (1763); auch *Günther*, GA 1978, 193 (205).

⁶⁷ BVerfGE 56, 37 (43): „Ein solches Schweigerecht besteht entsprechend in anderen Verfahren, in denen dem Betroffenen ähnliche Sanktionen drohen, etwa im Disziplinarverfahren oder im berufsgerichtlichen Verfahren“; BVerfGE 55, 144 (150 f.): „Der zur Erteilung einer Auskunft Verpflichtete kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen seiner Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde“; BGHSt. 27, 374 (379): „Der Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten, gilt allgemein (...) und in allen Verfahrensarten.“

⁶⁸ *Bosch*, Aspekte, 34; *Puppe*, GA 1978, 289 (299); *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 46.

Rechtsordnung widersprechendes „Recht des Stärkeren“ aufzufassen.⁶⁹ Diese Wertungswidersprüche verdeutlichen, dass die Selbstbelastungsfreiheit mit dem Rekurs auf ein natürliches Selbsterhaltungsbedürfnis nicht befriedigend erklärt werden kann.⁷⁰

b) Schutz des sozialen Geltungsanspruchs

In der Literatur wird das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit verbreitet als Konsequenz einer ethischen Überforderung angesehen, die mit einer Aussagepflicht für den Beschuldigten verbunden wäre. Wie nach naturalistischem Begründungsansatz wird wiederum auf den Gedanken der Unzumutbarkeit abgehoben, die darin gesehen wird, sich mit dem Bekenntnis zu begangenen Unrecht eine „Blöße“⁷¹ geben zu müssen. Der Zweck des Nemo-tenetur-Satzes bestehe somit in der Verhinderung der mit der Selbstbelastung einhergehenden „überaus peinlichen und unangenehmen Situation (...), seine Schuld vor den Verfolgern einzugestehen“,⁷² bzw. darin, dem Betroffenen das „psychisch schwer belastende Mittel“⁷³ der Selbstbezeichnung ersparen zu wollen. Auf dieser Linie liegt es ferner, den Zweck der Selbstbelastungsfreiheit in der Vermeidung einer Ehrabschneidung bzw. eines Verlusts von gesellschaftlichem Ansehen zu erblicken.⁷⁴ Schließlich geht es auch bei der von *Grünwald*⁷⁵ in Bezug genommenen „Qual der Wahl“, sich entweder selbst bezichtigen oder Zwang hinnehmen zu müssen, zur Erklärung der Selbstbelastungsfreiheit im Kern ebenfalls darum, dem Beschuldigten das erniedrigende Erlebnis ersparen zu wollen, den Nachweis seiner Täterschaft selbst erbringen zu müssen.

Eine auf den Topos der Unzumutbarkeit gestützte Begründung des Nemo-tenetur-Satzes vermag aber auch in dieser Hinsicht nicht zu überzeugen: Mag mit Selbstinkriminierung auch moralische Herabsetzung einhergehen, einen Rechtsanspruch auf Verheimlichung der Straftat⁷⁶ gebietet die so verstandene Men-

⁶⁹ Pawlik, GA 1998, 378 (379 f.).

⁷⁰ Böse, GA 2002, 98 (108); Köhler, ZStW 107 (1995), 10 (33); Müssig, GA 1999, 119 (126 f.). „Naturrecht“ vermag die öffentliche Gewalt ohnehin nur zu binden (Art. 1 III GG), wenn und soweit es vom Grundgesetz positiviert ist, weshalb es das BVerfG abgelehnt hat, die Auslegung einer Verfassungsnorm auf „Grundlage naturrechtlicher Vorstellungen“ vorzunehmen, vgl. BVerfGE 10, 59 (81).

⁷¹ Puppe, GA 1978, 289 (299); auch Wolff, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 45.

⁷² Lorenz-Czarnetzki, Täuschungsverbot, 138; auch Verrel, NStZ 1997, 415 (419: „Schmach“).

⁷³ Lammer, Verdeckte Ermittlungen, 161.

⁷⁴ Lagodny, StV 1996, 167 (171); Salger, Das Schweigerecht, 14.

⁷⁵ Grünwald, JZ 1981, 423 (428).

⁷⁶ Lesch, GA 2000, 355 (363); Schumann, JZ 1986, 66 (67); Sternberg-Lieben, Jura 1995, 299 (305).

schonwürdegarantie – allein oder als Kernbereichskonzeption – nicht. Es erscheint wenig stimmig, die mit einer Selbstbelastung verbundene Peinlichkeit zur Begründung der Selbstbelastungsfreiheit heranzuziehen, wenn sich die Folgen der eigenen Überführung, nämlich die Verurteilung und Bestrafung, als ungleich gravierendere Beeinträchtigung bzw. Bedrohung persönlicher Lebenschancen ausnehmen.

Die Strafprozessordnung eröffnet ohnehin die Möglichkeit, am Beschuldigten selbst, beispielsweise durch medizinische Untersuchungen, belastende Informationen zu erheben, wobei die ihm zugemutete Peinlichkeit kaum dadurch geringer wird, dass die Informationserhebung, etwa die zwangsweise Brechmittelverabreichung gemäß § 81a Abs. 1 StPO, willensunabhängig erfolgt.⁷⁷ Bedenken begegnet zudem die Allgemeingültigkeit des zur Prämisse gestellten, von echtem Unrechtsbewusstsein getragenen moralischen Selbstverständnisses. Auch muss sein Schutz deshalb zweifelhaft erscheinen, weil der Beschuldigte durch Aussagen eines Belastungszeugen im sozialen Geltungsanspruch ebenfalls herabgesetzt wird, diese aber sogar erzwungen werden dürfen (vgl. § 70 Abs. 2 StPO). Hiergegen kann zwar eingewandt werden, dass sich der Beschuldigte die Beschuldigung nicht zu Eigen machen müsse, er sich von ihr distanzieren könne und nur das mit eigenem Mund getätigte Bekenntnis das Ansehen herabsetzen könne. Dieser Einwand ist aber nicht zwingend, da ebenso vertreten werden kann, dass Ehre und Ansehen durch ein persönliches Bekenntnis – und der damit verbundenen Übernahme von Verantwortung – überhaupt erst zu erhalten seien.

Als schlechterdings unzulässig müsste dann auch die ausdrückliche Verpflichtung des Zeugen gewertet werden, Auskunft auch auf solche Fragen zu geben, die ihm „zur Unehre gereichen können“; die entsprechende gesetzliche Gestattung in § 68a Abs. 1 StPO könnte diesem Ansatz zufolge nicht länger als verfassungsgemäß angesehen werden, genießen Zeugen und Angeklagte doch denselben Würdeschutz.⁷⁸ Auch hat *Keller* schon zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich nach diesem Verständnis vom Recht auf Selbstbelastungsfreiheit um ein bloßes „Sensibilitätsgebot“ handeln würde, wobei objektive Feststellungen hinsichtlich einer Rechtsbeeinträchtigung nicht möglich wären.⁷⁹ Es erscheint nicht einsichtig, den Beschuldigten nur vor einem unangenehmen Erlebnis bewahren zu wollen, während er durch unbemerkt gebliebene Manipulationen seiner selbst nicht in seinen Rechten verletzt sein soll.

Mit der Intention, dem Beschuldigten eine ihm unzumutbar erscheinende Wahlmöglichkeit ersparen zu wollen, ließe sich zudem nicht vereinbaren, dass das Schweigerecht nach allgemeiner Auffassung auch dann verletzt wird, wenn

⁷⁷ *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 231 f.; *Wolfslast*, NSTZ 1987, 103 f.

⁷⁸ *Starek*, v. Mangoldt/Klein/Starck/GG, Art. 1 I, Rn. 53; zur Verfassungsmäßigkeit von § 68a StPO: BVerfGE 38, 105 (117).

⁷⁹ *Keller*; Straftatprovokation, 134; ebenso *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (25).

dem Beschuldigten aus seiner (vollständigen) Wahrnehmung nachteilige Folgen erwachsen würden.⁸⁰ Würde das Gericht aus dem Schweigen des Beschuldigten negative Schlussfolgerungen ziehen, wäre dieser nämlich in seinem Schweigerecht verletzt, ohne dass er sich zuvor in seinen Wahlmöglichkeiten überhaupt in einem Konflikt gesehen hätte.⁸¹ Zwar würde der Beschuldigte, der mit einer negativen Würdigung seines Schweigens rechnen müsste, einem mittelbaren Zwang ausgesetzt. Diesen zu vermeiden, hieße aber nicht, ihm auch einen Konflikt zu ersparen, da seine Wahl nur darin bestünde, ob er sich durch seine Aussage oder aber durch sein Schweigen belaste solle. Dies aber zeigt, dass es bei der Selbstbelastungsfreiheit nicht um das Recht geht, von einer unzumutbar schweren Entscheidung frei gestellt zu werden, sondern um das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, und dass es dieses Recht ist, welches es gebietet, eine Würdigung des Schweigens des Beschuldigten zu dessen Nachteil nicht zuzulassen.⁸²

Nicht erklären lässt sich nach diesem Ansatz schließlich, woraus ein Recht des Unschuldigen, auf den Tatvorwurf schweigend zu reagieren, erwachsen soll. Konsequenter geht denn auch *Puppe* davon aus, dass ein mit Zumutbarkeitserwägungen begründetes Recht auf Selbstbelastungsfreiheit zum Schutze „gerade des Schuldigen“ bestehe⁸³. Die Aussagefreiheit des Unschuldigen nur als unselbständigen Reflex des Schuldigeninteresses zu begreifen, widerspräche aber der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 14 Abs. 2 IPBPR), wonach die Feststellung von Schuld keine Frage der Verfahrensausgestaltung, sondern allein des Verfahrensergebnisses ist. Einem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit, das ohne Unschuldsvermutung auskommt, kann jedoch ein eigenständiger Wert nicht zugeschrieben werden, da der Beschuldigte geradewegs dazu aufgefordert wäre, zum Nachweis seiner Unschuld auf seine Geltendmachung zu verzichten.⁸⁴ Zutreffend ist von *Ransiek* in diesem Ansatz eine seltsame Verdrehung der Rechtspositionen gesehen und klargerückt worden: „Der in Wahrheit Schuldige ist geschützt, weil er unschuldig sein könnte und bis zu seiner Verurteilung als unschuldig gilt, und nicht umgekehrt.“⁸⁵ Auch der BGH anerkennt, dass die Inanspruchnahme des Schweigerechts auf grundsätzlichen Erwägungen beruhen

⁸⁰ BGHSt. (GrS) 42, 139 (152); BGH, StraFo 2002, 14; BGHSt. 45, 367 (368); *Miebach*, NStZ 2000, 234 ff. Darauf, dass die Berücksichtigung eines Geständnisses als Strafmilderungsgrund in der Praxis der Strafgerichte vor diesem Hintergrund (das Geständnis ist auch in § 46 II StGB nicht aufgeführt) Bedenken begegnet, weist zutreffend *Grünwald*, StV 1987, 453 (454 f.) hin. Diese Bedenken dürften umso mehr für den Bereich der verfahrensbeendenden Absprachen („Deals“) gelten (§257c II).

⁸¹ *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (26 f.).

⁸² Ebenso schon *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (27).

⁸³ *Puppe*, GA 1978, 289 (299); zustimmend: *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 45 f.

⁸⁴ *Arndt*, NJW 1966, 869 (870); *Böse*, GA 2002, 98 (125); *Bosch*, Aspekte, 93 ff.

⁸⁵ *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 51; vgl. aber auch *Rogall*, Der Beschuldigte, 109 ff.

könne, weshalb auch derjenige, der eine Belastung überhaupt nicht fürchten müsste, zur Verweigerung einer Einlassung berechtigt sei.⁸⁶ Mit der Vermeidung einer für den Beschuldigten unzumutbaren Konflikterzeugung kann das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit somit weder befriedigend erklärt noch anhand objektiver Kriterien begrenzt werden.⁸⁷

c) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

aa) BVerfGE 56, 37 („Gemeinschuldnerentscheidung“)

Vom BVerfG war zum Recht auf Selbstbelastungsfreiheit grundlegend erstmals im sogenannten Gemeinschuldnerbeschluss Stellung genommen worden.⁸⁸ Der Entscheidung aus dem Jahr 1981 lag die Verfassungsbeschwerde eines Kaufmanns zugrunde, mit der sich dieser gegen die Beugehaft im Rahmen seines Konkursverfahrens wendete. Seine Beugehaft war gerichtlich angeordnet worden, nachdem er sich unter Hinweis auf ein gegen ihn bereits eingeleitetes Ermittlungsverfahren wegen eines Konkursvergehens geweigert hatte, seiner gesetzlichen Auskunftspflichtung nachzukommen.

In seinen Gründen hat auch das BVerfG die Selbstbelastungsfreiheit über den vom Menschenwürdegehalt geprägten Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet und ausgeführt, dass „die Menschenwürde gebiete, dass der Beschuldigte frei darüber entscheiden könne, ob er als Werkzeug der Überführung seiner selbst benutzt werden dürfe“.⁸⁹ Wie das Gericht herausstellt, ist zwar das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen durch erzwingbare Auskunftspflichten verletzt, doch fänden die nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Rechtspositionen ihre Grenzen in den Rechten anderer, wozu anerkanntermaßen auch Informationsbedürfnisse Dritter zu rechnen seien.⁹⁰

Eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts sei jedoch dann gegeben, wenn derart erlangte Aussagen in einem Strafverfahren gegen den Betroffenen verwendet und somit zweckentfremdet würden.⁹¹ Aus diesem Grund war es vom BVerfG mit Blick auf den Nemo-tenetur-Grundsatz für erforderlich erachtet worden, die konkursrechtliche Auskunftspflicht des Gemeinschuldners durch ein strafrechtliches Beweisverwertungsverbot analog § 136a StPO und § 393 Abs. 2 AO zu ergänzen. Denn der Zwang, durch die eigene Aussage die

⁸⁶ Vgl. BGHSt. 45, 367 (371 f.).

⁸⁷ Ebenso *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 116 f.; *Bosch*, Aspekte, 37 ff.; *Keller*, Straftatprovokation, 135 f.; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (27).

⁸⁸ BVerfGE 56, 37 ff., hierzu: *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 479; *Ranft*, Strafprozessrecht, Rn. 356.

⁸⁹ BVerfGE 56, 37 (43).

⁹⁰ BVerfGE 56, 37 (49).

⁹¹ BVerfGE 56, 37 (49 f.); vgl. ebenso BGH, NJW 2005, 763 (765).

Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung zu liefern, sei – so das BVerfG – „unzumutbar und mit der Würde des Menschen unvereinbar“.⁹²

Somit macht auch das BVerfG die normativ bestehende Konfliktlage des Auskunftsverpflichteten, zugleich eigenen Interessen zuwider handeln zu müssen, zum Bezugspunkt seiner Rechtsprechung. Die Unzumutbarkeit liegt folglich darin, dass der Betroffene vor die Wahl gestellt werde, entweder den vermittelten Zwang hinzunehmen oder sich aber selbst zu belasten.⁹³

bb) Die Verkehrsunfallflucht nach Maßgabe von BVerfGE 56, 37

Legt man dem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit dieses Verständnis zugrunde, wird man den Straftatbestand der Verkehrsunfallflucht gemäß § 142 StGB mit dem Nemo-tenetur-Satz indes nicht mehr für vereinbar halten können, sondern diese Strafnorm vielmehr als verfassungswidrig ansehen müssen.⁹⁴ Denn selbst wenn man mit der herrschenden Meinung das Schutzgut des § 142 StGB ausschließlich in dem privaten Beweissicherungsinteresse der Unfallbeteiligten sieht⁹⁵, wird dem Betroffenen mit der gesetzlich erweiterten⁹⁶ Vorstellungspflicht (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB) und Nachholpflicht (§ 142 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 StGB) doch zugemutet, die Voraussetzungen für die eigene strafrechtliche Verurteilung aktiv zu liefern. Gerade hierin war aber im Gemeinschuldnerbeschluss eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts erblickt worden.⁹⁷

Dass es sich auch ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 142 StGB dabei nur um eine unbeabsichtigte Nebenfolge handelt,⁹⁸ ist für die Konfliktlage des

⁹² BVerfGE 56, 37 (49); vgl. ebenso BVerfG, NJW 2005, 352. Zur Kollision mit der EMRK in solchen Fällen vgl. EGMR, Urteil v. 08.04.2004, Az. 38544/97 (= JR 2005, 423) – Fall *Weh vs. Österreich*.

⁹³ Ebenso BVerfG, NJW 2005, 352; BVerfG, NJW 2002, 1411 (1412); BVerfG, NJW 1999, 779. Da es an einer solchen Konfliktlage fehlt, wenn nur eine Obliegenheit zu selbstbelastenden Angaben besteht, soll ein strafprozessuales Verwertungsverbot insoweit nicht eingreifen, vgl. KG, NStZ 1995, 146 (mit abl. Bespr. v. *Stetten*, JA 1996, 55), bestätigt durch BVerfG, NStZ 1995, 599.

⁹⁴ Zu diesem Ergebnis gelangt auch monografisch *Dietrich*, § 142 StGB und Selbstbelastung, 106 ff., 136; i. E. auch *Di Fabio*, Maunz/Dürig/GG, Art. 2 I, Rn. 187 (Fn. 7); *Herdegen*, Maunz/Dürig/GG, Art. 1 I, Rn. 82; *Jarass*, Jarass/Pieroth, Art. 2, Rn. 49; *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 204; *ders.*, NJW 1980, 1806; *Rogall*, Der Beschuldigte, 163 f.; *Seebode*, JA 1980, 493 (497 f.); *Schünemann*, DAR 1998, 424 (426 ff.). Einen Verstoß gegen den menschenrechtlichen Nemo-tenetur-Satz i. S. d. EMRK wird insofern von *Paeffgen*, SK/StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 82, bejaht.

⁹⁵ Vgl. nur *Geppert*, LK/StGB, § 142, Rn. 1 m.w.N.

⁹⁶ Durch das 13. Strafrechtsänderungsgesetz v. 13.06.1975 (BGBl. I 1349). Zur Verfassungsmäßigkeit des allein zu Passivität und Duldung verpflichtenden § 142 StGB a.F. vgl. BVerfGE 16, 191.

⁹⁷ *Schünemann*, DAR 1998, 424 (427); vgl. auch *Schneider*, Selbstbegünstigungsprinzip, 144 f.

⁹⁸ BT-Drucks. 7/2434, 5.

Betroffenen selbst unerheblich (auch die im Gemeinschuldnerbeschluss einschlägigen Vorschriften der §§ 75, 100, 101 Abs. 2 KO a.F. verfolgten privatnützige Zwecke). Sie muss, da die Gesetzesbefolgung des § 142 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 StGB die Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen bei einem relevanten Verkehrsverstoß direkt provoziert, im Gegenteil noch schwerer wiegen als der Fall, in dem ein Ermittlungsverfahren bereits eingeleitet ist und sich das Konkursverfahren nur mittelbar auf das Ermittlungsverfahren auswirkt.

Bei Zugrundelegung der Wertungen des BVerfG im Gemeinschuldnerbeschluss wäre § 142 StGB demnach zwingend um ein Beweisverwertungsverbot für Strafverfolgungszwecke zu ergänzen.⁹⁹ Auf diese Weise war es im Gemeinschuldnerbeschluss noch möglich, die gesetzliche Verpflichtung zur Selbstbelastung unangetastet zu lassen, doch hatte das BVerfG zugleich deutlich gemacht, dass es bei nachkonstitutionellem Recht allein Aufgabe des Gesetzgebers sei, verfassungskonforme Konfliktlösungen, etwa durch Schaffung von Auskunftsverweigerungsrechten bzw. Beweisverwertungsverböten herbeizuführen.¹⁰⁰

Da eine derartige gesetzliche Regelung bislang unterblieben ist, wird teilweise ein Ausweg darin gesucht, dass den gesetzlichen Mitwirkungspflichten aus § 142 StGB Zumutbarkeit attestiert wird.¹⁰¹ Mit den Wertungen des BVerfG im Gemeinschuldnerbeschluss ist dieser Weg aber nicht in Einklang zu bringen. Auch dem Gemeinschuldnerbeschluss können daher kaum allgemeine und fallübergreifende (Auslegungs-)Kriterien entnommen werden, zumal sich auf seiner Grundlage die Beschränkung der absoluten Wirkung des Nemo-tenetur-Satzes auf das Strafverfahren schon nicht erklärt.¹⁰²

d) Schutz der personalen Entschließungsfreiheit

Die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Maßnahmen wird nach der herrschenden Rechtsauffassung¹⁰³ wie auch nach der Rechtsprechung des BVerfG¹⁰⁴ und des BGH¹⁰⁵ – beinahe im Sinne einer „Faustregel“ – danach vor-

⁹⁹ *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 203; kritisch hierzu *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 98 f.

¹⁰⁰ BVerfGE 56, 37 (45 ff.). Daher beinhaltet § 97 I 2, 3 InsO ein strafprozessuales Verwertungsverbot.

¹⁰¹ So *Sturm*, JZ 1975, 406 (407).

¹⁰² *Bosch*, Aspekte, 42; *Franke*, JR 2000, 468 (470); *Schäfer*, FS-Dünnebieber (1982), 11 (35, 40 f.); *Verrel*, NSTZ 1997, 361 (364 f.).

¹⁰³ *Meyer-Göbner*, Einl., Rn. 29 a; *Rieß*, LR/StPO, Einl. Abschn. I, Rn. 91; *Pfeiffer/Hannich*, KK/StPO, Einl. 29 f.; *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 73; *Schneider*, Selbstbegünstigungsprinzip, 28 ff.

¹⁰⁴ BVerfGE 109, 279 (324); BVerfGE 56, 37 (42 f.); BVerfGE 47, 239 (246 ff., 251).

¹⁰⁵ BGHSt. (GrS) 42, 139 (152); BGHSt. 40, 66 (71); BGHSt. 38, 214 (220 f.); BGHSt. 34, 39 (45 f.).

genommen, ob dem Beschuldigten von den Ermittlungsbehörden unzulässigerweise eine aktive Handlung oder zulässigerweise eine passive Duldung abverlangt wird. Sie gründet auf der Annahme, dass durch Duldungspflichten weniger intensiv in die personale Freiheit der Willensentschließung eingegriffen werde, weshalb diese mit Nemo-tenetur (noch) im Einklang stünden. Auch wenn vom Beschuldigten nicht erwartet werden könne, dass er seinen Willen zum Zwecke gegen ihn gerichteter Strafverfolgung positiv einsetze, sei er gleichwohl verpflichtet, (unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten) Beweiserhebungen – quasi als Augenscheinsobjekt – nach § 81a StPO zu dulden, wenn und solange eine geistige Mitwirkung von ihm nicht verlangt werde.¹⁰⁶

Unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten leuchtet aber wenig ein, warum die zwangsweise Zuführung eines Brechmittels mittels Magensonde beim Beschuldigten zulässig sein soll,¹⁰⁷ während eine Gehprobe aus Gründen der Selbstbelastungsfreiheit nicht von ihm gefordert werden dürfe.¹⁰⁸ Dabei ist die These, wonach Zwang zu aktiver Mitwirkung entscheidend stärker auf die Willensentschließungsfreiheit des Betroffenen einwirke als eine Duldungsverpflichtung, bereits grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt, weil allein mit der Möglichkeit, die Duldung zu erzwingen, ein erheblicher faktischer Druck zur „freiwilligen“ Mitwirkung ausgeübt wird. Ein zur Duldung Verpflichteter (etwa zu einer Durchsuchung nach § 102 StPO) wird angesichts der Erzwingbarkeit einer Ersatzvorname vielfach aktiv an der Herbeiführung eines durch die Ermittlungsbehörden erstrebten Erfolgs mitwirken (das belastende Beweismittel herausgeben), weil er sich von einer aktiven Mitwirkung im Ergebnis eine geringere Belastung durch die Maßnahme verspricht. Das Vorhandensein von wesentlichen Unterschieden im Verhältnis von passiver Duldung und aktiver Mitwirkung erscheint daher in Bezug auf die Freiheit der Willensentschließung grundsätzlich zweifelhaft.¹⁰⁹

Als wenig plausibel erscheint es auch, dass beim Einsatz des Polygraphen („Lügendetektor“) die Ausnutzung eines Defizits von Willenskontrolle über körperliche Abläufe unzulässig sein soll, während die Verabreichung von Brechmitteln zugleich als zulässig befunden wird, weil kein Willen gebrochen, sondern nur „über das vegetative Nervensystem eine unwillkürliche Reaktion gesteuert werde“.¹¹⁰ Vor dem Hintergrund, dass nach unstreutigem Verständnis von Nemo-tenetur die zwanghafte Entäußerung von belastenden Informationen (beim Einsatz von Vomitivmitteln die geständnisgleiche Aussonderung von Drogentütchen)

¹⁰⁶ *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 94 f.; vgl. auch *Rogall*, NStZ 1998, 66 (67 f.).

¹⁰⁷ KG, StV 2002, 122 ff.; *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 18.

¹⁰⁸ OLG Hamm, NJW 1967, 1524; vgl. auch *Rogall*, Der Beschuldigte, 56.

¹⁰⁹ *Dallmeyer*, KritV 2000, 252 (260 ff.); *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (378 f.); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 232; *Wefßlau*, ZStW 1998 (110), 1 (31); *Zaczyk*, StV 2002, 125 (126).

¹¹⁰ So *Herdegen*, Maunz/Dürig/GG, Art. 1 I, Rn. 81.

den Regelfall eines Verstoßes gegen die Selbstbelastungsfreiheit darstellt,¹¹¹ begegnet der Verweis auf die Mitwirkungsfreiheit erheblichen Bedenken. Aber auch die Annahme, der Betroffene erdulde sein Erbrechen lediglich passiv, erscheint zweifelhaft, immerhin wird sein gesamter Organismus in heftigste Aktivität versetzt.¹¹² Es verwundert daher nicht, dass das OLG Frankfurt im Einsatz von Vomitivmitteln einen Verstoß gegen den „Grundsatz der Passivität“ gesehen hat, obwohl kein willentlich kontrolliertes Handeln die Ursache der Selbstbelastung bildete: „Die zwangsweise Verabreichung eines Brechmittels (...) soll den Beschuldigten zwingen, aktiv etwas zu tun, wozu er nicht bereit ist, nämlich sich zu erbrechen.“¹¹³ Tatsächlich ist die sich geradezu aufdrängende Parallele zu den für den Inquisitionsprozess charakteristischen Methoden der Beweiserlangung nicht von der Hand zu weisen.¹¹⁴

Zwar ist eingewandt worden, der Grundsatz der Mitwirkungsfreiheit werde beim Einsatz von Brechmitteln nicht verletzt, weil es an willentlich steuerbaren Körperbewegungen fehle.¹¹⁵ Hiergegen aber spricht, was als grundsätzlicher Einwand gegen die willensbezogene Abgrenzung schon angedeutet worden war, nämlich dass Zwang dann umso weniger als Ursache der Informationspreisgabe angesehen werden könnte, je stärker er auf den Betroffenen einwirkt.¹¹⁶ Dass die Befugnis zur Anwendung von *vis absoluta* nach § 81a StPO zugleich einen Fall willensbeugender Gewalt darstellt, wenn sich der Betroffene durch sie zur Mitwirkung veranlasst sieht, exemplifiziert die Brechmittelverabreichung in besonderer Weise. Von einem weniger intensiven Eingriff in die personale Willensfreiheit kann nicht ernsthaft gesprochen werden, wenn die Zuführung des Brechmittels mittels Magensonde für den Betroffenen mit gravierenden gesundheitlichen Risiken verbunden sein kann, solange er sich hierbei nicht kooperativ zeigt.¹¹⁷ Auch die im eigenen gesundheitlichen Interesse erfolgte Kooperation nimmt ihr nicht den Charakter erzwungener Mitwirkung. Darauf, dass bereits nach traditionellem Verständnis vom *Nemo-tenetur*-Satz das Erlangen des Beweismittels durch den Einsatz von Brechmitteln keine Handlungsqualität aufweisen muss, um einen Verstoß hiergegen zu begründen, ist schon von *Dallmeyer* unter aufschlussreichem Verweis auf die Narkoanalyse („Wahrheitsserum“) hingewiesen

¹¹¹ *Dallmeyer*, StV 1997, 606 (608); *Naucke*, StV 2000, 1 (2).

¹¹² *Dallmeyer*, StV 1997, 606 (608); *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 158; *Jäger*, GA 2008, 481 (489); für Irrelevanz des Erscheinungsbildes: *Grüner*, JuS 1999, 122 (124).

¹¹³ OLG Frankfurt, StV 1996, 651 (652); ebenso *Rüping*, Das Strafverfahren, Rn. 266.

¹¹⁴ So *Dallmeyer*, KritV 2000, 252 (259); vgl. auch *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 160 f.

¹¹⁵ *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 65; *Rogall*, NStZ 1998, 66 (67); *Weßlau*, StV 1997, 341 (343).

¹¹⁶ *Jäger*, Beweisverwertung, 213; *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (379 f.).

¹¹⁷ KG, StV 2002, 122 (124); für Unzulässigkeit daher: *Binder/Seemann*, NStZ 2002, 234 (238).

worden. Denn diese unstreitig unzulässige Ermittlungsmethode hat ebenso die unkontrollierbare Abgabe von Informationen zur bezweckten Folge, wobei ein Unterschied zur Vergabe von Brechmitteln unter diesem entscheidenden Gesichtspunkt nicht auszumachen ist.¹¹⁸

So zeigt sich, dass bei konsequenter Anwendung des Willenskriteriums ein Verstoß gegen das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit auch dann angenommen werden müsste, wenn der Betroffene dem faktischen Druck „freiwillig“ nachkommt (Einnahme des Brechmittels zur Verhinderung des Legens einer Magensonde).¹¹⁹ Dass diesen Schluss erkennbar niemand zu ziehen bereit ist, verdeutlicht die Fragwürdigkeit der verhaltensorientierten Interpretation des Nemo-tenetur-Satzes überhaupt.¹²⁰ Unter herkömmlicher Anknüpfung an die Zugriffsform zur Bestimmung des nach dem Nemo-tenetur-Satz Zulässigen bleibt nämlich ausgerechnet die Unzulässigkeit der mittels vis absoluta herbeigeführten Selbstbelastung unerklärt.

Dieses Dilemma versucht die herrschende Meinung dadurch zu umgehen, dass von der Unwiderstehlichkeit einer Selbstbelastung auf Passivität geschlossen wird, wobei der Passivität zugleich zugeschrieben wird, sie lasse die personale Freiheit der Willensentschließung unangetastet.

Überzeugend ist diese Begründung zur Annahme einer fehlenden Betroffenheit des Nemo-tenetur-Satzes nicht. Denn wie bei der Narkoanalyse und dem Polygraphen geht es auch bei der Brechmittelverabreichung um nichts anderes als um die Erlangung von Informationen, deren Preisgabe der willentlichen Kontrolle des Beschuldigten entzogen ist, wobei es gerade dieser Umstand ist, der den Erfolg der Selbstbelastung ausmacht. Dass sich unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten eine andere Betrachtung nicht zu rechtfertigen vermag, ist bereits gezeigt worden. Warum das demütigende Gefühl, von den Strafverfolgungsbehörden zur Kollaboration gezwungen zu werden, geringer sein soll, wenn der Staat die belastenden Informationen – die verschluckten Drogentütchen – dem Körper des Betroffenen gegen seinen Willen selbst entreißt, ist ungereimt und allenfalls auf der Grundlage eines überholten archaischen Ideals heldenhaften Widerstandes erklärlich.¹²¹

Schließlich hilft es auch nicht, die Brechmittelvergabe als eine nicht verallgemeinerungsfähige Sonderkonstellation¹²² auszuweisen, da die These, Nemo-tenetur verhaltensorientiert interpretieren zu können, mit der Anerkennung eine solchen Ausnahme ihre grundsätzliche Tragfähigkeit verliert. Immerhin steht, den

¹¹⁸ Vgl. *Dallmeyer*, StV 1997, 606 (608); *ders.*, KritV 2000, 252 (260 f.).

¹¹⁹ *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (381); auch *Lesch*, KMR/StPO, § 136a, Rn. 5.

¹²⁰ *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 223, 235; kritisch auch schon *Wolfslast*, NSTZ 1987, 103 f.

¹²¹ *Keller*, Straftatprovokation, 135; *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (382 ff.).

¹²² So *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 224.

herrschenden Dualismus von Aktivität/Passivität zugrunde gelegt, letztlich auch eine konsistente Begründung dafür aus, warum es nach allgemeiner Auffassung zulässig ist, vom Beschuldigten Vorbereitungshandlungen (etwa sich zu entkleiden oder eine bestimmte Körperhaltung einzunehmen) erzwingen zu dürfen.¹²³

e) Schutz der Prozesssubjektivität

Weiterhin wird das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG unmittelbar begründet¹²⁴. Angesichts der Schwierigkeiten, die Menschenwürde positiv zu fassen, wird die Frage ihrer Vereinbarkeit mit staatlichem Handeln zumeist ausgehend vom Verletzungsvorgang zu beantworten versucht, nach dominierendem Verständnis unter Rückgriff auf die sogenannte Objektformel.

Nach diesem von *Dürig* begrifflich geprägten, auf die Sittenlehre *Kants* zurückzuführenden Deutungsmuster ist Art. 1 Abs. 1 GG betroffen, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“¹²⁵ Der eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG ausmachende Vorgang der Erniedrigung ist auch vom BVerfG in seiner Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 1 GG aufgegriffen worden, der zufolge eine Verletzung der Menschenwürde immer dann vorliege, wenn durch die missachtende Behandlung des Menschen seine „Subjektqualität prinzipiell in Frage“ gestellt werde oder sie aber „Ausdruck der Verachtung des Wertes ist, der dem Mensch kraft seines Personseins zukommt“.¹²⁶ Für den Bereich der Strafverfolgung verlange der Nemo-tenetur-Grundsatz, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt staatlichen Straftataufklärungsinteresses reduziert, sondern er als Prozesssubjekt angesehen werde. Dies bedeutet, der Beschuldigte müsse grundsätzlich in die Lage versetzt

¹²³ *Dallmeyer*, KritV 2000, 252 (260 f.) unter Hinweis auf *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 93; auch *Lesch*, Strafprozessrecht, 4. Kapitel, III, Rn. 55. Es verwundert daher nicht, dass das KG in der Frage, ob von dem Beschuldigten zum Zwecke einer Gegenüberstellung verlangt werden könne, dass er einen bestimmten Gesichtsausdruck einnehme, von abweichenden Prämissen ausgeht: KG, NJW 1979, 1668 (1. Senat) und KG, JR 1979, 347 (4. Senat); vgl. hierzu *Grünwald*, JZ 1981, 423; *Wolflast*, NStZ 1987, 103 ff. Wenig plausibel auch die Entscheidung OLG Düsseldorf, NJW 1973, 1930 (1931), der zufolge der Beschuldigte „selbstverständlich“ verpflichtet sei, „auf eigenen Füßen“ dem Polizeibeamten zur Blutentnahme auf die Wache zu folgen, vgl. hierzu auch *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (378); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 225.

¹²⁴ *Diemer*, KK/StPO, § 136, Rn. 10; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 156; *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1295); *Nothelfer*, Selbstbeichtigungs-zwang, 75; *Rieß*, LR/StPO, Einl. Abschn. I, Rn. 88; *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 45 ff.; *Wolter*, SK/StPO, Vor § 151, Rn. 130.

¹²⁵ *Dürig*, Maunz/Dürig/GG, Art. 1 I, Rn. 28.

¹²⁶ BVerfGE 30, 1 (26). Hieran messend: KG, StV 2002, 122 (zwangswise Brechmittelvergabe).

sein, zur Wahrung seiner Rechte eigenverantwortlich auf Verlauf und Ergebnis des Strafverfahrens Einfluss zu nehmen, was zur Voraussetzung habe, dass er stets Herr seiner Entschlüsse bleibe.¹²⁷

So zustimmungswürdig solcherlei – bisweilen schon etwas stereotyp anmutende – Leitsätze im Allgemeinen auch sind, so wenig können ihnen aber ergiebige Kriterien zur Bestimmung der Rechtsgewährleistungen des Nemo-tenetur-Satzes entnommen werden.¹²⁸ Die nur begrenzte Leistungskraft der Objektformel ist vom BVerfG auch selbst eingeräumt worden.¹²⁹ Hinsichtlich des Nemo-tenetur-Grundsatzes zeigt sich ihre geringe Aussagekraft schon darin, dass ausgerechnet die für den Objektstatus charakteristische Passivität von der herrschenden Auffassung als tragendes Prinzip des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit aufgefasst wird; der Beschuldigte hätte also geradezu ein Recht darauf, als „Objekt“ behandelt zu werden. Zudem ergeben sich grundsätzliche Bedenken daraus, dass bei wörtlicher Anwendung der Objektformel selbst das Verbot der Folter fraglich erscheinen müsste, da deren Anwendung im Inquisitionsprozess doch nicht der Missachtung und Herabwürdigung des Beschuldigten diene, sondern allein der Geständniserlangung.¹³⁰

Aber auch abseits dieses Verständnisses von der Objektformel leuchtet die These, der Beschuldigte werde nur bei erzwungener wörtlicher Mitwirkung zum Gegenstand der Wahrheitsfindung degradiert, nicht aber durch seine gemäß § 81 a StPO bestehende Verpflichtung zur Duldung einer Hirnkammerluftfüllung bzw. Hirnwasserentnahme,¹³¹ nicht ein.¹³² Unzweifelhaft wird der Beschuldigte im Strafverfahren ohnehin vielerorts, schon mit Aufnahme der gegen ihn geführten Ermittlungen, zu einem Objekt staatlicher Strafverfolgung gemacht¹³³, ohne dass hierin die Aufhebung seiner Prozesssubjektivität läge. Wollte man das Postulat ihrer Gewährleistung wirklich ernst nehmen, wäre jedes gegen den Be-

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 63, 380 (390); BVerfGE 57, 250 (275); *Diemer*, KK/StPO, § 136 a, Rn. 1.

¹²⁸ Kritisch auch *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624 (640).

¹²⁹ BVerfGE 109, 279 (312); auch schon BVerfGE 30, 1 (25 f.): „Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muss. Eine Verletzung der Menschenwürde kann darin allein nicht gefunden werden.“

¹³⁰ Vgl. auch *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (383 f., Fn. 44) „... die Folter diene nicht der Demütigung des Inquisiten, sondern der Ermittlung der Wahrheit.“ Zur fehlenden Ergiebigkeit dieses Verständnisses von der Objektformel auch *Herdegen*, *Maunz/Dürig/GG*, Art. 1 I, Rn. 34 ff.

¹³¹ BGHSt. 23, 176 (186); BVerfGE 17, 108 (115 ff.); *Meyer-Goßner*; § 81 a, Rn. 22.

¹³² *Bosch*, *Aspekte*, 40 f.; *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (384); *Verrel*, *Selbstbelastungsfreiheit*, 229.

¹³³ Namentlich im Rahmen der Eingriffsbefugnisse zur körperlichen Untersuchung (§ 81 a), zur Beschlagnahme (§§ 94 ff.), zur Durchsuchung (§§ 102 ff.), zur Anordnung der Untersuchungshaft (§§ 112 ff.), zur zwangsweisen Vorführung (§ 134).

schuldigten gerichtete Zwangsmittel unzulässig.¹³⁴ Nicht die Frage, ob er vom Staat überhaupt zum Objekt gemacht werden darf, ist also entscheidend, sondern in welchem Ausmaß sich dies als noch zulässig erweisen kann.¹³⁵ Sind wertausfüllende Kategorien demnach erforderlich, zeigt sich, dass die Reichweite des Nemo-tenetur-Satzes nicht befriedigend bestimmt werden kann, solange unbeantwortet bleibt, warum dem Beschuldigten die Freiheit seiner Mitwirkung überhaupt eingeräumt ist.

In jüngerer Zeit sind hierzu im Wesentlichen drei Erklärungsansätze entwickelt worden, die im Folgenden dargestellt werden.

2. Verfahrenslegitimatorischer Begründungsansatz (Lesch und Pawlik)

In der Literatur ist dem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit eine eigenständige Bedeutung teilweise gänzlich abgesprochen und dieses bloß als „unselbständiger Reflex“ gedeutet worden.¹³⁶ Nicht das „faktisch-kreatürliche Interesse“ des Beschuldigten an einer Verschonung vor Selbstbezeichnung rechtfertige die Anerkennung durch das Strafprozessrecht, vielmehr verstehe sich sein Recht auf Nichtmitwirkung – so *Lesch* und *Pawlik* – konstruktiv als eng begrenzte Ausnahme von seiner grundsätzlich bestehenden Mitwirkungspflicht.¹³⁷ Diese Pflicht entspreche der normtheoretischen Fundierung des Rechtsverhältnisses zwischen strafverfolgendem Staat und Beschuldigtem, da der dem Bürger zugestanden Organisationszuständigkeit eine strafprozessuale Mitwirkungspflicht als Folgeverantwortung für eigenes Verhalten, quasi als Kehrseite, immanent sei.¹³⁸ Denn der Bürger sei als Rechtsperson auf die Einheit seiner Lebensgeschichte verantwortlich festgelegt, weswegen ihm nicht gestattet sei, vor seiner Vergangenheit und ihren objektiv verdachtsbegründenden Momenten davonzulaufen.¹³⁹

Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit sei somit nicht originärer Ausdruck der Rechtsstellung des Beschuldigten, sondern verdiene zur Gewährleistung verfahrensrechtlicher Legitimität nur dort Anerkennung, wo die „Absorption sozialen Protests“ anderenfalls nicht mehr erwartet werden könne.¹⁴⁰ Ein allgemeiner Vertraulichkeitsschutz sei dem Beschuldigten rechtlich nicht zuzuerkennen und

¹³⁴ *Keller*, Straftatprovokation, 136; *Wolfslast*, NSTZ 1987, 103 (104).

¹³⁵ *Nothhelfer*, Selbstbezeichnungszwang, 72; *Wohlens*, GA 2005, 11 (19 f.).

¹³⁶ *Lesch*, Strafprozessrecht, 2. Kapitel, VIII, Rn. 190; *ders.*, ZStW 111 (1999), 624 (638).

¹³⁷ *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624 (636 ff.); *ders.*, KMR/StPO, § 136, Rn. 17 f.; *Pawlik*, GA 1998, 378 ff.

¹³⁸ *Lesch*, GA 2000, 355 (362 f.); *Pawlik*, GA 1998, 378 (380 ff.).

¹³⁹ *Lesch*, GA 2000, 355 (362 f.); *Pawlik*, GA 1998, 378 (381).

¹⁴⁰ *Lesch*, Strafprozessrecht, 2. Kapitel, VIII, Rn. 189; *Pawlik*, GA 1998, 378 (382).

der Nemo-tenetur-Grundsatz insofern allein auf die Gewährleistung seiner Aussagefreiheit bei förmlichen Vernehmungen begrenzt; im Übrigen sei der Beschuldigte zur Mitwirkung an den gegen ihn geführten Ermittlungen verpflichtet.¹⁴¹ Würde man dies nicht so sehen, müssten sowohl die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Beschuldigten (etwa zur Vernehmung zu erscheinen, §§ 133 Abs. 2, 134 Abs. 1, bzw. zur Hauptverhandlung, §§ 230, 231 StPO), als auch seine Verpflichtung, Ermittlungsmaßnahmen zu dulden (etwa eine Telefonüberwachung, §§ 100a, b StPO), einen Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Satz begründen – zumal viele Ermittlungsmaßnahmen ihren Sinn überhaupt nur daraus beziehen, dass der Beschuldigte an seiner eigenen Überführung aktiv mitwirkt.¹⁴²

Der Ausgangsbefund dieses Erklärungsmodells, der Staat schütze den Beschuldigten mit dem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit nicht deshalb, weil er sein natürliches Bedürfnis, sich der Strafverfolgung zu entziehen, anerkenne, ist zunächst plausibel; auch vermeidet dieser Ansatz die im Dualismus von Aktivität/Passivität angelegten Fragwürdigkeiten der herrschenden Meinung.¹⁴³ Ein Gewinn an Rechtsbegründung verbindet sich damit, dass dem Beschuldigten außerhalb seiner Vernehmung keine auf den Nemo-tenetur-Satz gegründeten Rechtspositionen zugebilligt werden, jedoch nicht. Denn hierbei handelt es sich lediglich um solche Rechtsklarheit, die mit der Versagung eines Rechts typischerweise verbunden ist, ohne dass das Recht für den ihm zuerkannten Anwendungsbereich selbst befriedigend erklärt wäre. Indem für das befürwortete Regel-Ausnahme-Verhältnis auf das Synallagma von Handlungsfreiheit und Folgenverantwortung zurückgegriffen wird, bleibt aber schon die Frage offen, weshalb den Unschuldigen überhaupt strafprozessuale Pflichten treffen,¹⁴⁴ zumal eine das einfachgesetzliche Recht übersteigende allgemeine prozessuale Aufopferungspflicht des Staatsbürgers nicht besteht und die Feststellung von Schuld wegen ihrer gegenteiligen Vermutung nach dem Rechtsstaatsprinzip keine Frage der Verfahrensausgestaltung, sondern des rechtskräftigen Verfahrensergebnisses ist.¹⁴⁵

Grundsätzlichen Bedenken begegnet es ferner, das Recht auf Aussagefreiheit dem Beschuldigten nicht als ihm eigene Rechtsposition zuzubilligen, sondern dieses Recht als bloß unselbständigen Reflex zur Sicherung des übergeordneten staatlichen Interesses an Verfahrenslegitimität aufzufassen. Denn mit der über-

¹⁴¹ *Lesch*, Strafprozessrecht, 4. Kapitel, III, Rn. 55; *Pawlik*, GA 1998, 378 (383).

¹⁴² *Lesch*, Strafprozessrecht, 4. Kapitel, III, Rn. 55.

¹⁴³ Vgl. hierzu zweites Kapitel, § 3 II. 1.

¹⁴⁴ Dies räumt auch *Lesch*, Strafprozessrecht, 2. Kapitel, VIII, Rn. 190, ein, der die Aussagefreiheit als Folge des Rechts, sich redend oder schweigend zu verteidigen, auffasst, diese Freiheit aber auf die Legitimationsfunktion des Strafverfahrens zurückführt, weshalb konstruktive Unterschiede in der Begründung nicht bestünden; *ders.*, ZStW 111 (1999), 625 (638); *ders.*, KMR/StPO, § 136a, Rn. 18.

¹⁴⁵ Zur Unschuldsvermutung als Element des Rechtsstaatsprinzips vgl. BVerfGE 22, 254 (265).

kommenen Anerkennung des Beschuldigten als Rechtspersönlichkeit – und den sie absichernden Schutzvorschriften der §§ 136, 136a StPO – zeigt sich dieser Ansatz kaum vereinbar. Sein Haupteinwand liegt denn auch in der unzulänglichen Berücksichtigung des subjektivrechtlichen Bedeutungsgehalts, mit dem sich die Hinwendung zum reformierten Strafprozess für den Beschuldigten verbindet. Mögen seine Duldungspflichten zur Beweismittelproduktion den inquisitorischen Grundgedanken des Ermittlungsverfahrens auch nicht leugnen lassen, eine generelle Pflicht zur Mitwirkung ist hieraus jedoch nicht begründbar.¹⁴⁶

Dabei bleibt, wie *Verrel* gezeigt hat, bereits die grundlegende Annahme, wonach aus Gründen der Verfahrenslegitimität die Einräumung des Aussageverweigerungsrechts (allein) in der Situation förmlicher Befragung zwingendes Erfordernis sei, unbewiesen. Denn es wäre doch ebenso vorstellbar, dass die Verpflichtung zu wahrheitsgemäßer Aussage im Gegenteil die verfahrensrechtliche Akzeptanz des Strafurteils sogar erhöhen könnte.¹⁴⁷ Ob sich der Bürger als (Rechts-)Person durch die Pflicht zur Mitwirkung konstituiert oder dies durch seine Freistellung hiervon geschieht, bleibt aber letztlich eine Frage danach, was allein subjektiv zur Annahme gesellschaftlicher Akzeptanz als unabdingbar erachtet wird. Daher bleibt nach diesem Denkansatz auch die Existenz der § 136 Abs. 1 S. 2 StPO vergleichbaren Vorschriften unerklärt (etwa § 384 Nr. 2 ZPO) und hiervon abgesehen fraglich, warum dem Postulat, sich der Verantwortung für eigenes Verhalten nicht entledigen zu dürfen, außerhalb des Anwendungsbereiches dieser Vorschrift notwendigerweise zugleich die Pflicht erwachsen soll, positiv an der eigenen Überführung mitzuwirken.

Dass die normative Kraft des Faktischen selbst dieser Konzeption nicht fremd ist, zeigt, dass die ausnahmsweise Einräumung des Schweigerechts nicht nur mit der dem Recht zugeschriebenen Legitimationsfunktion begründet wird, sondern auch damit, dass die Verpflichtung zu wahrheitsgemäßer Aussage unter den gegebenen sozialen Umständen reine Fiktion sei, deren Durchsetzung als Akt der Gewaltsamkeit erscheinen müsse.¹⁴⁸ Im Widerspruch zum Verständnis von einer dem Bürger als Rechtsperson immanenten, ihn gleichsam konstituierenden Folgeverantwortung wird sein individuelles, egoistisches Bestreben, sich der Verantwortung für das eigene Verhalten zu entziehen, so letzten Endes doch anerkannt. Gegen die Inkompatibilität beider Erklärungsansätze lässt sich auch nicht einwenden, dass sich die Aussagefreiheit lediglich als Ausnahme einer staatsbürgerlichen Pflicht zur Mitwirkung begreifen soll, da das rechtlich ebenso berücksichtigte Selbstschutzinteresse eine überindividuelle Zweckzuweisung jedenfalls relativiert, weshalb auch dieser Erklärungsansatz letztlich die Benennung des für

¹⁴⁶ *Dallmeyer*, KritV 2000, 252 (265); *Eser*, ZStW 79 (1967), 213 (215 ff.).

¹⁴⁷ *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 241 f.

¹⁴⁸ So *Pawlik*, GA 1998, 378 (382); vgl. auch *Starck*, v. Mangoldt/Klein/Starck/GG, Art. 1 I, Rn. 51.

das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit spezifischen Schutzgegenstandes schuldig bleibt.¹⁴⁹

3. Schutz der Eigenverantwortlichkeit (Ransiek)

Neben dieser restriktiven Auslegung des Nemo-tenetur-Satzes gibt es auch Ansätze, seinen Schutzgehalt als Gewährleistung eigenverantwortlicher und selbstbestimmter Entscheidung über die Selbstbelastung extensiv zu interpretieren. Den radikalsten Bruch mit dem Unzumutbarkeitsgedanken der herrschenden Meinung hat *Ransiek* vollzogen, nach dessen Befürchtung das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit angesichts der Tendenz zu heimlichen Ermittlungsmethoden schlicht zu altmodisch ist.¹⁵⁰ Die Auswirkungen seiner Schutzbereichskonzeption zeigen sich vor allem bei § 136a StPO, dessen Verbote die Eigenverantwortlichkeit und Selbstbestimmtheit des Beschuldigten absichern, weshalb alle Verstöße gegen diese Vorschrift nach dieser Auffassung stets zugleich einen Verstoß gegen Nemo-tenetur beinhalten.¹⁵¹ Da aber zu konzedieren sei, dass es eine absolut autonome Entscheidung grundsätzlich nicht geben, die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten also nicht durch jedwede kommunikative Beeinflussung aufgehoben sein könne, müsse seine Eigenverantwortlichkeit anhand von Zurechnungskriterien bestimmt werden. Danach sei entscheidend – so *Ransiek* –, ob dem Beschuldigten nach wertender Betrachtung seine selbstbelastende Äußerung noch als seine eigene persönliche Entscheidung zugeschrieben werden könne oder diese dem Vernehmenden als dessen Produkt zugerechnet werden müsse.¹⁵²

Da ein objektiv-praktikabler Maßstab zur Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit damit aber nicht zu erhalten ist, ist das entscheidende Defizit dieses Ansatzes bereits angesprochen. Für informelle Informationserhebungen wird man mit *Ransiek* zwar davon ausgehen müssen, dass für den Beschuldigten sowohl die Kenntnis von der staatlichen Veranlassung seiner selbstbelastenden Äußerungen wie auch von ihrer unmittelbaren staatlichen Wahrnehmung zu den entscheidungsrelevanten Umständen seiner Äußerung gehört.¹⁵³ Denn für die Eigenverantwortlichkeit – in der Terminologie des Großen Senats: Die „Freiwilligkeit seines Tuns“ – kann nicht ausreichen, wenn der Betroffene weiß, dass er eine selbstbelastende Information an eine Privatperson gibt und sie damit in die von ihm unbeherrschbare Außenwelt entlässt, wenn es sich in Wirklichkeit nur um ein vorgetäushtes Privatgespräch handelt. Diesbezügliche Irrtümer und Motive

¹⁴⁹ I. E. so schon *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 239 ff., 243, 246.

¹⁵⁰ *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 62.

¹⁵¹ *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 67.

¹⁵² *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 54.

¹⁵³ *Benfer*, MDR 1994, 12; *Popp*, JA 1998, 900 (903); a. A. *Salger*, Das Schweigerecht, 32; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (28).

des Beschuldigten sind in der Tat beachtlich.¹⁵⁴ Die Fragwürdigkeit dieses Ansatzes besteht jedoch in seinen Konsequenzen für die (offen erkennbare) Vernehmungssituation nach § 136 StPO. Weil er einen extensiven Anwendungsbereich des Täuschungsverbots indiziert, muss nach *Ransiek* unter Zurechnungsgesichtspunkten von einem Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Satz stets schon dann ausgegangen werden, wenn die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten gemindert sein könnte, beispielsweise bei Fangfragen des Vernehmungsbeamten, dessen Vorspiegelung einer freundschaftlichen Gesinnung, dem Herabmindern des Tatunrechts bzw. der Verlagerung der Tatschuld auf das Opfer, mithin also durch jedes Schaffen einer Vernehmungssituation, die den Beschuldigten „einlullt“.¹⁵⁵

Abgesehen davon, dass dieser Maßstab normativ determinierte Ableitungen schon nicht zulassen dürfte, versteht sich ein derart weit reichender Schutz auch nicht von selbst, zumal, wie § 136a Abs. 1 S. 2 StPO zeigt, selbst Zwang – auch in Form der vis absoluta – mit Blick auf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung schon nicht generell unzulässig ist. Wie bei dem Kriterium der Unzumutbarkeit erhöhen sich die aus dieser subjektiven Betrachtung ergebenden Unsicherheiten im Einzelfall noch dadurch, dass nach *Ransiek* ein Vorsatz nicht erforderlich ist, mithin auch fahrlässiges Verhalten des Vernehmungsbeamten einen Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Satz und § 136a StPO begründen kann.¹⁵⁶ Doch ist zweifelhaft, ob die an sich einleuchtende Verknüpfung der von § 136a StPO geschützten Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung mit dem Schutzgehalt des Nemo-tenetur-Satzes dessen historischer Prägung (Schutz des Beschuldigten vor hoheitlicher Funktionalisierung) noch gerecht werden kann, wollte man seine Schutzwirkung auch auf unvorsätzliches Verhalten erstrecken.

Schließlich muss gesehen werden, dass mit einer derart uferlosen Erfassung sämtlichen vernehmungspsychologisch geschickten Vorgehens der Strafverfolger die Existenz von Eigenverantwortlichkeit de facto gerade bestritten ist. Wäre der Beschuldigte vor jeder Einflussnahme staatlicherseits zu bewahren, hieße das nämlich, ihn als unmündig-unbeholfenen Bürger zu begreifen, mithin seine Fähigkeit zur Prozesssubjektivität in Frage zu stellen.¹⁵⁷ Da der Beschuldigte in seiner Vernehmung um deren grundsätzliche Beweiserheblichkeit weiß, kann ein Irrtum jenseits dieser Kenntnis die strafprozessual schützenswerte Eigenverantwortlichkeit also nicht ausschließen. Anderenfalls wäre ihm die Fähigkeit zu selbstbestimmtem Handeln nicht garantiert, sondern abgesprochen. Deshalb ist mit dem BGH auch als richtig anzusehen, dass von § 136a Abs. 1 StPO das Vor-

¹⁵⁴ A. A. *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 159.

¹⁵⁵ So *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 68; instruktiv zur Vernehmungstaktik bzw. -technik: *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 580 ff.; *Rogall*, SK/StPO, § 136, Rn. 28 ff.

¹⁵⁶ *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 63; *ders.*, StV 1994, 343 (345 f.).

¹⁵⁷ *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, 78 f.

spiegeln einer freundschaftlichen Gesinnung durch die Verhörsperson gerade nicht verboten ist.¹⁵⁸ Dieser Erklärungsansatz gibt damit letztlich keine rechtsgutbezogene Begründung dafür, warum die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten – von *Ransiek* vorausgesetzt und verstanden als „schlicht vorhandene Fähigkeit zu verantwortungsbewussten eigenen Entscheidungen“¹⁵⁹ – im Strafverfahren überhaupt und im geforderten Umfang zu gewährleisten ist.¹⁶⁰

4. Selbstbelastungsfreiheit als Wissensschutz (Reiß)

Einen plausiblen Ausgangspunkt für das Verständnis vom Recht auf Selbstbelastungsfreiheit bildet dagegen der Ansatz von *Reiß*¹⁶¹, wonach dem Beschuldigten mit seiner Einräumung die alleinige Verfügungsbefugnis über sein Wissen zugewiesen ist. Während es noch der Logik des Inquisitionsprozesses entsprach, dass auf das Wissen des Beschuldigten zum Zwecke seiner Überführung nötigenfalls auch zwangsweise zugegriffen werden könne, müsse – so *Reiß* – mit dessen Überwindung als tragende Maxime des Beweisrechts nunmehr angesehen werden, dass die Tataufklärung allein Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden sei. Daher dürfe dort, wo der Beschuldigte seine Mitwirkung verweigere, der staatliche Zugriff auf sein Wissen auch nicht zwangsweise erfolgen. Diese grundsätzliche rechtsstaatliche Wertentscheidung sei es, die den Freispruch des Beschuldigten gebiete, wenn den Strafverfolgungsorganen die Tataufklärung nicht möglich sei.¹⁶²

In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung erkennt auch *Reiß* an, dass die StPO das Prinzip der Mitwirkungsfreiheit voraussetzt und diesem Prinzip zufolge der Beschuldigte nicht von seinen passiven Duldungspflichten entbunden ist. Der hierfür herkömmlich gegebenen Begründung, wonach sich Duldungspflichten gegenüber Mitwirkungspflichten als geringere Eingriffsform ausnehmen, wird von *Reiß* aber entschieden widersprochen und stattdessen den §§ 81a, 81c StPO eine Erklärung entnommen. Der Vergleich dieser Vorschriften zeige, dass die Strafverfolgungsbehörden gegenüber dem Beschuldigten auf die Anwendung unmittelbaren Zwangs beschränkt seien, er mittels Zwangs direkt zum Augenscheinsobjekt gemacht werden könne, hingegen bei einem Nichtbe-

¹⁵⁸ BGH, NJW 1953, 1114; ebenso *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 23: „Denn es liegt geradezu in der Natur der Sache, dass der Vernehmende mit dem Beschuldigten meist etwas durchaus Unerfreuliches vorhat“; a. A. *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 68.

¹⁵⁹ *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 55; ähnlich *Kahlo*, KritV 1997, 183 (205).

¹⁶⁰ *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 40 (Fn. 145).

¹⁶¹ *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 171 ff.; ähnlich schon *Sautter*, AcP Bd. 161 (1962), 215 (247 ff.).

¹⁶² *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 177.

schuldigten zunächst noch die Zwangsmittel des § 70 StPO vorauszugehen hätten. Mit dem entsprechenden Verzicht auf mildere Zwangsmittel bei dem Beschuldigten solle – so folgert *Reiß* – in Abkehr zum Inquisitionsprozess sichergestellt werden, dass er zu keiner unvertretbaren Handlung gezwungen werden könne.¹⁶³

Nach *Reiß* verläuft die maßgebliche Trennlinie zur unzulässigen Zwangsausübung demnach dort, wo der Beschuldigte nicht mehr nur als Augenscheinsobjekt, sondern als Wissensträger in Anspruch genommen wird. Während die Strafverfolgungsbehörden bei seiner Heranziehung als Augenscheinsobjekt sich den Beweis selbst beschaffen, gebe der Beschuldigte unfreiwillig auch dann Zeugnis gegen sich selbst ab, wenn unabhängig von der Frage einer aktiven Mitwirkung eine unvertretbare Handlung von ihm verlangt werde. Daher wäre auch ein „zwangsweiser Zugriff auf das Wissen des Beschuldigten unter dem Gesichtspunkt von Nemo-tenetur dann unzulässig, wenn es gelingen sollte, dem Beschuldigten dieses Wissen ohne jedes aktive Tun seinerseits zu entreißen“.¹⁶⁴ Hieraus folgt, dass die Strafverfolgungsbehörden vom Beschuldigten nur das verlangen dürfen, was ihnen ohne dessen Mitwirkung im Wege der Selbstvornahme zu beschaffen selbst möglich wäre.

Dieser auf *Reiß* zurückgehende Perspektivwechsel von der verhaltensbetrachtenden Zugriffsform (Zwang) auf den Zugriffsgegenstand (Wissen) verdient uneingeschränkte Zustimmung, vermag er die dargestellten Friktionen der herkömmlichen Auffassung doch zu vermeiden und die Bedeutung der willentlichen Kontrolle der Informationspreisgabe zu erklären.¹⁶⁵ Auch das Verbot, den Beschuldigten durch die Ausübung von Zwang zu einer Aussage zu bewegen, erfährt auf diese Weise erst einen Sinn.¹⁶⁶ Hierzu auf das Wissen des Beschuldigten abzustellen, folgt überzeugend dem grundlegenden Ansatz des reformierten Strafprozesses, nämlich der Aussage, dass der Beschuldigte von den Strafverfolgungsbehörden als Wissensträger nicht länger zum Beweismittel gegen sich selbst dienstbar zu machen ist, selbstbelastende Äußerungen von ihm also freiwillig erbracht worden sein müssen.¹⁶⁷ Dies gebietet seine Stellung als Prozesssubjekt, als deren charakteristische Ausprägung die Freiheit der Wissensentäußerung anzusehen ist: Niemand braucht gegenüber den Strafverfolgungsbehörden Beweismittel gegen sich selbst zu sein, solange er sich nicht hierzu aus freien Stücken selbst anbietet.

¹⁶³ *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 177 f.; vgl. auch schon *Grünwald*, JZ 1981, 423 (428).

¹⁶⁴ *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 178.

¹⁶⁵ *Frister*, ZStW 106 (1994), 303 (319); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 246 f.

¹⁶⁶ *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 49.

¹⁶⁷ Vgl. *Böse*, GA 2002, 98 (125); *Frister*, ZStW 106 (1994), 303 (320); v. *Hippel*, Strafprozess, 417.

Wie gezeigt wurde¹⁶⁸, ist dementsprechend die Vernehmung des Beschuldigten nach § 136 StPO vom Gesetzgeber zur Gewährleistung rechtlichen Gehörs konzipiert worden, wobei die Aussagefreiheit mit der Belehrungsverpflichtung nach § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO noch eine zusätzliche Absicherung erhielt. Nur bei Berücksichtigung dieser grundsätzlichen Wertentscheidung begründet sich ausgehend vom Zugriffsgegenstand „Wissen“ das Verbot bestimmter Untersuchungseingriffe (Polygraph, Narkoanalyse) plausibel.¹⁶⁹ Im Gegensatz sowohl zu dem Unzumutbarkeitskriterium der herrschenden Meinung als auch zu dem der zu sichernden Eigenverantwortlichkeit ist damit erstmals eine objektive Grenzziehung zwischen den gegenläufigen Interessen von strafverfolgendem Staat und Individuum im Rahmen informeller Informationserhebung möglich. Der grundlegenden Maxime des reformierten Strafprozesses folgend ist nämlich nicht allein der Umstand von Bedeutung, dass der Beschuldigte in seiner Äußerung als solcher frei ist, sondern überhaupt maßgeblich, dass er nicht kraft seiner unterlegenen Stellung gegenüber den Ermittlungsbehörden als Beweismittel gegen sich selbst gerichtet wird.¹⁷⁰

Dass sich die Unvereinbarkeit eines auch mitwirkungsfreien – willensunabhängigen – staatlichen Wissenszugriffs mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz keineswegs nur als theoretische Folge der Konzeption von *Reiß* darstellt, ist von *Frister*¹⁷¹ vor dem Hintergrund der polygraphischen Untersuchung nachgewiesen worden: Indem Zugriffsgegenstand dieser Erkenntnismethode das Wissen des Beschuldigten ist, müsse sich – so *Frister* – auch ihre Zulässigkeit entsprechend dem mit der Abkehr vom Inquisitionsprozess verbundenen Grundgedanken an den Vorschriften über die Vernehmung messen lassen. Denn die Subsumtion einer Informationspreisgabe unter die Regeln über den Sachbeweis verbiete sich, wenn mit der Ermittlungsmethode „ohne den Filter einer willentlichen Kontrolle“ Zugriff auf das Wissen des Beschuldigten genommen werde.¹⁷²

Über das Kriterium der Wissensträgerschaft ist auch die Frage nach der Vereinbarkeit der hier in Rede stehenden Ermittlungsmethoden mit dem Nemo-tenetur-Satz möglich, und mit schlüssiger Begründung grundsätzlich zu verneinen. Jedoch erweist sich die von *Reiß* vorgenommene Heranziehung der Vorschriften über körperliche Untersuchungen zur Absicherung seiner Konzeption als wenig überzeugend. Mit Ablösung der verhaltensbezogenen Betrachtung beim Beschul-

¹⁶⁸ Vgl. zweites Kapitel, § 1 II.

¹⁶⁹ *Dencker*, StV 1994, 667 (680); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 246; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (33 ff.); *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 95.

¹⁷⁰ Vgl. *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (32).

¹⁷¹ *Frister*, ZStW 106 (1994), 303 (318 ff.).

¹⁷² *Frister*, ZStW 106 (1994), 303 (320). Zur Frage, ob § 136a StPO danach auch Anwendung findet, wenn die polygraphische Untersuchung gegen den Willen den Beschuldigten zum Einsatz kommt, vgl. *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (637 f.).

digten durch die einer Beurteilung von Art und Ausmaß des vom Staat verübten Zwangs ist nämlich nur ein formales Abgrenzungskriterium durch ein anderes ersetzt, der dogmatische Gewinn daher zweifelhaft.¹⁷³ Gerade wenn der Beschuldigte als Wissensträger geschützt sein soll, versteht sich eine Begründung nicht von selbst, die auf die eine Instrumentalisierung des Wissensträgers erlaubenden Vorschriften der §§ 81 a, 81 c StPO verweist.¹⁷⁴ Ausgehend vom Wissensschutz würde die Bestimmung des nach dem *Nemo-tenetur*-Satz Zulässigen über den Inhalt der zu erfüllenden Pflicht doch erheblich näher liegen, zumal es das Mittel ist, welches mitunter Bedenken unterliegt.

So verdeutlicht gerade die Brechmittelverabreichung exemplarisch das Dilemma, nicht schlüssig begründen zu können, warum die Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten durch *vis compulsiva*, nämlich durch ihr bloßes Inaussichtstellen, unzulässig sein soll, während die völlige Vereitelung seiner Willensbetätigungsfreiheit (*vis absoluta*) durch ihre Vornahme nicht vom Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit erfasst ist.¹⁷⁵ Insofern erschließt sich der Zusammenhang nicht zwischen der Aussage, der Beschuldigte verdiene als Wissensträger gegenüber den Strafverfolgungsbehörden uneingeschränkte Autonomie, und der weiteren Annahme *Reiß'*, seine übrigen, gleichwohl aber statthaften Instrumentalisierungen als Beweismittel dürften allein im Wege unmittelbaren Zwanges erfolgen.¹⁷⁶

Dabei ist die Befürchtung von *Reiß* nicht zwingend, wonach bei Untersagung von *vis absoluta* zur nicht wissensbezogenen Beweismittelgewinnung Strafverfolgung nur noch mit Zustimmung des Beschuldigten möglich sei,¹⁷⁷ besonders wenn man – wie noch darzulegen sein wird – Einschränkungen des Wissensschutzes als möglich erachtet. Für Informationserhebungen direkt am Beschuldigten bedarf es dann nicht seiner Erlaubnis, sondern der des Gesetzgebers.

Als spezifisch strafprozessualer Schutz der Wissensträgerschaft folgt das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit – entgegen *Reiß*¹⁷⁸ – auch nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip, da ein derartiger Rückgriff voraussetzt, dass die Art. 20 Abs. 3 GG konkretisierenden Grundrechte ihre Begründung nicht leisten können.¹⁷⁹ Dabei besteht eine Rückkopplung freilich darin, dass sich der Staat als Rechtsstaat mit Ausgestaltung des Strafverfahrens in besonderer Weise manifestiert, die verfassungsrechtliche Verbürgung subjektiver Rechte die Staatsgewalten

¹⁷³ *Dietrich*, § 142 und Selbstbelastung, 55; *Schneider*, Selbstbegünstigungsprinzip, 36.

¹⁷⁴ *Dietrich*, § 142 und Selbstbelastung, 55; *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 248 f.

¹⁷⁵ *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (380); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 233 f.

¹⁷⁶ *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 249.

¹⁷⁷ *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 179; ähnliche Bedenken bei *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 261.

¹⁷⁸ *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 155 ff., 170.

¹⁷⁹ Vgl. *Nothhelfer*, Selbstbeziehungszwang, 17 ff.

bindet (Art. 1 Abs. 3 GG) und sie damit immer zugleich im Interesse des rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens selbst liegt.

Von vielen Befürwortern der These einer Umgehung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO wird das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet.¹⁸⁰

III. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung war vom BVerfG im Jahr 1983 in seinem sogenannten Volkszählungsurteil als spezielle Ausprägung dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entnommen worden.¹⁸¹ Sein Schutzgut ist die „aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“.¹⁸² Angesichts der gewachsenen Möglichkeiten der modernen Informationstechnologien müsse – so das BVerfG – sichergestellt sein, „dass dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung zu verhalten“.¹⁸³ Denn sonst könne der Bürger, der Art und Umfang der ihn betreffenden Informationen bei Dritten nicht mehr zu überschauen in der Lage wäre, zur Beschränkung eigener Grundrechte vorsorglich angehalten sein. Diese Folge aber wäre nicht nur als ein Hemmnis in der persönlichen Freiheitsverwirklichung anzusehen, sondern sie widerspräche auch dem freiheitlichen Gemeinwesen insgesamt, welches Selbstbestimmung als „elementare Funktionsbedingung“ zur Voraussetzung habe.¹⁸⁴

1. Zum Bestand dieses Rechts im Strafverfahren

Nach herrschender Auffassung findet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren Anwendung.¹⁸⁵ Das BVerfG selbst hat es in seiner

¹⁸⁰ *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (717); *Riepl*, Informationelle Selbstbestimmung, 122; *Weiler*, GA 1996, 101 (113).

¹⁸¹ BVerfGE 65, 1 ff. (= NJW 1984, 419 = DÖV 1984, 156).

¹⁸² BVerfGE 65, 1 (41 f.).

¹⁸³ BVerfGE 65, 1 (42 f.).

¹⁸⁴ BVerfGE 65, 1 (43); zu diesen „Einschüchterungseffekten“ auch BVerfGE 109, 279 (354).

¹⁸⁵ BGHSt. (GrS) 42, 139 (154); *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (230); *Derksen*, JR 1997, 167 (169 f.); *Keller*, Straftatprovokation, 128 ff.; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 23 ff.; *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 514 (515); *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1292); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (714); *Rudolphi*, SK/StPO, Vor § 94, Rn. 19; a. A. *Lesch*, GA 2000, 355 (363 f.).

Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des sogenannten genetischen Fingerabdrucks auf strafprozessuale Maßnahmen als betroffen – allerdings durch § 81a StPO gerechtfertigt – erachtet.¹⁸⁶ Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass Informationen über rechtswidriges Verhalten von Persönlichkeitsrechtsschutz ausgenommen seien.¹⁸⁷ Die Entscheidung des BVerfG zur strafprozessualen Verwertbarkeit privater (Tagebuch-)Aufzeichnungen hat gezeigt, dass auch Informationen über verbotene Handlungen schützenswert sind,¹⁸⁸ sie teilweise gar dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zugerechnet werden.¹⁸⁹ So erklärt sich, dass zu den von § 203 StGB geschützten Privatheimnissen – eine dieses Recht absichernde Vorschrift¹⁹⁰ – auch Informationen über strafbare Handlungen zählen¹⁹¹ und das Gleiche grundsätzlich auch für § 201 StGB gilt.¹⁹² Insofern richtet sich jede Informationserhebung über den Beschuldigten, etwa nach § 81a StPO, gegen sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹⁹³ Seine Vernehmung gemäß § 136 StPO bildet aus Sicht der Ermittlungsbehörden hiervon keine Ausnahme, da ihr Interesse an (zügiger) Straftataufklärung geradezu darauf angelegt ist, dieses Recht zu überwinden.¹⁹⁴

2. Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit als Informationsbeherrschungsrecht

Das im Volkszählungsurteil hervorgehobene Recht des Bürgers, selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, ist auch der entscheidende Gesichtspunkt der Selbstbelastungsfreiheit.¹⁹⁵ Es überrascht daher nicht, dass die Gemeinschaftsentscheidung im Volkszählungsurteil ausdrücklich in Bezug genommen und auf die Möglichkeit ungewollter Selbstbezeichnungen mehrfach hingewiesen wurde.¹⁹⁶ Indem das Gesetz dem Beschuldigten freistellt, „sich zu der Beschuldigung zu äußern oder

¹⁸⁶ BVerfGE 103, 21 (= NJW 2001, 879); vgl. auch BVerfG, NJW 1996, 3071.

¹⁸⁷ So BGHSt. 19, 325 (331); *Dencker*, Verwertungsverbote, 107; *Lesch*, NJW 2000, 3035 (3039).

¹⁸⁸ BVerfGE 80, 367 ff. (= NJW 1990, 563 = NSZ 1990, 89).

¹⁸⁹ Vgl. *Ame lung*, NJW 1990, 1753 ff.; *Lorenz*, GA 1992, 254 ff.

¹⁹⁰ *Fischer/StGB*, § 203, Rn. 2; vgl. auch MünchKommStGB/*Cierniak*, § 203, Rn. 6.

¹⁹¹ MünchKommStGB/*Cierniak*, § 203, Rn. 22.

¹⁹² BGH, NJW 1992, 277 (ebd.); LAG Hessen, ArbuR 2003, 188 f.; MünchKommStGB/*Graf*, § 201, Rn. 12; *Lenckner*, Schönke/Schröder/StGB, § 201, Rn. 5.

¹⁹³ *Keller*, Straftatprovokation, 129; a. A. *Lesch*, JA 2000, 725 (727 f.).

¹⁹⁴ *Salditt*, GA 1992, 51 (71). Die Erzwingung der Aussagen von Zeugen, denen kein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt (vgl. § 70 StPO), ist ein gerechtfertigter Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, vgl. *Weiler*, GA 1996, 101 (107).

¹⁹⁵ *Eschelbach*, StV 2000, 390 (393); *Keller*, Straftatprovokation, 132; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (714).

¹⁹⁶ BVerfGE 65, 1 (42, 46, 62 f.).

nicht zur Sache auszusagen“, ist ihm seine informationelle Entäußerungsfreiheit mit § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO garantiert. Dementsprechend war der Nemo-tenetur-Grundsatz vom BGH charakterisiert worden als „Freiheit des Beschuldigten, (...) selbst darüber zu befinden, ob er an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv mitwirken will oder nicht“. ¹⁹⁷ Mit *Müssig* ist davon auszugehen, dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit der „Zuweisung eines informationsrechtlichen Organisationskreises als Grundlage kommunikativer Autonomie“ dient, weshalb es als Informationsbeherrschungsrecht zutreffend charakterisiert ist. ¹⁹⁸ In der Annahme, das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit sei verfassungsrechtlich im Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG angelegt, ¹⁹⁹ ist somit den Vertretern der These von der Umgehung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zuzustimmen.

3. Der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Eine abschließende Aussage über den Schutzbereich des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit ist damit noch nicht getroffen. Diesbezügliche Festlegungen haben in den Ausführungen des Volkszählungsurteils zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung ihren Ausgangspunkt zu nehmen. Weil Gegenstand dieser Entscheidung die Vereinbarkeit des Volkszählungsgesetzes mit dem Grundgesetz war, hatte sich das BVerfG allein mit der gesetzlich angeordneten Erhebung von Daten und ihrer automatischen Speicherung und Verwertung zu befassen gehabt. Ausgehend vom Ursprung des durch Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG vermittelten allgemeinen Persönlichkeitsschutzes bedarf es gleichwohl keiner näheren Erörterung, ob und inwieweit die Begründung der Entscheidung an der Bindungswirkung gemäß § 31 BVerfGG teilnimmt. ²⁰⁰ Schon in einer früheren Entscheidung zur strafprozessualen Verwertbarkeit heimlicher Tonbandaufnahmen war es vom BVerfG als erhebliche Schmälerung der Persönlichkeit gewertet worden, wenn „andere ohne oder gar gegen den Willen des Betroffenen über sein nicht öffentlich gesprochenes Wort nach Belieben verfügen“, wobei mit dem Hinweis auf die damit einhergehende Störung der „Unbefangtheit der menschlichen Kommunikation“ auch die im Volkszählungsurteil angesprochene Gefahr einer vorsorglichen Selbstbeschränkung bereits anklingt. ²⁰¹

¹⁹⁷ BGHSt. 34, 39 (46).

¹⁹⁸ *Müssig*, GA 1999, 119 (127); *ders.*, GA 2004, 87 (97); vgl. auch *Amelung*, StV 1991, 454 (455); *Derksen*, JR 1997, 167 (169); *Renzikowski*, JZ 1996, 710 (714); a. A. *Bosch*, Aspekte, 59.

¹⁹⁹ *Keller*, Straftatprovokation, 131 ff.; *Nothhelfer*, Selbstbeziehungszwang, 82 f., 91; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (714); *Wohlens*, SK/StPO, § 163 a, Rn. 44; a. A. *Lesch*, KMR/StPO, § 136, Rn. 32a; *Ranft*, Strafprozessrecht, Rn. 345; *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 261 ff.

²⁰⁰ Hierzu *Weßlau*, Vorfelddermittlungen, 169 ff.

Dabei kann den im Volkszählungsurteil mehrfach in Bezug genommenen „Bedingungen der modernen Informationstechnologie“²⁰² keine konstitutive Bedeutung für den Schutzgehalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beigemessen werden. Schließlich verliert der Betroffene bei der von ihm unbenutzt gebliebenen Abschöpfung personenbezogener Informationen in nicht minderem Maße die Möglichkeit, Informationsstände und -flüsse zu kontrollieren, als bei der automatisierten Datenverarbeitung.²⁰³ Nicht der Umstand, dass die Datengewinnung, -übertragung und -speicherung auf elektronischem Wege erfolgt, ist es also, der „Orwellsche Ängste“²⁰⁴ weckt. Soll mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der hiermit geschützten freiheitlichen Gesellschaftsordnung wirklich unvereinbar sein, dass die „Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann bei welcher Gelegenheit über sie weiß“,²⁰⁵ kann die Schutzwirkung dieses Rechts nicht auf die zwangsweise Datenerhebung und die automatische Datenverarbeitung begrenzt sein. Um wissen zu können, wer was wann über ihn weiß, muss der Betroffene zunächst Kenntnis davon haben, dass er sich überhaupt informationell entäußert, denn dieses Wissen ist Voraussetzung sämtlicher Kontrollmöglichkeiten. Blicke dieses Wissen vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung selbst unerfasst, stünde vom Bürger die vorsorgliche Beschränkung seiner Grundrechtsausübung nicht minder zu erwarten – ein mit den Prämissen einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung unvereinbarer Zustand, wie das BVerfG in seinem Volkszählungsurteil konstatiert. Dies bedeutet dann aber, dass die Gefährdung freier Kommunikationsbeziehungen die Kenntnis von der Informationserhebung nicht zur Voraussetzung haben kann.

Unter Schutzzweckgesichtspunkten ist es daher geboten, über die automatisierte Datenverarbeitung hinaus jede staatliche Erhebung und Verwertung von personenbezogenen Informationen in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einzubeziehen, also auch solchen Daten aus informeller Informationserhebung.²⁰⁶ Nur auf diese Weise kann dieses Recht seiner Bestimmung, nämlich dem Bürger Garantie seiner Entscheidungsfreiheit zu sein,²⁰⁷ wirklich gerecht werden.

²⁰¹ BVerfGE 34, 238 (246).

²⁰² BVerfGE 65, 1 (42, 43, 46).

²⁰³ *Keller*, StV 1984, 521 (522 f.); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 26; *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 26; *Strate*, AnwBl 1986, 309 (313); a. A. *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (305).

²⁰⁴ So aber *Roewer*, NJW 1985, 773 (775).

²⁰⁵ BVerfGE 65, 1 (43).

²⁰⁶ *Di Fabio*, Maunz/Dürig/GG, Art. 2 I, Rn. 176; *Murawiek*, Sachs/GG, Art. 2 I, Rn. 73; a. A. und für die dahingehende Begrenzung dieses Rechts im Strafverfahren: *Lesch*, JA 2000, 725 (727 f.).

²⁰⁷ *Di Fabio*, Maunz/Dürig/GG, Art. 2 I, Rn. 175.

IV. Informelle Informationserhebungen als Eingriff in dieses Recht

Zur Klärung der Frage, ob und inwieweit in das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit durch informelle Informationserhebungen eingegriffen wird, ist zunächst von Aufschluss, ob mit ihnen ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verbunden ist.

Auf Grundlage des herkömmlichen Eingriffsverständnisses²⁰⁸ ist in Übereinstimmung mit dem Großen Senat ein Eingriff zu verneinen, da es an der hierfür charakteristischen Durchsetzung des in der Informationserhebung liegenden Rechtsaktes mit Befehl und Zwang fehlt.²⁰⁹ Nach moderner Eingriffslehre werden derart imperative Maßnahmen jedoch nicht mehr verlangt; zur Annahme eines Eingriffs ist vielmehr ausreichend, dass dem Bürger ein dem Schutzbereich eines Grundrechts unterfallendes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich gemacht ist.²¹⁰ Voraussetzung aber ist, dass die Grundrechtsbeeinträchtigung staatlichem Handeln zugerechnet werden kann, da eine unmittelbare Grundrechtsbindung nur für die öffentliche Gewalt besteht (Art. 1 Abs. 3 GG).²¹¹

1. Zur Zurechnung des Verhaltens Privater zum Staat

Durch seine Eigenschaft, Beamter des Polizeidienstes zu sein (§ 110a Abs. 2 S. 1 StPO), zählt der Verdeckte Ermittler zur öffentlichen Gewalt. Weil V-Personen und Augenblickshelfer nicht den Strafverfolgungsbehörden angehören, ist zunächst zu klären, anhand welcher Kriterien ihr Verhalten der öffentlichen Gewalt zugerechnet werden kann.

a) Maßgebliche Zurechnungsdogmatik

Zur diesbezüglichen Beurteilung erweist sich die Heranziehung der strafrechtlichen Zurechnungsdogmatik als nicht sachgerecht.²¹² Auch wenn nach materiell-rechtlicher Betrachtungsweise Anstiftung bzw. mittelbare Täterschaft als Zurechnungsformen nahe liegend erscheinen, hat sich das Strafprozessrecht als Teilgebiet des öffentlichen Rechts doch nach dessen Rechtsregeln zu richten.²¹³ Mit

²⁰⁸ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 238; vgl. hierzu auch *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 162 ff.

²⁰⁹ Vgl. BGHSt. (GrS) 42, 139 (150 f.).

²¹⁰ Für diese Lehre: *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 240; vgl. auch BVerfGE 105, 279 (303 f.).

²¹¹ BVerfGE 66, 39 (60).

²¹² A. A. *Bernsmann*, StV 1997, 116 f.; *Lindner*, Täuschungen, 123; *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (44); *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 144.

²¹³ *Bosch*, Jura 1988, 236 (239); *Keller*, Straftatprovokation, 151 ff.

ihrer auf Strafverfolgung ausgerichteten Tätigkeit erfüllen V-Personen und Augenblickshelfer hoheitliche Aufgaben, welche klassischerweise durch Beleihung vom Staat übertragen werden. Dabei ist der hoheitliche Charakter der Handlung nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Privatperson als solche und nicht als erkennbarer Hoheitsträger gegenüber dem Betroffenen auftritt. Dass, vom Empfängerhorizont aus betrachtet, eine Maßnahme privaten Anschein hat, nimmt ihr nämlich nicht die hoheitliche Eingriffsqualität.²¹⁴ Anderenfalls hätten es die Strafverfolgungsbehörden in der Hand, sich entgegen Art. 1 Abs. 3 GG ihrer Grundrechtsbindung zu entziehen. Die Auffassung, wonach Handlungen von Privatpersonen dem Staat deshalb nicht zuzurechnen seien, weil es sich bei ihnen nicht um Angehörige des Polizeidienstes handele,²¹⁵ ist in dieser Grundsätzlichkeit daher auch nicht mehr haltbar.²¹⁶ Hinsichtlich der hoheitlichen Zuordnung von V-Personen können ernstliche Zweifel schon deshalb nicht mehr bestehen, weil die Richtlinien über ihren Einsatz selbst bestimmen, dass sich dieser als Mittel der Strafverfolgung versteht (1.3) und der Erfüllung von Aufgaben der Polizei und Staatsanwaltschaft dient (1.1).²¹⁷

Es kann jedoch erwogen werden, ob die Annahme hoheitlichen Handelns ebenso eine gesetzliche Grundlage für das Handeln Privater zur Voraussetzung hat, wie dies für eine wirksame Beleihung der Fall ist.²¹⁸ So zeigt § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von der Erforderlichkeit einer solchen Grundlage für die Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf Privatpersonen auf dem Gebiet der Strafverfolgung ausgeht.²¹⁹ Sofern man diese Ermächtigung nicht in den §§ 161, 163 StPO erblickt,²²⁰ wäre der Zirkelschluss indes perfekt: In Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage gerieten die hier fraglichen Ermittlungsmethoden nicht in Konflikt mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung; die fehlende Befugnis würde sich zum Nachteil des Betroffenen und zum Vorteil des Eingreifenden auswirken. Dieses Ergebnis widerspräche aber vollständig dem Sinn und Zweck des Gesetzesvorbehalts, der gerade im Schutz des Bürgers vor unkontrollierten Eingriffen besteht. Der mit dem Verbot einer

²¹⁴ Deshalb regelt etwa § 16 HSOG ausdrücklich die „Datenerhebung durch Einsatz von Personen, deren Zusammenarbeit mit Polizeibehörden Dritten nicht bekannt ist, und durch verdeckt ermittelnde Personen“ (Gesetzesüberschrift).

²¹⁵ So noch BGHSt. 40, 211 (215 f.); *Gercke*, HK/StPO, § 110a, Rn. 22 f.

²¹⁶ Wohl unstreitig: BVerfGE 107, 299 (339); BGHSt. 45, 321 (330 f.); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 37, Rn. 9.

²¹⁷ Vgl. Gemeinsame Richtlinien, in: RiStBV, Anlage D (I).

²¹⁸ Eine solche Ermächtigung enthalten die Richtlinien nicht, ggf. wäre diese auch nicht ausreichend, da der Parlamentsvorbehalt hierzu ein Gesetz im formellen Sinn erfordern dürfte.

²¹⁹ Die h.M. qualifiziert die Strafverfolgungsmaßnahmen dieser Vorschrift als pro magistratu, vgl. *Jäger*, Beweisverwertung, 182 m.w.N.; a.A. *Keller*, FS-Grünwald (1999), 267 (275 f.).

²²⁰ So zutreffend BVerfG, StV 2000, 233; näher hierzu weiter unten.

„Flucht in das Privatrecht“ umschriebene Leitgedanke zur Unzulässigkeit derartigen Vorgehens im Verwaltungsorganisationsrecht, der nach rechtsstaatlichen Prinzipien im besonders eingriffsintensiven Strafprozessrecht erst recht Geltung zu beanspruchen hat, schließt dieses Resultat denn auch aus.²²¹

Eine Aussage, welche Anforderungen an das Zusammenwirken von Privatperson und Ermittlungsbehörde zur Annahme der Zurechnung zu stellen sind, ist damit freilich noch nicht getroffen. Obgleich für die V-Person ausweislich ihrer Begriffsbestimmung in den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren kennzeichnend ist, dass sie in die polizeiliche Ermittlungsarbeit über längere Zeit einbezogen ist,²²² kann diesem Umstand allenfalls für die Ausgestaltung der Zusammenarbeit, nicht aber für die Zurechnung konstitutive Bedeutung beigegeben werden. Die Verneinung der Zurechnung beim Augenblickshelfer über dieses Kriterium stünde nämlich in unauflösbarem Wertungswiderspruch zu den wegen vergleichbarer Interessenlage entsprechend heranzuziehenden Amtshaftungsgrundsätzen nach § 839 BGB. Danach ist anerkannt, dass der von Handlungen hoheitlich beauftragter Dritter betroffene Bürger haftungsrechtlich nicht dadurch schlechter gestellt sein darf, dass die schädigende Handlung nicht durch Angehörige der öffentlichen Gewalt vorgenommen wurde. Für die Zurechnung privaten Handelns kann demnach nur maßgeblich sein, dass jemand mit Aufgaben hoheitlicher Zielsetzung und Funktion betraut ist, und nicht, wie lange deren Bewältigung im Einzelfall andauert.²²³

Als nicht sachgerecht erweist es sich ebenfalls, die Zurechnung an das Kriterium der Beherrschbarkeit zu knüpfen.²²⁴ Zwar ist der V-Person im Regelfall ein Polizeibeamter als „VP-Führer“ zugeordnet, der die Sachleitungskompetenz für ihren Einsatz ausübt. Dieser Umstand darf indes nicht darüber hinweg täuschen, dass rechtstatsächlich keine Weisungsbefugnisse und disziplinarrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bestehen, anhand deren die Möglichkeit zur Einflussnahme im Sinne dieses Begründungsansatzes sichergestellt wäre. Hat sich die Zurechnung nicht an materieller Zurechnungsdogmatik zu orientieren, ist eine beherrschende Stellung der Ermittlungsbehörden gegenüber dem „Werkzeug“ demnach nicht zu verlangen.²²⁵ Nach maßgeblicher verwaltungsrechtlicher Zurechnungs-

²²¹ *Bosch*, Jura 1998, 236 (239); *Dencker*, StV 1994, 667 (671); *Weiler*, GA 1996, 101 (108).

²²² Gemeinsame Richtlinien, in: RiStBV, Anlage D (I.2.2).

²²³ *Sprau*, Palandt/BGB, § 839, Rn. 17 ff.

²²⁴ *Dencker*, StV 1994, 667 (671); a. A. *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 144 f.

²²⁵ *Bosch*, Jura 1998, 236 (239); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (715). Dies verkennt *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (307), der die Zurechnung bei amtlich geschaffenen Aussagesituationen bejaht, sie für *Fall Nr. 2* gleichwohl in Abrede stellt, weil der Gesprächsinhalt vom Angerufenen bestimmt wurde, wobei dieser widersprüchliche Befund auf einer Vermengung der formellen Zurechnung privaten Handelns und der hierdurch bewirkten materiellen Irrtumsbefangenheit beruht.

dogmatik ist die Privatperson (V-Person, Augenblickshelfer) aufgrund der begrenzten Aufgabe im Einzelfall ohne eigene rechtliche Entscheidungskompetenz als unselbständiger Verwaltungshelfer anzusehen.²²⁶ Dabei verbietet sich eine am Kriterium der Erkennbarkeit ausgerichtete Zurechnung bei einem Handeln, welches durch ihr Fehlen erst seinen Sinn erfährt, eigentlich von selbst.²²⁷ Die Außenwirkung hoheitlichen Handelns ist der Strafverfolgungsbehörde also bereits durch die Veranlassung, zum Zwecke der Strafverfolgung tätig zu werden, zuzurechnen. Nur wenn es daran fehlt, muss es – vorbehaltlich des Vorliegens eines Eingriffs – dabei verbleiben, dass der Bürger die informationellen Folgen seines Handelns selbst zu verantworten hat.

*b) EMRK als Maßstab – das Urteil des EGMR
im Fall M. M. vs. Niederlande*

Für die Frage, welche Anforderungen an das Zusammenwirken von Strafverfolgungsbehörden und Privaten zur Annahme eines Eingriffs zu stellen sind, ist das Urteil des EGMR zum Fall *M. M. vs. Niederlande* bedeutsam, das zu einer „Hörfalle“ erging.²²⁸ Dem Sachverhalt zufolge hatte die Ehefrau, deren Mann sich in U-Haft befand und der in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren von dem Beschwerdeführer als Rechtsanwalt verteidigt wurde, den Strafverfolgungsbehörden mitgeteilt, dieser Rechtsanwalt habe ihr gegenüber sexuell nötigende Annäherungsversuche gemacht. Weil die Frau befürchtete, ihr Wort würde als einzig verfügbarer Beweis gegen das des Verteidigers nicht genügen, nahm sie den Vorschlag eines Polizeibediensteten an, die eingehenden Anrufe des beschuldigten Rechtsanwalts mittels eines an ihr Telefon anzuschließenden Tonbandgerätes aufzunehmen. Das Gerät war sodann von dem Polizeibediensteten eingerichtet und die Frau mit seiner Funktionsweise vertraut gemacht worden; auch war ihr geraten worden, sie solle die Gespräche mit dem Beschwerdeführer auf dessen sexuelle Avancen lenken.

Der EGMR hat das Handeln der Frau an den Anforderungen der EMRK gemessen und das Persönlichkeitsrecht aus Art. 8 als verletzt erachtet. Nach Auffassung des Gerichts ist das Verhalten der Privatperson dem Staat zuzurechnen, weil die staatlichen Behörden einen maßgeblichen Beitrag zu ihrer Vorgehensweise gesetzt hatten. Ein solcher Beitrag liege – so der EGMR – vor allem dann vor, „wenn überführende Telefongespräche durch staatliche Behörden angeregt werden und/oder Hilfe bei der Aufnahme dieser Gespräche zur Verfügung ge-

²²⁶ *Bosch*, Aspekte, 216; *Dencker*, StV 1994, 667 (671); *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 89; *Frister*, JZ 1997, 1130 (1131 f., Fn. 9); *Keller*, Straftatprovokation, 155; a. A. *H. H. Haas*, V-Leute, 21 ff.

²²⁷ Zweifelnd aber *Schlüchter/Radbruch*, NStZ 1995, 354 (355).

²²⁸ EGMR, Urteil v. 08.04.2003, Az. 39339/98 (= StV 2004, 1) – Fall *M. M. vs. Niederlande*.

stellt wird“.²²⁹ Zur Verhinderung der Erosion wirksamen Menschenrechtsschutzes war das Argument, die Frau habe das Geschehen nicht aus der Hand gegeben, habe also selbständig gehandelt, vom Gericht unter Hinweis auf die sich daraus ergebenden Missbrauchsmöglichkeiten ausdrücklich nicht anerkannt worden. Zudem nähmen weder die Freiwilligkeit und Eigenverantwortlichkeit des Privaten noch die Legitimität seiner Opferinteressen oder der Umstand, dass die Beweisgewinnung bei völlig eigenständiger Durchführung durch den Privaten rechtmäßig gewesen wäre, dem Vorgang seine hoheitliche Natur, denn „die allein zu stellende Frage ist die der Mitwirkung einer staatlichen Behörde“.²³⁰

Obschon die Entscheidung im Einzelnen offen gelassen hat, worin der staatliche Beitrag im Initiativ- und/oder Ausführungsstadium liegen muss, dürften hieran aber keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sein, will man der im Leitsatz vorgegebenen Auslegung am Maßstab einer effektiven Rechtsgewährung entsprechen: „Die EMRK darf nicht so ausgelegt werden, dass sie von den Strafverfolgungsbehörden der Vertragsstaaten in Form der Einschaltung von Privatpersonen umgangen werden kann“.²³¹

Dass danach – mit Blick auf den „*Wahrsagerinnen-Fall*“ (Nr. 6) – ein Gewährrenlassen genügen kann, zeigt seine vom EGMR in Bezug genommene Entscheidung vom 23.11.1993. In diesem ähnlich gelagerten Fall ging die Initiative zur Beweisgewinnung mittels „Hörfälle“ zwar allein von dem Privaten aus. Der EGMR sah den hoheitlichen Eingriff aber dadurch begründet, dass der Polizeikommissar „einen maßgeblichen Beitrag bei der Ausführung des Vorhabens (leistete), indem er für kurze Zeit sein Büro, sein Telefon und ein Tonbandgerät zur Verfügung stellte“, wobei er „in Ausübung seiner Pflichten“ handelte.²³²

2. Zur Eingriffsrelevanz vermeintlich privaten Verhaltens

a) Die Zielgerichtetheit der Informationserhebung

Mit der Zurechenbarkeit der Maßnahme ist keine Feststellung zur Betroffenheit des Schutzbereichs des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit getroffen. Wie dargelegt wurde, ist es die grundsätzlich gegebene Gefahr eines Verlusts an Kontrolle über persönliche Informationen bei Dritten und die Befürchtung einer hieraus resultierenden vorsorglichen Grundrechtsbeschränkung, die es gebietet, die

²²⁹ EGMR, StV 2004, 1 – Leitsatz zu 2 – (unter Bezugnahme auf seine Entscheidung v. 23.11.1993, Serie A, Nr. 277-B) m. abl. Sondervotum der Richterin Palm (2 f.)

²³⁰ EGMR, StV 2004, 1 (2); insoweit zustimmend: *Gaede*, StV 2004, 46 ff.

²³¹ EGMR, StV 2004, 1.

²³² EGMR v. 23.11.1993, Serie A, Nr. 277-B, vgl. hierzu auch *Tietje*, MDR 1994, 1078 (1079 f.).

Schutzwirkungen dieses Rechts nicht auf die spezifischen Gefahren zwangsweise herbeigeführter und maschinell verarbeiteter Informationen zu beschränken. Tragendes Kriterium zur Annahme eines Eingriffs ist daher seine Zielrichtung, da nicht zielgerichtete Informationserhebungen diese Gefahren und Befürchtungen nicht zu begründen vermögen, sondern dem persönlichen Risiko des Informationsträgers als eigenverantwortlichem Informationssubjekt unterfallen.²³³ Zum Beispiel dann, wenn dessen Worte von einer unbestimmten Anzahl von Menschen zur Kenntnis genommen werden können. Über das klassische Verständnis hinaus ist ein Eingriff also mit jeder Form staatlicher Informationserhebung gegeben, sofern sie nur absichtsvoll erfolgt.²³⁴ Für die Tätigkeit von Verdeckten Ermittlern, V-Personen und Augenblickshelfern ist die zielgerichtete Suche nach strafataufklärenden Informationen geradezu charakteristisch.²³⁵ Nur dann, wenn sich der Wille zur Informationserhebung auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden noch nicht auf eine bestimmte Person konkretisiert hat, sie etwa nur angewiesen sind, „Augen und Ohren offen zu halten“, fehlt der Maßnahme die Zielgerichtetheit, und gegeben ist nur eine eingriffslose Gelegenheitsbeobachtung.²³⁶

b) Zum Erfordernis der Aktivität

Nach wohl herrschender Auffassung ist für die Annahme eines Eingriffs ferner zu verlangen, dass die Selbstbelastung auf aktive Weise bzw. durch Provokation persönlich herbeigeführt wurde.²³⁷ Dass diese Auffassung vom BVerfG geteilt wird, hat es in seiner Entscheidung zum Ermordungsfall des bayerischen Volksschauspielers Sedlmayr zu erkennen gegeben, die zu der phänomenologisch gleich gelagerten²³⁸ Konstellation von informellen Informationserhebungen bei einem Zeugen erging und die im Folgenden dargestellt werden soll, beginnend mit dem zugrunde liegenden Fall.

²³³ Ebenso *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 115 f., der von der „Finalität staatlichen Handels“ spricht. Zuvor schon: *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 37; a. A. *Bosch*, Jura 1998, 236 (239).

²³⁴ *Di Fabio*, Maunz/Dürig/GG, Art. 2 I, Rn. 176, auch *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (715).

²³⁵ RiStBV, Anlage D, I 5.3 selbst spricht von der „gezielt eingesetzten“ V-Person.

²³⁶ *H. H. Haas*, V-Leute, 53; *Lüderssen*, Jura 1985, 113 (118).

²³⁷ BGH, NStZ 2009, 343 (344, Rn. 8); BGHSt. 52, 11 (22, Rn. 34); *Dencker*, StV 1994, 667 (682); *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1292); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (717); *Schneider*, NStZ 2001, 8 (11); *Wolter*, SK/StPO, Vor § 151, Rn. 122.

²³⁸ So auch die Beurteilung des seinerzeit erkennenden 1. Senats (BGH, NStZ 1995, 557) auf spätere Anfrage des 5. Senats, woraufhin von diesem die Vorlage an den Großen Senat beschlossen worden war. Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO wird zum Teil als Ausprägung des Nemo-tenetur-Grundsatzes selbst gedeutet, vgl. *Rogall*, Der Beschuldigte, 150 ff., bzw. als von gleicher Wertigkeit angesehen, vgl. *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (969 ff.); a. A. *Renzikowski*, JZ 1997, 711 (712).

aa) BGHSt. 40, 211 („Sedlmayr-Fall“) –
Umgehung der §§ 52, 252 StPO?

• *Fall Nr. 8*²³⁹

Der V-Mann Y ist polizeilich angewiesen, im Umfeld des Beschuldigten X zu ermitteln. Nachdem Y das Vertrauen der Verlobten des X, der Z, erlangt hat, macht diese ihm gegenüber auf Nachfrage Angaben, die den X belasten. In der Hauptverhandlung wiederholt Y, als Zeuge befragt, diese Angaben, nachdem Z unter Hinweis auf die §§ 52, 252 StPO das Zeugnis verweigert hatte, woraufhin der X verurteilt wird.

Dem mit der Revision erhobenen Einwand einer gezielten Umgehung der §§ 252, 52 StPO²⁴⁰ war der BGH mit der Begründung nicht beigetreten, das Zeugnisverweigerungsrecht schütze seinem Zweck nach nur vor Konflikten, die ihren Ursprung in den Besonderheiten der Vernehmungssituation haben.²⁴¹ Die Aufklärungstätigkeit von V-Personen gegenüber zeugnisverweigerungsberechtigten Personen sei keine Vernehmung, „auch wenn sie von den Ermittlungsbehörden gezielt auf die Angeklagten und deren Umfeld angesetzt und straff geführt werden.“²⁴² Auch habe eine die analoge Anwendung von § 252 StPO rechtfertigende Konfliktsituation nicht bestanden, denn – so der 1. Strafsenat –, „wer sich privat zu den ihm bekannten Beweismständen äußert, kann über die Freiwilligkeit seines Tuns und die jederzeitige Möglichkeit der Weitergabe oder Verbreitung nicht im Zweifel sein.“²⁴³ Die prinzipielle Zulässigkeit des getarnten und auf die Initiative der Ermittlungsbehörden zurückzuführenden Vorgehens von V-Leuten sei zudem bereits den gesetzlichen Vorschriften über den Einsatz Verdeckter Ermittler zu entnehmen.²⁴⁴ Auch sei für den vergleichbaren Fall zulässiger Telefonüberwachung anerkannt, dass derart erlangte Erkenntnisse selbst dann verwertbar seien, wenn die Gesprächsteilnehmer zu dem Überwachten in einem Angehörigenverhältnis stehen.²⁴⁵ Ausführungen zur Anwendbarkeit von § 136a

²³⁹ Fall nach BGHSt. 40, 211 (= NJW 1994, 2904 = NStZ 1994, 593 = StV 1994, 521).

²⁴⁰ Die Annahme einer unzulässigen Gesetzesumgehung auch für diese Fallkonstellation wird geteilt von: *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481 f.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 44, Rn. 26; *Schroth*, JuS 1998, 969 (971); *Weiler*, GA 1996, 101 (104 ff.); *Widmaier*, StV 1995, 621 (622); *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (969 ff.); a. A. *Gollwitzer*, JR 1995, 469 ff.; *Schlüchter/Radbruch*, NStZ 1995, 354 (355); *Sternberg-Lieben*, JZ 1995, 844 (845 ff.).

²⁴¹ BGHSt. 40, 211 (214); vgl. ebenso BGH, NJW 2005, 765 (766).

²⁴² BGHSt. 40, 211 (213).

²⁴³ BGHSt. 40, 211 (215).

²⁴⁴ BGHSt. 40, 211 (215 f.).

²⁴⁵ BGHSt. 40, 211 (216 f.). In dieser Allgemeinheit dürfte diese Begründung mit der Entscheidung des BVerfG zum „Großen Lauschangriff“ (BVerfGE 109, 279) fraglich geworden sein.

StPO sowie zu der Frage nach einer das Vorgehen der Ermittlungsbehörden tragenden Gesetzesgrundlage unterblieben in dieser Entscheidung, in dieser Hinsicht sah der BGH rechtsstaatliche Grundsätze ebenfalls nicht verletzt.

Das BVerfG nahm die gegen die Entscheidung eingelegte Verfassungsbeschwerde fast sechs Jahre später aus formalen Gründen nicht zur Entscheidung an, fühlte sich aber gleichwohl berufen, zur Zulässigkeit des V-Mann-Einsatzes Stellung zu nehmen.²⁴⁶ Die bedeutsame – wenn auch freilich als *Obiter dictum* gehaltene – Passage lautet: „Das den Ermittlungsbehörden im Rahmen des erteilten Auftrags zuzurechnende Vorgehen der Vertrauensleute (...) stellt sich nicht nur als eine rein passive Informationserlangung ohne Eingriffscharakter, sondern spätestens mit der Nachfrage bei der Zeugin nach ihrer spontanen Äußerung als eine heimliche Befragung einer Aussageperson durch V-Personen und damit als eine Maßnahme dar, die jedenfalls ohne spezielle gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht zulässig war.“²⁴⁷

Obleich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung zur Befragung von Zeugen durch V-Personen vom BVerfG mit dem Schutz des Angehörigenverhältnisses als unverzichtbarer Bestandteil des fairen Verfahrens begründet wurde, ist aber doch auch der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung betroffen.²⁴⁸ Dabei überzeugt es ungeachtet des Umstandes, dass dem Nichtannahmebeschluss eine Bindungswirkung ohnehin nicht beikommt (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), wenig, die Annahme eines Eingriffs an das Kriterium entfalteter Aktivität zur Entäußerung zu knüpfen, da sich provozierte und passiv erlangte, also „freiwillig“ getätigte Mitteilungen praktisch kaum trennen lassen.²⁴⁹

Einleuchtend war hierauf auch von *Lesch* hingewiesen worden, weil „die Erlangung einer Information per se Aktivität darstellt, nämlich Herstellung des Kontakts zur Quelle, Lenkung von Aufmerksamkeit, Zuhören, Hinschauen, gedankliche Verarbeitung usw.“²⁵⁰ Und auch *Jäger* bezweifelt, ob der Eingriffs-

²⁴⁶ BVerfG, StV 2000, 233 (= NStZ 2000, 489 = JA 2000, 637 = wistra 2000, 216).

²⁴⁷ BVerfG, StV 2000, 233 (234). Die Auffassung, wonach der Einsatz von V-Leuten auch gegenüber einem Beschuldigten einer gesetzlichen Ermächtigung nicht bedürfe, dürfte damit ebenfalls obsolet geworden sein, a. A. aber noch *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (213); *Lesch*, JA 2000, 725 (728). Unter Hinweis auch auf dieses *Obiter dictum* jetzt ganz allgemein für die Unzulässigkeit einer bewussten Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts durch eine gezielte Ausforschung von zeugnisverweigerungsberechtigten Personen außerhalb von Vernehmungssituationen aus „Fairnessgesichtspunkten“ BVerfG, NJW 2010, 287 f. (ebd., Rn. 10).

²⁴⁸ *Rogall*, NStZ 2000, 490 (492); *Weßlau*, Zeugnisverweigerungsrechte (ASP), 289 (280).

²⁴⁹ *Jäger*, Beweisverwertung, 66; *Schlüchter/Radbruch*, NStZ 1995, 354; *Weßlau*, Vorfelddermittlungen, 201; *dies.*, ZStW 110 (1998), 1 (29 f.); zweifelnd auch *Rogall*, NStZ 2000, 490 (493).

²⁵⁰ *Lesch*, JA 2000, 725 (726).

charakter wirklich anders zu beurteilen wäre, wenn der V-Mann, anstelle direkt nachzufragen, weitere Informationen dadurch befördert bzw. erlangt hätte, dass er auf die erste Äußerung hin ungläubig „die Stirn gerunzelt“ hätte – angesichts dessen, dass die persönliche Ausforschung in jedem Fall staatlich veranlasst gewesen sei.²⁵¹ Tatsächlich kann dieser wesentliche Umstand – das zielgerichtete Vorgehen des Privaten zur Straftataufklärung nach entsprechender Veranlassung durch die Ermittlungsbehörden – nicht außer Acht gelassen werden, so dass schon aus diesem Grund der vom BGH angestellte Vergleich zu einer Telefonüberwachung nicht bestehen kann.

Ausweislich der Richtlinien ist für die Tätigkeit der V-Person nur kennzeichnend, dass sie die Strafverfolgungsbehörden unterstützt,²⁵² ohne dass diese Unterstützung, von der niemand annimmt, sie erschöpfe sich in bloßem Zuhören, näher konkretisiert wäre. Die Forderung, der Zielperson dürften jedenfalls keine Fragen gestellt werden, erscheint vor diesem Hintergrund wenig lebensnah.²⁵³ Vielmehr ist *Haas* zuzustimmen und ein Eingriff schon dann anzunehmen, wenn die V-Person zur Erlangung von Informationen eingesetzt wird, die nur ihr zugänglich sind.²⁵⁴ Das Gleiche hat für Augenblickshelfer zu gelten; auch für die Beurteilung ihrer Inanspruchnahme ist die Zielgerichtetheit ihrer Tätigkeit entscheidend und nicht das Ausmaß dabei entfalteter Aktivität. Wenn sich die Strafverfolgungsbehörde die besonderen Eigenschaften, Fähigkeiten und Kontakte einer Privatperson nutzbar macht, kommt der Frage, worauf die Informationserlangung in concreto zurückzuführen ist, für die Beurteilung der Eingriffsqualität eine selbständige Bedeutung also nicht mehr zu.²⁵⁵ Daraus folgt zugleich, dass sich für den Betroffenen bei Erlangung von jedermann zugänglichen Informationen ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht, ein Eingriff also zu verneinen ist.²⁵⁶

bb) BGHSt. 53, 294 („Haftbesuchsraum-Fall“)

Auf dieser Linie liegt auch die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 29.04.2009, der im sogenannten „*Haftbesuchsraum-Fall*“ über die Zulässigkeit einer „Hörfalle“ zu befinden hatte.

²⁵¹ *Jäger*, Beweisverwertung, 66; a. A. *Müssig*, GA 2004, 87 (102).

²⁵² Gemeinsame Richtlinien, in: RiStBV, Anlage D (I.2.2.).

²⁵³ A. A. *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (215); vgl. auch *Schlüchter*, SK/StPO, § 252, Rn. 7a ff.

²⁵⁴ *H. H. Haas*, V-Leute, 53 f.; *Haas* ebenfalls zustimmend: *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 201.

²⁵⁵ *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 201.

²⁵⁶ *H. H. Haas*, V-Leute, 58.

- *Fall Nr. 9*²⁵⁷

Dem wegen dringenden Mordverdachts inhaftierten Beschuldigten waren von den Strafverfolgungsbehörden „persönliche“ Gespräche mit seiner Ehefrau gestattet worden – in einem eigens dafür zugewiesenen separaten Besuchsraum in der Untersuchungshaft und ohne die sonst übliche erkennbare Überwachung. Aus der Vorstellung heraus, er führe ein vertrauliches Gespräch mit seiner Ehefrau, macht der Beschuldigte selbstbelastende Angaben, die von den Strafverfolgungsbehörden abgehört und zur Grundlage seiner Verurteilung gemacht wurden.

Der 1. Senat hat in der Vorgehensweise der Ermittlungsbehörden einen Verstoß gegen das im Grundgesetz – in Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG – wurzelnde Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren gesehen; hinsichtlich des Nemo-tenetur-Grundsatzes erachtete er das Vorgehen als „bedenklich“.²⁵⁸ Zwar sei vordergründig das Wissen des Beschuldigten lediglich „abgeschöpft“ worden²⁵⁹. Jedoch war dies den Ermittlungsbehörden nur deshalb möglich, weil sie eine von den üblichen Abläufen in der Untersuchungshaft abweichende Besuchssituation geschaffen hatten. Damit wurde ein Irrtum des Beschuldigten nicht nur ausgenutzt, sondern die Situation „gezielt zur Erlangung einer gerichtsverwertbaren Selbstbelastung (...) herbeigeführt.“²⁶⁰

Mit diesem Urteil erkennt der BGH somit an, dass die Annahme eingriffsbe gründenden Verhaltens nicht einmal einen – wie auch immer gearteten – direkten kommunikativen Akt zwischen Beschuldigtem und staatlichem Informationshelfer umfassen muss. Vielmehr ist ein Eingriff schon dann gegeben, wenn die Ermittlungsbehörden Umstände schaffen, welche die Wahrscheinlichkeit einer Selbstbelastung erheblich erhöhen (was vorliegend aus den Beschränkungen der Gesprächsmöglichkeiten in der Untersuchungshaft folgt).

c) Die Dauer der Ausforschung

So wie schon bei der Zurechnung kann der Dauer der Ermittlungsmaßnahme auch für die Frage der Rechtsbetroffenheit keine selbständige Bedeutung dergestalt zukommen, dass bei nur kurzzeitigen Informationserhebungen durch Augenblickshelfer in den „*Zweithörer-Fällen*“ (Nr. 1 bis Nr. 3) ein Eingriff zu verneinen wäre.²⁶¹ Abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten bei der Bestimmung einer zeitlichen Grenze bleibt schon die tragende Annahme der gegenteiligen Auffassung unbewiesen, es bestünde eine feste Korrelation zwischen der

²⁵⁷ BGHSt. 53, 294 (308) (= NJW 2009, 2463 = NSTZ 2009, 519).

²⁵⁸ BGHSt. 53, 294 (305 f., Rn. 37; 309, Rn. 49).

²⁵⁹ BGHSt. 53, 294 (306, Rn. 40).

²⁶⁰ BGHSt. 53, 294 (308, Rn. 47).

²⁶¹ *Geyer*, Beschuldigtenbelehrung, 41; *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (346); a. A. wohl *Rudolphi*, SK/StPO, Vor § 94, Rn. 47.

Dauer der Informationsbeschaffungsmaßnahme und ihrer Eingriffsrelevanz.²⁶² So ermöglichen auch bei dem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers weder die Ausforschungsdauer im Einzelfall noch die Dauer der ihm hierzu verliehenen Legende (§ 110a Abs. 2 StPO) einen sicheren Rückschluss auf die Qualität der Erkenntnisse bzw. auf das Ausmaß der Offenlegung von persönlichen Informationen.²⁶³ Vielmehr ist ein punktgenauer Einsatz nicht minder geeignet, eben solche Erkenntnisse hervorzubringen.

d) Grundrechtsverzicht/Überprüfung des Schutzbereichs

Ein den Eingriff ausschließender konkludenter Grundrechtsverzicht – sofern man ihm eine rechtliche Bedeutung überhaupt beimisst²⁶⁴ – kann deshalb nicht Betracht kommen, weil die freiwillige Aufgabe einer Rechtsposition die Kenntnis von den hierzu maßgeblichen Tatsachen voraussetzt.²⁶⁵ Bei der Schutzbereichskonturierung hat dieser Gesichtspunkt, der seine Begründung daraus erfährt, dass die Bekanntgabe einer heimlich abgeschöpften Information ebenso wenig auf einer freien Entscheidung des Betroffenen beruht, wie bei ihrer erzwungenen Preisgabe, bereits Berücksichtigung gefunden.²⁶⁶ Auch mit der Tätigkeit des Verdeckten Ermittlers ist ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verbunden, zielt sein Einsatz doch darauf ab, sich den Beschuldigten als Wissensträger gegen sich selbst nutzbar zu machen.²⁶⁷ Dasselbe gilt bei der zielgerichteten Suche nach strafataufklärenden Informationen durch hierzu von den Strafverfolgungsbehörden veranlasste Privatpersonen, da im Eingriffsverhalten keine qualitativen Unterschiede bestehen und auch nicht dem Umstand entnommen werden können, dass der Verdeckte Ermittler geregelte Eingriffsbefugnisse hat.²⁶⁸ Von einem „andersartigen Eingriff“ kann daher keine

²⁶² *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 28; *Lesch*, JA 2000, 725 (726); *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 38.

²⁶³ *Hund*, StV 1993, 379 (381); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 28; *Lagodny*, StV 1996, 167 (169).

²⁶⁴ Vgl. *Jarass*, Jarass/Pieroth/GG, Vorbem. vor Art. 1, Rn. 36; *Sachs*, Sachs/GG, vor Art. 1, Rn. 52 ff.

²⁶⁵ *Eschelbach*, StV 2000, 390 (393); *Frister* – in Bezug auf Art. 13 GG jeweils –, JZ 1997, 1130 (1131) und StV 1993, 151 (153); *H. H. Haas*, V-Leute, 56; *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1291); *Sachs*, Sachs/GG, vor Art. 1, Rn. 56; *Weiler*, GA 1996, 101 (106).

²⁶⁶ Vgl. *H. H. Haas*, V-Leute, 54; *Rosenbaum*, Jura 1988, 178 (182); *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 33.

²⁶⁷ SächsVerfGH, JZ 1996, 957 (959 ff.); *Braum*, Verdeckte Ermittlung, 13 (19); *Dencker*, StV 1994, 667 (682); *H. H. Haas*, V-Leute, 53 ff.; *Hund*, StV 1993, 379 ff.; *Kahlo*, FS-Wolff (1998), 153 (186 f.); *Krumstiek*, Verdeckte Ermittler, 46; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 27 f.; *Lilie/Rudolph*, NSTz 1995, 514 f.; *Rudolphi*, SK/StPO, § 110a, Rn. 13; *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 33; *Weiler*, GA 1996, 101 (106).

²⁶⁸ *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (230); *Jäger*, Beweisverwertung, 183; *Dencker*, FS-Dünnebieber (1982), 447 (462 f.); *Henrichs/Steri*, Kriminalistik 2004, 629 (631);

Rede sein.²⁶⁹ Im Gegenteil muss, da dem Beschuldigten im Rahmen dieser gesetzlich nicht geregelten polizeilichen Vorgehensweise Abwehr- und Rechtsschutzmöglichkeiten weitestgehend genommen sind, im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG ein besonders intensiver Eingriff angenommen werden.²⁷⁰

3. Zwischenergebnis

Demnach ist festzuhalten, dass jede zielgerichtete Befragung des Beschuldigten durch eine Privatperson, die auf Veranlassung bzw. Ermöglichung der Strafverfolgungsorgane zurückgeht, einen Eingriff in dessen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt. Das Gleiche gilt für die Befragung des Beschuldigten durch einen Verdeckten Ermittler.

V. Schutz vor hoheitlicher Instrumentalisierung als Grundlage der Selbstbelastungsfreiheit

In rechtstheoretischer Hinsicht stellt sich nun die Frage nach der Verbindung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Verstanden als Informationsbeherrschungsrecht ist die Selbstbelastungsfreiheit als eine Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung speziell für das Strafverfahren aufzufassen.²⁷¹ Nicht erst die Verwertung von Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung begründet mit Blick auf Nemo-tenetur den vollen Eingriffscharakter, sondern schon deren Erhebung. Dagegen spricht nicht, dass die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren eine ganz besondere Ausprägung erfahren hat, die in einem direkten Zusammenhang mit der Einführung des Anklageprozesses steht und entsprechend ihrer Rechtstradition das gewandelte Verständnis im Verhältnis zwischen (selbstbestimmtem) Bürger und (selbstbeschränktem) Staat versinnbildlicht.²⁷² Gleichwohl folgt und erklärt

Hund, StV 1993, 379 (380); *Lagodny*, StV 1996, 167 (170); *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 514 (515); *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 10, Rn. 29; *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 142 ff.; *Weiler*, GA 1996, 101 (107).

²⁶⁹ So noch BGHSt. 41, 42 (45) (= NJW 1995, 2236); wohl auch *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 37a.

²⁷⁰ *Böse*, GA 2002, 98 (102); *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 33; *Strate*, AnwBl 1986, 309 (313).

²⁷¹ Ebenso *Bosch*, Aspekte, 49 ff.; *Nothhelfer*, Selbstbeichtigungszwang, 82 f.; *Riepl*, Informationelle Selbstbestimmung, 122; *Wohlens*, SK/StPO, § 163 a, Rn. 44. Ebenso BVerfG, NJW 1997, 2307 (2308) unter Bezugnahme auf das Volkszählungsurteil: „In besonderer Weise schützt das Grundrecht vor dem Verlangen, Informationen preiszugeben, die den Betr. selbst belasten.“

²⁷² *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (35 f.); vgl. auch *Schneider*, Selbstbegünstigungsprinzip, 40 ff.

sich aus dieser Ableitung, dass der Schutz gegen Selbstinkriminierung nicht auf das Strafverfahren beschränkt ist, sondern auch andere Verfahrensarten zu der Regelung des § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO vergleichbare Sicherungen anerkennen (etwa § 384 Nr. 2 ZPO) – gewissermaßen als Schutzvorrichtung dafür, dass die Beschuldigtenvernehmung nicht zu einer Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung führt.²⁷³

Die spezifisch strafprozessuale Prägung der Selbstbelastungsfreiheit besteht damit in dem Schutz des Beschuldigten als Wissensträger vor hoheitlicher Instrumentalisierung bzw. Funktionalisierung.²⁷⁴ Die Selbstbelastungsfreiheit ist somit ein Abwehrrecht, das die Macht des Staates begrenzt.

Nach dieser Konzeption vom Schutzbereich des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit ist für seine Betroffenheit unerheblich, ob staatliche Befragungen offen durchgeführt werden oder der Beschuldigte in verdeckten Befragungen als undoloses Beweismittel gegen sich selbst gerichtet wird. Deshalb erfordert die Absicherung einer freien Willensbildung zur informationellen Entäußerung über den Schutz vor Zwang hinaus den Schutz vor Täuschung.²⁷⁵ Denn bei einer durch Täuschung provozierten Äußerung ist die Autonomie des Betroffenen nicht minder untergraben als bei einer abgenötigten; seine staatliche Funktionalisierung als „Informationsobjekt“²⁷⁶ ist nicht etwa von geringerem Gewicht, sondern subtiler.²⁷⁷ Entscheidend ist danach der Vorgang der Selbstbelastung, unerheblich dagegen, dass sie bei unbemerkt gebliebener Informationserhebung von den Staatsorganen erst mit ihrer Verwertung im Strafverfahren herbeigeführt wird. Nicht die Verknüpfung des der Informationserhebung innewohnenden unangenehmen Erlebnisses mit dem Erfolg der Selbstbelastung, sondern diesen in Bezug auf das eigene Wissen autonom hindern zu können, ist es, was den Sinngehalt des Nemo-tenetur-Grundsatzes ausmacht.

Einen Beschuldigten deshalb für weniger schützenswert zu erachten, weil ihm nicht bewusst ist, dass er von der Polizei zur Abgabe strafverfahrensrelevanter Informationen veranlasst wird, ist unverständlich. Auch wenn infolge gezielt belassener Unkenntnis die Ausübung eines Rechts faktisch ausgeschlossen wird, bleibt das Recht selbst bestehen, da mit seiner Einräumung zugleich die Freiheit

²⁷³ *Salditt*, GA 1992, 51 (75).

²⁷⁴ *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 118 f.; *Geyer*, Beschuldigtenbelehrung, 39; *Keller*, Straftatprovokation, 131 ff.; *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 132; *ders.*, NSZ 2008, 111 (112).

²⁷⁵ *Engländer*, ZIS 2008, 163 (165 f.); *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (345 f.); *Lagodny*, StV 1996, 167 (169 f.); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (714); a. A. BGHSt. (GrS) 42, 139 (153).

²⁷⁶ BVerfGE 65, 1 (48).

²⁷⁷ *Derksen*, JZ 1997, 167 (170); *Salditt*, GA 1992, 51 (67); *Weßblau*, ZStW 110 (1998), 1 (30).

vorausgesetzt ist, darüber zu disponieren, unter welchen Bedingungen es aufgegeben wird.²⁷⁸

Dies ist im materiellen Strafrecht, beispielsweise und insbesondere für den Betrug gemäß § 263 StGB, aber auch bei einem Tatbestandsirrtum, bei Einverständnis oder Einwilligung, anerkannt: Dort, wo die Dispositionsfreiheit infolge Täuschung aufgehoben wird, ist sie bezogen auf das jeweilige Rechtsgut geschützt, wenn sich die Vorstellung von der Verwirklichung des mit der Disposition erstrebten Wertes nur als Illusion darstellt.²⁷⁹ Daneben bietet sich auch ein Vergleich zur mittelbaren Täterschaft an. So wird bei § 25 Abs. 1, 2. Alt. StGB nicht zwischen Zwang und Täuschung unterschieden, weil beide Modalitäten gleichermaßen geeignet sind, eine Person zum Werkzeug fremder Interessen zu machen, also die Tatherrschaft des Täters über den Tatmittler zu begründen. Nicht anders ist die Situation, wenn der Beschuldigte als Werkzeug fremder staatlicher Interessen dazu gebracht wird, sich selbst zu überführen – sei es durch Zwang oder sei es durch Täuschung, auch hier ist die Instrumentalisierung dieselbe. Der Staat darf aber nicht eine Begehungsform zur Überführung wählen bzw. vom Schutzgehalt des Nemo-tenetur-Satzes ausnehmen, die er selbst in § 25 Abs. 1, 2. Alt. StGB unter Strafe stellt.²⁸⁰

Der gegenteiligen Auffassung, wonach der Nemo-tenetur-Satz den Beschuldigten nur vor der Erzwingung von Aussagen, mithin vor einem unzumutbaren inneren Konflikt, schütze, war vom BVerfG in der bereits angeführten Tonbandentscheidung schon früh widersprochen worden. Danach gelte der Schutz, nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen, für einen Beschuldigten ebenso, „wenn eine ohne sein Wissen auf Tonband festgehaltene Äußerung im Strafverfahren gegen ihn verwendet werden soll“.²⁸¹ In diesem Sinne hat auch der BGH schon im Jahr 1960 ausgeführt: „Ist es aber ein Grundsatz rechtsstaatlichen Strafverfahrens, des Angeklagten Wort nicht gegen ihn selbst zeugen zu lassen, wenn es ihm unter Missachtung seiner Persönlichkeit entwunden wurde, so darf es auch nicht zugelassen werden, dass eine von ihm unter gleichen Voraussetzungen durch technische Mittel erlangte Äußerung durch seine eigene Stimme gegen ihn aufsteht.“²⁸²

Und wenn schließlich das BVerfG im Gemeinschuldnerbeschluss die Selbstbelastungsfreiheit dem Gebot entnimmt, dass der Beschuldigte frei darüber entscheiden können muss, ob er als Werkzeug zu seiner Überführung benutzt wer-

²⁷⁸ *Albrecht*, Die vergessene Freiheit, 123; *Keller*, Straftatprovokation, 135; *Puppe*, GA 1978, 289 (305); *Voller*, Lockspitzeinsatz, 70 ff.

²⁷⁹ Vgl. *Amelung*, GA 1999, 182 (197 f.) und *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (346).

²⁸⁰ Zur Begründung der mittelbaren Täterschaft durch einen vom Hintermann veranlassten Irrtum beim Tatmittlers über die selbstschädigende Wirkung seines Handelns vgl. BGHSt. 32, 38 („Sirius-Fall“).

²⁸¹ BVerfGE 34, 238 (249).

²⁸² BGHSt. 14, 358 (364 f.) (= NJW 1960, 1580 = MDR 1960, 856).

den darf, ist auch hierin eine Bestätigung zu sehen, da sich eine Begrenzung auf Zwang mit dieser Aussage letztlich unvereinbar zeigt. Tatsächlich kann sich in einem Rechtssystem, das sich des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und V-Leuten bedient, ein lediglich auf erkennbares Ermittlungshandeln ausgelegtes Recht auf Selbstbelastungsfreiheit dem Ansatz nach schon nicht verwirklichen.²⁸³ Dass eine Differenzierung zwischen Irrtum und Zwang unter diesem Gesichtspunkt sachlich nicht zu begründen ist, muss daher selbst von den Gegnern eines derartigen Rechts eingeräumt werden.²⁸⁴ Grundsätzlich ist es daher gerechtfertigt, Unterschiede im Sachverhalt, so sie darin bestehen, dass einem Beschuldigten Bekenntnisse nicht durch Zwang, sondern mittels Täuschung durch die Ermittlungsbehörden entwunden werden, zur Annahme seiner Rechtsbetroffenheit als unerheblich zu erachten.

VI. Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK – Zwang oder Täuschung?

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit als unbenanntes Teilrecht Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK.²⁸⁵ Für das Verständnis des EGMR vom Schutzgehalt des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit sind die eingangs dargestellten Urteile zu den Fällen Allan und Bykov von wesentlicher Bedeutung.

1. Die Urteile des EGMR in den Fällen Allan und Bykov

In der Entscheidung im *Fall Allan* hat der EGMR die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Unterschied zum Hörfallenbeschluss des Großen Senats direkt am Nemo-tenetur-Grundsatz gemessen und diesen für verletzt gehalten. Mit der Erstreckung der Selbstbelastungsfreiheit auf irrtumsbedingte Selbstbelastungen hat der EGMR das Recht auch nach der EMRK erweitert. Ähnlich wie der Große Senat hatte auch der EGMR den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit zuvor auf die Anwendung von Zwang, Nötigung und Unterdrückung („coercion or oppression“) beschränkt.²⁸⁶

²⁸³ *Weßlau*, KritV 1997, 238 (247); *Wohlers*, SK/StPO, § 163 a, Rn. 41. Dies hat nun auch der BGH mit seiner Entscheidung v. 26.07.2007 rechtsgrundsätzlich anerkannt, wobei er angedeutet hat, dass die von ihm hinsichtlich des Nemo-tenetur-Satzes für den Einsatz VE aufgestellten Grundsätze für den Einsatz von V-Personen gleichermaßen zu gelten haben, vgl. BGHSt. 52, 11 (21, Rn. 31).

²⁸⁴ *Lesch*, KMR/StPO, § 136, Rn. 17.

²⁸⁵ EGMR, NJW 2006, 3117 (3122 f.) – Fall *Jalloh vs. Deutschland*; EGMR, JR 2005, 423 (424, Rn. 39) – Fall *Weh vs. Österreich*.

²⁸⁶ Vgl. EGMR, Urteil v. 17.12.1996, Urteils- und Entscheidungssammlung 1996-VI, Rn. 68 – Fall *Saunders vs. Großbritannien*.

Indem der EGMR im *Fall Allan* den Schutz der Willensfreiheit als Wesen der Selbstbelastungsfreiheit ausmacht, ist die Erweiterung seines Schutzgehalts konsequent: Bedienen sich die Strafverfolgungsbehörden einer Privatperson, die dem Beschuldigten im Rahmen eines zur Vernehmung funktional äquivalenten Gesprächs selbstbelastende Äußerungen gegen seinen Willen entlockt, ist das aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgende Schweigerecht verletzt.

Die Kriterien, die der EGMR im *Fall Allan* für eine Verletzung des Schweigerechts entwickelt hat, sind – und auch das verleiht der Entscheidung ihre große Bedeutung – ihrem dogmatischen Ansatz zufolge nicht auf die Ausforschung von inhaftierten Beschuldigten beschränkt, sondern können für irrtumsbedingte Selbstbelastungen in verdeckten Befragungen generell als Richtschnur dienen.²⁸⁷ Bereits im *Fall M.M. vs. Niederlande* wäre insofern eine Verletzung des Schweigerechts aus Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die dem Beschuldigten gestellte „Hörfälle“ anzunehmen gewesen; wegen der Annahme einer Verletzung des von Art. 8 EMRK geschützten Rechts auf Achtung des Privatlebens bzw. der Privatsphäre durch die verdeckte Ausforschung einer Privatperson im Auftrag der Polizei kann die Entscheidung aber durchaus als Wegbereiter des späteren *Allan-Urteils* angesehen werden.²⁸⁸

Die Allgemeingültigkeit der Ausführungen zum Selbstbelastungsschutz im *Fall Allan* könnte mit dem Urteil zum *Fall Bykov* jedoch zweifelhaft geworden sein, da sich der Beschuldigte hier bei seiner verdeckten Befragung in Freiheit befand und der EGMR auch unter Hinweis auf diesen Umstand eine Rechtsverletzung verneint hat. Allerdings war die Begründung der Rechtsverletzung schon im *Fall Allan* bei näherer Betrachtung nicht durchgängig stringent. Zwar hatte der EGMR der Zugriffsform Zwang zur allein maßgeblichen Beurteilung einer Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit eine Absage erteilt und die Rechtssphäre des Beschuldigten in Gestalt seiner Willensfreiheit zum Grenzkriterium zulässiger Ermittlungsarbeit erhoben; anders jedenfalls kann die Aussage nicht verstanden werden, dass das Schweigerecht prinzipiell der Freiheit einer verdächtigen Person dient, darüber zu entscheiden, ob sie in einer Polizeibefragung aussagen oder schweigen will.²⁸⁹ Doch obschon ausdrücklich die Rede davon ist, das Schweigerecht werde in einer verdeckten Befragung durch Täuschung unterlaufen, war die Rechtsverletzung in concreto mit dem Vorliegen von Umständen begründet worden, die den psychologischen Mittelungsdruck auf den Beschuldigten Allan erhöht und damit die Freiwilligkeit seiner Äußerung ausgeschlossen haben. Diese Umstände hatte der EGMR darin erblickt, dass der Beschuldigte

²⁸⁷ *Duttge*, JZ 2008, 261 (262); *Gaede*, JR 2009, 493 (497); *ders.*, StV 2003, 260 (262); *Henrichs/Steri*, Kriminalistik 2004, 629 (632); *Renzikowski*, JR 2008, 164 (166); a. A. wohl *Esser*, JR 2004, 98 (107).

²⁸⁸ Ebenso *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 70 f.; zu dem Urteil vgl. zweites Kapitel § 3 IV. 1. b).

²⁸⁹ *Duttge*, JZ 2008, 261 (264); *Zuck*, JR 2010, 17 (21).

unter den Bedingungen der Untersuchungshaft ausgeforscht wurde und er in dieser Zeit mehrfach belastenden Vernehmungen ausgesetzt war. Damit war das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit im *Fall Allan* zugleich wieder in die Nähe seines traditionellen Anwendungsbereiches, dem Schutz vor Zwang, gestellt worden.

Anstatt das Vorgehen der Ermittlungsbehörden im *Fall Bykov* am Schutz der Willensfreiheit in einer verdeckten – zu einer Vernehmung funktional äquivalenten – Befragung zu messen, hat der EGMR sodann schlicht unter die Druck begründenden Umstände im *Fall Allan* subsumiert, deren Nichtvorhandensein zur Begründung der fehlenden Rechtsverletzung herangezogen und festgestellt, dass die Beweise anders als im *Fall Allan* im *Fall Bykov* nicht durch „Zwang oder Druck erlangt worden“ sind.

Vom EGMR ist damit die Gelegenheit verpasst worden, den Selbstbelastungsschutz in verdeckten, den Ermittlungsbehörden zurechenbaren Befragungen des Beschuldigten durch das Verbot von die Willensfreiheit beeinträchtigenden Täuschungen nach menschenrechtlichen Maßstäben anzuwenden und fortzuentwickeln.²⁹⁰ Der Leitgedanke der Allan-Entscheidung, nämlich die Ausweitung des Selbstbelastungsschutzes auf Fälle unfairer Entwertungen des Schweigerechts, ist somit vorerst wieder verloren gegangen, wohl auch deshalb, weil er schon im *Fall Allan* nicht konsequent zur Anwendung gebracht worden war.

Der *Fall Bykov* hätte genügend Anlass für die Weiterentwicklung des notwendigen Täuschungsschutzes gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK geboten. Immerhin war der Beschuldigte mit der perfiden Inszenierung des Attentats, seiner Verbreitung in den Medien und der zum weiteren „Beweis“ erfolgten Aushändigung von Gegenständen des vermeintlich Getöteten über entscheidungserhebliche Tatsachen massiv getäuscht worden. Gemessen am Grundgedanken der Allan-Entscheidung wäre der EGMR auch im *Fall Bykov* wohl eigentlich nicht umhingekommen, den Selbstbelastungsschutz durch Täuschung als unterlaufen anzusehen.

Gaede bringt es auf den Punkt, wenn er kritisiert, der EGMR habe es im *Fall Bykov* versäumt, das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit als Verbot dieses Recht ausschließender Täuschungen weiterzuentwickeln: „Wenn die Selbstbelastungsfreiheit dem Beschuldigten ermöglichen soll, über sein Schweigerecht frei entscheiden zu können, wie es der EGMR entschieden hat, dann muss das Recht zur Kenntnis nehmen, dass dem Beschuldigten diese Freiheit nicht nur durch Druck, sondern auch durch Täuschung effektiv entzogen werden kann“²⁹¹. Diese mit dem Allan-Urteil bereits vollzogene Erkenntnis ist mit dem Bykov-Urteil zwei-

²⁹⁰ Ebenso die Kritik von *Gaede*, JR 2009, 493 (497 f.) und *Hauck*, NSTZ 2010, 17 (22). Freilich ist für das deutsche Recht nicht zu übersehen: Der Umstand, dass sich ein Beschuldigter bei seiner Ausforschung in Haft befindet, begründet eine Verletzung seiner Menschenwürde, weshalb eine gesetzliche Gestattung de lege ferenda ausgeschlossen wäre, vgl. hierzu im vierten Kapitel unter III.

felhaft geworden, zumal die versäumte Rechtsfortbildung umso schwerer wiegt, als im *Fall Bykov* die Große Kammer des EGMR entschieden hat und deren Entscheidungen ein besonderer Stellenwert beikommt.²⁹² Gleichwohl ist zu fragen, welche Bedeutung diese beiden Urteile für das nationale Recht haben.

2. Die Bedeutung dieser Urteile für das nationale Recht

In der deutschen Rechtsordnung gilt die EMRK im Range eines Bundesgesetzes.²⁹³ Die EMRK und die Entscheidungen des EGMR sind in Form einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung von den nationalen Gerichten und der vollziehenden staatlichen Gewalt zu beachten; hinsichtlich des Schutzes der Menschenwürde bekennt sich das Deutsche Volk in Art. 1 Abs. 2 GG ausdrücklich zu „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“. Aufgrund ihres Ranges sind die Gewährleistungen der EMRK aber kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG). Zur Verwirklichung von Rechtssicherheit gerade in dem besonders grundrechtssensiblen Strafrecht ist eine durch den EGMR festgestellte Verletzung der EMRK im Zuge der Novellierung der StPO im Jahr 1998 zum Anlass für die Schaffung des Tatbestands zur Wiederaufnahme des Verfahrens in § 359 Nr. 6 StPO (i.V.m. § 79 Abs. 1 BVerfGG) genommen worden.

Da die Entscheidungen des EGMR in den Fällen Allan und Bykov nicht zu deutschen Rechtsnormen ergingen, besteht – der EGMR ist kein europäisches Revisionsgericht – eine formelle Bindungswirkung ebenso wenig wie dies im Verhältnis des BGH zu den Instanzgerichten der Fall ist. Nationaler Anknüpfungspunkt zur Berücksichtigung der EMRK in der Auslegung des EGMR ist der Grundsatz der konventionsfreundlichen Auslegung, zu dem das BVerfG in seiner Leitentscheidung vom 14.10.2004 rechtsgrundsätzlich Stellung genommen hat. Darin hat das BVerfG die besondere Bedeutung von Entscheidungen des EGMR als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen hervorgehoben und deutlich gemacht, dass die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR gegen Grundrechte i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen kann.²⁹⁴

²⁹¹ *Gaede*, JR 2009, 493 (498). Ebenso die Kritik von *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (345 f.).

²⁹² Entscheidungen der Großen Kammer unterliegen mit der Ausschließung vorbefassender Richter (vgl. Art. 27 III EMRK) und der Voraussetzung des Annahmeverfahrens (Art. 43 II EMRK) gesteigerten Verfahrenssicherungen und sind nur in Angelegenheiten von „schwerwiegender Bedeutung“ statthaft (vgl. Art. 43 II MRK).

²⁹³ Bei der EMRK und ihren Zusatzprotokollen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge, denen mit förmlichem Gesetz (BGBl. II 1952, 685) gemäß Art. 59 II GG zugestimmt worden ist (wodurch sie zu innerstaatlichem Recht transformiert wurden); nach Bekanntmachung (BGBl. II 1954, 14) trat sie am 03.09.1953 in Kraft.

²⁹⁴ BVerfGE 111, 307 (= NJW 2007, 3407).

„Berücksichtigen“ heißt, die nationalen Gerichte müssen die Konventionsbestimmung in der Auslegung des EGMR zur Kenntnis nehmen und auf den Fall anwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt; im Rahmen geltender methodischer Standards ist der Konventionsbestimmung in der Auslegung des EGMR insoweit der Vorzug zu geben.²⁹⁵ Stellt der EGMR einen Verstoß gegen die EMRK fest, hat der betroffene Staat also dafür zu sorgen, dass sein nationales Recht derartige Verstöße in Zukunft verhindert.²⁹⁶

Das vom EGMR entwickelte Verständnis von der Selbstbelastungsfreiheit haben die nationalen Gerichte also nicht lediglich zu berücksichtigen, sondern zugrunde zu legen. So spricht einiges dafür, vom EGMR festgestellte Verletzungen der Verfahrensfairness in gleichartigen Konstellationen durch die nationale Rechtsprechung anzuerkennen, um Konvergenz im Entscheidungsergebnis – nicht aber notwendigerweise auch zu den einzelnen Begründungsschritten des EGMR – herzustellen.²⁹⁷ Denn auch nach Auffassung des BVerfG umfasst das „im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten des Grundgesetzes“²⁹⁸ wurzelnde Recht auf ein faires Verfahren den Nemo-tenetur-Grundsatz (und beinhaltet ein Täuschungsverbot).²⁹⁹

Hatte das BVerfG die Zurückweisung der Verfassungsbeschwerden im „*Mitschnitt-Fall*“ (Nr. 2), im „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3) und im „*Sedlmayr-Fall*“ (Nr. 8) noch mit der nicht hinreichend dargelegten Grundrechtsverletzung begründet (und deswegen in der Literatur den Eindruck hinterlassen, es habe eine Sachentscheidung vermeiden wollen³⁰⁰), dürfte die aufgeworfene Verfassungsrechtsproblematik in dieser Einfachheit nun sicher nicht mehr abgehandelt werden – auch wenn nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG eine Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung der EMRK selbst nicht gestützt werden kann.³⁰¹ Und soweit in den untersuchungsgegenständlichen Fällen heute vor dem EGMR eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EGMR mit der Allan-Entscheidung (Selbstbelastungsschutz in Vernehmungsäquivalenten) begründet würde, dürfte diese Rüge durchaus gute Erfolgsaussichten haben und die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 359 Nr. 6 StPO ermöglichen.

²⁹⁵ BVerfGE 111, 307 (329); vgl. auch BGHSt. 46, 93 (97) und BGHSt. 45, 321 (328 f.).

²⁹⁶ BVerfGE 111, 307 (316); *T. Walter*; StraFo 2004, 224 (226).

²⁹⁷ *T. Walter*; Europäisierung des Rechts (2010), 306.

²⁹⁸ BVerfGE, Beschluss v. 18.03.2009, 2 BvR 2025/07 (Rn. 14 bei Juris).

²⁹⁹ BVerfGE 109, 307 (324). In der „Gemeinschuldnerentscheidung“ hat das BVerfGE insofern aber auf Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG zurückgegriffen, vgl. hierzu im zweiten Kapitel unter § 3 II. 1. c) aa).

³⁰⁰ Vgl. *Franke*, JR 2000, 468 ff.; *Rogall*, NStZ 2000, 490 ff.; *Weßlau*, StV 2000, 468 ff.

³⁰¹ Vgl. nur BVerfGE 111, 307 (317).

a) BGHSt. 52, 11 („Mallorca-Fall“)

Der besonderen Bedeutung der Entscheidung des EGMR im *Fall Allan* ist der 3. Senat in seinem Urteil zum „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7) grundsätzlich gerecht geworden. Zwar war der Beschuldigte zur Erlangung selbstbelastender Äußerungen unter massiven Druck gesetzt worden, denn indem ihm der Verdeckte Ermittler zu verstehen gab, er werde den Kontakt abbrechen, wenn er sich ihm nicht offenbare, drohten ihm mit dem Verlust an Lebensperspektive und Vollzugslockerungen erhebliche Nachteile. Gleichwohl hat der BGH die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nicht – etwa in Anlehnung an den *Wahrsagerinnen-Fall* (Nr. 6) – mit dieser Zwangslage begründet oder sie nur an den in dieser Hinsicht ähnlich gelagerten Umständen im *Fall Allan* gemessen, sondern ausdrücklich das Rechtsverständnis zugrunde gelegt, das der EGMR in diesem Urteil entwickelt hat.³⁰² Deshalb ist der BGH der Auffassung, der Verdeckte Ermittler habe dem Beschuldigten die Selbstbelastung nicht abgenötigt, sondern mit der fehlenden Aufdeckung seiner Verfolgungsabsicht „entlockt“. Damit hat der BGH den zweiten Anknüpfungspunkt im Allan-Urteil zur Annahme eines Eingriffs fruchtbar gemacht, nämlich die Art der Beziehung von Informanten und Beschuldigten. Und indem er klarstellt, dass es „mit Blick auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit und den Sinn und Zweck dieses Prinzips“ keinen Unterschied mache, ob die staatlichen Stellen einen verdeckt ermittelnden Polizeibeamten oder eine Privatperson einsetzen,³⁰³ leistet er diesem Grundsatz zugleich wichtigen und notwendigen Flankenschutz.

Ebenso konsequent ist auch, dass der 3. Senat an die hierdurch bewirkte Verletzung der von ihm in Art. 1, 2 Abs. 1 GG verankerten Selbstbelastungsfreiheit direkt ein Verwertungsverbot knüpft, und zwar in zweifacher Hinsicht. Zum einen hatte der Große Senat hier nur das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des fairen Verfahrens zu Gunsten des Beschuldigten ausgemacht. Zum anderen hatte er die Annahme einer Rechtsverletzung in die Abhängigkeit einer Verhältnismäßigkeitsabwägung gestellt: Jedenfalls dann, wenn es um die Aufklärung von Straftaten von erheblicher Bedeutung gehe und andere Ermittlungsmethoden weniger Erfolg versprechend wären, sei die verdeckte Befragung des Beschuldigten zulässig, und die auf diese Weise gewonnenen Beweise unterlägen keinem Beweisverwertungsverbot.

Soweit der 3. Senat die Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit durch einen Verdeckten Ermittler aber davon abhängig macht, dass sich der Beschuldigte vor seiner verdeckten Befragung in der Vernehmung auf sein Schwei-

³⁰² Vgl. BGHSt. 52, 11 (19, Rn. 28): „Nur diese Bewertung entspricht der Auffassung des EGMR“.

³⁰³ BGHSt. 52, 11 (21, Rn. 31). Der Große Senat hatte noch offengelassen, ob die staatlich veranlasste Befragung des Beschuldigten durch Private dessen Rechte verletzt, vgl. BGHSt. (GS) 42, 139 (155).

gerecht berufen hatte,³⁰⁴ bleibt er hinter dem EGMR zurück. Zwar erwähnt der EGMR im *Fall Allan*, dass sich der Beschuldigte auf sein Schweigerecht berufen und beharrlich geschwiegen hat. Doch sollte damit kein zusätzliches Erfordernis für die Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit aufgestellt, sondern nur deutlich gemacht werden, dass der Beschuldigte zur Abgabe selbstbelastender Informationen nicht bereit war.³⁰⁵ Da dies im *Fall Bykov* auf der Hand gelegen hat, ist von der Großen Kammer gar nicht erst mitgeteilt worden, ob sich der Beschuldigte vor seiner verdeckten Befragung auf sein Schweigerecht berufen hatte. Zu Recht: Für die Beeinträchtigung der Freiheit, sich für oder gegen eine Selbstbelastung gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zu entscheiden, ist es ohne Belang, ob der Beschuldigte in einer förmlichen Befragung kund getan hat, dass er von seinem Schweigerecht Gebrauch macht oder nicht.³⁰⁶

b) BGHSt. 53, 294 („Haftbesuchsraum-Fall“)

In seinem Urteil vom 29.03.2009 zum „*Haftbesuchsraum-Fall*“ (Nr. 9) bezieht sich der 1. Strafsenat ebenfalls auf die *Allan*-Entscheidung und prüft davon ausgehend, ob die Verwertung eines Gesprächs, das ein Untersuchungshäftling in einem vorgeblich unüberwachten Besuchsraum führt, einen Verstoß gegen das vom Grundgesetz und von Art. 6 EMRK geschützte Recht auf ein faires Verfahren darstellt.³⁰⁷ Obgleich er das Vorgehen der Ermittlungsbehörden „vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich verankerten Verbots eines Zwangs zur Selbstbelastung („*nemo tenetur se ipsum accusare*“) bedenklich“³⁰⁸ findet und auch eine Täuschung im Sinne von § 136a StPO ausschließt, stellt sich ihm die Informationserhebung in „einer Gesamtschau aller hierfür bedeutsamen Umstände als eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren dar.“³⁰⁹

³⁰⁴ Ebenso seither: BGH, NStZ 2009, 343 (344, Rn. 9).

³⁰⁵ *Gaede*, StV 2003, 260; *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (43); auch im *Fall Jalloh* hebt der EGMR hervor, dass der Beschuldigte vor Verabreichung des Brechmittels von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat, um seinen entgegenstehenden Willen deutlich zu machen, vgl. EGMR, NJW 2006, 3117 (3125).

³⁰⁶ Ebenso *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 72 (Fn. 342); *Engländer*, ZIS 2008, 163 (166); *Esser*, JR 2004, 106; *Gaede*, JR 2009, 493 (497); *ders.*, StV 2003, 260 (ebd.); *Hauack*, NStZ 2010, 17 (21); *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (347); *Renzikowski*, JR 2008, 164 (165); *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (43); *ders.*, NStZ 1997, 20 (ebd.); a. A. *B. Kramer*, Strafverfahrensrecht, Rn. 28a a. E.

³⁰⁷ BGHSt. 53, 294 (308). Hierzu auch schon oben im zweiten Kapitel unter § 3 IV. 2. b) bb) und eingehend: *T. Walter*, Europäisierung des Rechts (2010), 291 ff.

³⁰⁸ BGHSt. 53, 294 (309, Rn. 49).

³⁰⁹ BGHSt. 53, 294 (305 f., Rn. 37). Ebenso BGH, NStZ 2010, 527 (528, Rn. 22) zu einem verdeckten Verhör des inhaftierten Beschuldigten durch einen Polizeibeamten mit Nötigungscharakter: „Unfaire Vernachlässigung der zu achtenden Selbstbelastungsfreiheit“; für ein Beweisverwertungsverbot analog § 136a III 2 StPO wegen unzulässigen Zwangs dagegen *Jahn*, JuS 2010, 832 (834).

Es scheint, als habe der BGH in dieser Entscheidung Festlegungen vermeiden wollen, nachdem der EGMR im *Fall Bykov* den Grundgedanken der Allan-Entscheidung zum Selbstbelastungsschutz, den der 3. Senat selbst im „*Mallorca Fall*“ (Nr. 7) noch zur Geltung gebracht hatte, ausgeklammert hat. Indem der 1. Senat auf die Gesamtschau mehrerer unfairen Aspekte des Einzelfalls abstellt, um diese nur summarisch als Verletzung des Gesamtrechts aus Art. 6 Abs. 1 EMRK auszumachen, schließt er den Bogen zum Hörfallenbeschluss des Großen Senats. Darin hieß es, dass die verdeckte Befragung eines Beschuldigten einem Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz „nahe kommen“ kann, was nicht weniger aussagekräftig ist, als die Bewertung im „*Haftbesuchsraum-Fall*“, wonach das Vorgehen der Ermittlungsbehörden mit Blick auf diesen Grundsatz „bedenklich“ sei. Generalisierbare und belastbare Rechtsmaßstäbe über den Einzelfall dieser Entscheidung hinaus sind so nicht zu erhalten.³¹⁰

c) Die „Zweithörer-Fälle“ Nr. 1 bis 3 und die „U-Haft-Fälle“ Nr. 4 bis 6

Auf der Grundlage der Entscheidung des EGMR im *Fall Allan* ist eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in den *Fällen Nr. 1 bis Nr. 4 und Nr. 6* zu bejahen, wobei der EGMR in diesem Urteil – durchaus in Übereinstimmung mit dem Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats³¹¹ und weiten Teilen der Literatur – die Verletzungshandlung in der Umgehung dieses Rechts durch funktionale Vernehmungsäquivalente sieht, während es hieran im „*Denunzianten-Fall*“ (Nr. 5) fehlt.

Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass in den *Fällen Nr. 4 und Nr. 6* – anders als in den *Fällen Nr. 1 bis Nr. 3* – eine Beziehung zwischen dem Informationshelfer und dem Beschuldigten zu Anfang nicht gegeben war; auch im *Fall Allan* war das Bestehen einer persönlichen Beziehung vom EGMR explizit verneint worden.³¹²

Inwieweit die Entscheidung des EGMR im *Fall Bykov* der Annahme einer Rechtsverletzung in den „*Zweithörer-Fällen*“ (Nr. 1 bis 3) entgegensteht, weil sich der Beschuldigte dort bei Abgabe seiner selbstbelastenden Äußerungen im Unterschied zum „*Zellengenossen-Fall*“ (Nr. 4) und zum „*Wahrsagerinnen-Fall*“ (Nr. 6) nicht unter einem beachtlichem „Mitteilungsdruck“ befand, ist letztlich unklar. So zeigt der *Fall Bykov* denn auch deutlich, dass die menschenrechtlich gebotene Aufarbeitung von verdeckten Befragungen des Beschuldigten hinsichtlich seines Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit und der Sicherung dieses Rechts durch ein Täuschungsverbot noch lange nicht abgeschlossen ist.

³¹⁰ *Engländer*, JZ 2009, 1179 (ebd.); *Hauck*, NStZ 2010, 17 (19); *Jahn*, JuS 2009, 861 (863); *T. Walter*, Europäisierung des Rechts (2010), 306 f.

³¹¹ BGH, NStZ 1996, 200.

³¹² Vgl. EGMR, StV 2003, 257 (260).

VII. Der Nemo-tenetur-Grundsatz – ein absoluter, unbeschränkbarer Rechtssatz?

Somit ist auch unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR davon auszugehen, dass verdeckte Beschuldigtenbefragungen der in Rede stehenden Art grundsätzlich in das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit eingreifen können. Insoweit ist beachtlich, dass es sich bei dem Nemo-tenetur-Grundsatz nach der Rechtsprechung des EGMR nicht um ein absolutes, unbeschränkbares Recht handelt. Vielmehr ist das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit ebenso wie die anderen Teilrechte des Art. 6 Abs. 1 EMRK relativierbar; ein Eingriff begründet nicht automatisch einen Verstoß gegen das Gesamtrecht auf ein faires Verfahren.³¹³

Sollen staatliche Aufklärungshilfen wie Verdeckte Ermittler und operativ tätige V-Personen nicht prinzipiell verfassungswidrig sein, setzt die hier vorgestellte Schutzbereichskonzeption der Selbstbelastungsfreiheit also voraus, dass dieses Recht einschränkungsfähig ist. Ansonsten stünden die Vorschriften der §§ 110a ff. StPO in permanentem Widerspruch zum Grundgesetz,³¹⁴ da diese einfachgesetzlichen Suspendierungen sonst nicht zulässig wären.

Von der herrschenden Lehre wird diese Beurteilung unter Hinweis auf den absoluten Charakter des Nemo-tenetur-Satzes abgelehnt.³¹⁵ Die zur Begründung des Rechtssatzes herangezogene Menschenwürde trägt seinem strafprozessualen Prinzipiengehalt jedoch nur unzureichend Rechnung. Das lange Zeit herrschende absolute Verständnis von Art. 1 Abs. 1 GG entsprach den Motiven seiner Schaffung als Reaktion auf das Trauma nationalsozialistischen Terrors.³¹⁶ Die kategorische Ächtung staatlicher Gewalttaten nahm der Menschenwürde ihrer Genese nach jeden Raum für Abwägungen. Jedoch bestehen die Schwierigkeiten darin, die Annahme einer Würdeverletzung in concreto zu begründen. Denn dort, wo legitime, von der Rechtsordnung gar geforderte Fälle solcher Verletzungen bestehen, verlangt die soziale Realität jenseits aller kategorialen Begriffsbildungen

³¹³ *Paeffgen*, SK/StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 83 m.w.N. aus der Rechtsprechung des EGMR.

³¹⁴ Als verfassungswidrig beurteilen den VE: *Braun*, Verdeckte Ermittlung, 13 (29); *Fezer*, NStZ 1996, 289 (290); *Kahlo*, FS-Wolff (1998), 153 (187 f.); *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (25); *Müssig*, GA 2004, 91(101 ff.); *Rzepka*, Fairness im Strafverfahren, 427; v. *Stetten*, Beweisverwertung, 130; wohl auch *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 571 a.

³¹⁵ Hierzu die in Fn. 55 (in diesem zweiten Kapitel) aufgeführten Nachweise.

³¹⁶ Im Parlamentarischen Rat war erörtert worden, diesen Umstand in der Präambel des GG zum Ausdruck zu bringen: „... in dem Willen, nach einer Zeit der Willkür und Gewalt die alten Freiheitsrechte und die geschändete Menschenwürde zu schützen und zu wahren“, wiedergegeben bei *Starck*, JZ 1981, 457 (458, Fn. 9). Auch BVerfGE 109, 279 (312) nimmt auf diesen Hintergrund Bezug; ebenso LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (693 f.); vgl. hierzu *Badura*, JZ 1964, 337 (341 f.).

(„Objektformel“) längst Berücksichtigung, etwa bei dem finalen Todesschuss oder der lebenslangen Freiheitsstrafe.³¹⁷

Wenn auch in die Konturierung grundrechtlicher Schutzbereiche verlagert, so praktiziert das BVerfG bei der lebenslangen Freiheitsstrafe denn auch eine deutlich abwägungsgeleitete Anwendung des Würdesatzes, der zufolge sich die mit ihr einhergehende würdeverletzende Persönlichkeitsdeformation bei der Ahndung schwerster Schuld als ausdrücklich hinnehmbar erweise.³¹⁸ Und wenn das BVerfG in seiner Entscheidung zur strafprozessualen Verwertbarkeit privater Tagebuchaufzeichnungen den unantastbaren Bereich persönlicher Lebensgestaltung auf Grundlage der von ihm entwickelten Sphärenkonzeption³¹⁹ in die Abhängigkeit seiner sozialen Bedeutung stellt,³²⁰ ist auch dies letztlich nichts anderes als die Abwägung mit widerstreitenden Interessen³²¹ – oder aber gerade die Leugnung der Existenz einer solchen letzten Intimsphäre.³²² Immerhin will auch der Große Senat die Grenzen des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit, welches er selbst in Art. 1 Abs. 1 GG verortet, ausdrücklich aus einer „Abwägung mit der (...) Pflicht des Rechtsstaates zur effektiven Strafverfolgung“ folgern.³²³

Vom BVerfG, welches das rechtsstaatliche Interesse an strafprozessualer Wahrheitsermittlung anerkannt³²⁴ und die sich hieraus ergebende Verpflichtung zur Aufklärung schwerer Straftaten vielfach herausgestellt hat,³²⁵ war in der Tonbandentscheidung das Recht auf Aussagefreiheit selbst schon einer Abwägung unterzogen worden. In dieser Entscheidung hatte es ausgeführt, dass den schutzwürdigen Belangen des Beschuldigten „die StPO unter anderem dadurch Rechnung trägt, dass sie ihn nicht zwingt, gegen sich selbst auszusagen (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO)“, und ausdrücklich dieselben Belange durch heimliche Gesprächsaufzeichnungen gleichermaßen berührt gesehen, wobei das BVerfG deren Verwertung im Strafverfahren in die Abhängigkeit des staatlichen Interesses an der Aufklärung schwerer Kriminalität gestellt hat.³²⁶ Dementsprechend hat das BVerfG

³¹⁷ Herdegen, Maunz/Dürig/GG, Art. 1 I, Rn. 43 f.; auch Götz, NJW 2005, 953 (955).

³¹⁸ Vgl. BVerfGE 64, 261 (271 ff.) (= NJW 1984, 33 = JZ 1983, 889).

³¹⁹ Vgl. BVerfGE 54, 148 (153 ff.) („Eppler-Beschluss“); BVerfGE 27, 1 (6 ff.) („Mikrozensusurteil“).

³²⁰ BVerfGE 80, 367 (376).

³²¹ Lorenz, GA 1992, 254 (264); Schlehofer, GA 1999, 357 (358 f.); Wolter, StV 1990, 175 (177 ff.).

³²² Vgl. Amelung, NJW 1990, 1753 (1756); Geis, JZ 1991, 112 (114 f.); Wohlers, GA 2005, 11 (18).

³²³ BGHSt. (GrS) 42, 139 (157).

³²⁴ BVerfGE 38, 105 (118); BVerfGE 32, 373 (381); BVerfGE 20, 323 (331).

³²⁵ BVerfGE 109, 279 (336); BVerfGE 107, 299 (316, 332 ff.); BVerfGE 80, 367 (375).

³²⁶ BVerfGE 34, 238 (249); vgl. auch BayObLG, NJW 1994, 1671.

in seinem Gemeinschuldnerbeschluss den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dadurch als betroffen erachtet, dass eine gesetzlich erzwungene Aussage für das Strafverfahren zweckentfremdet würde.³²⁷

Hieran anknüpfend war im Volkszählungsurteil in der „Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit“ der erhobenen Information der maßgebliche Gesichtspunkt erblickt und ausgeführt worden, dass an selbstbeachtenden Angaben ein überwiegendes Allgemeininteresse nicht bestehe.³²⁸ Als Hinweis darauf, dass selbstbelastende Informationen auch abseits des von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO markierten Anwendungsbereichs kategorisch abwägungsfest sind, kann sich diese Beurteilung gleichwohl nicht verstehen, da die Abwägung nur „regelmäßig“ ausgeschlossen ist bzw. das Abwägungsverbot nur für „unzumutbare intime Angaben“³²⁹ gelten soll. Und ausdrücklich auf heimliche Informationsabschöpfungen bezogen war vom BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung klargestellt worden, dass Gespräche des Beschuldigten über begangene Straftaten per se nicht zum abwägungsfesten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung rechnen (seither festgeschrieben in § 100c Abs. 4 S. 3 StPO).³³⁰

Von *Schlehofer* ist zudem gezeigt worden, dass der Kernbereich von Art. 1 Abs. 1 GG einer normativen Relativierung schon aus methodisch-systematischen Gründen nicht grundsätzlich entzogen sein kann, weil mit der Gewährleistung von gleichfalls verfassungsrechtlich verbürgten Schutzansprüchen der unbedingte Achtungsanspruch aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG anderenfalls in unauflösbarem Widerspruch stünde³³¹. Denn nach absolutem Verständnis von der Achtung der Menschenwürde wären sowohl der Eingriffsvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, wonach in das Recht auf Leben auf der Grundlage eines Gesetzes eingegriffen werden darf, als auch Art. 87a Abs. 1, 2 GG, dem zufolge im Verteidigungsfall zur Tötung (der Angreifer) ermächtigt wird, mit dem Anspruch auf Menschenwürde unvereinbar, beinhaltet die Menschenwürde doch jedenfalls den Anspruch auf Achtung der physischen Existenz des Menschen, also sein Recht auf Leben.³³² Weil das Leben aber Voraussetzung dafür ist, Menschenwürde überhaupt besitzen und entfalten zu können, kann ein Weg aus diesem Dilemma nicht darin liegen, von einem Abstufungsverhältnis der von Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Positionen auszugehen.³³³ Anzuerkennen ist vielmehr, dass – gleichwohl der pro-

³²⁷ BVerfGE 56, 37 (49 f.); vgl. ebenso BGH, NJW 2005, 763 (765).

³²⁸ BVerfGE 65, 1 (43 f.); auch schon BVerfGE 56, 37 (49 ff.).

³²⁹ BVerfGE 65, 1 (46).

³³⁰ BVerfGE 109, 279 (319); auch BGHSt. 53, 294 (303, Rn. 29).

³³¹ *Schlehofer*, GA 1999, 357 (359 ff.).

³³² *Schlehofer*, GA 1999, 357, 363 f. (str.).

³³³ *Schlehofer*, GA 1999, 357 (363 f.); auch *Götz*, NJW 2005, 953 (954 f.). Für eine Abstufung zwischen Menschenwürde und Recht auf Leben insoweit: *Höfling*, Sachs/GG, Art. 1, Rn. 60.

klamierten Unantastbarkeit (die Würde des Menschen *ist* unantastbar, Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) – sich der auf die Menschenwürde zurückzuführende Achtungsanspruch des Individuums erst im Wege der Abwägung mit kollidierenden Werten und Interessen normimmanent konturiert.³³⁴

In jüngerer Zeit ist die würdrechtliche Aufladung des Nemo-tenetur-Satzes zum Teil kritisiert worden.³³⁵ Auch in dieser Untersuchung hat sich gezeigt, dass Art. 1 Abs. 1 GG über seinen Prinzipiengehalt keine befriedigende Auskunft zu geben vermag. Denn genauso wie aus Art. 1 Abs. 1 GG das Verbot eines Aussagezwangs gefolgert wird, kann auch vertreten werden, dass die Respektierung der Würde des Menschen seine Aussageverpflichtung nachgerade gebiete, da von ihm erwartet werden könne, dass er kraft seines Personseins für die Folgen menschlichen Versagens einstehe.³³⁶ Und auch ohne eine Aussageverpflichtung direkt anzusprechen, ist bereits erörtert worden, ob die Würde des Tatopfers bei „besonders ausgekochten vorbestraften“ Gewohnheitsverbrechern zur Ausschöpfung auch letzter Möglichkeiten der Wahrheitserforschung auf Kosten der Grundrechte des zu vernehmenden Rechtsbrechers nicht vielmehr zwingt.³³⁷ Obgleich diesen Ansätzen entgegengehalten werden muss, dass einer als Sühneleistung verstandenen Würde durch Zwang kaum Geltung verschafft werden kann, Nemo-tenetur dem Betroffenen die Folgen seiner Tat ohnehin nicht abnehmen will und eine Unterscheidung nach Verbrecherkategorien anhand so zweifelhafter Kriterien wie der „Ausgekochtheit“ indiskutabel wäre, verdeutlichen sie aber doch das gegenläufige Wertungspotenzial von Art. 1 Abs. 1 GG.

Dem Einwand, die Überbetonung der verfassungsrechtlichen Ableitung des Nemo-tenetur-Satzes werde den strafprozessualen Funktionszusammenhängen der sozialen Realität nicht (mehr) gerecht,³³⁸ ist daher zuzustimmen. Zudem wird das absolute Verständnis von Art. 1 Abs. 1 GG dem heutigen Stand der Grundrechtsdogmatik nicht gerecht.³³⁹ Sind anhand der dem verfassungsrechtli-

³³⁴ *Schlehofer*, GA 1999, 357 (362 ff.); vgl. auch *Götz*, NJW 2005, 953 (954 f.); *Herdegen*, Maunz/Dürig/GG, Art. 1 I, Rn. 43 f.; *Hofmann*, Schmidt-Bleibtreu/Klein/GG, Art. 1, Rn. 17.

³³⁵ *Bosch*, Aspekte, 60; *Lorenz*, JZ 1992, 1000 (1005); *Nothhelfer*, Selbstbeziehungszwang, 63 ff.; *Schneider*, Selbstbegünstigungsprinzip, 45 ff.; *Verrel*, NStZ 1997, 361 (364).

³³⁶ *Günther*, GA 1978, 193 (197); in dieselbe Richtung weist der verfahrenslegitimatorische Ansatz von *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624 (636 ff.); *ders.*, KMR/StPO, § 136, Rn. 17 und *Pawlik*, GA 1998, 378.

³³⁷ Vgl. hierzu *Dürig*, Maunz/Dürig/GG, Art. 2 I, Rn. 37 und *Gleiß*, LR/StPO, § 136a, Rn. 5.

³³⁸ *Lesch*, StV 1995, 612 (613); *Verrel*, NStZ 1997, 361 (364).

³³⁹ *Lesch*, StV 1995, 612 (613); auch *Lagodny*, StV 1996, 167 (171, Fn. 52). Zur „normimmanenten Konkretisierung des Würdeanspruchs“ als dem neueren Verständnis von Art. 1 I GG, den mit dem Eingriff in die Menschenwürde verfolgten Zweck auf der Ebene des Grundrechtstatbestandes selbst zur Geltung zu bringen, vgl. näher *Herdegen*, Maunz/Dürig/GG, Art. 1 I, Rn. 45, 69.

chen Würdebegriff entnommenen Zumutbarkeits- und Verdinglichungserwägungen demnach bereits keine verifizierbaren Aussagen über Inhalt und Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit zu erhalten, kann so auch die weitere These der herrschenden Rechtsauffassung nicht überzeugen, wonach sich die Abwägung des Nemo-tenetur-Grundsatzes mit noch so gewichtigen öffentlichen Belangen per se verbiete.³⁴⁰

Wo die Folter schon lange nicht mehr zum Alltag hoheitlicher Ermittlungsarbeit gehört und der täuschend-heimlichen Wissensabschöpfung als Methode der Informationserhebung am Beschuldigten gewichen ist, ist ein Schutz vor zwangsweise herbeigeführter Geständniserlangung für seine im Wesentlichen durch den Nemo-tenetur-Satz konstituierte Rechtsstellung unzureichend. Eine hierauf begrenzte Auslegung des Nemo-tenetur-Satzes hat unweigerlich zur Folge, dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit „auf Nimmerwiedersehen in der Mottenkiste der Rechtsgeschichte verschwindet“.³⁴¹

Doch ebenso zerstörerisch wie die Preisgabe der Selbstbelastungsfreiheit als Prinzip ist ihre Aushöhlung dadurch, dass aus ihr Anforderungen entwickelt werden, deren Einlösung den Gegebenheiten einer gewandelten Wirklichkeit im Ermittlungsverfahren nicht (mehr) entspricht. Das Diktum seiner Unantastbarkeit verdankt der allenthalben mit enormer Weihe ausgestaffierte Nemo-tenetur-Grundsatz im Wesentlichen denn auch seiner faktischen Unberührtheit. Abgesehen davon, dass seine Begrenzung auf das Verbot von Zwang zur Aussageerlangung für sich schon keine befriedigende Erklärung zu bieten vermag, besteht mit seiner Verabsolutierung so auch rechtstatsächlich die Gefahr, dass der Nemo-tenetur-Satz zur „kleinen Münze“ verkommt, wenn seine Qualität stets am „obersten Verfassungswert“³⁴² des Art. 1 Abs. 1 GG gemessen wird.³⁴³ Zwar ist verschiedentlich davor gewarnt worden, das gesamte Strafverfahrensrecht über die Zulässigkeit des Verdeckten Ermittlers aufzurollen, da der Nemo-tenetur-Satz damit auf die Funktion eines bloßen Gesetzesvorbehalts reduziert wäre.³⁴⁴ Jedoch muss auch gesehen werden, dass seinem Verlust an verfassungsrechtlicher Werthöhe ein beträchtlicher Gewinn an Plausibilität und Rechtsklarheit des zum Einzug in die Gegenwart des Ermittlungsverfahrens verholtenen Nemo-tenetur-Satzes gegenüber steht.

³⁴⁰ Auch *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 155 ff., muss, indem er sein Verständnis von der Aussagefreiheit aus dem nach Art. 79 III i.V.m. Art. 20 III GG unabänderlichen Rechtsstaatsprinzip entnimmt, ihren charakteristischen Wissensschutz für absolut unrelativierbar halten.

³⁴¹ So resignierend *Kirsch*, Selbstbeziehungszwang, 229 (243), angesichts des reichhaltigen Spektrums an Methoden informeller Informationserhebung.

³⁴² BVerfGE 109, 279 (311).

³⁴³ *Lorenz*, JZ 1992, 1000 (1006).

³⁴⁴ *Roxin*, NSTZ 1995, 465 (468); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 164 f.

Unausgesprochene Grundannahme scheint dabei zu sein, dass der dem Nemo-tenetur-Satz zugeschriebene absolute Charakter seinen Schutzbereich vorgibt, das Dilemma also in der Annahme begründet ist, der Erweiterung über den Schutz vor Zwang hinaus stünde entgegen, sein Schutz könne dann nicht mehr absolut sein.³⁴⁵ Nun sieht die StPO mit § 81a Abs.1 eine Vorschrift vor, die selbst Zwang gegenüber dem Beschuldigten zur repressiven Informationserhebung ausdrücklich gestattet. Ebenso wie §§ 81, 81b StPO stellt auch diese Norm schon einen Einbruch in die Selbstbelastungsfreiheit dar, denn unter dem Gesichtspunkt der Selbstbelastung kann es keinen Unterschied machen, ob der Beschuldigte verpflichtet wird, handelnd oder duldig zur Beweisführung gegen sich selbst beizutragen; entscheidend ist allein der Inhalt der zu erfüllenden Pflicht.³⁴⁶ Seine Prozesssubjektstellung ist dem Beschuldigten also nur als Aussageperson bei Vernehmungen im Anwendungsbereich von § 136 StPO absolut garantiert; § 81a StPO verlangt dagegen die besondere Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.³⁴⁷

Nach traditionellem Verständnis wird die Verpflichtung zur Duldung massiver körperlicher Eingriffe nach § 81a Abs.1 StPO, die typischerweise mit tatbestandsmäßigen Freiheitsentziehungen nach § 239 StGB verbunden sind, gleichwohl unter Hinweis auf eine geringere Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit mit Nemo-tenetur für vereinbar gehalten. Was von der Überzeugungskraft dieser Begründung zu halten ist, wurde gezeigt³⁴⁸: Ein Nemo-tenetur-Satz, der den Beschuldigten berechtigt, eine Atemalkoholprobe zu verweigern, seiner daraufhin zwangsweise abgenommenen Blutprobe aber nicht entgegensteht, ist Etikettenschwindel. Angesichts der normativen Irrelevanz verhaltensorientierter Interpretation der Selbstbelastungsfreiheit entfällt die Begründung zur Zulässigkeit erzwingbarer Beweismittelproduktion gegen sich selbst gemäß § 81a Abs.1 StPO. Anstatt diese Vorschrift aus dem Schutzbereich des Nemo-tenetur-Satzes auszuklammern,³⁴⁹ ist es plausibler, Informationserhebungen auf dieser Grundlage schon als erlaubte Rechtsdurchbrechungen von diesem Rechtsprinzip aufzufassen. Denn der Zugriff auf das Wissen des Beschuldigten führt nicht notwendigerweise über die Herbeiführung einer Aussage. Insofern ist der Ansatz von *Reiß* zu erweitern, dass täterschaftsbegründendes Wissen das Wissen

³⁴⁵ Deutlich etwa bei *Böse*, GA 2002, 98 (102); *Wolter*, GA 1988, 49 (131).

³⁴⁶ *Geppert*, FS-Oehler (1985), 323 (342); *Kopf*, Genomanalyse, 170; *Sautter*, AcP Bd. 161 (1962), 215 (248); *Wolfslast*, NStZ 1987, 103 (104). Auf dieser Linie ist es konsequent, wenn *Dahs*, GS-Karheinz Meyer (1990), 61 (66, 70), die Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen entgegen der h.M. nicht aus den §§ 97 I, 148 StPO folgert, sondern dem Nemo-tenetur-Prinzip selbst entnimmt, vgl. auch *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung, 125; a. A. *Verrel*, NStZ 1997, 415 (416 f.).

³⁴⁷ BVerfGE 27, 211 (219 f.); BVerfGE 17, 108 (117); BVerfGE 16, 194 (201 ff.).

³⁴⁸ Vgl. zweites Kapitel, § 3 II. 1. d).

³⁴⁹ *Meyer-Göfner*, § 136a, Rn. 10; *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 142; *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 94 f.

um den Tatnachweis meint. Mit *Neumann*³⁵⁰ geht es nämlich nicht darum, was der Beschuldigte weiß, sondern darum, was geschehen ist, mithin um die Aufklärung eines bestimmten strafrechtlich relevanten Sachverhalts.

Nun ist sicherlich richtig, dass der Nemo-tenetur-Satz den Beschuldigten nicht von seiner Verpflichtung entbindet, Beweiserhebungen durch Augenschein zu ermöglichen, die, mögen sie für ihn auch selbstbelastende Wirkung haben, der Umwelt zugängliche Tatsachen betreffen.³⁵¹ Anerkanntermaßen unterliegen physiologische Reaktionen wie ein Erröten oder Zittern daher der richterlichen Beweiswürdigung. Dort aber, wo derlei äußere Feststellungen nicht möglich sind (weshalb beispielsweise zur Vergabe von Brechmitteln geschritten werden muss), ist das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit betroffen.

Für das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit als Kernstück des von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Verfahrens ist dies bereits anerkannt: Im *Fall Jalloh* entschied die Große Kammer des EGMR, eine Rechtsverletzung liege zwar nicht vor, „wenn zwangsweise Beweise vom Beschuldigten gewonnen werden, die unabhängig von seinem Willen vorhanden sind, wie zum Beispiel Proben von Atemluft, Blut, Urin und Körpergewebe“³⁵². Wenn der Beschuldigte jedoch durch erhebliche, in den Anwendungsbereich von Art. 3 EMRK fallende Gewalt dazu gezwungen wird, die Verabreichung eines Brechmittels zu dulden, begründet die Verwertung der daraufhin gewonnenen Beweise eine Verletzung der aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgenden Selbstbelastungsfreiheit.³⁵³

Auf nationaler Ebene wiederum ist ausgehend von der Eingriffsintensität zur Frage der Legitimität Stellung zu nehmen.³⁵⁴ Sie ist durch den verkürzten geistig-intellektuellen Persönlichkeitsbezug bei körperlich-nonverbalen Tatnachweisen bedingt.³⁵⁵ Nicht schlüssig ist es dagegen, an das Gewicht der Selbstbelastung anzuknüpfen,³⁵⁶ denn die erzwungene Feststellung der Blutalkoholkonzen-

³⁵⁰ *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (386). Auch vom Gemeinschuldnerbeschluss waren die passiven Duldungspflichten der StPO im Vergleich zum Aussagezwang als nur geringerer Eingriff gewertet worden, vgl. BVerfGE 56, 37 (42 f., 49).

³⁵¹ *Nothhelfer*, Selbstbeziehungszwang, 92; *Rogall*, Der Beschuldigte, 54 f.

³⁵² EGMR, NJW 2006, 3117 (ebd.), Urteil v. 11.07.2006, Az. 54810/00 – *Fall Jalloh vs. Deutschland*.

³⁵³ EGMR, NJW 2006, 3117 (3124 f.). Dagegen hat das BVerfG noch 1999 – ohne jede Begründung – in einem Nichtannahmebeschluss mitgeteilt, dass es bei der Zwangsvergabe von Brechmitteln keine Bedenken hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit hat, vgl. BVerfG, StV 2000, 1.

³⁵⁴ *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (389 ff.). Im Ergebnis ist OLG Frankfurt, StV 1996, 651, wonach die zwangsweise Brechmittelvergabe Nemo-tenetur verletze, daher zuzustimmen; vgl. ebenso *Dallmeyer*, KritV 2000, 252 (262); *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 152; a. A. *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 18.

³⁵⁵ *Dallmeyer*, StV 1997, 606 (608); *Verrel*, NStZ 1996, 415 (418); *ders.*, Selbstbelastungsfreiheit, 284; *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 94; a. A. *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (386).

³⁵⁶ *Wolfslast*, NStZ 1987, 103 (104); a. A. *Verrel*, NStZ 1996, 415 (418).

tration oder des Mageninhalts ist nicht minder aussagekräftig als das geäußerte Eingeständnis, alkoholisiert ein Fahrzeug geführt oder verbotene Betäubungsmittel besessen zu haben. Dies bringt die StPO mit § 81 c Abs. 3 S. 1, der dem Zeugnisverweigerungsberechtigten ein Untersuchungsverweigerungsrecht an die Seite stellt, gesetzessystematisch selbst zum Ausdruck.

Den gleichen Gehalt von verbaler und nonverbaler Selbstbelastung macht sich die StPO durchaus zunutze: So zeigt das Abstufungsverhältnis der §§ 81 a, 81 c StPO, dass der Beschuldigte wegen des gegen ihn bestehenden Tatverdachts der prozessualen Aufopferungspflicht in einem höheren Maße unterliegt als dies bei dem am Verfahren unbeteiligten Dritten der Fall ist. Dem entspricht die Differenzierung der Inanspruchnahme von Störer und Nichtstörer im Polizeirecht. In der StPO rechtfertigt sie sich aus der Erwartung, dass Untersuchungen am Beschuldigten mit größerer Wahrscheinlichkeit einen Beitrag zur Tataufklärung erwarten lassen.³⁵⁷ Beispielsweise ist die U-Haft in ihrer verfahrenssichernden Wirkung als ein Sonderopfer des Beschuldigten anzusehen, welches er für die Allgemeinheit zu erbringen hat.³⁵⁸

Entgegen *Reiß* ist der Verzicht auf mildere Zwangsmittel (vgl. §§ 81 c Abs. 6 S. 1 i. V. m. 70 StPO) im Anwendungsbereich von § 81 a Abs. 1 StPO somit nicht als Ausdruck der reformierten Rechtsstellung des Beschuldigten zu werten, sondern als Maßnahme zur Effizienzsteigerung der gegen ihn geführten Ermittlungen aufzufassen (etwa die Vereitelung des mit dem Brechmitteleinsatz bezweckten Erfolgs durch Zeitablauf zu verhindern). Dieser Befund wird umso einsichtiger, als von § 81 c Abs. 3 S. 1 StPO der Adressatenkreis des § 55 StPO einbezogen ist,³⁵⁹ die hierauf gestützte Weigerung aber zugleich den Verdacht begründet, eine Anordnung nach § 81 a Abs. 1 StPO zu rechtfertigen. Ob in concreto der zwangsweise Brechmitteleinsatz die Menschenwürde des Beschuldigten verletzt, unterliegt demnach einer vom Nemo-tenetur-Satz losgelösten, aber wohl zu bejahenden Beurteilung.³⁶⁰

Anstatt dem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit die Qualität eines absoluten und auf den Schutz vor Zwang zu wörtlicher Äußerung begrenzten Rechtssatzes zuzuschreiben, ist es sachgerecht, Abschiebungen an seinem Schutzbereich ent-

³⁵⁷ *Böse*, GA 2002, 98 (103); *Neumann*, FS-Wolff (1998), 373 (391); *Keller*, Straftatprovokation, 138; *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (21 ff.).

³⁵⁸ *Meyer-Göfner*, Vor § 112, Rn. 3 m. w. N.

³⁵⁹ *Kopf*, Genomanalyse, 161 ff.; *Krause*, JZ 1976, 124 (125 f.); OLG Braunschweig, NJW 1954, 1052. Die terminologische Differenzierung von Zeugnis- und Aussageverweigerungsrecht kennzeichnet die Reichweite der Verweigerungsberechtigung unter Ansehung der jeweils geschützten Konfliktlage; a. A. *Meyer-Göfner*, § 81 c, Rn. 23; *Pfeiffer/StPO*, § 81 c, Rn. 3.

³⁶⁰ Für einen jeweiligen Verstoß *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 475, 894; a. A. *Benfer*, JR 1998, 53 ff. Für eine Verletzung der Menschenwürde im Fall eines (tödlich verlaufenden) Brechmitteleinsatzes jetzt BGH, NJW 2010, 2595 (2598, Rn. 34 f.).

sprechend der Eingriffsintensität vorzunehmen.³⁶¹ Ein Novum ist dies nicht, immerhin zeigt die StPO auch an anderer Stelle, dass die Möglichkeit zur Einschränkung der Beschuldigtenrechte mit der Schwere des Tatvorwurfs korrespondiert (vgl. §§ 100a, 100c, 112 Abs. 3 StPO).

Obschon von der Menschenwürde der Kern der Selbstdarstellung und die Freiheit zur Offenbarung eigenen Wissens selbst umfasst ist,³⁶² bildet Art. 1 Abs. 1 GG also nicht den alleinigen Prüfungsmaßstab, sondern führt über seine Einbindung in den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts lediglich zu einem verstärkten Abwägungsschutz bei Eingriffen in dieses Recht.³⁶³ So wie auch der Primat physischer Unversehrtheit Nützlichkeitsabwägungen nicht gänzlich entzogen ist, die Anwendung selbst von Zwang unter Gesetzesvorbehalt steht (§ 136a Abs. 1 S. 2 StPO), können auch Beeinträchtigungen des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit von geistig-seelischer Natur angemessen sein und eine Verletzung des Wissensschutzes grundsätzlich rechtfertigen. Anderenfalls läge ein Wertungswiderspruch vor. Lediglich der Schutz vor Zwang zu verbaler Äußerung in dem von § 136 StPO vorgegebenen Anwendungsbereich wirkt – auch *de lege ferenda* – absolut,³⁶⁴ während in eng gezogenen Grenzen der Schutz und die Freiheit vor staatlich veranlasstem Irrtum gesetzlich einschränkungsfähig sind.³⁶⁵

Dagegen ist es nicht überzeugend, wenn *Keller*, der den Sinn und Zweck des Nemo-tenetur-Satzes ebenfalls nur unter Einbeziehung der Täuschung konsequent verwirklicht sieht, ihre Herausnahme aus dem Schutzbereich des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit gleichwohl deshalb als akzeptabel beurteilt, weil sie weniger intensiv wirke als der „kompulsive Zwang und die Drohung“.³⁶⁶ Denn vom Standpunkt des auch von *Keller* im Recht auf informationelle Selbstbestimmung verankerten Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit muss die Berücksichtigung gegenläufiger Strafverfolgungsinteressen nicht zur Begrenzung seines Schutzbereichs, sondern zur Frage der Erlaubnisfähigkeit von Eingriffen führen. Weil es sich bei der Täuschung um einen weniger intensiven Eingriff handelt, als er etwa durch Anwendung von Folter vorliegt, ist ihre gesetzliche Gestattung zum Schutze von überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern in engen Grenzen mög-

³⁶¹ *Eschelbach*, StV 2000, 390 (396); *Günther*, GA 1978, 193 (202 ff.); *Lagodny*, StV 1996, 167 (170 ff.); *Lorenz*, JZ 1992, 1000 (1006); *Nothhelfer*, Selbstbeziehungszwang, 85 ff.; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (714); *Salditt*, GA 1992, 51 (67); *Verrel*, NStZ 1997, 361 (364).

³⁶² Vgl. *Herdegen*, Maunz/Dürig/GG, Art. 1 I, Rn. 80.

³⁶³ *Lagodny*, Grundrechtsschranken, 124; *ders.*, StV 1996, 167 (171).

³⁶⁴ Das absolute Verbot der Folter folgt bereits aus Art. 3 EMRK und erweist sich selbst im Falle des öffentlichen Notstandes als abwägungsfest, vgl. Art. 15 II EMRK. In der Verfassung findet das Verbot der Folter als (abwägungsfeste) Konkretisierung von Art. 2 i. V. m. Art. 1 GG seinen Ausdruck in Art. 104 I 2 GG, vgl. *Jarass*, *Jarass/Pieroth/GG*, Art. 104, Rn. 7.

³⁶⁵ *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 158; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (714).

³⁶⁶ *Keller*, Straftatprovokation, 136 f.

lich.³⁶⁷ Nicht bei der Bestimmung des Schutzbereichs – insofern stehen Zwang und Täuschung gleich³⁶⁸ –, sondern im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bei qualitativer Beurteilung des Eingriffs findet sich also der zutreffende Ansatz zur Berücksichtigung gegenläufiger Interessen. Als zirkulär erweist es sich hingegen, den Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit nach eingriffsorientierten Notwendigkeiten festzulegen, so dass der Vorwurf, der Große Senat habe in seinem Hörfallenbeschluss ihre Reichweite allein nach kriminalistischen Bedürfnissen ausgemessen, berechtigt ist.³⁶⁹

Eine Bestätigung der Abwägungsdogmatik des Großen Senats liegt in diesem Ansatz nicht: Die Schaffung einer gesetzlichen (Ausnahme-)Gestattung für Ausforschungen durch Privatpersonen würde dazu führen, dass die Feststellung einer Rechtsverletzung für den Verletzten nicht länger folgenlos wäre; Rechtsschutzmöglichkeiten gemäß § 101 StPO bzw. analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO, § 23 EGGVG gegen Eingriffsmaßnahmen im Vorverfahren wären ihm nicht länger genommen. Werden dagegen die Bedürfnisse nach effektiver Straftataufklärung nach Maßgabe des Hörfallenbeschlusses zur Beurteilung, inwieweit die staatliche Veranlassung von Bürgern zur Strafverfolgung einem Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz „nahe kommt“, berücksichtigt, dürfte die fehlende Justitiabilität dieser Abwägungsentscheidung indes kaum mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar sein. Indem sich der Große Senat an die Stelle des Gesetzgebers setzt, da er in einem „Akt freier Rechtsschöpfung“³⁷⁰ eine an sich bedenkliche Ermittlungsmethode jedenfalls zur Aufdeckung schwerer Kriminalität legitimiert, müsste sein Ansatz in letzter Konsequenz zur Folge haben, dass Beweiserhebungsverbote für diesen Bereich gänzlich obsolet wären.³⁷¹ Mit Recht sieht das BVerfG jedoch die Aufgabe, für einen abstrakten Ausgleich im Spannungsverhältnis von effektiver Strafrechtspflege und widerstreitenden Beschuldigtenrechten zu sorgen, originär dem Gesetzgeber zugewiesen.³⁷²

Dass selbst nach herrschender Auffassung das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit nicht abwägungsfest sein kann, sondern sogar die gemeinhin für unzulässig gehaltene aktive Mitwirkungspflicht bereits de lege lata durch Berücksichtigung

³⁶⁷ *Lagodny*, StV 1996, 167 (171 f.); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (714). Von der legislativen Einschränkung des Selbstbelastungsschutzes durch Täuschungen scheint auch der 5. Senat auszugehen, da er in seinem Vorlagebeschluss Erkenntnisse aus gezielter, heimlicher Befragung durch hierzu von den Ermittlungsbehörden beauftragte Privatpersonen für unverwertbar erachtet, „solange“ eine gesetzliche Grundlage fehlt, BGH, NStZ 1996, 200 (201); ebenso EGMR, StV 2004, 1.

³⁶⁸ *Bosch*, Jura, 236 (242); *Botke*, Jura 1987, 356 (361); *Roxin*, NStZ 1995, 465 (466); a. A. *Keller*, Straftatprovokation, 136 f.; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (309, Fn. 154).

³⁶⁹ Vgl. *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (715 f.).

³⁷⁰ *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (966).

³⁷¹ Vgl. *Müssig*, GA 1999, 119 (142).

³⁷² BVerfGE 109, 279 (350).

gegenläufiger Interessen relativiert ist, zeigt § 142 StGB.³⁷³ Dieser zumeist verlegnete Umstand war vom OLG Frankfurt erkannt worden, wobei es festgestellt hat, dass mit der Vorstellungspflicht (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB) „der Grundsatz, dass niemand zu seiner eigenen Überführung in einem Strafverfahren beizutragen braucht, eingeschränkt“ sei.³⁷⁴ Die Notwendigkeit hierzu belegt die nahezu weltweite Strafbarkeit der Unfallflucht, im Besonderen vor dem Hintergrund der Erkenntnis, dass sie ihre häufigste Motivation aus der Verdeckung von Trunkenheitsfahrten erhält.³⁷⁵ Wie gezeigt lässt sich hiergegen auch nicht einwenden, es ginge primär um ein außerstrafrechtliches Beweisinteresse, da sich die Einleitung eines Straf- bzw. Bußgeldverfahrens de facto doch als sichere Folge darstellt, wenn der entsprechende Verstoß schadensursächlich gewesen ist.³⁷⁶

VIII. Zwischenergebnis

Zum Schutzgehalt des Nemo-tenetur-Grundsatzes gehört die Freiheit des Beschuldigten, zu seiner eigenen Überführung nur wissentlich und willentlich beizutragen. Insoweit ist den Befürwortern der These, der Beschuldigte werde durch seine verdeckte Befragung im Auftrag der Polizei in seinem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit verletzt, Recht zu geben. Dies gilt unabhängig davon, ob der Beschuldigte in der Untersuchungshaft oder am Telefon ausgeforscht wird, rechtsrelevante Unterschiede bestehen insofern nicht.

IX. Keine unmittelbare Anwendung von § 136 StPO

Es stellt sich nun die weitere Frage, ob entsprechend der These von der Umgehung des § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO diese Vorschrift zutreffender Anknüpfungspunkt für die Gewährleistung der Selbstbelastungsfreiheit – und zur Begründung eines unselbständigen Beweisverwertungsverbots – ist. Weil der Nemo-tenetur-Grundsatz mit Ausnahme von Art. 14 Abs. 3 lit. g) IPBPR keine positivrechtliche Ausgestaltung gefunden hat, ist es nicht verwunderlich, dass zu seiner Inhaltsbestimmung zumeist auf diese Vorschrift als einzigem fassbaren Anknüpfungspunkt zurückgegriffen wird. Dies auch deshalb, weil sie sich wegen der mit BGHSt. 38, 214 erfahrenen Aufwertung als Argumentationshebel zur Ableitung

³⁷³ Ebenso unter gründlicher Aufarbeitung der Thematik: *Dietrich*, § 142 StGB und Selbstbelastung, 103 ff.; auch *Albrecht*, Die vergessene Freiheit, 123 f.

³⁷⁴ OLG Frankfurt, NJW 1977, 1833; vgl. auch BGHZ 41, 318 (325) und *Günther*, GA 1978, 193 (203).

³⁷⁵ Vgl. *Schneider*, Selbstbegünstigungsprinzip, 131 f.; *Schünemann*, DAR 1998, 424 (428 f.).

³⁷⁶ Für ein Beweisverwertungsverbot im Strafprozess wegen Verstoßes gegen den menschenrechtlichen Nemo-tenetur-Grundsatz i. S. d. EMRK bei § 142 StGB: *Paeffgen*, SK/StPO, Art. 6 EMRK, Rn. 82.

des nach dem Nemo-tenetur-Grundsatz Zulässigen im Bereich verdeckter Beschuldigtenbefragungen geradewegs anzubieten scheint.³⁷⁷

Eine Betrachtung von § 136 Abs. 1 StPO zeigt, dass die Vorschrift Inhalt und Ablauf der ersten Vernehmung des Beschuldigten regelt und dem Vernehmenden bestimmte Belehrungs- und Hinweispflichten auferlegt. Die Vorschrift gilt unmittelbar für die richterliche Vernehmung des Beschuldigten vor und außerhalb der Hauptverhandlung. Lediglich die Fälle der §§ 115 Abs. 3, 115a Abs. 2 S. 2, 126a Abs. 2 S. 1 und 128 Abs. 1 S. 2 StPO schreiben die Vernehmung durch den Ermittlungsrichter zwingend vor, wobei § 136 Abs. 1 S. 2 StPO jeweils anwendbar ist. Aus der Verweisung des § 163a Abs. 3 S. 2 StPO ergibt sich, dass neben dem Richter auch die Staatsanwaltschaft Adressatin der Belehrungspflichten nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ist, denen sie auch nachzukommen hat, wenn sie gemäß § 163a Abs. 1 S. 2 StPO die Möglichkeit der schriftlichen Vernehmung wählt.³⁷⁸ Schließlich ist gemäß § 163a Abs. 4 S. 2 StPO auch die Polizei zur Befolgung der aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO folgenden Belehrungen verpflichtet, wobei der Hinweis auf die in Betracht kommenden Strafvorschriften (§ 136 Abs. 1 S. 1 StPO) entfällt. In der Praxis kommt dieser Belehrungspflicht die größte Bedeutung zu, da es in aller Regel zunächst die Beamten des Polizeidienstes sind, die im Rahmen des ersten Zugriffs nach § 163 StPO in Kontakt mit dem Beschuldigten treten und erste Fragen an ihn richten.³⁷⁹ In allen Fällen geht es demnach allein um die förmliche Befragung des Beschuldigten durch einen Amtsträger.

Wie oben unter § 2 gezeigt wurde, ist ein materieller Vernehmungsbegriff für § 136 StPO abzulehnen. Damit scheidet eine unmittelbare Anwendung von § 136 StPO für die untersuchungsgegenständlichen Fälle aus.

X. Analoge Anwendbarkeit von § 136 StPO

Mangels „Vernehmung“ kommt ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot somit nur aufgrund einer analogen Anwendung von § 136 StPO wegen Umgehung in Betracht. Vom Großen Senat war eine Gesetzesumgehung („Fraus Legis“), von ihm definiert als ein „Vorgehen, das sich eines zwar nicht ausdrücklich verbotenen Weges bedient, auf diesem Weg aber ein vom Gesetz missbilligtes Ergebnis erreicht“, verneint worden.³⁸⁰ Demgegenüber sehen *Roxin* und die weiteren Befürworter der Umgehungsthese § 136 StPO mit dem Ansetzen einer Privatperson auf den Beschuldigten umgangen. Dabei sei für die Annahme einer Gesetzesumgehung die Vorstellung des Ermittlungsbeamten maßgeblich, also sein hierauf gerichteter Wille, für dessen Vorhandensein etwa spreche, dass der

³⁷⁷ *Verrel*, NStZ 1997, 361 (365).

³⁷⁸ *Meyer-Gößner*, § 163a, Rn. 11 f., 18.

³⁷⁹ *Achenbach*, AK/StPO, § 163a, Rn. 10.

³⁸⁰ BGHSt. (GrS) 42, 139 (148).

Beschuldigte von seinem Aussageverweigerungsrecht bereits Gebrauch gemacht habe.³⁸¹ Diesem Ansatz kann aber nicht gefolgt werden, da selbst dann, wenn die Umgehungsabsicht des Ermittlungsbeamten geradezu ins Auge springt, ein solches Alltagsverständnis irrelevant und rechtlich allein entscheidend ist, ob das fragliche Verhalten nach der Ratio der betreffenden Vorschrift verboten ist.³⁸²

Das Instrument der Analogie dient – im Unterschied zur (erweiternden) Auslegung von Gesetzen – dazu, Gesetzeslücken durch verallgemeinernde rechtliche Gleichbewertung zu schließen. Während bei der von den Befürwortern der Umgehungsthese geforderten Gesetzesanalogie ein einzelner Rechtssatz entsprechend zur Anwendung gelangt, wird im Rahmen der Rechtsanalogie mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände eine gleiche Rechtsfolge knüpfen, induktiv ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen, der auf den nicht geregelten Tatbestand wertungsmäßig übertragbar ist.³⁸³ Die Statthaftigkeit der Analogie setzt damit voraus, dass sich die zu schließende Gesetzeslücke als „planwidrige Unvollständigkeit“ darstellt.³⁸⁴

Ist dies zu bejahen, verlangt ein verfassungsrechtlich unbedenklicher Analogieschluss weiterhin, dass der gesetzlich unregelmäßige Falltypus dem spezifisch gesetzlich geregelten Falltypus gleichgestellt werden kann, er von diesem nur unwesentlich abweicht, mithin rechtsähnlich ist. Voraussetzung einer rechtlichen Gleichbehandlung ist damit das Bestehen von im Wesentlichen gleichen Interessen- bzw. Konfliktlagen, wobei sich deren Beurteilung objektiv nach Maßgabe gesetzgeberischer Rechts- und Wertmaßstäbe zu richten hat.³⁸⁵ Erst wenn auch diese wertungsmäßige Gleichheit in juristisch haltbarer Weise zu begründen ist, gestattet die Gesetzesanalogie den mit ihr erstrebten, durch Art. 3 Abs. 1 GG letztlich gebotenen Rechtsfolgentransfer (*argumentum a simile*).

1. Erste Voraussetzung: Das Vorliegen einer Regelungslücke

Das Vorhandensein einer regelungsbedürftigen Gesetzeslücke wäre zu verneinen, wenn § 136a StPO dem Beschuldigten Schutz vor verdeckter Befragung bzw. vor staatlich veranlasster irrtümlicher Selbstbelastung bieten würde. Vom Standpunkt der Befürworter der Umgehungsthese wird die Anwendbarkeit dieser Vorschrift jedoch unter Hinweis darauf verneint, dass sie als Ausprägung der

³⁸¹ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481 d; *Joecks*, StPO, Einl. Rn. 225 f.; *Rothfuß*, StraFo 1998, 289 (294).

³⁸² So treffend *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (11); ebenfalls zustimmend *Jäger*, Beweisverwertung, 165.

³⁸³ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 196 f.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, § 11 II.

³⁸⁴ BGH, NJW 2009, 3644 (3645, Rn. 10); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 194.

³⁸⁵ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 195 f., 202; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, § 11 II.

Menschenwürdegarantie einen derartigen Schutz nicht leiste, so dass die analoge Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO nicht durch § 136a StPO ausgeschlossen ist.³⁸⁶

2. Zweite Voraussetzung: Die Planwidrigkeit der Regelungslücke – § 136 StPO als „Fundamentalnorm“ der Selbstbelastungsfreiheit?

Zur Begründung der analogen Anwendung von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO bei der verdeckten Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei verweisen die Befürworter des funktionalen Vernehmungsbegriffs vorrangig auf den Vernehmungszweck nach § 136 Abs. 2 StPO sowie darauf, dass sich mit der darin vorgenommenen Absicherung rechtlichen Gehörs die bewusste Abkehr vom inquisitorisch ausgerichteten gemeinen Recht vollzogen habe. Daher reiche die mit § 136 Abs. 1 S. 2 StPO statuierte Aussagefreiheit auch weit über die Gewährleistungen der ehemals erst später in die StPO eingefügten Vorschrift des § 136a hinaus, weshalb sich die These, wonach in Bezug auf den Nemo-tenetur-Satz erlaubt sei, was nicht durch § 136a StPO verboten ist, als Fehlschluss erweise.³⁸⁷ Soweit der BGH in früheren Entscheidungen informelle Informationserhebungen noch an § 136a StPO als „zweitbestem Weg“ gemessen habe, zeige dies nur die unvermeidliche Begründungsnot, die vor der mit BGHSt. 38, 214 markierten Zäsur zu dem von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO vermittelten Beschuldigtenschutz bestanden habe.³⁸⁸

Für die Einbeziehung informeller Informationserhebungen in den Anwendungsbereich von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO soll auch die in dieser Vorschrift geregelte Pflicht sprechen, den Beschuldigten auf sein Verteidigerkonsultationsrecht hinzuweisen, da ihm dieses der Absicherung des Nemo-tenetur-Satzes ebenfalls dienende Recht gleichsam entzogen werde.³⁸⁹ Weil er über sein Recht auf Aussagefreiheit mit der entsprechenden Belehrung bereits aufgeklärt sei, laufe das Recht auf Beratung mit einem Rechtsanwalt leer, welchem die weitergehende Aufgabe zukomme, nachteilige Aussagen zu verhindern. Ferner folge die Einbeziehung staatlich veranlasster irrtumsbedingter Selbstbelastung in den Schutzbereich von Nemo-tenetur – und damit in den des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO – schon dem durch „schlichte Übersetzung“ zu gewinnenden Bedeutungsgehalt dieses

³⁸⁶ Vgl. hierzu die in der Einleitung in Fn. 24 genannten Autoren. Die Überprüfung dieser Annahme ist Gegenstand des dritten Kapitels.

³⁸⁷ *Bosch*, Aspekte, 169 f.; *Degener*, GA 1992, 443 (462 ff.); *Derksen*, JR 1997, 167 (168 f.); *Grünwald*, StV 1987, 453 (454); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (716); *Schroth*, JuS 1998, 969 (976 f.); *Wölter*, FG-BGH (2000), 963 (974 ff.).

³⁸⁸ *Roxin*, NStZ 1995, 465 (467) zu *Fall Nr. 1* (BGHSt. 31, 304) und *Fall Nr. 4* (BGHSt. 34, 362).

³⁸⁹ *Eisenberg*, Beweisrecht, 571a; *Fezer*, NStZ 1996, 289 (290); *Rothfuß*, StraFo 1998, 289 (293); *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (44); *ders.*, NStZ 1997, 18; v. *Stetten*, Beweisverwertung, 128.

Grundsatzes.³⁹⁰ Zur Stützung ihrer Auffassung ist von den Befürwortern der Umgehungstheese auch vielfach auf eine Entscheidung des BGH verwiesen worden, der zur Unzulässigkeit heimlicher Stimmenproben ausgeführt hat, dass das Verbot, sie von dem Beschuldigten zu erzwingen, wirkungslos wäre, „wenn es dadurch umgangen werden könnte, dass der Beschuldigte durch ausdrückliche oder konkludente Täuschung darüber, dass sein nicht öffentlich gesprochenes Wort auf Tonträger fixiert wird und einer Stimmenvergleichung dienen soll, zum Sprechen veranlasst werden dürfe“.³⁹¹

a) *Der Zweck der Belehrung gemäß § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO*

Mit dem Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats ist demnach zu fragen, ob für die gezielte Umgehung der Belehrung dieselben Grundsätze (und Rechtsfolgen) zu gelten haben, wie sie von BGHSt. 38, 214 für das Unterlassen der Belehrung aufgestellt wurden.³⁹² Dies wäre dann zu bejahen, wenn der Beschuldigte nach der Ratio von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO nicht nur vor dem Irrtum geschützt werden sollte, zur Aussage verpflichtet zu sein, sondern ihr Sinn und Zweck darin bestünde, dass der Staat den Beschuldigten nicht durch Vorenthaltung der in dieser Vorschrift vorgeschriebenen Belehrung dazu veranlassen darf, sich selbst zu überführen oder zu belasten.³⁹³ Sich zu einer Aussage verpflichtet zu fühlen und nicht zu wissen, eine solche überhaupt zu tätigen, wäre dann einerlei. Vorausgesetzt ist demnach, dass der Sinn der Belehrung über das Recht, die Aussage zu verweigern, darin besteht, dem Beschuldigten vor Augen zu führen, dass überhaupt eine Situation gegeben ist, in der er sich belasten könnte.³⁹⁴

Historisch ist erstrebt worden, die Befreiung von der im Inquisitionsprozess ehemals bestehenden Aussagepflicht abzusichern.³⁹⁵ Die erzwingbare Pflicht des Beschuldigten zu wahrheitsgemäßer Aussage sollte überwunden, ihm hierzu die Freiheit von Zwang zur Aussage und Mitwirkung sowie die Kenntnis des Tatvor-

³⁹⁰ *Roxin*, NStZ 1995, 465 (466).

³⁹¹ BGHSt. 34, 39 (46). Auf diese Entscheidung nehmen Bezug: *Botke*, Jura 1987, 356; *Dencker*, StV 1994, 667 (673); *Erfurth*, Verdeckte Ermittlungen, 63; *Roxin*, NStZ 1997, 18 (19); *Schneider*, GA 1997, 371 (373 ff.); *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (23 f.); *Wolfslast*, NStZ 1987, 103. Hierzu näher unten im dritten Kapitel unter § 3 II. 1. b) aa) (= *Fall Nr. 10*).

³⁹² *Hund*, StV 1993, 379 (380); *Müssig*, GA 2004, 87 (101); *Rothfuß*, StraFo 1998, 289 (294).

³⁹³ So u. a. *Bosch*, Jura 1998, 236 (237 f.); *Dencker*, StV 1994, 667 (674 f.); *Derksen*, JR 1997, 167 (169); *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 92 ff.; *Henrichs/Steri*, Kriminalistik 2004, 629 (632); *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (215); *Rothfuß*, StraFo 1998, 289 (293); *Roxin*, NStZ 1995, 465 (466); *Schroth*, JuS 1998, 969 (976 f.); *Sinn*, Jura 2003, 812 (817); *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (974).

³⁹⁴ *Bosch*, Aspekte, 141, 334; *Roxin*, NStZ 1995, 455 (466).

³⁹⁵ *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 510a.; *Eb. Schmidt*, NJW 1969, 1137 (1139).

wurfs eingeräumt und damit das Verhör zur Vernehmung umgestaltet werden. Diesem Anliegen hat der historische Gesetzgeber mit § 136 StPO entsprochen. Die Aussagefreiheit wurde angeordnet und durch die Belehrungspflicht sichergestellt: „Nemo tenetur se ipsum accusare“ – niemand ist gehalten, sich selbst zu belasten. Schon das Merkmal des „teneri“ impliziert seinem Wortsinn zufolge, dass nicht jede Form der Kausalität genügen kann, sondern ein deutliches Element des Zwanges und des Müssens vorausgesetzt ist.³⁹⁶ Einsichtig ist so, dass sich das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit entsprechend seinem gewachsenen historischen Verständnis als Zwangsverbot im Rahmen hoheitlicher Befragungen versteht.³⁹⁷

Hiergegen ist eingewandt worden, dass bei Beschränkung des Nemo-tenetur-Satzes auf das Verbot von Zwangsmaßnahmen schon die Pflicht zur Belehrung gemäß § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO nicht schlüssig gefolgert werden könne. Auch wenn dem Irrtum des Beschuldigten, er sei zu einer Aussage verpflichtet, eine zwangsgleiche Wirkung beikomme, sei diese den Strafverfolgungsbehörden bei der unvorsätzlich unterbliebenen Belehrung doch nicht zurechenbar. So müsse der Beschuldigte nach diesem Verständnis vom Recht auf Selbstbelastungsfreiheit vielmehr darüber belehrt werden, dass er zu einer Aussage nicht gezwungen werden dürfe.³⁹⁸ Dieser widersinnige Belehrungsinhalt aber zeige, dass Handlungsgrund und Handlungsanweisung nicht zusammenpassten.³⁹⁹

aa) BGHSt. 38, 214

Dieser Einwand übersieht jedoch, dass bereits der Beschuldigtenladung ein Zwang zur vorübergehenden Ortsveränderung immanent ist⁴⁰⁰ und die Vernehmung als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG immerhin eine gesetzliche Ermächtigunggrundlage mit § 136 StPO erforderlich macht.⁴⁰¹ Deren Notwendigkeit verdeutlicht gerade die vom BGH in seiner Entscheidung BGHSt. 38, 214 zugrunde gelegte Vernehmungssituation, ohne deren – amtlich zurechenbare – Veranlassung ein irrtümlich empfundener Aussagezwang gar nicht erst zur Entstehung hätte gelangen können.⁴⁰² Von daher ist den Besonderheiten der ersten Vernehmung

³⁹⁶ *Kudlich*, JuS 1997, 696 (699), weshalb die isolierte Betrachtung des „se ipsum accusare“ zu kurz greift, ebenso *Erfurth*, Verdeckte Ermittlungen, 63; *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 162.

³⁹⁷ KG, NStZ 1995, 146 (147); wobei jede Begrenzung auf die Zugriffsform uneinsichtig bleibt, wenn und solange das hierdurch geschützte Interesse nicht befriedigend erklärt ist.

³⁹⁸ *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 57.

³⁹⁹ *Bosch*, Aspekte, 142 f. und *Rzepka*, Fairness im Strafverfahren, 387.

⁴⁰⁰ *Lagodny*, Grundrechtsschranken, 125; *Salditt*, GA 1992, 51 (68).

⁴⁰¹ *Jäger*, Beweisverwertung, 162.

⁴⁰² *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 120.

mit der in dieser Entscheidung vorgenommenen Gleichbehandlung von Verstößen gegen § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO mit solchen nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO vom BGH sachgerecht Entsprochen worden: Wegen des amtlichen Charakters der Vernehmung ist der Beschuldigte vor der leicht entstehenden falschen Vorstellung einer Aussagepflicht zu schützen, weshalb ihm mit der Belehrung in Erinnerung zu bringen ist, dass eine solche Pflicht für ihn nicht besteht. Aus diesem Grund ist die Selbstbelastung auch dann veranlasst, wenn die Belehrung unabsichtlich unterlassen wurde und sich so begründet, weshalb in diesem Fall überhaupt ein Verstoß gegen das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit gegeben ist.

Gleichwohl ist der Entscheidung BGHSt. 38, 214 zu Recht entgegengehalten worden, dass sie, indem sie einerseits die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten zur Begründung des Verwertungsverbots heranziehe, dieses dann andererseits aber als Abwägungsergebnis vortrage, seinen Grund selbst unbenannt gelassen habe.⁴⁰³ So habe eine Abwägung doch dort grundsätzlich zu unterbleiben, wo über die Berücksichtigung gegenläufiger Interessen bereits vom Gesetzgeber entschieden wurde, weil seine Wertentscheidung nicht durch Relativierung unterlaufen werden dürfe.⁴⁰⁴ Zur Begründung des insofern schon ipso iure eingreifenden Verwertungsverbots im Falle pflichtwidrigen Unterlassens der Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO hätte es der Würdigung eines „gegenreformatatorischen Topos der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“⁴⁰⁵ mithin nicht bedurft. Daher bleiben auch die Ausführungen zum eigentlichen Schutzgehalt von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO Fragmente, solange vom BGH in dieser Entscheidung lediglich unter plakativem Hinweis auf die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten ein schwerwiegender Beweishebungsfehler diagnostiziert wird.⁴⁰⁶ Besonders deutlich wird dies, wenn der Schutzzweck- und Abwägungsgesichtspunkte gleichermaßen bemühende 5. Senat das fehlende Verwertungsverbot bei einem unbelehrten, jedoch um seine Rechte wissenden Beschuldigten als Ergebnis „wertender Abwägung“⁴⁰⁷ darstellt. Denn für sie verbleibt ohnehin kein Raum, wenn das Urteil nicht auf dem Fehler beruht (§ 337 Abs. 1 StPO), was bei Kenntnis des Schweigerechts aber

⁴⁰³ *Kiehl*, NJW 1993, 501 (503); kritisch auch *Roxin*, JZ 1992, 923 (924); *Weßlau*, StV 2000, 468 (469). So gelangt der BGH in der Beurteilung von nach DDR-Recht ohne Belehrung entsprechend § 136 I 2, 1. Alt. StPO erfolgten Vernehmungen aufgrund einer Abwägung unter Berücksichtigung des geltenden BRD-Rechts zur Verwertbarkeit darin getätigter Angaben und damit zu einem von BGHSt. 38, 214 (220 ff.) abweichenden Ergebnis, vgl. BGHSt. 38, 263 (266 ff.) (= NJW 1992, 1637).

⁴⁰⁴ Vgl. *Kiehl*, NJW 1993, 501 (503); *Roxin*, JZ 1992, 923 (924).

⁴⁰⁵ *Roxin*, JZ 1992, 923 (924); *Fezer*, JR 1992, 385 f., hierzu allgemein: *Hassemmer*, StV 1982, 275 ff.

⁴⁰⁶ Kritisch auch *Fezer*, JR 1992, 385 (386); *Jäger*, Beweisverwertung, 21 f., 159 f.

⁴⁰⁷ BGHSt. 38, 214 (224); ebenso BGHSt. 47, 172 (173) (= NJW 2002, 975 = StV 2002, 117).

niemals der Fall wäre, ohne dass diese Einsicht aus dem Ergebnis einer Abwägung folgen könnte.⁴⁰⁸

Dessen ungeachtet ist nicht ausgeschlossen, der Belehrung wegen der besonderen Situation in der ersten Vernehmung eine Warnfunktion, gewissermaßen als „Kriegserklärung“⁴⁰⁹, zur Stärkung von Eigenverantwortlichkeit und Selbstbestimmtheit zuzuschreiben. So hatte BGHSt. 38, 214 dem Umstand, dass die Belehrungsverpflichtung gesetzlich ausnahmslos angeordnet ist, entnommen, mit ihr solle der Gefahr vorgebeugt werden, sich „unbedacht selbst zu belasten“, weshalb der Beschuldigte durch die Belehrung in die Lage versetzt werden müsse, „klare Gedanken zu fassen“.⁴¹⁰

Im Hinblick auf das von BGHSt. 38, 214 entworfene Bild eines unvorbereiteten, verwirrten, bedrückten und verängstigten Beschuldigten nimmt es nicht Wunder, dass in der Literatur weitergehend die Sicherung von Eigenverantwortlichkeit und die Stärkung der Handlungskompetenz als Hauptgrund der Belehrung abgeleitet wurde, angesichts dessen es nur noch „am Rande darum geht, den unwissenden Beschuldigten über seine Rechte zu informieren“.⁴¹¹ Bei dieser Anstoßrichtung liegt die weitere Schlussfolgerung, § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO schütze vor unbedachter Selbstbelastung in jedweder staatlicherseits geschaffenen Gesprächssituation, in der Tat nicht mehr fern.

Jedoch ist festzuhalten, dass auch nach den Wertungen von BGHSt. 38, 214 die Belehrung nur mittelbar und nur in der Situation amtlicher Beschuldigtenbefragung der Schaffung symmetrischer, d.h. ausgewogener und fairer Kommunikationsstrukturen dient.⁴¹² Diese Wirkung stellt sich als Nebenfolge der primären Aufgabe ein, nämlich dem Beschuldigten Kenntnis von seinem Recht auf Aussagefreiheit zu verschaffen. Bei der Belehrungsverpflichtung handelt es sich somit um eine verfahrensrechtliche Schutzvorkehrung für ein subjektives Recht.⁴¹³ Zu dessen optimaler Sicherung stellt das Gesetz die Vermutung der Unkenntnis und der Unfreiwilligkeit auf, weshalb die Verpflichtung zur Belehrung ausnahmslos besteht. Denn der Gesetzgeber interpretiert die fehlende Kenntnis von dem Recht auf Aussagefreiheit als Glaube an das Bestehen einer gesetzlichen Aussagepflicht. Dies macht Sinn, gilt doch empirisch als gesichert, dass dem Beschuldigten seine Rechte nicht oder nur unzureichend bekannt sind.⁴¹⁴

⁴⁰⁸ *Roxin*, JZ 1992, 923 (924); *Salger*, Das Schweigerecht, 72.

⁴⁰⁹ v. *Gerlach*, NJW 1969, 776 (777); *Rogall*, Der Beschuldigte, 23.

⁴¹⁰ BGHSt. 38, 214 (224). Zur vergleichbaren Situation des Zeugen insoweit: BVerfGE 38, 105 (117).

⁴¹¹ *Ransiek*, StV 1994, 343 (344); so auch *Bosch*, Aspekte, 140 ff.

⁴¹² Vgl. *Bernsmann*, StraFo 1998, 73; *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (214 f.).

⁴¹³ *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 165, 168.

⁴¹⁴ *Bernsmann*, StraFo 1998, 73, unter Hinweis auch auf *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 17 ff.

Im Übrigen lässt der Umstand, dass der mit der Belehrung zu unterbindende Irrtum eine zwangsgleiche Wirkung entfaltet, aber keinen allgemeinen Rückschluss auf Inhalt und Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit zu. Da die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei ihrem Wesen nach darauf angelegt ist, die für die Vernehmung typische Drucksituation auszusparen, kann BGHSt. 38, 214 auch keine Aussage zu ihrer Vereinbarkeit mit der Selbstbelastungsfreiheit entnommen werden. Demnach verbietet sich die geforderte Übertragung der in dieser Entscheidung aufgestellten Grundsätze wegen der fehlenden Vergleichbarkeit der Sachlagen, ohne dass damit der Entscheidung des Großen Senats der Vorwurf gemacht werden kann, dem mit BGHSt. 38, 214 fraglos verbundenen rechtsstaatlichen Fortschritt den notwendigen Flankenschutz versagt zu haben.⁴¹⁵

bb) BGHSt. (GrS) 42, 139

Als allein sachgerecht erweist sich demnach das Verständnis vom Schutzgrund der Belehrung, welches der Große Senat seiner Entscheidung zum „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3) zugrunde gelegt hat. So ist ihm darin zu folgen, mit ihr solle gegenüber dem Beschuldigten eindeutig klargestellt werden, dass es ihm freistehe, nicht auszusagen, obwohl ihn ein Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamter in amtlicher Eigenschaft befragt. Lediglich einen in dieser Situation fälschlicherweise angenommen Aussagezwang zu verhindern dient die Belehrung, entspricht es doch ihrem aufgezeigten historischen Kontext, dass „§ 136 I StPO vor dem Hintergrund einer kraft staatlicher Autorität vorgenommenen Befragung“ entstanden ist.⁴¹⁶ Gegen einen als Warnung auch abseits der Vernehmungssituation verstandenen Zweck spricht zudem, dass die Belehrung sonst ausgerechnet in ihrem gesetzlichen Regelfall, wenn dem Beschuldigten ein als solcher erkennbarer Amtsträger gegenübertritt und Rede und Antwort verlangt, überflüssig wäre, ihr Unterlassen also per se kein Verwertungsverbot begründen könnte.⁴¹⁷ Auch aus der Pflicht zur Mitteilung des Tatvorwurfs gemäß § 136 Abs. 1 S. 1 StPO kann daher nicht schlussfolgert werden, dem Beschuldigten müsse prinzipiell zu Bewusstsein gebracht werden, dass gegen ihn ermittelt werde, da diese Mitteilung als notwendige (Vor-)Bedingung den Zweck habe, ihm eine sinnvolle Entscheidung über den Gebrauch des Schweigerechts in der Vernehmung überhaupt erst zu ermöglichen.⁴¹⁸ Deshalb ist auch verständlich, dass der BGH in einer späteren Entscheidung ein Verwertungsverbot auch für den Fall angenommen hat,

⁴¹⁵ So aber *Bernsmann*, StV 1997, 116; *Müssig*, GA 2004, 89 (92 f.); *Roxin*, NSStZ 1995, 465 (467).

⁴¹⁶ BGHSt. (GrS) 42, 139 (147); kritisch hierzu *Bernsmann*, StV 1997, 116 (117).

⁴¹⁷ BGHSt. (GrS) 42, 139 (147); wohl auch *Kudlich*, JuS 1997, 696 (699).

⁴¹⁸ *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (12); vgl. auch FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473.

dass der Vernehmungsbeamte seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Belehrung zwar nachgekommen war, ihr Inhalt vom Vernommenen infolge geistiger Behinderung aber nicht hinreichend verstanden werden konnte.⁴¹⁹

So nachvollziehbar der Große Senat also die Rechtstradition zur Begrenzung der Selbstbelastungsfreiheit auf die Abwesenheit von Zwang in der Vernehmung bemüht, so einsichtig ist aber auch, dass der mit der Belehrung nach § 136 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. StPO sichergestellte Schutz lediglich einen Teilbereich dessen abdeckt, was Nemo-tenetur als übergeordnetes Rechtsprinzip an einfachgesetzlicher Umsetzung für die „klassische“ Strafprozessordnung gebietet. Völlig unberücksichtigt bleibt nach diesem Verständnis nämlich, dass Ermittlungsmaßnahmen nicht allein mit Befehl und Zwang hoheitlich durchgesetzt werden, ein Eingriff eine vom Rechtsträger empfundene bzw. bemerkte Beeinträchtigung also nicht (mehr) notwendigerweise voraussetzt.⁴²⁰ Insofern bleibt der Große Senat auch erheblich hinter dem vom EGMR im *Fall Allan* aufgezeigten Verständnis von der Selbstbelastungsfreiheit zurück, zu dessen Entscheidung er auch im Ergebnis keine Konvergenz gewährleistet.⁴²¹ Zu Recht war dem Hörfallenbeschluss in der Literatur daher entgegengehalten worden, die Prüfung der Zulässigkeit informeller Informationserhebungen hätte sich nicht in der Beurteilung der Heimlichkeit erschöpfen dürfen, weshalb dem Umstand, dass die Selbstbelastung staatlich veranlasst wurde, vom Großen Senat eine unverständlich geringe Bedeutung beigemessen worden sei.⁴²²

Auch die weitere Kritik aus der Literatur, wonach der Frage eines Verstoßes gegen § 136a StPO nicht hinreichend nachgegangen worden sei,⁴²³ ist berechtigt. Dies betrifft vor allem die dem Großen Senat vorgehaltenen methodisch-dogmatischen Unstimmigkeiten, die daraus resultieren, dass die Bestimmung noch zulässiger Ermittlungsarbeit anhand einer Güterabwägung zu erfolgen habe, obwohl von ihm ein Verstoß gegen strafprozessuale Vorschriften und Grundsätze ausdrücklich verneint wurde⁴²⁴. In der Tat erklären sich die so zu Tage tretenden

⁴¹⁹ BGHSt. 39, 349 (351 f.) (= NSTz 1994, 95 = JZ 1994, 686).

⁴²⁰ *Eschelbach*, StV 2000, 390 (393); *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1288); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (713).

⁴²¹ *Gaede*, StV 2003, 260 (262); *ders.*, StV 2004, 46 (49); anders aber jetzt BGHSt. 52, 11.

⁴²² *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 104; *Roxin*, NSTz 1997, 18 (19 ff.).

⁴²³ *Bernsmann*, StV 1997, 116 (117 f.); *Jahn*, JuS 2000, 441 (442 f.); *Popp*, NSTz 1998, 95.

⁴²⁴ *Bernsmann*, StV 1997, 116 (119) spricht insofern von einem „methodisch und inhaltlich verdorbenen (Kompromiss-)Brei“; *Gaede*, StV 2003, 257 (262), subtiler von einem „verfassungsrechtlichen Kunststück“; ähnliche Kritik bei *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 102 („nicht dogmatisch durchdacht“); *Rieß*, NSTz 1996, 505 („eigenartiger methodischer Bruch“); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (717); *Roxin*, NSTz 1997, 18 (20); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 41; *Schlehofer*, GA 1999, 357 (358); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 155 ff.; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (14 f.).

„rechtsstaatlichen Skrupel“⁴²⁵ des Großen Senats aus Erwägungen, die einen Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO nahe gelegt hätten – ein Ergebnis, das mit Blick auf das einer effektiven Strafverfolgung als zuwiderlaufend angesehene absolute Verwertungsverbot dieser Vorschrift vermieden werden sollte.⁴²⁶

cc) Anfrage- und Vorlagebeschluss

Gleiches gilt für den Anfrage- und Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats, ob schon er viel Zustimmung dafür erfahren hat, dass er die von *Roxin* begrifflich geprägte „staatlich veranlasste irrtumsbedingte Selbstbelastung“⁴²⁷ in den Schutzbereich des Nemo-tenetur-Satzes einbezogen hat. Bei näherer Betrachtung wird indessen deutlich, dass, wie seine Kennzeichnung als „an sich zulässige Ermittlungsmethode“ zeigt, auch der 5. Strafsenat derartige Strafverfolgungspraktiken selbst nicht missbilligen, sondern nur die auf diese Weise direkt erlangten Informationen der Beweisverwertung entziehen wollte. Dabei scheint der Zulässigkeit dieser Ermittlungsmethode noch nicht einmal der vom BGH selbst angesprochene Umstand entgegenzustehen, dass eine gesetzliche Ermächtigung hierfür fehlt. Da auch eine Belehrungspflicht nicht angenommen⁴²⁸ und zugleich die Fernwirkung eines Verwertungsverbots vom BGH abgelehnt wird, versteht sich, dass die Heranziehung von V-Personen nach dieser Konzeption nicht sinnlos werden würde. Denn die Erkenntnisse der informellen Ausforschung sind für sich genommen danach zwar unverwertbar, doch könnten sie im Vorverfahren dazu genutzt werden, weitere Beweise zur Überführung des Beschuldigten zu beschaffen. In der Literatur ist denn auch vielfach bemängelt worden, dass der vom 5. Strafsenat aufgezeigte (Lösungs-)Weg einer Aufforderung zur Suche nach Sekundärbeweisen geradezu gleichkomme.⁴²⁹

Eine Begründung für seine Annahme, informelle Informationserhebungen der in Rede stehenden Art, nicht aber diejenigen phänomenologisch gleich zu beurteilenden durch den Einsatz Verdeckter Ermittler, seien als Umgehung der Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zu werten, ist dabei nicht mitgeteilt worden. Nach den Ausführungen des 5. Strafsenats ist so völlig unklar geblieben, weshalb die Verwertung eines hiernach grundsätzlich zulässig erhobenen Beweismittels unzulässig sein soll.

⁴²⁵ *Bernsmann*, StV 1997, 116 (118).

⁴²⁶ *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (16).

⁴²⁷ *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (43); *ders.*, NStZ 1997, 18 (20); *ders.*, NStZ 1995, 465 (466).

⁴²⁸ Das gegenteilige Ergebnis einer Belehrungspflicht von V-Personen wird von *Seitz*, NStZ 1995, 519 aus dem Beschluss herausgelesen, ebenso von *Lagodny*, StV 1996, 167 (168, Fn. 7).

⁴²⁹ *Kudlich*, JuS 1997, 696 (699); *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1284 f.); *Roxin*, NStZ 1995, 465 (469); *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (976).

Entsprechend der zur Begründung selbständiger Beweisverbote entwickelten Dogmatik kann ein solches zwar für sogenannte Zufallsfunde, etwa im Rahmen einer rechtmäßigen Telefonüberwachung, eingreifen, doch überzeugt der entsprechende Verweis des 5. Strafsenats wegen fehlender Vergleichbarkeit nicht.⁴³⁰ Denn während bei der Telefonüberwachung (wie auch den weiteren in Bezug genommenen Vorschriften der §§ 98b Abs. 3 S. 2, 100d Abs. 2 und 110e StPO) die Abspaltung des keine Katalogtat betreffenden – und insofern unzulässig erlangten – Gesprächsstoffs aus praktischen Gründen erst nach Informationserhebung möglich ist, besteht eine hierzu vergleichbare Sachlage nicht.⁴³¹ Vor allem mangelt es überhaupt schon an einer am Übermaßverbot ausgerichteten Rechtsgrundlage für solcherlei Ermittlungsmaßnahmen. Ebenso wenig kann der Verweis des BGH auf § 252 StPO überzeugen, da es sich bei dem allgemeinen Verwertungsverbot für frühere Aussagen des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen allein um die rechtspolitisch erwünschte Absicherung des objektiv intendierten Schutzes familiärer Beziehungen aus § 52 StPO (als auch der nach den §§ 53, 53a StPO geschützten Vertrauensverhältnisse) handelt, ohne dass hierbei ein Zusammenhang mit der Dogmatik der (selbständigen) Verwertungsverbote im Übrigen bestünde.⁴³²

Mit dem Versuch, die durch ein staatlich veranlassenes Ausforschungsgespräch einer hierzu eingesetzten Privatperson erlangten Informationen mit einem Verwertungsverbot zu belegen, ohne die Beweisgewinnung als solche aber rechtlich zu missbilligen, war so auch vom 5. Senat keine konsistente Lösung aufgezeigt worden. Wiederum hätte die Vermeidung der aufgezeigten Friktionen die Anwendung von § 136a StPO nahe gelegt. Eben dieses Ergebnis hat auch der 5. Senat mit Blick auf die von ihm als erforderlich erachtete Praxis heimlicher Befragungen durch V-Personen (und Verdeckte Ermittler) aber zu vermeiden versucht – allerdings zum Preis einer dogmatisch nicht zu haltenden „Quadratur des Kreises“.⁴³³

b) Folgerungen für § 136 StPO

Auch wenn vom Großen Senat angesichts der Praxis der untersuchungsgegenständlichen Ermittlungsmethoden die Frage nach einer gebotenen Rechtsfortbildung nicht gestellt wurde,⁴³⁴ ist ihm doch darin zu folgen, dass den §§ 133 ff.

⁴³⁰ Seitz, NStZ 1995, 519; Weßlau, ZStW 110 (1998), 1 (17 ff.).

⁴³¹ Jäger, Beweisverwertung, 55; Weßlau, Zeugnisverweigerungsrechte (ASP), 279 (284 f.).

⁴³² Weßlau, ZStW 110 (1998), 1 (19, Fn. 48).

⁴³³ Weßlau, ZStW 110 (1998), 1 (17); kritisch auch Verrel, Selbstbelastungsfreiheit, 168 ff.

⁴³⁴ Rieß, NStZ 1996, 505; Verrel, Selbstbelastungsfreiheit, 153; Weßlau, ZStW 110 (1998), 1 (15).

StPO lediglich der „Ablaufplan“ für die Durchführung der (offenen) Vernehmung zu entnehmen ist. Dies bedeutet aber nicht, dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit seinem Prinzipiengehalt zufolge auf diesen Anwendungsbereich beschränkt wäre. Unbestritten ist die Aussagefreiheit durch § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO (bzw. §§ 243 Abs. 4 S. 1, 115 Abs. 3 S. 1, 163a Abs. 3 und 4, 136a StPO) nicht begründet, sondern vorausgesetzt.⁴³⁵ So erklärt sich, dass nach BGHSt. 38, 214 im Fall der versehentlich unterbliebenen Belehrung zwar § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, nicht aber der Nemo-tenetur-Satz verletzt ist, wenn der Beschuldigte sein Recht auf Aussagefreiheit gekannt hat oder auch in dessen Kenntnis ausgesagt hätte.⁴³⁶ Die Belehrung dient allein dem Zweck, die Kenntnis des Betroffenen von seinem Informationsbeherrschungsrecht in der besonderen Situation der Vernehmung zu begründen bzw. zu aktualisieren.⁴³⁷ Dabei trägt diese besondere Absicherung freier Willensentschließung zur Tätigung einer Aussage in elementarer Weise auch dem Umstand Rechnung, dass für den Angeklagten eine zu § 252 StPO vergleichbare Vorschrift nicht existiert, dieser sich im Gegensatz zum Zeugen an seiner früheren Aussage also festhalten lassen muss.

Dem gleichen Zweck dient auch die Belehrung über das Recht auf jederzeitige Konsultation eines Verteidigers nach § 136 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. StPO.⁴³⁸ Insbesondere bei einem rechtlich unerfahrenen Beschuldigten kann der unterbliebene Hinweis auf dieses Recht für das Aussageverhalten ebenso ursächlich sein wie der fehlende Hinweis auf die Aussagefreiheit selbst. In ihrer tatsächlichen und rechtlichen Bedeutung sind beide Belehrungen also von gleichem Gewicht.⁴³⁹ Indem sie das Ziel verfolgen, der Fehlvorstellung des Beschuldigten vorzubeugen, er sei zur Aussage verpflichtet, tragen sie gemeinsam dem spezifischen Schutzbedürfnis des Beschuldigten in der Vernehmung Rechnung. Da ein derartiger Irrtum von einer Privatperson nicht erzeugt werden kann, ist dem Großen Senat weiter darin zu folgen, dass sich die analoge Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO folglich verbietet. Insoweit ist zu vergegenwärtigen, dass die Belehrungen allein dazu dienen, den Rechtsirrtum einer Aussagepflicht zu verhindern; die Vermeidung von Tatsachenirrtümern hat auch der Hinweis auf das bestehende Verteidigerkonsultationsrecht nicht zum Inhalt, weshalb seine Vorenthaltung ebenfalls nicht für die entsprechende Anwendung der Vorschrift streitet.⁴⁴⁰

Soweit aus dem Zweck der Vernehmung der Schluss gezogen wird, es sei den Strafverfolgungsbehörden untersagt, von dem Beschuldigten eine Stellungnahme

⁴³⁵ *Dingeldey*, JA 1984, 407 (408); *Verrel*, NSTZ 1997, 415 (416).

⁴³⁶ BGHSt. (GrS) 42, 139 (148); *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 171, § 136, Rn. 41.

⁴³⁷ *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte, 43 f.

⁴³⁸ BGHSt. 38, 372 ff.; *Rogall*, SK/StPO, § 136, Rn. 45.

⁴³⁹ So ausdrücklich BGHSt. 47, 172 (174).

⁴⁴⁰ *Jäger*, Beweisverwertung, 165 f.; *Popp*, JA 1998, 900 (905).

zum Tatvorwurf in anderer Weise als durch Vernehmung zu erlangen,⁴⁴¹ ist mit dieser These ein Grundsatz offenen Handelns vorausgesetzt, den es, wie gezeigt, in der StPO nicht gibt. Zwar ist die Befürchtung durchaus nachvollziehbar, die Polizei könnte, anstatt sich mit umständlichen, aus ihrer Sicht oftmals wenig Erfolg versprechenden Vernehmungen abzumühen, mit weit größeren Überführungschancen verdeckte Befragungen anwenden und perfektionieren.⁴⁴² Auch wenn die hoheitliche Indienstnahme von Bürgern im Ermittlungsverfahren damit vordergründig den Charakter einer Ersatzvornahme für ein zwangsweise nicht durchsetzbares Informationsbegehren zu haben scheint, fehlt der deshalb proklamierten Analogie von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO aber doch die hierfür zu verlangende rechtliche Vergleichbarkeit der Sachlagen.⁴⁴³

Ebenso wie die informelle Ausforschung eines Zeugen ein Aliud zur Zeugenvernehmung nach den §§ 48 ff. StPO ist,⁴⁴⁴ weshalb der BGH der analogen Anwendung der §§ 52, 252 StPO im „*Sedlmayr-Fall*“ (Nr. 8) auch zu Recht die Anerkennung versagt hat, verhält sich die informelle Ausforschung eines Beschuldigten zu den §§ 133 ff. StPO als gleichsam unabhängiger, vollkommen selbständiger Akt hoheitlicher Informationsgewinnung.⁴⁴⁵

Nun ist sicherlich zutreffend, dass derjenige, dessen Wort längst heimlich zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden gebracht wurde, in der Wahl seiner von § 136 StPO gesicherten Verteidigung determiniert ist (auch mit Blick auf die in der Ermittlungspraxis mitunter vernachlässigte Anordnung in § 160 Abs. 2 StPO, wonach entlastende Umstände ebenso zu ermitteln sind), sich der Schutzgehalt von § 136 StPO also leicht verflüchtigen kann. So unbestreitbar richtig dieser Sachverhalt jedoch auch sein mag, so unvereinbar ist der Analogieschluss rechtstechnisch aber dort, wo der Gesetzgeber einen ganz bestimmten Regelungs- bzw. Schutzzweck verfolgt, die im Tatbestand einer Vorschrift festgelegten Vorausset-

⁴⁴¹ *Bosch*, Aspekte, 91, 142; *Derksen*, JR 1997, 167 (169); *Fezer*, NSTz 1996, 289 f.; *G. Haas*, GA 1995, 230 (231); *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 50; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (716); *Roxin*, NSTz 1999, 149 (150); *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (971 ff.).

⁴⁴² *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 98 ff.; *Müssig*, GA 2004, 87 (101); *Neuhaus*, Kriminalistik 1995, 787 (790); *Roxin*, NSTz 1995, 465 (467).

⁴⁴³ *Fezer*, NSTz 1996 289; *Kudlich*, JuS 1997, 696 (699); *Seitz*, NSTz 1995, 519. Dies erkennt auch v. *Stetten*, Beweisverwertung, 116, die aber meint, dieses Verständnis unter Hinweis auf den Sinngehalt von *Nemo-tenetur* aufgeben zu müssen, wobei sich eine derart rechtsfolgendeleitete Auslegung von § 136 StPO mit den Voraussetzungen der Analogie rechtstechnisch unvereinbar zeigt (S. 126) und umso zweifelhafter ist, als für § 52 StPO nach maßgeblicher subjektiver Sicht die Zwangslage der Vernehmungssituation durchaus anerkannt wird (S. 150).

⁴⁴⁴ *Weßlau*, Zeugnisverweigerungsrechte (ASP), 279 (280); a.A. *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481 f.

⁴⁴⁵ *Fezer*, NSTz 1996, 289; *Jäger*, Beweisverwertung, 165; *Wohlers*, SK/StPO, § 163 a, Rn. 45.

zungen und Problemlösungen von ihm also vorentschieden sind.⁴⁴⁶ Auch muss gesehen werden, dass, wie etwa § 506 BGB belegt, dem Gesetzgeber die Statuierung von Abweichungs- und Umgehungsverboten dort, wo sie ihm besonders geboten erscheinen, durchaus geläufig ist.

In systematischer Hinsicht bestätigen die §§ 110a ff. StPO diesen Befund. Sofern man ein Verwertungsverbot aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO herleitet, wäre hiervon auch der Verdeckte Ermittler betroffen, der die Belehrungspflichten dieser Vorschrift (als auch nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO) aufgrund der Verweisung in § 110c S. 3 StPO gleichfalls zu beachten hätte, was seiner praktischen Abschaffung gleich käme. Wenn nun aber richtig sein soll, dass er hiervon „selbstverständlich“⁴⁴⁷ bzw. aus „der Natur der verdeckten Ermittlung“⁴⁴⁸ heraus befreit sein muss, wäre diese Befreiung systemwidrig.⁴⁴⁹ Dass mit einer Belehrungspflicht der Regelungsbereich der §§ 110a ff. StPO tatsächlich obsolet wäre, unterläge aus Rechtsgründen nicht nur keiner Beanstandung, sondern wäre gar zu fordern. Ist der Einsatz Verdeckter Ermittler im Verhältnis zur Vernehmung nach § 136 StPO aber als Aliud und nicht als eng begrenzte Ausnahmeerlaubnis⁴⁵⁰ zu begreifen, bedeutet dies, dass mit den gesetzlichen Ermächtigungen der §§ 110a ff. StPO zwar ein Verstoß gegen § 136a StPO ausgeschlossen sein kann, jedoch nicht, dass zugleich von der Belehrungsverpflichtung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO befreit wäre. Anderenfalls würde grundlegend verkannt, dass die Zulässigkeit informeller Ermittlungsmethoden einer eigenen, hiervon verschiedenen Beurteilung unterliegt.⁴⁵¹

Mit den §§ 110a ff. StPO kann also nur die vom BGH zum „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3) und zum „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7) vertretene Auffassung im Einklang stehen, dass die in § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO vorgeschriebene Belehr-

⁴⁴⁶ Zur insoweit gebotenen Selbstbeschränkung der Rechtsanwendung aus Gründen der Gewaltenteilung, der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit, vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, § 3 I b).

⁴⁴⁷ *Meyer-Goßner*, § 110c, Rn. 3; vgl. auch *Gercke*, HK/StPO, § 136a, Rn. 5.

⁴⁴⁸ *Nack*, KK/StPO, § 110c, Rn. 16; auch BGHSt. (GrS) 42, 139 (142) und BGHSt. 52, 11 (15, Rn.14).

⁴⁴⁹ *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (8 ff.), wobei ein Ausweg nicht darin bestehen kann, den VE konträr zur Zielrichtung seines Einsatzes auf Passivität verpflichtet zu sehen, so aber *Derksen*, JR 1997, 167 (169); *Eschelbach*, StV 2000, 390 (394); *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (215); *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1294 f.). Hierzu näher im dritten Kapitel a. E.

⁴⁵⁰ So *Dencker*, StV 1994, 667 (681); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (715); *Sinn*, Jura 2003, 812 (818).

⁴⁵¹ Eben dies verkennen u. a.: *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481 d; *Bockemühl*, Detektiv-Kurier, 19 (22); *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 91 ff.; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 87; *Lagodny*, StV 1996, 170 (172); *Müssig*, GA 2004, 87 (102); *Roxin*, NSTZ-Sonderheft 2009, 41 (42 ff.); *Schroth*, JuS 1998, 969 (977); v. *Stetten*, Beweisverwertung, 130; *Weiler*, GA 1996, 101 (107). Dagegen wie hier vertreten: *Jäger*, Beweisverwertung, 164 f.; *Wohlers*, SK/StPO, § 163a, Rn. 45.

rung über die Aussagefreiheit allein der besonderen Situation der förmlichen Befragung Rechnung trage und der Verhinderung eines fälschlich angenommenen Aussagezwangs zu dienen bestimmt sei. Da informelle Aufklärungshelfen den Anschein eines Aussagedrucks nicht erzeugen (können), kann ihr hoheitlicher Einsatz folglich auch keine Umgehung des von § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO intendierten Schutzes sein – wohl aber eine Umgehung der Vorschriften der §§ 110a ff. StPO befürchten lassen.

Allein dadurch, dass die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei in sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit eingreift, ist die analoge Anwendung von § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO – mithin ein „funktionaler Vernehmungsbegriff“ – also nicht begründbar. Wenn diesem Ergebnis entgegengehalten wird, Täuschung und Zwang seien, wie die *Fälle Nr. 1 bis 7* zeigen, gleichermaßen geeignet, das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit zu überwinden,⁴⁵² kann dem, wie gezeigt, bezogen auf seinen Schutzbereich nur zugestimmt werden. Zum Schutz des Beschuldigten vor Beeinträchtigungen seiner Willensfreiheit durch Täuschung sieht die StPO jedoch eine andere Vorschrift explizit vor, nämlich § 136a Abs. 1 S. 1.

§ 4 Ergebnis

Informelle Informationserhebungen begründen keine Rechtswirkungen – und kein unselbständiges Beweisverwertungsverbot – aus § 136 StPO; für die analoge Anwendung von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO insoweit fehlt es an der hierzu erforderlichen rechtlichen Vergleichbarkeit zu der in dieser Vorschrift geregelten Vernehmungssituation.

⁴⁵² *Bosch*, Jura, 236 (242); *Botke*, Jura 1987, 356 (361); *Derksen*, JR 1997, 167 (170); *Fezer*, NSTZ 1996, 289 (290); *Roxin*, NSTZ 1997, 18 (19 f.); v. *Stetten*, Beweisverwertung, 123 ff.

Drittes Kapitel

Beweisverwertungsverbot aufgrund von § 136a StPO?

Da § 136a Abs. 1 S. 1 StPO es untersagt, die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten durch Täuschung zu beeinträchtigen, würde es eigentlich nahe liegen, staatlich veranlasste irrtumsbedingte Selbstbelastungen an dieser Vorschrift zu messen, zumal § 136a Abs. 3 S. 2 StPO ein Verwertungsverbot vorsieht. Tatsächlich hat der BGH das Täuschungsverbot in keinem der hier zu untersuchenden Fälle für einschlägig befunden; auch das Schrifttum lehnt die Verletzung dieser Vorschrift ganz überwiegend ab.¹ Dies wird meist knapp, nahezu schematisch begründet. Die Frage, ob bzw. inwieweit § 136a StPO auf die vorliegenden Fallkonstellationen Anwendung findet, ist noch weitgehend ungeklärt.²

§ 1 Keine unmittelbare Anwendung von § 136a StPO

§ 136a StPO gilt unmittelbar für alle richterlichen Vernehmungen des Beschuldigten innerhalb und außerhalb der Hauptverhandlung. Unstreitig verpflichtet die Vorschrift sämtliche mit der Strafverfolgung befassten Strafverfolgungsorgane.³ Für Polizei und Staatsanwaltschaft ergibt sich dies aus den §§ 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO. § 136a StPO gilt für den Zeugen und den Sachverständigen entsprechend, §§ 69 Abs. 3, 72 StPO, auch soweit diese staatsanwaltschaftlich oder polizeilich vernommen werden, §§ 161a Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 5 StPO. Zwar enthält § 136a StPO – im Unterschied zu § 136 StPO – den Begriff der Vernehmung nicht (die Paragrafenüberschrift „Verbotene Vernehmungsmethoden“ stammt nicht vom Gesetzgeber und ist daher unbeachtlich). Doch folgt aus der systematischen Stellung von § 136a StPO im 10. Abschnitt der StPO („Vernehmung des Beschuldigten“), dass sich die Normbefehle der Vorschrift allein an staatliche Vernehmungsorgane richten, sich ihr sachlicher Geltungsbe-

¹ Vgl. die in der Einleitung in Fn. 24 genannten Autoren.

² Vgl. *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 18; *Duttge*, JZ 2008, 261 ff.; *Lemke*, HK/StPO, § 136a, Rn. 3 ff.; *Mitsch*, Jura, 2008, 211 ff.; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 22 ff.; *Roxin*, NSTZ-Sonderheft, 2009, 41 ff.; *ders./Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 18 ff.

³ BGHSt. 17, 14 (19).

reich nur auf die förmliche Befragung des Beschuldigten durch einen Amtsträger erstreckt.

§ 2 Analoge Anwendbarkeit von § 136a StPO

Für die untersuchungsgegenständlichen Fälle kommt damit nur die analoge Anwendung von § 136a StPO in Betracht.

I. Erste Voraussetzung: Das Vorliegen einer Regelungslücke

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die vorhandenen Regelungen der §§ 136, 136a StPO den nach dem Grundgesetz und der EMRK gebotenen Schutz des Beschuldigten vor ungewollter Selbstbelastung in verdeckten Befragungen im Auftrag der Polizei nicht gewährleisten können; eine Regelungslücke im Gesetz ist gegeben.

II. Zweite Voraussetzung: Die Planwidrigkeit der Regelungslücke – § 136a StPO als „Fundamentalnorm“ der Selbstbelastungsfreiheit?

Die Planwidrigkeit dieser Regelungslücke wäre zu verneinen, wenn der Gesetzgeber bei Schaffung von § 136a StPO die verdeckte Befragung des Beschuldigten bewusst außer Acht gelassen hat. Der gesetzgeberische Anlass für die Normierung der in § 136a StPO benannten Missachtungen der Subjektstellung des Beschuldigten waren die Erfahrungen mit den gewaltsamen Verhörmethoden zur Zeit des deutschen Nationalsozialismus. So hat der seinerzeitige Berichterstatter des Bundestagsrechtsausschusses, der Abgeordnete Dr. Greve, vor dem Plenum ausgeführt, dass die Initiative zur Aufnahme der Vorschrift des § 136a StPO auf den Erfahrungen der zurückliegenden Zeit beruhe und man keine andere Möglichkeit sehe, Wiederholungen dieser Art zu vermeiden.⁴ Zu dieser rückwärtsgewandten Betrachtung kam die in die Zukunft weisende, zur Zeit der Beratungen zum Vereinheitlichungsgesetz kontrovers erörterte Frage hinzu, inwieweit der Nutzbarmachung der Narkoanalyse („Wahrheitsserum“, „Geständnisspritze“, „Plauderdroge“) als neuartiger Erkenntnismethode Schranken zu ziehen seien.⁵

⁴ BT-Drucks. I. (Wahlperiode 1949), Bd. IV (stenografische Berichte), 2882 (26.07.1950).

⁵ Näher zu diesen beiden Gründen als Ursache der Schaffung von § 136a StPO vgl. *Eser*, Kolloquium, 147 (148); *Gleß*, LL/StPO, § 136a, Rn. 2; *Lindner*, Täuschungen, 62 ff.; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 1 f.; zur Narkoanalyse als doppel funktionale Prozesshandlung vgl. *Niese*, ZStW 63 (1951), 199.

Auch unter dem Eindruck dieser Diskussion entschloss sich der Gesetzgeber im Jahr 1950 mit § 136a StPO zu der Regelung eines umfassenden Verbots, mit dem Schluss gemacht werden sollte „mit den üblichen Mitteln, die bisher vielfach, vor allen Dingen auch seitens der Kriminalpolizei angewandt worden sind, um Beschuldigte irre zu führen und sie auf diese Weise zu Bekenntnissen und Aussagen zu bringen, die man auf geradem Weg mit offenem Visier nie herausgeholt hätte“.⁶ Dies zeigt, dass der historische Gesetzgeber bei Schaffung von § 136a StPO allein die offene Vernehmung des Beschuldigten im Blick und kein Bewusstsein für das zu dieser Zeit so gut wie nicht vorhandene Problem seiner verdeckten Befragung hatte.

Die Planwidrigkeit der Regelungslücke wäre aber gleichwohl ausgeschlossen, wenn die fehlende Regelung dem Willen des Reformgesetzgebers entspräche. Denn wenn der Gesetzgeber die Änderung einer Vorschrift bewusst unterlässt, obwohl er um ihre Lückenhaftigkeit weiß und die Möglichkeit der Änderung hat, kann in dem Unterlassen ein Bestätigungswille gesehen werden; die vorhandene (nachträgliche) Gesetzeslücke ist dann nicht planwidrig, sondern aus maßgeblicher Sicht des aktuellen Gesetzgebers planvoll.⁷

So ist bemerkenswert, dass der Reformgesetzgeber angesichts der zahlreichen Änderungen der StPO auf eine Neugestaltung von § 136a StPO verzichtet hat. Denn die Zulässigkeit der Verwertung von Beweisen, die durch private Ausforschungen im Auftrag der Polizei gewonnen wurden, zählt schon seit längerem zu den praktisch bedeutendsten Problemen des Strafverfahrensrechts, wobei sich gerade diese Vorschrift, zumal wegen ihres ausdrücklichen Beweisverwertungsverbots, zur Regelung anbietet. Das bloße Unterlassen einer Regelung durch den Gesetzgeber ist zur Annahme seines Bestätigungswillens allerdings nicht ausreichend. Damit auf einen Bestätigungswillen geschlossen werden kann, sind objektiv erkennbare Anhaltspunkte erforderlich und vor allem dann gegeben, wenn sich der Wille des Gesetzgebers aus dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen geänderten und unveränderten Normen objektiv erschließen lässt.⁸

Eine einschneidende Novellierung der StPO erfolgte mit dem OrgKG 1992. Mit ihr hat der Gesetzgeber zwar den Einsatz Verdeckter Ermittler in den §§ 110a bis 110e StPO geregelt, nicht aber den quantitativ weitaus beachtlicheren Teil der Strafverfolgung durch Inanspruchnahme weiterer privat auftretender

⁶ So der Senatspräsident im Bundesjustizministerium Dr. Rotberg auf einer Pressekonferenz am 25.07.1950, wiedergegeben bei *Günther*, StV 1988, 421 (423).

⁷ Zur Berücksichtigung des gesetzgeberischen Bestätigungswillens in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, vgl. BSGE 94, 181 (184); BVerwGE 118, 319 326 f.); BGH, NJW 1982, 277 (278). Aus der Literatur hierzu instruktiv: *T. Walter*, Rhetorikschule, 224 ff.

⁸ Vgl. BVerwGE 70, 126 (129 f.); BVerwGE 118, 319 (326 f.) zur Annahme eines gesetzgeberischen Bestätigungswillens gegenüber vorkonstitutionellen Normen.

Ermittlungsgehilfen. Eine mögliche Konfliktlage zwischen dem Einsatz Verdeckter Ermittler und dem Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO hatte bei dem Gesetzgebungsverfahren zum OrgKG indes keine Rolle gespielt; ein entsprechendes Problembewusstsein besaß der Gesetzgeber auch zu dem Zeitpunkt nicht.⁹

Hinsichtlich des Einsatzes privater bzw. privat auftretender Aufklärungsgehilfen dürfte sich der Gesetzgeber in der Folgezeit durch den BGH, zuletzt im „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7), bestätigt gesehen haben, da vom BGH ein Konflikt mit § 136a StPO stets verneint wurde. Auch der Umstand, dass die verdeckte Befragung des Beschuldigten in der Literatur über lange Zeit fast ausschließlich nur mit Blick auf § 136 StPO problematisiert worden ist, spricht für ein fehlendes Problembewusstsein des Reformgesetzgebers, zumal für die Annahme eines Bestätigungswillens überhaupt erforderlich ist, dass die Gesetzgebungsorgane „zumindest in irgendeiner Weise mit der zur Prüfung gestellten Norm befasst gewesen sein“ müssen.¹⁰

Dessen ungeachtet wäre ein mit der Untätigkeit des Gesetzgebers zum Ausdruck gebrachter Bestätigungswille jedenfalls dann unbeachtlich, wenn höherrangiges Recht die analoge Anwendung von § 136a StPO gebieten würde. Insofern lässt sich mit *Walter* der Rechtsgedanke des § 679 BGB zur Geschäftsführung ohne Auftrag heranziehen, dem zufolge ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn unbeachtlich bleibt, wenn mit der Geschäftsführung einer ihn treffenden Pflicht entsprochen wird, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt.¹¹

Wie im zweiten Kapitel gezeigt worden ist, verbindet sich mit der verdeckten Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei ein Eingriff in das verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht auf Selbstbelastungsfreiheit, das die Vorschrift des § 136 StPO auf einfachgesetzlicher Ebene nicht hinreichend zu schützen vermag. Vor diesem Hintergrund könnte die analoge Anwendung von § 136a StPO also im öffentlichen Interesse geboten sein.

Zu klären ist daher, ob § 136a StPO als „Fundamentalnorm“ Anknüpfungspunkt für das von der Verfassung geschützte Recht auf Selbstbelastungsfreiheit ist. Gegebenenfalls wäre diese Vorschrift einfachgesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung und Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit als Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK im Verständnis des EGMR von diesem Recht.

⁹ *Weiler*, GA 1996, 101 (105); *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (5, Fn. 13).

¹⁰ BVerfGE 70, 126 (133); BVerwGE 118, 319 (327).

¹¹ *T. Walter*, Rhetorikschule, 214; *ders.*, Europäisierung des Rechts (2010), 298 f.

1. Der Schutzzweck von § 136a StPO

a) Gewährleistung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit

Nach überwiegender Auffassung wird die Ratio legis des § 136a StPO darin gesehen, die Aussagefreiheit des Beschuldigten zu gewährleisten.¹² Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift sicherstellen, dass nur Angaben, die er in freier Selbstbestimmung von sich gegeben hat, strafprozessual gegen ihn verwertet werden dürfen. Denn dem Beschuldigten sei es im reformierten Strafverfahren gewährleistet, autonom zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er sich zu Gehör der Strafverfolgungsbehörden äußern wolle.¹³ Bei § 136a StPO handele es sich daher um die „Kernvorschrift zum Schutz der Aussagefreiheit“.¹⁴ In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Herleitung dieses Rechts wird § 136a StPO auch als Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Strafprozessrecht aufgefasst.¹⁵

b) Gewährleistung wahrheitsgemäßer Tatsachenfeststellung

Nach anderer Auffassung soll die Vorschrift dazu dienen, die Fehlerfreiheit der Aussage zu gewährleisten.¹⁶ Danach entfiere eine mögliche Betroffenheit von § 136a StPO, weil informelle Informationserhebungen keinen wahrheitsverfälschenden Einfluss auf den Inhalt der Beschuldigtenäußerung haben.

c) Stellungnahme

Bereits die historische Entwicklung der Vorschrift lässt es fragwürdig erscheinen, ihr den Zweck der Wahrheitsermittlung zuzuschreiben. Zwar ist plausibel,

¹² Vgl. BGH, NStZ 1997, 251; FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (477 f.); LG Verden, StV 1986, 97 (98); Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 549; Diemer, KK/StPO, § 136a, Rn. 1; Fezer, NStZ 1996, 289 f.; Jäger, Beweisverwertung, 170 f.; Popp, NStZ 1998, 95; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 19; Schroeder, Strafprozessrecht, Rn. 123.

¹³ Deutlich BGHSt. 11, 211 (212): „Der Angeklagte (...) wurde dazu gebracht, mehr zu sagen, als er ohnehin sagen wollte. Gerade dies will § 136a StPO verhindern.“ Ebenso: Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 643 f.; Neuhaus, NStZ 1997, 312 (313); Reichert-Hammer, JuS 1989, 446 (447); Schumann, JZ 1986, 66 (67).

¹⁴ Rogall, Der Beschuldigte, 50, 105; ders., SK/StPO, § 136a, Rn. 4; ebenso: Diemer, KK/StPO, § 136a, Rn. 1; Sternberg-Lieben, Jura 1995, 299 (306); Weßlau, Vorfelddermittlungen, 215.

¹⁵ Weichert, Informationelle Selbstbestimmung, 195.

¹⁶ Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 130; Grünwald, JZ 1966, 489 (490); Gundlach, AK/StPO, § 136a, Rn. 3; v. Hippel, Strafprozess, 422; Jahn, JuS 2000, 441 (445); Joerden, JuS 1993, 927 f.; Krack, NStZ 2002, 120 (121 ff.); B. Kramer, Jura 1988, 520 (521); Kudlich, JuS 1997, 696 (698); Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 890; Lesch, GA 2000, 355 (356); ders., ZStW 111 (1999), 624 (639 ff.); Mende, Privatermittlungen, 221; Meurer, FS-Roxin (2001), 1281 (1287); Peters, Strafprozess, § 41 II 2 c).

dass ein Verbot der in der NS-Zeit üblichen „gewaltsamen Verhörmethoden“ Falschaussagen verhindert, die der Beschuldigte allein zur Beendigung seiner Befragung abgibt. Die mit Schaffung der Vorschrift verbundene Aufwertung der Subjektstellung des Beschuldigten wäre aber verkannt, würde man diesen Nebeneffekt zum Gesetzeszweck erhöhen. Würde man dies anders sehen, wäre die Nutzbarmachung der Narkoanalyse zur Straftataufklärung nicht Anlass sondern Hinderungsgrund der gesetzlichen Normierung von § 136a StPO.

Zudem spricht, wenn die Missachtung des Normbefehls keinen Einfluss auf die der Norm zugeschriebene Gewährleistung hat, nichts dafür, dass diese Zuschreibung richtig ist. Dies verdeutlicht gerade das Verbot der Täuschung, erweist es sich zur Gewährleistung wahrheitsgemäßer Tatsachenfeststellung doch als weitgehend ungeeignet.¹⁷ Verfehlt etwa die einem tatsächlich Schuldigen gegenüber zur Erhöhung seiner Geständnisbereitschaft eingesetzte Täuschung ihr Ziel, da er trotz der Irreführung unrichtige Erklärungen abgibt, kann § 136a Abs. 1 S. 1 StPO nicht einschlägig sein, denn der Beschuldigte ist verfahrensrechtlich nicht zur Wahrheit verpflichtet.¹⁸ Immerhin kann auch von einem Beschuldigten, der nicht misshandelt, ermüdet, bedroht, hypnotisiert oder gequält wurde, keine wahrheitsgemäße Aussage erwartet werden.

Die mit § 136a Abs. 3 S. 2 StPO statuierte Unbeachtlichkeit einer Zustimmung in die Verwertung verbotswidrig erlangter Aussagen veranlasst zu keiner abweichenden Betrachtung. Der Umstand, dass das Gesetz dem Beschuldigten die Verfügungsbefugnis für das Beweisverwertungsverbot entzieht, ist kein Beleg dafür, dass der Schutzzweck außerhalb subjektiver Rechtsgewährleistung liegen muss.¹⁹ Die Begrenzung der freien Disponibilität über ein Recht ist vielmehr Ausdruck seiner besonderen Schutzbedürftigkeit.²⁰ Die Willensfreiheit ist auch vor dem Rechtsträger selbst zu schützen, da ihr Schutz letztlich Schaden nehmen würde, wäre er verzichtbar. Dies zeigt sich etwa bei dem faktischen Einwilligungsdruck, der sich als Folge der Zulassung des freiwilligen Polygraphen-Einsatzes einstellen könnte.²¹ Um der Erosion der Einlassungsfreiheit durch Einräu-

¹⁷ Bei Tätiung selbstbelastender Äußerungen ist die Eignung der Täuschung zur Nichtwahrnehmung des Rechts auf Aussageverweigerung evident: Der Beschuldigte hätte sie ohne die Täuschung schlicht unterlassen. Dagegen sieht *Joerden*, JuS 1993, 927 (928) ausdrücklich durch alle Modalitäten des § 136a StPO die Informationsquelle als „vergiftet“ an, ebenso *Krack*, NSTz 2002, 120 (122).

¹⁸ Eine prozessuale Wahrheitspflicht trifft den Beschuldigten nicht, vgl. *Pfeiffer/Hanich*, KK/StPO, Einl. 89; *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 72; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 10.

¹⁹ So *Jäger*, Beweisverwertung, 189 f.; *Krack*, NSTz 2002, 120 f.; *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624 (641).

²⁰ Vgl. *Hamm*, NJW 1999, 922.

²¹ BVerfG, NSTz 1981, 446; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 699; *Frister*, ZStW 106 (1994), 303 (324 ff.); a. A. *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (632 ff.).

mung ihrer Disponibilität vorzubeugen (getreu der Devise, wer sich dem Test nicht unterziehe, habe etwas zu verbergen), bedarf es so auch eines entsprechenden richterlichen Würdigungsverbots.²²

Auch an anderer Stelle bringt das Gesetz die Unbeachtlichkeit eines entgegenstehenden Willens zum Schutz höchstpersönlicher Interessen zum Ausdruck. So wie der (unvernünftige) Wunsch des Beschuldigten nach Verwertung einer verbotswidrig erlangten nachteiligen Aussage nach § 136a Abs. 3 S. 2 StPO unberücksichtigt bleiben müsste, hat beispielsweise auch die Bestellung eines Pflichtverteidigers gemäß § 140 StPO zur Sicherung seiner Verteidigungsmöglichkeiten selbst dann zu erfolgen, wenn sie von ihm ausdrücklich abgelehnt wird.²³ Indem das Gesetz die Zustimmung des Betroffenen mit § 136a Abs. 3 S. 2 StPO für unbeachtlich erklärt, wird seine Willensfreiheit als Grundlage der Aussagefreiheit auch insofern geschützt, als die Beachtlichkeit seiner Zustimmung genügenden Anlass zur neuerlichen verbotswidrigen Mittelanwendung böte. Einen Nachteil erleidet der Betroffene dabei nicht, da er an der Wiederholung seiner (entlastenden) Aussage nicht gehindert ist. Ausgehend von dem Normzweck, die Fehlerfreiheit der Aussage zu gewährleisten, erschließt sich dagegen die Notwendigkeit nicht, den Beschuldigten von der Disposition über seine fehlerhafte Aussage auszuschließen. Denn eine fehlerfreie Aussage kann auch bei gesetzeskonformer Wiederholung der zuvor verbotswidrigen Vernehmung nicht von ihm erwartet werden.

Allerdings finden die Vernehmungsverbote des § 136a StPO über die §§ 69 Abs. 3, 72 StPO auch Anwendung für die Zeugenvernehmung, woraus abgeleitet wird, der Schutzzweck der Norm könne nicht in der Gewährleistung der Aussagefreiheit bestehen, da der Zeuge zur Auskunft verpflichtet sei.²⁴ Dieser Gedanke führt letztlich auf die vom Großen Senat zu § 55 Abs. 2 StPO entwickelte Rechtskreistheorie zurück, nach der das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots bei der Verletzung von Beweiserhebungsverboten davon abhängen soll, ob die „Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berührt oder sie für ihn nur von untergeordneter Bedeutung ist“.²⁵ Tatsächlich entfaltet § 136a StPO als Ausdruck des Grundsatzes, die Wahrheit dürfe nicht um jeden Preis erforscht werden,²⁶ elementare Begrenzungen der Ermittlungstätigkeit auch dem Aussageverpflichteten gegenüber.

²² So BGHSt. 44, 308 (318) (= NJW 1999, 657), wonach Einwände aus § 136a StPO insoweit nicht zu erheben sind. Zur Entwicklung der Rspr. vgl. *Hofmann*, Schmidt-Bleibtreu/Klein/GG, Art. 1, Rn. 49.

²³ Zur restriktiven Auslegung der §§ 140 ff. StPO bei aufgezwungener Pflichtverteidigung mit Blick auf das Autonomieprinzip vgl. *Lüderssen*, LR/StPO, § 140, Rn. 7 ff.

²⁴ *Krack*, NStZ 2002, 120 (120); *Lesch*, GA 2000, 355 (356); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 114 f.

²⁵ BGHSt. (GrS) 11, 213 (215).

²⁶ Vgl. BGHSt. 31, 304 (309).

Der in der Gewährleistung der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten liegende Schutz des § 136a ist damit aber nicht in Frage gestellt. Er erhält mit § 69 Abs. 3 StPO eine flankierende Absicherung, indem eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Zeugen durch Anwendung der in § 136a StPO sanktionierten Vernehmungsmethoden zugunsten des Beschuldigten mit einer Verletzung seines Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit gleichgestellt wird.²⁷ Statuiert ist somit die einfachgesetzlich positivierete Anordnung einer Drittwirkung von Verfahrensverstößen.²⁸ Für eine dies bestreitende Rechtskreistheorie verbleibt demnach kein Raum. Dementsprechend hat der BGH in einer älteren Entscheidung das Geständnis eines Mitbeschuldigten der Verwertung gegen den Angeklagten nach § 136a Abs. 3 StPO entzogen und ausgeführt: „Ein Angeklagter kann auch durch ein Geständnis eines Mitbeschuldigten belastet werden (BGHSt. 22, 372). Für die Verwertung eines solchen Geständnisses im Sinne des § 136a StPO gelten deshalb dieselben Grundsätze wie für ein eigenes Geständnis des Angeklagten (§§ 136a, 163a Abs. 3 StPO) oder die Aussage eines Zeugen (§§ 69 Abs. 3, 163a Abs. 5 StPO).“²⁹

Schließlich hätte § 136a StPO zur Absicherung der Wahrheitsermittlung einen anderen Zuschnitt erhalten müssen. Denn mit der „Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung“ ist der Vorschrift ihrem natürlichen Wortsinn zufolge erkennbar kein überindividueller, im Schutz der Wahrheitsfindung liegender Gesetzeszweck zugewiesen.

Auch wenn nachvollziehbar ist, dass Äußerungen als Reaktion auf Gewalt und Drohung weniger einem Bedürfnis nach wahrheitsgemäßer Aussage als nach Übelbeendigung entsprechen können, kann der Erhebung dieser Erkenntnis zum Gesetzeszweck demnach nicht zugestimmt werden. Bei der wahrheitssichernden Wirkung der in § 136a Abs. 1 StPO genannten Beweismethodenverbote handelt es sich lediglich um einen unselbständigen Reflex der mit dieser Vorschrift bezweckten Begrenzung des Wahrheitserforschungstrebens durch Gewährleistung der Aussagefreiheit. Nur so ist zu verstehen, dass auch die Verwertung von zweifelsfrei wahrheitsgemäßen Aussagen verboten ist, sofern sie unter Verstoß gegen die Beweismethodenverbote des § 136a StPO zustande gekommen sind.³⁰

²⁷ *Amelung*, StraFo 1999, 181 (184); *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1288).

²⁸ *Eschelbach*, StV 2000, 390 (396, Fn. 134); *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1288).

²⁹ BGH Urteil v. 14.10.1970 – 2 StR 239/70 –, abgedruckt bei Dallinger, MDR 1971, 18 (Fn. 13).

³⁰ Der Zweck der Wahrheitssicherung wird ebenfalls abgelehnt von *Frister*, ZStW 106 (1994), 303 (321, Fn. 83); *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1288); *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 5.

2. Anwendungsverhältnis der §§ 136, 136a StPO

Beiden Vorschriften – der Gebotsnorm des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO sowie der Verbotsnorm des § 136a StPO – kommt somit die Aufgabe zu, das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit sicherzustellen. Ausgehend vom Schutzzweck des § 136a StPO ist die von Rechtsprechung und Literatur primär erörterte Frage einer Verletzung der Vorschrift des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO gegenüber der Frage einer Verletzung der Vorschrift des § 136a StPO aber nachrangig, was sich aus dem bislang kaum erörterten Verhältnis der Normen zueinander ergibt.

a) Normative Begründung der Selbstbelastungsfreiheit in § 136a StPO

So hat es sich als nicht überzeugend erwiesen, § 136a StPO als bloß plakatives Verbot ohne eigenständigen Regelungsgehalt mit der Begründung abzutun, die darin aufgeführten Verhaltensweisen seien schon nach der Fundamentalnorm des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO unzulässig. Weder entspricht dies der Leistungskraft dieser Vorschrift noch kann es gesetzessystematisch richtig sein, § 136a StPO eine rein deklaratorische Funktion zuzuweisen und ihren zwingenden Charakter mit dem in seltener Klarheit gesetzlich angeordneten Beweisverwertungsverbot vollständig leer laufen zu lassen.³¹

Dies besagt aber nicht, dass beide Vorschriften nicht auf denselben übergeordneten Rechtsgedanken zurückzuführen sind. Das allerdings ist bestritten. Etwa wird behauptet, dass die Entschließungsfreiheit kein Spezifikum des Nemo-tenetur-Satzes sei, es sich bei § 136a StPO nur um ein Methodenverbot handle, das keine Aussage dazu treffe, ob es überhaupt möglich sei, vom Beschuldigten Mitwirkungshandlungen zu verlangen.³² Auch auf die historisch getrennt verlaufende Entwicklung der Aussagefreiheit und des Verbots bestimmter Vernehmungsmethoden, namentlich der Folter, ist hingewiesen worden.³³

Überzeugend sind diese Einwände aber nicht. Ebenso wie § 136 StPO das Recht auf Aussagefreiheit nicht statuiert, sondern voraussetzt, verhält es sich mit § 136a StPO. Hiergegen spricht nicht, dass letztere Vorschrift erst 1950 Eingang in die StPO fand, da über die Selbstbelastungsfreiheit als Rechtsprinzip schon vor der Zeit des Nationalsozialismus Einigkeit bestanden hatte, die Notwendigkeit zu ihrer Normierung erst aus den Erfahrungen seiner Verbrüchlichkeit in dieser Zeit gespeist wurde.³⁴ Auch der Umstand, dass sich die Anerkennung des Folterver-

³¹ Kirsch, Selbstbeziehungszwang, 229 (231); Wolff, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 70.

³² Rogall, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 137; ders., Der Beschuldigte, 105.

³³ Dingeldey, JA 1984, 407 (408); Rogall, Der Beschuldigte, 104 f.; Verrel, NSTZ 1997, 415 (416).

³⁴ Gleß, LR/StPO, § 136a, Rn. 2; Rüping, Das Strafverfahren, Rn. 103; Wessels, JuS 1966, 169 (171).

bots früher vollzog, steht einer prinzipiellen Verbindung des Nemo-tenetur-Satzes mit § 136a StPO nicht entgegen. Die Herausbildung einer generellen Garantie zu einer Zeit, nachdem die gewissermaßen größten rechtlichen Errungenschaften bereits gewährleistet wurden, ist in der Rechtsentwicklung kein unbekannter Vorgang; die Ausdehnung der Belehrungspflicht auf alle Vernehmungsorgane erst mit dem StPÄG 1964 mag ein gesetzliches Beispiel hierfür geben.³⁵ Das Folterverbot ließe sich daher auch mühelos mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz begründen. Wäre § 136a StPO nicht geschaffen worden, müsste das Verwertungsverbot unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entnommen werden. § 136a StPO begründet somit ein Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat, weshalb anhand dieser Vorschrift als besondere Ausprägung des Nemo-tenetur-Satzes die Vereinbarkeit staatlichen Handelns mit dem Nemo-tenetur-Satz zu beurteilen ist, da sämtliche in § 136a StPO aufgeführten Methoden jedenfalls seine Verletzung beschreiben.³⁶

Gleichwohl schließt die Rechtmäßigkeit der Informationserhebung gemäß § 136a StPO nicht zugleich die Rechtswidrigkeit nach § 136 StPO aus.³⁷ Während letztere Vorschrift die Befugnis des Beschuldigten, sich zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen, für den Bereich seiner Vernehmung regelt (als Recht qualifiziert in § 115 Abs. 3 StPO), fällt § 136a StPO die Aufgabe zu, die Respektierung der hierzu gefällten Entscheidung sicherzustellen. Dem steht nicht entgegen, dass zwangsgleiche Täuschungen, die einen Rechtsirrtum über das Bestehen einer Aussagepflicht in der Vernehmung hervorrufen, nach § 136 StPO mit einem Beweisverwertungsverbot belegt sind, wenn man § 136a StPO mit einem beträchtlichen Gewinn an Rechtsklarheit nur auf Fälle willentlicher Täuschungen erstreckt sieht und auf diesem Wege – im Einklang mit BGHSt. 38, 214 – eine widerspruchsfreie Abstimmung der §§ 136, 136a StPO zueinander erreicht.

b) Erfordernis eines subjektiven Elements für § 136a StPO

Für das Anwendungsverhältnis der §§ 136, 136a StPO ist somit weiterhin von Interesse, ob das Täuschungsverbot gemäß § 136a Abs. 1 S. 1 StPO auf bewusste Irreführungen zu begrenzen ist. Vor allem weil die historische Entwicklung der Aussagefreiheit sowie die Entstehungsgeschichte von § 136a StPO hierfür sprechen, ist dies mit der herrschenden Meinung zu bejahen.³⁸ So gründeten sich so-

³⁵ Kahlo, KritV 1997, 183 (205, Fn. 87); Wolff, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 70.

³⁶ Ebenso Eidam, StV 2005, 201 (202); Rüping, JR 1974, 135 (136 f.).

³⁷ Degener, GA 1992, 443 (454 f.); Derksen, JR 1997, 167 (169); Frister, ZStW 106 (1994), 303 (313); Grünwald, StV 1987, 453 (454); Roxin, NStZ 1997, 18 (20).

³⁸ BGH, NStZ 2004, 631; BGHSt. 35, 328 (330 f.); BGHSt. 31, 395 (399 f.); LG Stuttgart, NStZ 1985, 568 (m. abl. Anm. Hilger, 569 (570)); Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 137; Diemer, KK/StPO, § 136a, Rn. 23; Ellbogen, Kriminalistik 2006, 544 (548);

wohl die Anwendung von Zwang in der Zeit des Nationalsozialismus als auch der Einsatz der Narkoanalyse auf absichtsvollem Handeln allein zu dem Zweck, den Beschuldigten als Wissensträger gegen sich selbst zu instrumentalisieren.

Unergiebig ist hingegen der Hinweis darauf, der deutsche Gesetzgeber habe sich an der Parallelvorschrift im schwedischen Prozessrecht orientiert.³⁹ Zwar ist richtig, dass in jener Vorschrift das Verbot „bewusst unrichtiger Angaben“ hervorgehoben war. Jedoch hätte, wenn diese Beschränkung auch vom deutschen Gesetzgeber erwünscht gewesen wäre, die Übernahme dieser Klarstellung gerade nahe gelegen.

Für eine Begrenzung auf bewusste Irreführungen streitet jedoch auch der allgemeine Sprachgebrauch. Dem steht die passivische Auslegung verwandter Begriffe, etwa der „Sinnestäuschung“ oder der „optischen Täuschung“, nicht entgegen,⁴⁰ da sie eigene fehlerhafte Wahrnehmungen und nicht die hiervon verschiedene Irreleitung eines anderen beschreiben.⁴¹ Die Freiheit der Willensschließung und Willensbildung ist denn auch vor Beeinträchtigung „durch“ Anwendung einer Täuschung geschützt, so dass sie ein „finales Element“ beinhaltet.⁴² In Übereinstimmung mit diesem Befund ist das Verbot von Zwang nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ebenfalls nur dann geboten, wenn er gezielt als Mittel zur Herbeiführung einer Aussage eingesetzt wird (und nicht durch die StPO gestattet ist, vgl. § 136a Abs. 1 S. 2 StPO).⁴³

Darüber hinaus führt die Gegenauffassung, die einen auf bewusste Irreführung begrenzten Schutz ablehnt und ihn am Maßstab eines objektiv zu beurteilenden Erfolgswertes einfordert,⁴⁴ bei Rechtsfolgenbetrachtung zu einer unangemessenen Risikoverteilung. Zwar ist richtig, dass der Frage der Geeignetheit zur Beeinträchtigung rechtsstaatlichen Ansehens bei der Auslegung von § 136a StPO keine eigenständige Bedeutung zukommen kann,⁴⁵ wenn man von dieser Vor-

Gundlach, AK/StPO, § 136a, Rn. 38; *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 42; *Pfeiffer*/StPO, § 136a, Rn. 8; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 59.

³⁹ *Günther*, StV 1988, 421 (423); a. A. *Achenbach*, StV 1989, 515 (517); *Lindner*, Täuschungen, 95.

⁴⁰ A. A. *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 664.

⁴¹ *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 59; a. A. *Bosch*, Aspekte, 167 f.

⁴² *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 41; *Lemke*, HK/StPO, § 136a, Rn. 19.

⁴³ BGH, NJW 1995, 2933 (2936); *Meyer-Goßner*, § 136a, Rn. 20; a. A. *Fezer*, StV 1996, 77 f.

⁴⁴ OLG Stuttgart, NJW 1975, 703; OLG Bremen, NJW 1967, 2022 f.; *Achenbach*, StV 1989, 515 (517); *Degenhard/Pfordte*, Der Anwalt im Strafrecht, § 15, Rn. 13; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 664a; *Gleiß*, LR/StPO, § 136a, Rn. 49; *Grünwald*, NJW 1960, 1941 (1942); *Lindner*, Täuschungen, 66, 98; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 341; *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 63; *ders.*, StV 1994, 343 (345 f.); *Rzepka*, Fairness im Strafverfahren, 421; *Salger*, Das Schweigerecht, 32; offen gelassen von LG Bad Kreuznach, StV 1993, 629 (630); differenzierend: *Meyer-Goßner*, § 136a, Rn. 13; *Puppe*, GA 1978, 289 (295 f.); *Rüping*, Das Strafverfahren, 106.

⁴⁵ *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 664a. Hierzu sogleich unter § 3 II 2. a).

schrift zutreffend allein die Selbstbelastungsfreiheit als geschützt ansieht. Dies rechtfertigt indes nicht, an jede fahrlässig-unrichtige Mitteilung des Vernehmungsbeamten ein absolutes Verwertungsverbot zu knüpfen. Eine derart umfassende Sicherung der Eigenverantwortlichkeit würde dem Nemo-tenetur charakterisierenden Schutz des Beschuldigten vor hoheitlicher Instrumentalisierung nicht gerecht werden. Vielmehr ist auch entsprechend der Verortung der Selbstbelastungsfreiheit im Recht auf informationelle Selbstbestimmung gerade die Zielgerichtetheit der Informationserhebung entscheidend. Unbeschadet des Einwandes damit verbundener Missbrauchsmöglichkeiten bzw. Beweisschwierigkeiten kann in der Absage an eine derart einseitige Risikoverteilung seit BGHSt. 38, 214 auch keine unvertretbare Verkürzung der Rechtsstellung des Beschuldigten mehr gesehen werden, zumal er mit den Gewährleistungen seines Rechts auf ein faires Verfahren ohnedies nicht schutzlos gestellt ist.⁴⁶

Mit der in BGHSt. 38, 214 anklingenden, in BGHSt. 31, 395 (399) noch explizit zum Ausdruck gebrachten Auffassung ist die von einem Ausnutzungsbewusstsein getragene Missachtung der durch das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 StPO geschützten Selbstbelastungsfreiheit zu verlangen.

3. Beschränkung der analogen Anwendung auf vernehmungsfähnliche Situationen?

Im Einklang mit den vorstehenden Ausführungen besteht über die analoge Anwendung von § 136a StPO denn auch in den Fällen weitgehende Einigkeit, in denen sich Private von dieser Vorschrift untersagter Methoden bedienen und sich die Ermittlungsbehörden deren Verhalten zurechnen lassen müssen.⁴⁷ Für die Frage der Zurechnung ist jedoch fraglich geblieben, ob sie das Vorhandensein einer „vernehmungsfähnlichen Situation“ zur Voraussetzung hat.

Die überwiegende Meinung beschränkt die analoge Anwendbarkeit von § 136a StPO auf Fallgestaltungen, in denen sich der Beschuldigte in einer vernehmungsfähnlichen Situation befunden hat. Sie sei gegeben, wenn sich der Betroffene der Gesprächssituation nicht ohne weiteres habe entziehen können, wobei sich die Erlangung selbstbelastender Informationen nach dem Willen der Ermittlungsbehörden gerade auf diesen Umstand zurückführen lasse („Machtbereichsargument“).⁴⁸ Damit sind Konstellationen gemeint, in denen eine enge Sozialbezie-

⁴⁶ Rogall, SK/StPO, § 136a, Rn. 59.

⁴⁷ BGHSt. 44, 129 (131); BGHSt. 34, 362 (363); *Roxin*, NStZ 1999, 149 (150). Wenn man wie *Lesch* allein die Aussagequalität von § 136a StPO geschützt sieht, stellt sich die Frage der Zurechenbarkeit nicht, da für die Qualität des „herausgeprägten Geständnisses“ ohne Belang ist, wer hierbei „die Hand angelegt“ hat, vgl. *Lesch*, GA 2000, 355 (369); *ders.*, KMR/StPO, § 136a, Rn. 10.

⁴⁸ *Gundlach*, AK/StPO, § 136a, Rn. 5; *Kudlich*, JuS 1997, 696 (698); *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 25.

hung des Beschuldigten zum Polizeispitzel besteht bzw. aufgebaut wird, so dass dieser nach Zielsetzung der Ermittlungsbehörden beispielsweise als „Zellengenosse“ oder „Romeo“ in Erscheinung tritt. Unter diesem Aspekt hält auch der BGH im „Zellengenossen-Fall“ (Nr. 4) und im „Wahrsagerinnen-Fall“ (Nr. 6) die analoge Anwendbarkeit von § 136a StPO für gegeben, wenn und soweit sich der Beschuldigte seiner Ausforschung in der Haftanstalt nicht entziehen kann.⁴⁹ In der Literatur wird demgegenüber zur Annahme einer vernehmungähnlichen Situation vor allem darauf abgestellt, ob mit der informellen Informationserhebung die förmliche Vernehmung des Beschuldigten rechtsmissbräuchlich ersetzt, diese umgangen werde.⁵⁰

a) Die „Zweithörer-Fälle“

Da sich der Beschuldigte in den *Fällen Nr. 1 bis Nr. 3* dem (Telefon-)Gespräch jeweils ohne weiteres hätte entziehen können und – wie gezeigt – eine gesetzeswidrige Umgehung von § 136 StPO verneint werden muss, wäre die analoge Anwendbarkeit von § 136a StPO in den „Zweithörer-Fällen“ demnach gesperrt.

b) Die „U-Haft-Fälle“

Aber auch in den „U-Haft-Fällen“ (Nr. 4 bis 6) erscheint das Vorliegen einer vernehmungähnlichen Situation als konstitutiver Zurechnungsgrund nicht gesichert. Denn während der 5. Senat im „Zellengenossen-Fall“ (Nr. 4) eine Auseinandersetzung mit dem konkreten Verhalten des Informationshelfers unter Zurechnungsgesichtspunkten noch als unerheblich erachtet hat, wird von ihm jenes im „Wahrsagerinnen-Fall“ (Nr. 6) zur Begründung der Zurechnung tragend herangezogen. Im Folgenden sollen die Entscheidungen des BGH zur Informationsgewinnung in Untersuchungshaftanstalten hinsichtlich der Zurechnung analysiert und hierzu zunächst näher dargestellt werden.

aa) Fall Nr. 4 – BGHSt. 34, 362

In dieser für den Anwendungsbereich von § 136a StPO bedeutsamen Entscheidung aus dem Jahr 1987 war vom BGH ein auf diese Vorschrift gestütztes Verwertungsverbot mit der Begründung angenommen worden, die Strafverfolgungsbehörden hätten die Freiheit der Willensentschließung des Beschuldigten durch unzulässigen Zwang beeinträchtigt. Die Vorschrift des § 136a StPO würde zwar nur für Vernehmungen gelten, doch sei sie auch auf den Fall anzuwenden, „dass

⁴⁹ BGHSt. 34, 362 (363) = *Fall Nr. 4*; BGHSt. 44, 129 (134) = *Fall Nr. 6*.

⁵⁰ *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 92 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 636 f.; *Geyer*, Beschuldigtenbelehrung, 36; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 25; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (306 f.).

Strafverfolgungsbehörden mit verbotenen Mitteln auf den Beschuldigten einwirken, damit er gegenüber einer Privatperson, die dann als Zeuge vernommen werden soll, bestimmte Angaben zu einer – im Zeitpunkt der Äußerung bereits abgeschlossenen – Tat macht“.⁵¹ Verbotenes Mittel – so der 5. Senat – sei die Untersuchungshaft, denn diese dürfe „nicht dazu missbraucht werden, um das Aussageverhalten des Beschuldigten zu beeinflussen, ihn insbesondere zu veranlassen, von seinem Schweigerecht (...) keinen Gebrauch zu machen“.⁵² Mit Verlegung des mit der Aushorchung beauftragten Mithäftlings in die Zelle des Beschuldigten sei dieser aber „gezielt Einwirkungen auf die Freiheit seiner Willensentschließung ausgesetzt“ worden, „sich über die Tat zu äußern“.⁵³ Somit sei das an sich zulässige Zwangsmittel der Untersuchungshaft zu einem prozessordnungswidrigen Zweck ausgenutzt worden. Dies stelle eine Zwangseinwirkung auf den Gefangenen dar, „die vom Strafverfahrensrecht nicht mehr gedeckt und deshalb unzulässig“ sei.⁵⁴

bb) Fall Nr. 5 – BGH, NJW 1989, 843

Auch der – in die Reihe amtlicher Entscheidungen nicht eingestellte – „*Denunzianten-Fall*“ ist vom BGH auf entsprechende Rüge unter dem Aspekt einer Verletzung von § 136a StPO gewürdigt worden. Einen Verstoß sah der 1. Senat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1988 aber nicht gegeben, denn „der Angekl. war weder getäuscht worden noch wurde die Zwangswirkung der Untersuchungshaft dazu eingesetzt, ihn zur Selbstbelastung zu veranlassen. Der Angekl. hat vielmehr einem Mithäftling Vertrauen geschenkt, der sich aus eigenem Antrieb für die dem Angekl. vorgeworfene Tat interessierte, und ist in diesem Vertrauen enttäuscht worden.“⁵⁵ Bündig stellt der 1. Senat fest: „Ihm ist widerfahren, was jedermann im täglichen Leben widerfahren kann.“⁵⁶ Mit der Entgegennahme der Informationen hätten die Ermittlungsbehörden den Aufgaben ihres Amtes entsprochen, weshalb eine Verpflichtung, den Beschuldigten vom Mithäftling zu trennen, nicht zu erkennen sei. Der mit der Revision vorgebrachten Forderung nach einer Gleichbehandlung des rechtswidrigen Handelns Privater mit staatlichem Fehlverhalten ging der BGH nicht näher nach, da es nach seiner Auffassung schon an einem rechtswidrigen Verhalten des Mithäftlings gefehlt habe, folglich nicht ersichtlich sei, gegen welchen Rechtssatz dieser verstoßen haben solle.⁵⁷

⁵¹ BGHSt. 34, 362 (363).

⁵² BGHSt. 34, 362 (363 f.).

⁵³ BGHSt. 34, 362 (364).

⁵⁴ BGHSt. 34, 362 (364).

⁵⁵ BGH, NJW 1989, 843 (844).

⁵⁶ BGH, NJW 1989, 843 (844).

⁵⁷ BGH, NJW 1989, 843 (845).

cc) Fall Nr. 6 – BGHSt. 44, 129

Wie schon im „*Zellengenossen-Fall*“ (Nr. 4) war auch in der Entscheidung zum „*Wahrsagerinnen-Fall*“ (Nr. 6) aus dem Jahre 1998 der Zurechnungsgrund vom BGH zuvörderst in dem besonderen Gewaltverhältnis der U-Haft erblickt worden. Die Zurechnung ergebe sich nicht allein aus der im Einzelnen ungeklärt gebliebenen Art des Zusammenwirkens zwischen den Ermittlungsbehörden und der Privatperson, sondern aus den Umständen, unter denen die Privatperson zu beweis erheblichen Angaben eines Tatverdächtigen gelangt, vorliegend also daraus, dass die Privatperson die Tatverdächtige „unter den besonderen Bedingungen der U-Haft ausgeforscht“ habe.⁵⁸

Dieser Umstand – so der 5. Senat – verliere auch dann nicht seine Bedeutung, wenn sich die Ausforschende selbst als Polizeispitzel angedient habe, die Zwangswirkung der Untersuchungshaft also nicht gezielt dazu eingesetzt worden sei, die Beschuldigte zur Selbstbelastung zu veranlassen. Zwar seien die Ermittlungsbehörden nicht grundsätzlich gehalten, Kontakte zwischen Mitgefangenen zu unterbinden, wenn sich das Verhalten eines Gefangenen darauf beschränke, das Vertrauen eines Beschuldigten zu gewinnen, um ihn auf diese Weise zu einer Tatschilderung zu veranlassen.⁵⁹ Im vorliegenden Fall hätten mit Ausnutzung abergläubischer Vorstellungen der Beschuldigten, der dies ausnutzender Drohungen sowie mit ihrer Beeinflussung durch bewusstseinsweiternde Drogen aber weitere Bedingungen vorgelegen, die zum Eingreifen verpflichtet hätten.⁶⁰ Insofern treffe den Staat, der den Untersuchungsgefangenen „Einschränkungen ihrer physischen und psychischen Freiheit“ im Interesse einer geordneten Strafrechtspflege abverlange, im Gegenzug die Verpflichtung, sie vor massiven Eingriffen nicht nur in die körperliche Integrität, sondern auch in die Freiheit selbstbestimmten Verhaltens zu schützen, denen sie infolge der Haftsituation nur begrenzt ausweichen können.⁶¹ Infolgedessen sei den „staatlichen Behörden“, die diese Verpflichtung nicht erfüllten, obwohl sie von „massiven Übergriffen oder gar Straftaten im Zusammenhang mit der Ausforschung Tatverdächtiger durch Mithäftlinge Kenntnis haben oder bei pflichtgemäßer Erfüllung ihrer Aufgaben hätten Kenntnis haben müssen, (...) das Verhalten ihrer Informanten zuzurechnen“.⁶²

Die nähere Klärung der Frage, ob die angeführten Übergriffe im Einzelnen tatsächlich erfolgt seien, überantwortete der BGH der Vorinstanz, an die er die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zurückverwies. Hierbei ließ er

⁵⁸ BGHSt. 44, 129 (134).

⁵⁹ BGHSt. 44, 129 (136).

⁶⁰ BGHSt. 44, 129 (136).

⁶¹ BGHSt. 44, 129 (137).

⁶² BGHSt. 44, 129 (137).

ausdrücklich offen, ob das Verhalten der Privatperson allein oder erst in Kombination mit den Zwangswirkungen der U-Haft gemäß § 136a Abs. 1 StPO zur Unzulässigkeit führen würde.⁶³

c) Stellungnahme

Nachdem schon BGHSt. 34, 362 einsichtig entgegengehalten worden war, dass den Haftbedingungen allein keine zurechnungsbegründende Wirkung beikommen könnte,⁶⁴ war es zu begrüßen, dass BGHSt. 44, 129 das Verhalten des Mithäftlings nunmehr als beachtlich erkannt hat. Angesichts der überaus vagen Ausführungen hierzu war jedoch die fehlende Darlegung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zwischen regelwidrigem Verhalten des Staates und der erfolgten Selbstbelastung zu Recht beklagt worden, da sich dieser dem in der Entscheidung unklar gebliebenen Organisationsverschulden nicht entnehmen lasse.⁶⁵ Dabei wäre, sofern mit den von BGHSt. 44, 129 nur allgemein in Bezug genommenen staatlichen Behörden diejenigen des Strafvollzugs gemeint sein sollten, die hoheitliche Zurechnung ohnehin zu verneinen, da deren Bedienstete für die Strafverfolgung nicht einzustehen haben, ihr passives Verhalten rechtlich also irrelevant ist.⁶⁶

Aber auch im Verhältnis zu den Ermittlungsbehörden wird sich eine derartige Beziehung nicht herstellen lassen, da – wie noch zu zeigen sein wird – die einschlägige Täuschung nicht dadurch zu Zwang wird, dass sie unter Haftbedingungen erfolgt.⁶⁷ Dass sich der BGH in seiner Entscheidung BGHSt. 44, 129 hinsichtlich des in der Entscheidung BGHSt. 34, 362 noch bemühten Merkmals des prozessordnungswidrigen Zwangs selbst nicht (mehr) hinreichend sicher gewesen sein dürfte, zeigt auch der Umstand, dass er die Sache zurückverwies, obwohl ihm eine hierauf gestützte Entscheidung gleich der zum „Zellengenossen-Fall“ (Nr. 4) möglich gewesen wäre, zumal die verbotenen Vernehmungsmethoden des § 136a Abs. 1 StPO zueinander in keinem Rangverhältnis stehen.⁶⁸ So ist denn

⁶³ BGHSt. 44, 129 (137).

⁶⁴ Grünwald, StV 1987, 470 (471); Seebode, JR 1988, 427 (429 f.); Wagner, NStZ 1989, 34 f.

⁶⁵ Lesch, GA 2000, 355 (368 f.); Schneider, NStZ 2001, 8 (12 f.).

⁶⁶ BGHSt. 43, 42 (85), m. Anm. Seebode, JR 1998, 338. Eingehend zur Mitwirkung der im Straf- oder Vollstreckungsverfahren berufenen Amtsträger vgl. Walter, LK/StGB, § 258a, Rn. 5 ff.

⁶⁷ Fezer, JZ 1987, 937 (938); Grünwald, StV 1987, 470 (471); Jahn, JuS 2000, 441 (443).

⁶⁸ Hanack, JR 1999, 348 (349); Roxin, NStZ 1999, 149 (150). Entgegen Beulke, StV 1990, 180 (183), kommt diese Unsicherheit nicht schon im „Denunzianten-Fall“ (Nr. 5) zum Ausdruck, da dort der Informant aus eigener Initiative tätig wurde, es also jedenfalls an dem im „Zellengenossen-Fall“ (Nr. 4) aufgestellten (subjektiven) Erfordernis des Ausnutzens der Haft fehlte.

auch an der Entscheidung BGHSt. 44, 129 insgesamt nachvollziehbar beanstandet worden, dass sie den eigentlichen Grund für die staatliche Zurechnung völlig unklar belassen hat und sich aus ihr keine Leitlinien zur rechtlichen Beurteilung von privaten Ausforschungen auch außerhalb von Haftanstalten entnehmen lassen.⁶⁹

Zugute gehalten werden muss BGHSt. 44, 129 aber, prinzipiell klargestellt zu haben, dass der Schutzzweck des § 136a StPO die entsprechende Anwendung der Vorschrift gebiete, wenn die darin benannten Verhaltensweisen staatlichen Behörden zuzurechnen sind. Diese prima vista eigentlich als unfragwürdig anzusehende Beurteilung war mit dem Hörfallenbeschluss ins Wanken geraten, obschon der Große Senat ausdrücklich anerkannte, dass „Sinn und Zweck“ von § 136a StPO – im Unterschied zu § 136 Abs. 1 StPO – eine Analogie bei privatem Handeln rechtfertigen könne.⁷⁰

Dennoch war seinem Gebot „wertender Betrachtung“ die Grundsatzentscheidung zu entnehmen, dass bei Straftaten von erheblicher Bedeutung⁷¹ dem Umstand, ob und inwieweit die private Ausforschung von staatlichen Stellen veranlasst worden sei, für die Frage eines Beweisverwertungsverbots eine eigenständige Relevanz nicht mehr zukomme.⁷² Dieses rechtsverleugnende Abwägungspostulat nun korrigiert und die Anwendbarkeit von § 136a StPO von der Schwere des Tatvorwurfs rechtsgrundsätzlich entkoppelt zu haben, muss daher auf der Haben-Seite von BGHSt. 44, 129 verbucht werden.⁷³ Richtig ist nämlich, dass die Frage nach der Zurechnung privaten Handelns zum Staat nur in Ansehung des Schutzzwecks von § 136a StPO beurteilt werden kann.

Die Ratio von § 136a StPO hat gezeigt, dass nur ein weiter Anwendungsbereich der Vorschrift ihrer geläufigen Proklamation als „prozessrechtliche Grundnorm“⁷⁴ gerecht werden kann.⁷⁵ Als Ausdruck des Grundsatzes, dass es keine Wahrheitserforschung um jeden Preis (mehr) gibt, der Beschuldigte mithin Verfahrensbeteiligter und nicht bloßer Verfahrensgegenstand ist, versteht sich, dass

⁶⁹ Hanack, JR 1999, 348 (349); Jahn, StV 2000, 441 (443); Lesch, GA 2000, 355 (368 f.).

⁷⁰ BGHSt. (GrS) 42, 139 (148). Auch zeigen die Bemühungen des Großen Senats um restriktive Auslegung des Täuschungsverbots auf der Ebene des Tatbestands die selbst vorausgesetzte Anwendbarkeit (nach sachlogisch vorrangig angenommener staatlicher Zurechnung) von § 136a StPO.

⁷¹ Der Große Senat hatte hierzu die Straftatenkataloge der §§ 98a, 100a StPO in Bezug genommen.

⁷² So war der Hörfallenbeschluss von der Vorinstanz zu BGHSt. 44, 129 interpretiert worden, weshalb sich das Gericht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung nicht veranlasst gesehen hatte.

⁷³ Artkämper, NJ 1998, 604; Jahn, JuS 2000, 441 (442 ff.); Roxin, NStZ 1999, 149 f.

⁷⁴ Diemer, KK/StPO, § 136a, Rn. 1; Pfeiffer/StPO, § 136a, Rn. 1.

⁷⁵ Dies ist auch der „Tonbandentscheidung“ BVerfGE 34, 238 zu entnehmen, vgl. Weßlau, Vorfelddermittlungen, 215.

die Vorschrift auch für amtlich veranlasste Befragungen durch Sachverständige (§§ 72, 69 Abs. 3 StPO) gilt. Ihr Handeln ist ebenso hoheitlich zurechenbar, weshalb die von ihnen gezogenen Erkenntnisse bei rechtswidrigem Handeln einem Verwertungsverbot unterliegen.⁷⁶

Auch dem historischen Grundsubstrat der Vorschrift zufolge ist es prinzipiell geboten, die Zurechnung auf die Beweisgewinnung durch hoheitlich beauftragte Privatpersonen zu erstrecken, zumal die von § 136a StPO geächteten Methoden der Aussageerlangung während der NS-Zeit in erheblichem Maße gerade von nichtstaatlichen Organisationen angewandt wurden.⁷⁷ Hiermit wäre es unvereinbar, würde man § 136a StPO auf private Ausforschungen in der Haftanstalt beschränken und mit den Fürsorgepflichten in diesem besonderen Gewaltverhältnis begründen.⁷⁸ Wenn der Beschuldigte nicht erkennt, dass er sich in einer vernehmungähnlichen Situation befindet, sein Gesprächspartner also als Gehilfe der Ermittlungsbehörden handelt, kann es auf ihr objektives Vorhandensein vielmehr generell nicht ankommen.

So ist mit *Duttge* davon auszugehen, dass die vernehmungähnliche Situation lediglich das Bestehen einer „faktischen Aussagesituation“ kennzeichnet – und sie es ist, welche den Regelungsbereich des § 136a StPO eröffnet.⁷⁹ Unter Schutzzweckgesichtspunkten ist die staatliche Zurechnung zur analogen Anwendung des § 136a StPO daher losgelöst vom Vorliegen einer vernehmungähnlichen Situation zu beurteilen.⁸⁰

4. Folgerungen für § 136a StPO

a) *Verschiedenartigkeit des Vernehmungsbegriffs der §§ 136, 136a StPO*

Eine der Hauptschwächen in der Auseinandersetzung um Ermittlungsmethoden der in Rede stehenden Art liegt denn auch in dem Anspruch, den Vernehmungsbegriff des 10. Abschnitts der StPO für die analoge Anwendung der §§ 136, 136a StPO einheitlich bestimmen zu wollen, wobei sich dies methodologisch mit den Voraussetzungen der Analogie aber unvereinbar zeigt. Ausgehend vom grundverschiedenen Schutzzweck der beiden Vorschriften lässt sich die Vernehmung nicht auf den gemeinsamen Nenner einer durch ein Staatsorgan veran-

⁷⁶ BGHSt. 11, 211; *Meyer-Goßner*, § 136a, Rn. 2; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 8.

⁷⁷ *Jahn*, JuS 2000, 441 (445); *Mende*, Privatermittlungen, 221, jeweils unter Bezugnahme auf *Sendler*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel, 64 f.; a. A. *Salger*, Das Schweigerecht, 35 f.

⁷⁸ A. A. *Artkämper*, NJ 1998, 603 (604); *Eschelbach*, StV 2000, 390 (392).

⁷⁹ *Duttge*, JZ 2008, 261 (263); vgl. i. E. auch *Gleiß*, LR/StPO, § 136a, Rn. 15.

⁸⁰ *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 13; *Popp*, JA 1998, 900 (901); *Roxin*, NSTZ 1999, 149 (150).

lassten Äußerung bringen.⁸¹ Bei näherer Betrachtung zeigt sich so auch, dass der für die These einer Umgehung des § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO herangezogene extensive Vernehmungsbegriff ursprünglich für § 136a StPO entwickelt und aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift abgeleitet wurde.⁸²

Verneint der Große Senat die entsprechende Anwendung von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO aus den dargestellten Gründen also noch zutreffend, so muss sich das Vorliegen amtlich erkennbarer Befragung, zumindest aber einer vernehmungsfähnlichen Situation, für die analoge Anwendbarkeit von § 136a StPO am Schutzzweck dieser Norm messen lassen. Danach ist es sachgerecht, wenn der BGH das erste Erfordernis in den „U-Haft-Fällen“ nicht verlangt, § 136a StPO seinem Rechtsgedanken nach also betroffen ist, sofern der Beschuldigte bewusst darüber im Unklaren gelassen wird, dass aktuell eine Befragung zum Zwecke gegen ihn gerichteter Strafverfolgung stattfindet. Auf diesem richtigen Weg ist er hinsichtlich des zweiten Merkmals aber auf halber Strecke stehen geblieben. Die Begrenzung der analogen Anwendung von § 136a StPO auf vernehmungsfähnliche Situationen wird letztlich nur aus der Absicht erklärlich, den Verdeckten Ermittler einer rechtlichen Überprüfung am Maßstab dieser Vorschrift schon auf Anwendungsebene zu entziehen, da man befürchtet, seinem Einsatz würde auf der Ebene des Tatbestands von § 136a Abs. 1 StPO sonst unweigerlich der „Garaus gemacht“ werden.⁸³

b) Zurechnung bei staatlicher Veranlassung

Die beiläufigen Ausführungen des BVerfG zur Informationsbeschaffung im „Sedlmayr-Fall“ (Nr. 8)⁸⁴ haben gezeigt, dass es ebenfalls von diesen Wertungen – losgelöst von § 136a StPO – ausgeht (Zurechnung im Rahmen des erteilten Auftrags ohne Haftsituation). Gleiches gilt für den EGMR, der, obwohl in seiner Entscheidung vom 05.11.2002 im *Fall Allan* ebenfalls mit Ausforschungsmethoden in der Haftanstalt befasst, die Zurechnung gleichwohl nicht hieran, sondern an das Kriterium einer Alternativüberlegung geknüpft hat.⁸⁵ Mit Beantwortung der Frage, ob das selbstbelastende Gespräch ohne staatliche Intervention in der gleichen Art und Weise ebenfalls erfolgt wäre, hat der EGMR einen verlässlichen und sachgerechten Maßstab für die Zurechnung gegeben. Soweit dies vom EGMR nicht ohnehin implizit vorausgesetzt wird, ist aber einschränkend zu verlangen, dass die Bespitzelung des Beschuldigten von den Ermittlungsbehörden

⁸¹ A. A. Hanack, LR/StPO, § 136, Rn. 9, § 136a, Rn. 13; Neuhaus, Kriminalistik 1995, 787 (788 ff.).

⁸² Kühl, StV 1986, 187 (188); Reichert-Hammer, JuS 1989, 446 (447); Seebode, JR 1988, 427 (428).

⁸³ Deutlich insofern B. Kramer, Jura 1988, 520 (523); auch Bär, CR 1997, 367 (368).

⁸⁴ Vgl. BVerfG, StV 2000, 233 (234).

⁸⁵ Vgl. EGMR, StV 2003, 257 (259).

auch subjektiv zumindest billigend in Kauf genommen wird. Demnach ist die hoheitliche Zurechnung zwar auch zu bejahen, wenn der Staat wie in den „*U-Haft-Fällen*“ (Nr. 4 bis 6) die Möglichkeit geschaffen hat, den Beschuldigten auszuforschen; hierauf beschränkt ist die Zurechnung diesem dogmatischen Ansatz nach aber nicht.⁸⁶

Ausschlaggebend ist also, ob der Wortwechsel zwischen dem Beschuldigten und der Privatperson in der gleichen Weise auch erfolgt wäre, wenn die Ermittlungsbehörde – getragen von einem Ausnutzungsbewusstsein hinsichtlich der von ihr erstrebten Aussagen – nicht eingegriffen hätte. In den „*Zweithörer-Fällen*“ hat die Polizei jeweils ein Telefongespräch veranlasst, welches zu diesem Zeitpunkt und auf diese Weise sonst nicht geführt worden wäre.⁸⁷ Aber auch im „*Zellengenossen-Fall*“ (Nr. 4) wäre der Wortwechsel bezogen auf Gesprächszeitpunkt und Gesprächsführung ohne polizeiliche Initiative nicht erfolgt, während es im „*Denunzianten-Fall*“ (Nr. 5) insoweit an dem Erfordernis der Veranlassung fehlt.

Diese Weichenstellung folgt bereits aus der Entscheidung des BGH im „*Mittschnitt-Fall*“ (Nr. 1), in der ein Verwertungsverbot aus dem Rechtsgedanken von § 136a StPO abgeleitet wurde und zu der von Meyer über die den konkreten Fall hinausreichende Bedeutung angemerkt worden war: „Denn künftig kann der Anwendung von § 136a StPO nicht mehr entgegengehalten werden, dass dieser nur für Vernehmungen gelte, um die es sich bei einer Bespitzelung durch einen V-Mann aber offensichtlich nicht handele.“⁸⁸

In diesem Sinne war vom Landgericht Darmstadt in einer Entscheidung zu einem weiteren „*Zweithörer-Fall*“ aus dem Jahre 1989 für § 136a StPO bereits klargestellt worden: „Die Verbote dieser Bestimmung beziehen sich auf Aussagen, die ein Staatsorgan direkt oder indirekt herbeigeführt hat.“⁸⁹ Auf die weitergehende Frage, ob dann, wenn dem Beschuldigten der Zweck seiner Befragung, also ihr amtlich-repressiver Charakter, gezielt verborgen gehalten wird, § 136a StPO analog⁹⁰ oder direkt⁹¹ anzuwenden ist, kommt es so nicht mehr entschei-

⁸⁶ So auch Gaede, StV 2003, 260 (262); vgl. auch Renzikowski, JR 2008, 164 (166).

⁸⁷ Wolter, SK/StPO, Vor § 151, Rn. 123 a. Dass EGMR, StV 2004, 1, das Vorgehen am Maßstab des Art. 8 EMRK gemessen hat, steht dem nicht entgegen, sondern trägt dem Umstand Rechnung, dass Tatausführung und Tatüberführung in dieser Konstellation zeitgleich erfolgten, die von daher erhöhte Offenbarungswahrscheinlichkeit als Bestandteil ersterer insoweit dem potenziellen Täter als dessen besonderes Risiko zugeordnet werden muss, vgl. Gaede, StV 2004, 46 (48, Fn. 16).

⁸⁸ J. Meyer, NStZ 1983, 467 (468), unter Hinweis auf Röhrich, Rechtsprobleme bei V-Leuten, 240 ff.

⁸⁹ LG Darmstadt, StV 1990, 104; ebenso Hanack, LR/StPO, § 136a, Rn. 13.

⁹⁰ Pfeiffer/StPO, § 136a, Rn. 2, 4; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 637, für die nicht weiterführende Figur der „vernehmungähnlichen Situation“.

⁹¹ Hanack, LR/StPO, § 136a, Rn. 13; Lorenz-Czarnetzki, Täuschungsverbot, 232 f.

dend an, obgleich die Systematik der §§ 133 ff. im 10. Abschnitt der StPO sowie der semantische Gehalt des Begriffs „Vernehmung“ in der Abschnittsüberschrift seinem üblichen Sprachgebrauch zufolge erstere Auffassung vorzugswürdig erscheinen lässt.

c) Zurechnung bei staatlicher Duldung

Fraglich könnte der Zurechnungsgrund im „*Wahrsagerinnen-Fall*“ (Nr. 6) sein, sofern die Ausforschung nicht von den Ermittlungsbehörden veranlasst worden war. Angesichts der ihnen von § 136a StPO vorgegebenen Verhaltensstandards muss es der aktiven Veranlassung aber gleichgestellt werden, wenn die Strafverfolgungsorgane Kenntnis von der privaten Ausforschungstätigkeit haben und ihr mit Blick auf deren Nutzungsmöglichkeit im Ermittlungsverfahren – wie in *Fall Nr. 6* – nicht entgegengetreten sind. Dies verlangt die vom BGH in dieser Entscheidung selbst bekräftigte Wertung der Vorschrift als „prozessrechtliche Ausformung des Leitgedankens der Rechtsstaatlichkeit“.⁹² Von wem der Anstoß zur Zusammenarbeit konkret ausging, ist für die Zurechnung nicht entscheidend, da § 136a StPO die Einbeziehung von Dritthandlungen auch gebietet, wenn diese hoheitlich ausgenutzt bzw. verwertet werden.⁹³ So gesehen hätte auch im „*Denunzianten-Fall*“ (Nr. 5) Anlass bestanden, die Anwendbarkeit von § 136a StPO ab Kenntnisnahme von der ausforschenden Tätigkeit des Mithäftlings zu thematisieren. Der Umstand, dass ein Beweisverwertungsverbot vom BGH dagegen nicht erörtert wurde, erklärt sich so auch nur mit seiner praktischen Bedeutungslosigkeit angesichts des zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossenen Wissenstransfers.

Fehlt es an polizeilicher Initiative und lassen die Ermittlungsbehörden einen Privaten bei der Ausforschung eines Beschuldigten aus repressiven Gründen gewähren, stellt sich dies für sie als Unterlassen einer gebotenen Handlung dar. Und zwar ab dem Zeitpunkt, in dem die Polizei Kenntnis von der Bespitzelung hat, sie einschreiten könnte und dies mit dem Vorsatz unterlässt, Ermittlungsergebnisse zu erhalten. Dies folgt daraus, dass § 136a StPO als Abwehrrecht die Rechtspflicht zur Unterbindung der von ihr erfassten Verhaltensweisen durch Privatpersonen beinhaltet, wenn sich die Ermittlungsbehörden zum Nutznießer deren Handelns machen. Den Strafverfolgungsbehörden gegenüber begründet § 136a StPO also eine Haftung aus Ingerenz. Rechtlich kann es keinen Unterschied machen, ob der Staat für die Aufgaben der allein ihm zugewiesenen Straf-

⁹² BGHSt. 44, 129 (134).

⁹³ *Alsberg/Nüse/Meyer*, Beweisanztrag, 484 f.; *Lemke*, HK/StPO, § 136a, Rn. 4; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 443 f.; *Roxin*, NSStZ 1999, 149 (150). Der EGMR hat einen Eingriff in Art. 8 EMRK dadurch begründet gesehen, dass ein Polizist einen Privaten gewähren ließ, aus seinem Büro ein von ihm selbst initiiertes Telefongespräch mit einem Verdächtigen zu führen, vgl. EGMR v. 23.11.1993, Serie A, Nr. 277-B.

verfolgung gezielt Private einschaltet oder er die Beschränkungen des § 136a StPO durch Duldung ihres Verhaltens zu gleichem Zweck außer Acht lässt.⁹⁴

Die Zurechnung speist sich aus der rechtsstaatlichen Verpflichtung zur Absicherung verfassungsrechtlichen Individualrechtsgüterschutzes bzw. dem Verbot, sich jenem zu entziehen, Art. 1 Abs. 3 GG, unter Ansehung des in Art. 33 Abs. 4 GG festgelegten staatlichen Monopols zur Durchführung der Strafverfolgung.⁹⁵ Voraussetzung ist aber, dass die Privatperson mit Billigung der Strafverfolgungsorgane zielgerichtet vorgeht, da nur die aus repressiven Erwägungen motivierte Billigung ihres Handelns einen Eingriff bejahen lässt. Hierfür ist freilich ein aktuelles Bewusstsein zu verlangen, die nachträgliche Billigung mithin irrelevant, da die Ermittlungsbehörden zur Entgegennahme und Nutzbarmachung derartigen, beispielsweise durch einen Privatdetektiv erlangten Beweismaterials aus Rechtsgründen vielmehr verpflichtet sind, §§ 152 Abs. 2, 160 StPO.

Kein Anknüpfungspunkt für die Zurechnung lässt sich dagegen dem materiellen Strafrecht entnehmen, da täuschendes Verhalten über die wahren Absichten im zwischenbürgerlichen Verhältnis abseits der §§ 263 ff. StGB nicht verboten ist, privates Denunziantentum also nicht die Anwendung von § 136a StPO eröffnet. Eben dies zeigt der „*Denunzianten-Fall*“ (Nr. 5). Unzureichend ist deshalb auch der in der Literatur vielfach angeführte Gedanke der „Beweishehlerei“, dem zufolge es dem Staat unter Anknüpfung an die Wertungen des § 259 StGB untersagt sein müsse, aus Rechtsverstößen Privater Vorteile zu ziehen.⁹⁶

So berechtigt diese Forderung (etwa bei erpressten Geständnissen) aus rechtsstaatlichen Grunderwägungen heraus auch sein mag, so ist über diesen Ansatz für die Täuschung nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO, zu der eine materiell-rechtliche Entsprechung gerade nicht besteht, doch keine Orientierung zu erhalten. Die Zulässigkeit zwischenbürgerlichen Verhaltens besagt über die Befugnisse des Staates gegenüber dem Bürger nichts. Nicht über die angewandte Methode, sondern über den Inhalt der prozessrechtlichen Gewährleistung ist die Frage der Verletzung zu beantworten. So gesehen wäre ein Eingriff in das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit mit der Verwertung des Beweismittels ungeachtet der Erlaubtheit seiner Erlangung aber zuzurechnen. Ebenfalls abzulehnen ist der Weg einer einzelfallbezogenen Abwägung der Rechtsverletzung mit dem staatlichen Verfolgungsinteresse, da er, gesetzgeberische Beschränkungen der Eingriffsbefugnisse letztlich ignorierend, zu einer kaum akzeptablen Rechtsunsicherheit durch richterlichen Dezisionismus beiträgt.⁹⁷

⁹⁴ Vgl. auch *Mende*, Privatermittlungen, 206 f.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 65.

⁹⁵ Vgl. hierzu weiter unten, viertes Kapitel, V.

⁹⁶ *Bienert*, Private Ermittlungen, 91 ff.; *Jahn*, JuS 2000, 441 (445); *Joerden*, JuS 1993, 927 (928); *Mende*, Privatermittlungen, 204 f.

⁹⁷ *Keller*, FS-Grünwald (1999), 267 (269 ff.); *Mende*, Privatermittlungen, 214 ff.; *Müssig*, GA 1999, 119 (139 ff.).

Dass der BGH – der in *Fall Nr. 6* die Zurechnung über das Bestehen einer solchen Rechtspflicht noch explizit offen gelassen und diese nur „jedenfalls“ für das „besondere Gewaltverhältnis“ der U-Haft bejaht hat⁹⁸ – von ihrer allgemeinen Geltung mittlerweile auszugehen scheint, legt eine Entscheidung zur Parallelproblematik der Zurechnung des Verhaltens eines Agent provocateurs nahe. Ohne den Gesichtspunkt des Unterlassens direkt zu benennen, war vom BGH⁹⁹ darin angenommen worden, dass dessen (täuschendes) Handeln auch bei Fehlen eines konkreten Auftrags dem Staat dann zuzurechnen sei, wenn es mit Wissen eines für die Anleitung des Agent provocateurs verantwortlichen Amtsträgers geschah oder er dessen Handlungen „jedenfalls hätte unterbinden können“.¹⁰⁰

5. Zwischenergebnis

Die Vorschrift des § 136a StPO ist auf das Verhalten einer Privatperson analog anzuwenden, hoheitliche Zurechnung mithin gegeben, wenn es von den Ermittlungsbehörden willentlich veranlasst oder aber mit aktuellem Bewusstsein aus repressiven Zwecken geduldet wird. Auf das Vorhandensein einer „vernehmungähnlichen Situation“ als weitere Voraussetzung kommt es insoweit nicht an. In den untersuchungsgegenständlichen Fällen ist mit Ausnahme des „*Denunzianten-Falls*“ (Nr. 5) danach die Zurechnung gegeben.

§ 3 Tatbestandsmerkmal der Täuschung

Der Frage, inwieweit in den untersuchungsgegenständlichen Fällen eine Täuschung im Sinne von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO vorliegt, ist im Folgenden nachzugehen. Dabei sind die einzelnen Begehungsformen der Täuschung für sich zu betrachten, beginnend mit der ausdrücklichen Täuschung.

⁹⁸ BGHSt. 44, 129 (136).

⁹⁹ BGHSt. 45, 321 (326) unter Hinweis auf EGMR, StV 1999, 127, mit insoweit zustimmender Anm. *Sinner/Kreutzer*, StV 2000, 114 (116). Dem aktivistischen Duktus der Entscheidung EGMR, StV 2003, 257, v. 05.11.2002 zufolge dürfte die Zurechnung bei fehlendem behördlichen Eingreifen wohl zu verneinen sein. Insoweit eindeutig aber EGMR, StV 2004, 1 (unter Hinweis auf EGMR v. 23.11.1993), wonach das staatliche Gewährenlassen privater Ausforschungstätigkeit die Zurechnung begründet, vgl. zu dieser Entscheidung im zweiten Kapitel unter § 3 IV. 1.).

¹⁰⁰ Im zivilrechtlichen Geschäftsverkehr kann das „wissentliche Geschehenlassen“ die Zurechnung zum Vertretenen mit der Folge seiner rechtsgeschäftlichen Verpflichtung kraft Duldungsvollmacht begründen, vgl. hierzu *Ellenberger*, Palandt/BGB, § 172, Rn. 8 ff.

I. Ausdrückliche Täuschung

Den Fallgestaltungen informeller Informationserhebung ist gemein, dass ausdrückliche Täuschungen, verstanden als Tätigkeit unwahrer Angaben, nicht erfolgten. Der Irrtum des Beschuldigten besteht jeweils darin, nicht zu wissen, dass seine einer Privatperson gegenüber getätigten Äußerungen in Wirklichkeit von vornherein zur Kenntnisnahme der Strafverfolgungsbehörden bestimmt gewesen sind.¹⁰¹

II. Konkludente Täuschung

Mit dieser Feststellung kann es jedoch nicht sein Bewenden haben, da anderenfalls die konkludente Täuschung, ein Unterfall der ausdrücklichen Täuschung, rechtstechnisch vollständig ausgeklammert bliebe.¹⁰² Für die Frage, ob in den vorliegenden Fällen eine konkludente Täuschung gegeben ist, soll zum besseren Verständnis zunächst ein Blick auf ihr Vorliegen in der Situation offener Beschuldigtenbefragung geworfen werden.

1. Formelle Informationserhebungen

Obschon es sicherlich zu weit ginge, dem Vernehmenden jedwedes Verhalten zu untersagen, wodurch bei dem Vernommenen eine unrichtige Vorstellung erzeugt werden könnte, so würde es aber doch auch an der Lebenswirklichkeit vorbei führen, wollte man stets dem Vernommenen das Risiko einer falschen Interpretation der äußeren Geschehenssituation zuschreiben. In der Situation offener Befragung ist eine schlüssige Täuschung durch nonverbales Verhalten bzw. trotz wahrheitsgemäßer Angaben jedoch dann anerkannt, wenn die wahrheitswidrige Schlussfolgerung des Vernommenen vom Vorsatz des Vernehmenden umfasst war; das Verbot der Täuschung bezieht sich damit auf dessen Absichten.¹⁰³ Mit dem BGH ist für die Beurteilung der Frage, ob eine bewusste Irreführung gegeben ist, nämlich maßgeblich, „wie sie der Beschuldigte im Hinblick auf die konkreten Umstände der Vernehmungssituation verstehen konnte und verstanden hat“.¹⁰⁴

¹⁰¹ Befasst sich umgekehrt der Private mit Amtshandlungen, ist dies strafbar, vgl. § 132 StGB.

¹⁰² Eine konkludente Täuschung in vergleichbaren Fällen wird u.a. erkannt von BGHSt. 53, 294 (308 f.); BGHSt. 34, 39 (46); *Dencker*; StV 1994, 667 (672); *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 667; *Jäger*, Beweisverwertung, 174 ff.; *Puppe*, GA 1978, 289 (291 f.); *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 60; *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (973).

¹⁰³ Vgl. *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 19.

¹⁰⁴ BGHSt. 35, 328 (330), vgl. ebenso BGHSt. 53, 294 (308).

a) Die Situation der Beschuldigtenbefragung

aa) Vernehmungsunterbrechungen

Ein Beispiel konkludenter Täuschung bilden Vernehmungsunterbrechungen, in denen der Polizeibeamte während der Vernehmung ostentativ den Raum verlässt, damit der Beschuldigte – wie von ihm bezweckt und vorausgesehen – in vermeintlicher Sicherheit einem Dritten gegenüber selbstbelastende Angaben macht, die heimlich mitgehört werden. Das Verhalten des Vernehmungsbeamten vermittelt auf nichtsprachliche Weise einen Erklärungsgehalt des Inhalts, dass sich der Beschuldigte nunmehr in einer beweisrechtlich unbedenklichen Situation befinde. Tatsächlich trifft diese Information nicht zu: Gegeben ist eine Täuschung i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO.¹⁰⁵

bb) Der „Metzgereihund-Fall“

Zu einer gewissen Berühmtheit als Beispiel konkludenter Täuschungen hat es auch der von *Peters*¹⁰⁶ mitgeteilte Fall gebracht, dem zufolge ein Polizeibeamter nach einem Einbruch in eine Metzgerei in Begleitung eines Hundes einen Verdächtigen aufsucht und ihm durch sein Benehmen vorspiegelt, er sei nur dem die Witterung nachspürenden (Polizei-)Hund gefolgt, woraufhin der Verdächtige in dem Glauben, überführt zu sein, ein Geständnis ablegt. Wiederum ist eine Täuschung gegeben, da das Vorspiegeln einer ungünstigen Beweislage nicht erfordert, dass es durch unwahre Worte erfolgt.¹⁰⁷

cc) „Inoffizielle“ Vor- und Nachgespräche

Irreführungen durch schlüssiges Handeln der Vernehmungsperson vor und nach der Vernehmung bilden weitere Anwendungsfälle konkludenter Täuschungen. Eine solche ist gegeben, wenn sich der Vernehmungsbeamte im Anschluss an die protokollierte Vernehmung mit dem Beschuldigten in einen Nebenraum begibt und sich dort erneut in „aufgelockerter Form“ mit ihm unterhält, wobei das Gespräch mittels eines versteckten Tonbandgerätes aufgenommen wird.¹⁰⁸ Eine konkludente Täuschung liegt auch vor, wenn der Beschuldigte zu selbstbe-

¹⁰⁵ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 138; *Burhoff*, Ermittlungsverfahren, Rn. 1744; *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 6; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 638; *Lindner*, Täuschungen, 186; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 323, wobei die Annahme der genannten Autoren, die Täuschung sei von § 136a StPO verboten, unzutreffend insoweit ist, als der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht eröffnet ist, vgl. hierzu weiter unten.

¹⁰⁶ *Peters*, Strafprozess, § 41 II 3.

¹⁰⁷ *Puppe*, GA 1978, 289 (290 f.); *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 60. Ebenso, wenn der Polizist in der Vernehmung kommentarlos eine tatgleiche Waffe präsentiert, vgl. *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 35.

¹⁰⁸ Fall nach BGH, NJW 1956, 558 (= JZ 1956, 227).

lastenden Äußerungen motiviert wurde, indem ihm von dem Polizeibeamten bedeutet worden war, dass man „doch normal miteinander plauschen könne“, weil seine Angaben „nicht aufgeschrieben würden, wenn er dies nicht wolle“¹⁰⁹ bzw. man sich in einem inoffiziellen Vorgespräch zur Vernehmung befinde, weshalb ein Protokoll (noch) nicht erstellt werde.¹¹⁰ Entsprechendes gilt, wenn der Beschuldigte nach Gebrauch seines Aussageverweigerungsrechts in einem der Vernehmung nachfolgenden formlosen Gespräch „informativ“ befragt wird.¹¹¹

In allen diesen Fällen ist eine Täuschung i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verübt worden, obwohl seitens des Vernehmungsbeamten keine wahrheitswidrigen Angaben erfolgten und er auch seinen Pflichten gemäß § 136 Abs. 1 StPO nachgekommen ist. Bezugspunkt der Irreführung ist jeweils, bei dem Beschuldigten die unzutreffende Vorstellung darüber erzeugt zu haben, dass er sich aktuell in einer beweisrechtlich unbedenklichen Situation befinde.¹¹²

b) Die Situation der „Stimmenfalle“

Von einer konkludenten Täuschung ist ebenfalls auszugehen, wenn der Zweck und die tatsächlichen Gegebenheiten einer amtlichen Befragung von den Ermittlungsbehörden verschleiert werden, um eine Stimmenprobe von dem Beschuldigten zu erhalten. Folgende Fälle sollen dies verdeutlichen.

- *Fall Nr. 10*¹¹³

Der inhaftierte Beschuldigte X lehnt die Anfertigung einer Stimmenprobe ab. Aufgrund gerichtlicher Anordnung wird er in eine andere Haftanstalt verlegt, damit der dortige Anstaltsleiter ein anlässlich der Verlegung geführtes Eingangsgespräch mit X führen kann. Dieses Gespräch wird heimlich auf Tonband aufgezeichnet; es dient nur dem Zweck, die begehrte Stimmenprobe zu erlangen. Sie bildet die Grundlage der Verurteilung des X wegen Mordes.

- *Fall Nr. 11*¹¹⁴

Der Beschuldigte X, der im Verdacht steht, die Y vergewaltigt zu haben, wird auf dem Polizeirevier von dem Polizeibeamten Z vernommen. Da Y ausgesagt

¹⁰⁹ AG Freising, StV 1998, 121.

¹¹⁰ AG Delmenhorst, StV 1991, 254.

¹¹¹ AG München, StV 1990, 104.

¹¹² *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 658; *Lindner*, Täuschungen, 171 f.; *Ranft*, Strafprozessrecht, Rn. 329.

¹¹³ Fall nach BGHSt. 34, 39 (= NJW 1986, 2261 = NStZ 1987, 133 = JR 1987, 212).

¹¹⁴ Fall nach BGHSt. 40, 66 (= NJW 1994, 1807 = NStZ 1994, 295 = StV 1994, 295).

hatte, den bei der Tat maskierten Täter an seiner Stimme erkennen zu können, wurde sie von Z veranlasst, der Vernehmung von einem Nebenzimmer aus zum Zwecke der Stimmenidentifikation beizuwohnen. Die so erlangte Stimmenprobe belastet X und bildet die Grundlage seiner Verurteilung.

aa) Fall Nr. 10 – BGHSt. 34, 39

In der Entscheidung zu *Fall Nr. 10* hat der BGH das Vorgehen der Ermittlungsbehörden als Täuschung gewertet und die Verwertung der Stimmenprobe wegen Verstoßes gegen den Rechtsgedanken des § 136a StPO sowie wegen Verletzung des verfassungsrechtlich verbürgten Persönlichkeitsrechts am eigenen Wort für unzulässig erklärt.

Unter Rekurs auf die verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit des Beschuldigten, „selbst darüber zu befinden, ob er an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv mitwirken will oder nicht“, stellt der 3. Senat zur Stimmenprobe fest: „Das Verbot, sie vom Beschuldigten zu erzwingen, wäre wirkungslos, wenn es dadurch umgangen werden könnte, dass der Beschuldigte durch ausdrückliche oder konkludente Täuschung darüber, dass sein nichtöffentlich gesprochenes Wort auf Tonträger fixiert wird und einer Stimmenvergleiche dienen soll, zum Sprechen veranlasst werde dürfte“¹¹⁵.

Die Unzulässigkeit der Maßnahme und ein Verwertungsverbot für die Stimmenprobe folgen – so der 3. Senat – schon daraus, dass sie von dem für die Hauptverhandlung zuständigen Spruchkörper selbst angeordnet worden war, ohne dass hierzu eine wirksame Ermächtigungsgrundlage bestanden hätte.¹¹⁶ Denn außerhalb der gesetzlich geregelten Fernmeldeüberwachung sei es grundsätzlich unzulässig, das nichtöffentlich gesprochene Wort des Beschuldigten verborgen auf Tonband aufzunehmen, um Art und Weise der Gesprächsführung als Beweismittel gegen seinen Willen verwerten zu können.¹¹⁷ Der BGH ließ ausdrücklich offen, ob die heimliche Tonbandaufzeichnung einer Vernehmung zum Zwecke der Stimmenidentifizierung in Fällen schwerer Kriminalität zulässig sein könnte, deutete die Bejahung der Frage aber an, da in dieser Situation eine „gezielte Verleitung zum unbewussten Schaffen von Anknüpfungstatsachen“ nicht liege und der Beschuldigte gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 StPO über sein Weigerungsrecht belehrt sei.¹¹⁸ Ein Verstoß gegen wesentliche Strukturprinzipien der Strafprozessordnung sei somit nicht von vornherein gegeben, weshalb die Frage der Legali-

¹¹⁵ BGHSt. 34, 39 (46). Dies entspricht dem Leitgedanken zur Selbstbelastungsfreiheit im Allan-Urteil.

¹¹⁶ BGHSt. 34, 39 (51 f.).

¹¹⁷ BGHSt. 34, 39 (43). De lege lata ist der „Kleine Lauschangriff“ gemäß § 100f StPO zulässig.

¹¹⁸ BGHSt. 34, 39 (52).

sierbarkeit der vorliegend angewandten Ermittlungsmaßnahme „dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben [müsse], der den Umfang solcher Grundrechtsbeschränkungen für den Bürger klar erkennbar“ zu regeln hätte.¹¹⁹

In der Literatur war die Entscheidung auf breite Zustimmung gestoßen. Dabei fand weniger die vom BGH angenommene Verletzung des Persönlichkeitsrechts Beachtung als vielmehr seine Aussage, dass das verfassungsrechtlich verbürgte Verbot des Selbstbelastungszwangs nicht durch Täuschung umgangen werden dürfe, wobei als gesetzlicher Anknüpfungspunkt dieser Kernthese von großen Teilen der Literatur § 136 Abs.1 StPO in der Folgezeit auserkoren wurde.¹²⁰ Nach hier vertretener Auffassung ist der insofern vorgebrachten Kritik, der BGH habe sich mutlos in abwägungsoffene, verfassungsrechtlich begründete Verwertungsverbote geflüchtet, statt die „Stimmenfalle“ direkt an den strafprozessualen Schutzvorschriften zugunsten des Beschuldigten zu messen,¹²¹ im Ausgangspunkt beizupflichten.

Obschon der 3. Senat zutreffend von einer Täuschung ausgeht und diese auch in Beziehung zu einem Verstoß gegen das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit setzt, ist er jedoch, indem § 136a StPO lediglich als Rechtsgedanke wahrgenommen wird, auf halben Weg stehen geblieben. Denn die Inszenierung eines Gesprächs zu einem in Wirklichkeit direkt beweisheblichen, und damit zu einem anderen Zweck, als er dem Beschuldigten vom Anstaltsleiter durch schlüssiges Benehmen vermittelt worden ist, stellt eine tatbestandsmäßige – konkludente – Täuschung gemäß § 136a Abs.1 S. 1 StPO dar.¹²²

Diese Wertung war vom Amtsgericht Freiburg in einem weiteren Fall einer polizeilich initiierten „Stimmenfalle“ ebenfalls vorgenommen worden: Die Tatverdächtigen waren von einem Kriminalbeamten befragt worden, damit einem mittels venezianischen Spiegels im Polizeigebäude verborgen gebliebenen Zeugen die Gelegenheit zum Mithören gegeben werden konnte: Die Erlangung der Stimmenprobe beruhte auf einer Täuschung i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO.¹²³

bb) Fall Nr. 11 – BGHSt. 40, 66

In dem weitgehend gleich gelagerten *Fall Nr. 11* war vom BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1994 eine Täuschung dagegen verneint worden. Zwar

¹¹⁹ BGHSt. 34, 39 (50).

¹²⁰ Vgl. *Bottke*, Jura 1987, 356 ff.; *Dencker*, StV 1994, 667 (673 ff.); *Schroth*, JuS 1998, 969 (976).

¹²¹ Vgl. *Beulke*, StV 1990, 180 (183); *Bosch*, Aspekte, 301; *K. Meyer*, JR 1987, 215 (216).

¹²² *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 138; *Jäger*, Beweisverwertung, 175; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 19; *T. Walter*, Europäisierung des Rechts (2010), 302; *Wolfslast*, NStZ 1987, 103 (104).

¹²³ AG Freiburg, StV 1988, 383; vgl. auch *Pfeiffer/StPO*, § 136a, Rn. 8.

könne ihr – so der 4. Strafsenat – die bloße Ausnutzung eines bestehenden Irrtums ausnahmsweise gleichgestellt werden.¹²⁴ So sei eine „zuverlässige Täuschung“ etwa dann möglich, wenn der Zeugin die Gelegenheit zum Mithören gegeben worden sei, nachdem der Beschuldigte seine Beteiligung an einer Stimmenprobe bereits ausdrücklich abgelehnt habe oder seine Vernehmung entgegen dem ihm mitgeteilten Zweck nur in der Absicht durchgeführt worden sei, der Zeugin eine Gelegenheit zum Mithören zu verschaffen.¹²⁵ Beides sei vorliegend aber nicht gegeben; auch stehe einer Beurteilung gleich der zu *Fall Nr. 11* entgegen, dass die Stimmenprobe nicht mittels einer verborgen gehaltenen Abhöranlage aufgenommen worden sei, jedoch an diese Besonderheit die rechtlichen Erwägungen zu ihrer Unverwertbarkeit in jener Entscheidung anknüpfen.¹²⁶ Überhaupt, befand der BGH, könne und müsse das Strafprozessrecht dem Täter nicht generell und für alle Wiedererkennenssituationen das Risiko abnehmen, an seiner Stimme erkannt zu werden.¹²⁷

Die vom 4. Senat vorgenommene Unterscheidung danach, ob das Gespräch schon in der Absicht heimlichen Mithörens arrangiert wurde (= unzulässige Täuschung des Beschuldigten über die beweisrechtliche Unbedenklichkeit seiner Stimmabgabe) oder die Zeugin hierzu nur Gelegenheit erhalten hatte (= zulässige Ausnutzung einer schon bestehenden Fehlvorstellung), überzeugt indes nicht. Einsichtig war sie von *Roxin* als gekünstelt befunden worden, weil in beiden Fällen die Befragung des Beschuldigten zum Zwecke seiner unwillentlichen Selbstüberführung von den Beamten eingesetzt worden war.¹²⁸ Unter diesem entscheidenden Gesichtspunkt kann es bei typisierender Fallbetrachtung um die Ausschließlichkeit des Vernehmungszwecks nicht gehen.¹²⁹ Der Schutzbereich von § 136a StPO ist ebenso betroffen, wenn die Erlangung heimlicher Stimmenproben auch Vernehmungszweck war.¹³⁰ Insoweit darf nicht verkannt werden, dass die unzutreffende Vorstellung des Beschuldigten, er befinde sich in einer normalen Vernehmungssituation – entsprechend dem Gesetzeszuschnitt von § 136 Abs. 1 StPO also ohne heimliche Mithörer – von dem Vernehmungsbeamten mit Durchführung der Vernehmung überhaupt erst hervorgerufen wurde, so dass ebenso wie in *Fall Nr. 10* von einer konkludenten Täuschung auszugehen ist.¹³¹

¹²⁴ BGHSt. 40, 66 (72) unter Hinweis auf BGHSt. 39, 335 (*Fall Nr. 2*).

¹²⁵ BGHSt. 40, 66 (72).

¹²⁶ BGHSt. 40, 66 (71).

¹²⁷ BGHSt. 40, 66 (71).

¹²⁸ *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 18, zustimmend: *Jäger*; Beweisverwertung, 176.

¹²⁹ *Freund*, JuS 1995, 394 (396); *Odenthal*, NStZ 1995, 579 (580).

¹³⁰ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 138; *Eisenberg*, NStZ 1994, 598 (559), in seiner Anm. auch zu einem weiteren Fall heimlicher Stimmenprobe „für den Zeugen im Nebenzimmer“ (BGH, NStZ 1994, 597).

¹³¹ *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 677; *Jäger*, Beweisverwertung, 176; *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 49; *Rüping*, Das Strafverfahren, Rn. 105 (Fn. 109).

Zuzugeben ist aber, dass grundsätzlich umso weniger von einer aktiven Täuschung ausgegangen werden kann, je weniger die Vernehmung zum Zweck der „Stimmenfalle“ arrangiert ist. Bei gleicher Zielsetzung der Vernehmungsbeamten eröffnet sich dann jedoch der Anwendungsbereich einer Täuschung durch Unterlassen. Dem Zweck der nichtöffentlichen (i. S. v. § 201 StGB) Vernehmung und dem Sinngehalt der Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO sowie der Eröffnung des Tatvorwurfs nach § 136 Abs. 1 S. 1 StPO ist zu entnehmen, dass dem Beschuldigten in der Vernehmung die für seine Äußerung maßgeblichen Umstände erkennbar zu machen sind. Geschieht dies nicht, wird er über aufklärungspflichtige Tatsachen durch garantenpflichtwidriges Unterlassen getäuscht,¹³² wobei Sedes materiae dieser nach Art. 20 Abs. 3 GG zu verlangenden Aufklärungspflicht neben § 136 Abs. 1 S. 1, 2 StPO die Vorschrift des § 136a Abs. 2 StPO ist.

Ebenso wie in dem vom Finanzgericht Mecklenburg-Vorpommern entschiedenen Fall handelt es sich auch hier bei der Irreführung über den wahren Zweck der Vernehmung bzw. über den Bezugspunkt der amtlichen Befragung um eine Täuschung durch Unterlassen.¹³³ Insofern entspricht die „Stimmenfalle“ der ebenfalls unter das Täuschungsverbot zu subsumierenden heimlichen Tonbandaufnahme in der Vernehmung,¹³⁴ weshalb von rechtsunerheblicher Ausnutzung einer beim Beschuldigten bereits bestehenden Fehlvorstellung keine Rede sein kann. Ersichtlich neben der Sache liegt damit auch der Hinweis des BGH auf das allgemeine Lebensrisiko, an der Stimme wiedererkannt zu werden, da es um seine Realisierung nicht geht, wenn der Beschuldigte bewusst darüber in Unkenntnis gelassen wird, dass er sich aktuell in einem von der Polizei herbei- bzw. durchgeführten auditiven Wiedererkennungstest befindet.¹³⁵

c) BGHSt. 53, 294 („Haftbesuchsraum-Fall“)

In seinem Urteil zum „Haftbesuchsraum-Fall“ (Nr. 9) hat der 1. Senat eine konkludente Täuschung des Beschuldigten angenommen. Damit, dass die Ermittlungsbehörden eine von den üblichen Abläufen in der U-Haft abweichende Besuchssituation geschaffen haben, wurde dem Beschuldigten „der Eindruck vermittelt, er erhalte eine Sonderbehandlung und dürfe sich völlig ungestört und ohne jegliche Überwachung mit seiner Ehefrau (...) unterhalten“.¹³⁶ Mit dieser

¹³² *Schneider*, GA 1997, 371 (381); a. A. *Freund*, JuS 1995, 394 (395). Hierzu auch im vierten Kapitel, IV.

¹³³ Vgl. FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (477).

¹³⁴ *Meyer-Gößner*, § 136a, Rn. 18; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 19.

¹³⁵ *Achenbach/Perschke*, StV 1994, 577 (579).

¹³⁶ BGHSt. 53, 294 (308, Rn. 47), vgl. auch im zweiten Kapitel unter § 3 IV. 2. b) bb) und § 3 VI. 2. b).

„Einwirkung auf das Vorstellungsbild“ des Beschuldigten ist in ihm eine entsprechende Fehlvorstellung erzeugt worden; eine „bewusste Irreführung“ des Beschuldigten durch die Strafverfolgungsbehörden ist mithin erfolgt.¹³⁷

Mit dieser Entscheidung erkennt der BGH wie schon im *Fall Nr. 10* eine konkludente Täuschung für die Situation an, in der ein Beschuldigter von den Ermittlungsbehörden über die beweisrechtliche Unbedenklichkeit der Gesprächssituation bewusst in die Irre geführt wird. Dass dem Beschuldigten nicht die Unwahrheit gesagt wird oder er sich nicht über die Identität des Gesprächspartners irrt, ist demnach unerheblich.

d) Zwischenergebnis

Aus Vorstehendem lässt sich verallgemeinern, dass immer dann, wenn durch zielgerichtete staatliche Einflussnahme die äußeren Gegebenheiten einer repressiven Informationserhebung zu dem Zweck manipuliert werden, eben diese Informationserhebung nicht zur Kenntnis des Beschuldigten gelangen zu lassen, eine Täuschung i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO gegeben ist. Das Ziel dieses Vorgehens liegt darin, den Beschuldigten auf diese Weise zu veranlassen, gegen seinen Willen zu seiner eigenen Überführung beizutragen. Ist eine konkludente Täuschung hiernach gegeben, kommt es darauf, dass dem Beschuldigten die Unwahrheit gesagt wird, nicht an.

2. Informelle Informationserhebungen

Es würde nahe liegen, die bisherigen Ausführungen direkt auf die Situation informeller Informationserhebungen zu übertragen. Verbreitet ist hingegen, Irreführungen insoweit als bloß listiges Vorgehen auszuweisen. Zur Abgrenzung zwischen (zulässiger) List und (verbotener) Täuschung wird vielfach ein überindividueller Gesetzeszweck von § 136a StPO zur Begründung herangezogen.

a) Auslegungsmaßstab: Schutz staatlichen Ansehens

Es entspricht ganz herrschender Auffassung, dass § 136a StPO neben dem Schutz von Individualrechtsgütern das Ansehen des Staats als Rechtsstaat schützt. Die Vorschrift trage dabei der Erkenntnis Rechnung, dass bedingungslose, die Menschenwürde und die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen ignorierende Strafverfolgung den Rechtsfrieden und damit den sozialen Frieden insgesamt nachhaltiger zu beeinträchtigen in der Lage sei als ein Zurücktreten des Strafverfolgungsinteresses.¹³⁸

¹³⁷ BGHSt. 53, 294 (309, Rn. 49 f.) m. Anm. *Kleszczewski*, StV 2010, 462.

¹³⁸ *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte, 21; *ders.*, FS-Roxin (2001), 1259 (1262 f.); *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 625; *Gundlach* in AK/StPO, § 136a, Rn. 2;

aa) Gewährleistung verfahrensrechtlicher Legitimität als Normfunktion

Die danach zu stellende Frage, ab welchem Grad eine Täuschung für den Staat zum Verlust der Legitimation für die strafrechtliche Sanktion führt, ihre Anwendung seiner also unwürdig sei,¹³⁹ erweist sich für die Auslegung von § 136a StPO jedoch als unergiebig. Indem das Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip angelegt ist, wären Einschränkungen der staatlichen Integrität grundsätzlich möglich, die sich als praktische Konkordanz durch Abwägung widerstreitender Interessen ergeben. Die Strafligitimität wäre zwar sicher dann erschüttert, wenn der Staat Straftaten zur Straftataufklärung beginge, doch muss diese Erkenntnis ohne Gewinn bleiben, ist es doch gerade die Täuschung nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO, der keine materiellrechtliche Entsprechung widerrechtlicher Aussageergangung i. S. v. § 343 Abs. 1 StGB zukommt.¹⁴⁰

Nicht gefolgt werden kann auch dem Hinweis *Joerdens* auf die Unschuldsvermutung in diesem Zusammenhang, der zufolge mit Art. 1 Abs. 1 GG – und der die Menschenwürdegarantie im Strafverfahren konkretisierenden Vorschrift des § 136a StPO – nicht zu vereinbaren wäre, jemanden wie einen Schuldigen zu behandeln, dessen Schuld noch nicht bewiesen sei.¹⁴¹ Da der Menschenwürdegarantie derartige Abstufungen fremd sind, sie einem Unschuldigen gegenüber nicht „erst recht“ gilt,¹⁴² wäre ihre Verletzung durch den Staat stets geeignet, zugleich sein Ansehen herabzuwürdigen.

Ohnehin steht zu vermuten, dass gerade bei der mittels Täuschung bewirkten Straftataufklärung ein als „Überlistung“ vermittelter Erfolg beim Bürger vielmehr Respekt, zumindest aber ausdrückliche Billigung hervorrufen würde, er befriedigt feststellen mag: Der Täter ist überführt, gelitten hat er dabei nicht – recht

Hanack, LR/StPO, § 136a, Rn. 41; *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1287); *Neuhaus*, NStZ 1997, 312 (314 f.); *Peters*, Strafprozess, § 41 II 2 b); *Ranft*, Strafprozessrecht, Rn. 330; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 4; *Schneider*, NStZ 2001, 8 (9 f.); *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (307); v. *Stetten*, Beweisverwertung, 132 f.; *Lesch*, GA 2000, 355 (357), sieht § 136a StPO in gleicher Funktion zu den §§ 22 f. StPO, da ggf. die Legitimationsfunktion des Verfahrens nicht mehr gewährleistet ist. Mit der Einbeziehung fahrlässigen Handelns zeigt sich dieser Ansatz insgesamt unvereinbar.

¹³⁹ Nach *Meyer-Gößner*, § 136a, Rn. 12, liegt nur hierin der Grund für das Verbot der Täuschung, da sie weder die Menschenwürde des Beschuldigten noch die Freiheit seiner Willensentschließung berührt.

¹⁴⁰ Dies ist de lege ferenda änderungsbedürftig, weil die Täuschung zwar „weniger handgreiflich“, zur Motivierung des Beschuldigten jedoch weitaus wirksamer ist, vgl. schon *Rüping*, JR 1974, 135 (137).

¹⁴¹ *Joerden*, JuS 1993, 927.

¹⁴² So *Joerden*, JuS 1993, 927. Das Recht auf Achtung seiner Würde kann dem Straftäter selbst dann nicht abgesprochen werden, wenn er sich in schwerer und unerträglicher Weise gegen das vergangen hat, was die Wertordnung der Verfassung unter ihren Schutz stellt, vgl. BVerfGE 64, 261 (284).

so. Jedenfalls ist „nicht nachvollziehbar und axiologisch ungereimt“, weshalb die Täuschung des Beschuldigten in der Vernehmung eines Rechtsstaats unwürdig sein soll, nicht aber der auf Täuschung angelegte Einsatz Verdeckter Ermittler, von V-Leuten und sonstigen privaten Ermittlungshelfern, deren sich der Staat zugleich bedient.¹⁴³

Die Bestimmung dessen, was sich der Staat aus Gründen rechtsstaatlichen Ansehens zu versagen hat, ist ebenso wenig weiterführend wie die verifizierbare Ableitungen schon nicht zulassende Beurteilung dessen, was dem Beschuldigten an Rechtspositionen aus verfahrenslegimatorischen Erwägungen zu gewähren unabdingbar sei. Eine solche Auslegung bedingt sachlogisch, als ihr Destillat genau das zu gewinnen, was als Notwendigkeit zuvor in sie gedanklich hineininterpretiert wurde. Ein Gesetzeszweck aber, dem objektiv angelegte Beurteilungen nicht entnommen werden können und der letztlich allein auf der Grundlage eines subjektiven Rechtsgefühls argumentieren muss, kann als Auslegungshilfe nicht überzeugen.

bb) Die Disziplinierungsfunktion

Auch das Abstellen auf eine die Strafverfolgungsbehörden disziplinierende Wirkung des absoluten Verwertungsverbots nach § 136a Abs. 3 StPO erlaubt keine qualitativen Rückschlüsse auf Art und Umfang der notwendigen Irreführung.¹⁴⁴ Zum einen erscheint die disziplinierende Wirkung über ein Beweisverwertungsverbot vor dem Hintergrund, dass die meisten der verbotenen Vernehmungsmethoden selbst schon mit Kriminalstrafe geahndet werden (vgl. § 343 Abs. 1 StGB), nahezu lebensfremd. Zum anderen müsste bei einem derart verstandenen Verbotszweck konsequenterweise jeder Verfahrensverstöß mit einem Verwertungsverbot belegt werden. Da dieses Resultat mit dem Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nicht in Einklang zu bringen ist, gelangt man bei der dann notwendigen Gewichtung des Verfahrensverstößes zum Ausgangspunkt der Betrachtung, nämlich zu einer außerhalb der Disziplinierungsfunktion anzusiedelnden Bewertung des Verfahrensverstößes an sich. Die so vorgenommene Bestimmung des Schutzgehalts wäre, einem Echo gleichend, wiederum nur das Ergebnis subjektiver Gewichtung, weshalb verbindliche Aussagen zur Reichweite des Täuschungsverbots nicht zu erhalten sind, ohne sich dem Vorwurf interpretatorischer Beliebigkeit auszusetzen. Hinzu kommt der grundsätzliche Einwand, dass die Strafverfolgungsorgane kaum diszipliniert – und die

¹⁴³ So treffend *Lesch*, KMR/StPO, § 136a, Rn. 7; zustimmend: *Eschelbach*, StV 2000, 390 (394). Wenig plausibel *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (211 ff.), wonach das Handeln des V-Manns, anders als das des VE, dem Ansehen der Strafverfolgungsorgane schade und ihnen daher nicht zuzurechnen sei.

¹⁴⁴ In diese Richtung weisen die Stellungnahmen von *Grünwald*, JZ 1966, 489 (499); *Hamm*, StraFo 1998, 361 (364 f.); *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 50.

staatliche Straflegitimität nachhaltig geschützt – werden könnten, wenn entlastende Beweismittel absolut unberücksichtigt (§ 136a Abs. 3 StPO) bleiben müssten.¹⁴⁵

Schließlich ist bei Zugrundelegung dieses Ansatzes die gesetzliche Beschränkung auf solche Täuschungen, die die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung beeinträchtigen, nicht nachvollziehbar. Denn die Täuschung von Bürgern durch den Staat ist für sich schon geeignet, sein Ansehen herabzusetzen. Der die Willensfreiheit kennzeichnende subjektivrechtliche Gehalt der Vorschrift wäre abermals grundsätzlich verkannt, würde man staatliche Interessen – wie der Vorbeugung unwahrer Aussagen – wiederum zum Auslegungsmaßstab überindividueller Norminterpretation erhöhen, obwohl sie nur „willkommene Begleiterscheinung“¹⁴⁶ sind.

cc) Zwischenergebnis

Der für § 136a StPO in Anspruch genommene Schutz rechtsstaatlichen Ansehens wird lediglich als unselbständige Folge der Normrespektierung bedient; eine Auslegung der Vorschrift, nach der es sich bei Irreführungen des Beschuldigten im Rahmen informeller Informationserhebungen um bloße List handelt, sofern sie die staatliche Integrität nicht beeinträchtigen, ist abzulehnen.

b) Das Diktum von der „bloßen Heimlichkeit“

In den *Fällen Nr. 2, Nr. 3* und *Nr. 7* hat der BGH zum Vorhandensein konkreter Täuschungen keine Erörterungen angestellt. Vielmehr wurde die „bloße Heimlichkeit“ des polizeilichen Vorgehens hervorgehoben und klargestellt, dass diese für sich seine Unzulässigkeit nicht begründen könne.¹⁴⁷ Unter Hinweis darauf, dass das Verschweigen des amtlichen Zwecks der Befragung einer Täuschung nicht gleichzustellen sei, wird ihr Vorliegen auch in der Literatur vielfach verneint.¹⁴⁸ Zur Begründung wird auf die Täuschungsdogmatik des § 263 StGB verwiesen, nach der eine Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Täuschungsadressaten zu verlangen sei, der Irrtum also hervorgerufen bzw. seine Aufklärung pflichtwidrig unterbunden worden sein müsse.¹⁴⁹ Gleiches setze das Recht des

¹⁴⁵ *Amelung*, StraFo 1999, 181 (182); *ders.*, NSTz 1982, 38 (40).

¹⁴⁶ *Lindner*, Täuschungen, 71.

¹⁴⁷ BGHSt. (GrS) 42, 139 (149); BGHSt. 40, 211 (215); BGHSt. 39, 335 (346); ebenso jüngst BGH, NSTz 2010, 527 (ebd., Rn. 15).

¹⁴⁸ *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, 70; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 481 e; *ders.*, StV 1990, 180 (183); *König*, Kriminalistik 1997, 179 (181); *Kudlich*, JuS 1997, 696 (698); *Lesch*, KMR/StPO, § 136a, Rn. 31; *Rogall*, NSTz 2008, 110 (111); *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (307 f.).

¹⁴⁹ *Bockemühl*, Private Ermittlungen, 78; *Günther*, StV 1988, 421 (423); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 164 f.; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (307).

Getäuschten zur Anfechtung seiner Willenserklärung nach § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB voraus.¹⁵⁰ Aus diesen Wertungen folge, dass das Verändern von Tatsachen, selbst wenn dadurch die Vorstellung des Anderen unrichtig werde, keine Täuschung i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO begründen könne.¹⁵¹

Bedenken gegenüber diesem Denkansatz sind aber schon wegen der Verschiedenheit der Schutzgüter zu erheben, ist eine Vergleichbarkeit des von § 263 StGB geschützten Vermögens mit der von § 136a StPO geschützten Willensfreiheit doch nicht gegeben.¹⁵² Überdies kann nicht unbeachtet bleiben, dass wegen des Verbots strafbegründender und strafschärfender Analogie (Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 EMRK, § 1 StGB) die Erweiterung des Anwendungsbereichs der materiellen Rechtsnorm des § 263 StGB zu Ungunsten des Beschuldigten untersagt ist, dieser Effekt bei der Verfahrensvorschrift des § 136a StPO aber nur infolge extensiver Auslegung möglich ist.

Schließlich begegnet der Hinweis auf die Vergleichbarkeit von § 123 BGB mit § 136a StPO Zweifeln¹⁵³. Zwar ist Schutzgut von § 123 BGB die Entschließungsfreiheit des Kontrahierenden,¹⁵⁴ so dass eine Willensbildung frei von Täuschung (verlangt ist eine arglistige Täuschung) und Drohung vorausgesetzt ist. Während § 123 BGB von der rechtlichen Gleichordnung der Vertragspartner ausgeht, ist die charakteristische Situation von Vernehmendem und Vernommenem in einem Über-/Unterordnungsverhältnis, wie es die Vernehmung nach § 136 StPO darstellt, jedoch grundlegend verschieden.

Gleichwohl kann es mit der Feststellung, das Vorgehen der Ermittlungsbehörden erfolge „bloß heimlich“, nicht sein Bewenden haben, wenn dem Beschuldigten die unmittelbar beweisrechtliche Relevanz seiner Befragung verschleiert wird und sein Vertrauen darauf, dass sie fehle, berechtigt ist. Das soll im Folgenden dargestellt werden.

¹⁵⁰ Hierzu *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 641, 655; *Keller*, Straftatprovokation, 135; *Puppe*, GA 1978, 289 (300); *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten, 69.

¹⁵¹ *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 165; vgl. auch *Fischer/StGB*, § 263, Rn. 15.

¹⁵² Der Begriff der Täuschung ist in § 263 StGB nicht genannt, sondern umschrieben als „Vorspiegelung falscher oder (...) Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“. Nach *Achenbach*, StV 1989, 515 (517), verbietet sich daher die Heranziehung dieser Vorschrift zur Beurteilung von § 136a StPO; a. A. *Monka*, Graf/StPO, § 136a, Rn. 15.

¹⁵³ *Lindner*, Täuschungen, 83; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 216.

¹⁵⁴ BGHZ 51, 141 (147); *Ellenberger*, Palandt/BGB, § 123, Rn. 1.

c) *Tatsächlicher Bezugspunkt der Täuschung: Die Verschleierung der unmittelbar beweisrechtlichen Relevanz der Befragung*

aa) Die U-Haft-Fälle

(1) *Fall Nr. 4*

Die Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Beschuldigten ist evident, wenn über eine heimliche Vorgehensweise der Strafverfolgungsorgane hinaus dessen Bereitschaft, sich selbst zu belasten, noch zusätzlich gefördert wird. Besonders deutlich ist dies im „*Zellengenossen-Fall*“ (Nr. 4) geschehen, in welchem dem privaten Ermittlungshelfer von den Strafverfolgern nicht nur ein konkreter Ausforschungsauftrag erteilt wurde, sondern ihm auch detaillierte kriminalistische Anleitungen zu seiner Erfüllung gegeben wurden. Hinzu kam, dass ihm motivierende Zusagen bei Erfolg in Aussicht gestellt wurden, weshalb er – zu diesem Zweck von den Ermittlungsbehörden in dieselbe Zelle verlegt – zur Steigerung des ihm entgegengebrachten Vertrauens mit dem Beschuldigten Pläne zur gemeinsamen Flucht und zur anschließenden Straftatbegehung entwarf. Die Vorstellung des Beschuldigten, sein Mithäftling sei vertrauenswürdig und stünde weit abseits der Ermittlungsbehörden, wurde so von ihnen befördert. Dass der BGH eine verbotene Täuschung dennoch völlig unerörtert ließ und sich zur Begründung des angenommenen Verwertungsverbots für die so erlangten Erkenntnisse stattdessen auf unzulässigen Zwang i. S. v. § 136a Abs. 1 StPO bezog, war von der überwiegenden Literatur trotz Zustimmung im Ergebnis denn auch heftig kritisiert worden.¹⁵⁵

Zuzugeben ist, dass die Informationsbeschaffung unter Ausnutzung des natürlichen menschlichen Kommunikationsbedürfnisses erfolgt ist. Jedoch bleibt unbewiesen, dass dieses direkt den Haftbedingungen entspringt; ein Bedürfnis zu selbstbelastenden Äußerungen erwächst ihnen jedenfalls nicht notwendigerweise.¹⁵⁶ Dabei wird nicht verkannt, dass Haftumstände einen Geständnisdruck insoweit erzeugen können, als der Betroffene motiviert ist, mit einem Geständnis den sie verursachenden Haftgrund zu beseitigen.¹⁵⁷ Ein derartiges Bestreben

¹⁵⁵ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 136; *Fezer*, JZ 1987, 937 f.; *Grünwald*, StV 1987, 470 (471); *Ranft*, Strafprozessrecht, Rn. 369, *Roxin*, NSStZ 1997, 18 (19); *Seebode*, JR 1988, 427 (428); *Volk*, Strafprozessrecht, § 9, Rn. 19; *Wagner*, NSStZ 1989, 34; *Weiler*, GA 1996, 101 (115); dagegen stimmen dem BGH auch in der Begründung zu: *Krey*, FS-Miyazawa (1995), 600; *Salditt*, GA 1992, 51 (69 f.); *Schneider*, JR 1996, 401 (407). Die Anwendung von § 136a in den U-Haft-Fällen wird wegen seines der Wahrheitssicherung zugewiesenen Zwecks gänzlich abgelehnt von *Lesch*, GA 2000, 355 (357 ff.); als unzulässige Geständniserschleichung wird das Vorgehen der Ermittlungsbehörden in diesen Fällen unter § 136 I StPO subsumiert von *Bosch*, Aspekte, 232; *G. Haas*, GA 1995, 230 (235); *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 25; *Schäfer/Sander*, Die Praxis des Strafverfahrens, Rn. 334.

¹⁵⁶ *Hanack*, JR 1999, 348 (349); *Jahn*, JuS 2000, 441 (443); *Roxin*, NSStZ 1997, 18 (19).

¹⁵⁷ *Fezer*, StV 1996, 77 (78); *Lesch*, GA 2000, 355 (358).

setzt aber den hier nicht gegebenen – von § 136a Abs. 1 S. 2 StPO ohnehin gedeckten – Fall einer direkten Tateinlassung gegenüber den offiziellen Stellen (Richter, Staatsanwalt, Polizei) voraus.

Entscheidend für die selbstbelastenden Äußerung des Beschuldigten ist die von einem Hoheitsträger veranlasste und von einer Privatperson konkludent hervorgerufene irriige Vorstellung, der Polizeispitzel sei ein verbündeter, vertrauenswürdiger Strafgefangener, und er, der Beschuldigte, befinde sich daher in einer beweisrechtlich unbedenklichen Situation. Diese Täuschung bewirkt, dass er sich selbst überführt. Wiederum kommt es darauf, dass der Mithäftling zusätzlich lügt, also nicht an.¹⁵⁸ Gegenstand der Täuschung ist, insofern nicht anders als bei formellen Informationserhebungen, die Verschleierung der unmittelbaren Beweisrelevanz des Gesprächs und die behördliche Funktion der Privatperson diesbezüglich.¹⁵⁹ Dass der BGH diese offenkundige Schlussfolgerung – auch entgegen der I. Instanz¹⁶⁰ – gleichwohl nicht zu ziehen bereit war, lässt sich letzten Endes nur mit dem Bestreben erklären, Zweifel an der von ihm als erforderlich erachteten heimlichen Ermittlungstätigkeit jenseits von Haftanstalten gar nicht erst aufkommen zu lassen.¹⁶¹

(2) Fall Nr. 5

Vom BGH, der in dieser Entscheidung zum „*Denunzianten-Fall*“ eine Täuschung selbst angesprochen hatte, war ihr Vorhandensein verneint worden.¹⁶² Dies ist insofern richtig, als zwar wiederum eine Fehlvorstellung des Beschuldigten über die beweisrelevante Relevanz seiner Angaben gegeben ist, es bei der hierzu notwendigen Irreführung des Mithäftlings über seine Vertrauenswürdigkeit aber an seiner behördlichen Funktion fehlt. Der Fall zeigt, dass die hoheitlich nicht zurechenbare Täuschung nicht tatbestandlich i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ist, da, wie ausgeführt, die Vorschrift nicht privates Denunziantentum verhindern will (zutreffend daher die Feststellung des BGH, dem Beschuldigten sei „widerfahren, was jedermann im täglichen Leben widerfahren kann“¹⁶³), sondern

¹⁵⁸ *Voller*, Lockspitzeleinsatz, 70 f.; a.A. *Röhrich*, Rechtsprobleme bei V-Leuten, 250 f.

¹⁵⁹ *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 659; *Jäger*, Beweisverwertung, 172; *Keller*, Straftatprovokation, 123 f.; *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (345); *Lindner*, Täuschungen, 90 f.; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 232.

¹⁶⁰ LG Hannover, StV 1986, 521.

¹⁶¹ *Degener*, GA 1992, 443 (448); *Fezer*, JZ 1987, 937 (938); *Lindner*, Täuschungen, 188 f.; *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 446 (448); *Seebode*, JR 1988, 427 (430); *Wagner*, NStZ 1989, 34 f.; *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 217; *Weiler*, GA 1996, 101 (115). Von *Beulke*, StV 1990, 180 (183) war das „ewige Schielen auf den V-Mann“ in der Rechtsprechung des BGH als gefährliche und rechtsstaatlich bedenkliche Relativierung des Täuschungsverbots gewertet worden.

¹⁶² BGH, NJW 1989, 843 f.

¹⁶³ BGH, NJW 1989, 843 (844).

den Ermittlungsbehörden die Anwendung von solchen Methoden verbietet, die den Beschuldigten in seinem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit verletzen.

(3) *Fall Nr. 6*

Mit denselben Erwägungen wie im „*Zellengenossen-Fall*“ (Nr. 4) dürfte auch der abermalige, wenn auch uneindeutigere Rekurs des BGH auf den prozessordnungswidrigen Gebrauch der U-Haft in *Fall Nr. 6* erklärlich sein. Zwar hat der BGH das Verhalten des Mithäftlings nunmehr als grundsätzlich beachtlich eingestuft, hierfür allerdings auf die Drohung und Drogenvergabe durch die „Wahrsagerin“ abgestellt. Zwar ist richtig, dass diese Methoden, wie auch die vom Gericht unangesprochene Täuschung, durch übersinnliche Kräfte einen Freispruch bewirken zu können, nach § 136a Abs. 1 StPO relevant sind, und zwar – entgegen dem BGH – unabhängig von der Haftsituation. Obschon diese im Einzelnen ungeklärten Umstände die Kommunikationsbereitschaft der Beschuldigten erhöht haben können, wird man ihre Bereitschaft zu selbstbelastender Äußerungen aber wiederum als Folge der Irreführung über die unmittelbar beweishebliche Relevanz der Gesprächssituation ansehen müssen. In dieser Hinsicht bestehen keine Unterschiede zum „*Zellengenossen-Fall*“ (Nr. 4).¹⁶⁴ Auch bei der Verwendung von Drohungen und Drogen macht es einen Unterschied, ob die unter ihrem Einfluss getätigten Aussagen zu Gehör eines Mithäftlings oder zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangen. Indem der BGH zu diesem Aspekt keine klaren Aussagen getroffen und erneut auf die staatlichen Fürsorgepflichten in dem besonderen Gewaltverhältnis der Untersuchungshaft abgehoben hat, kommt es zu einer Vermengung des nicht hinreichend spezifizierten Verhaltens der Privatperson mit Fragen seiner hoheitlichen Zurechnung, an deren Ende der eigentliche Grund für das Eingreifen eines Verwertungsverbot unklar geblieben ist.

Wiederum sollte mit der Flucht in die vermeintliche Besonderheit des Falles, also auf die Ebene der Haftbedingungen, vermieden werden, dass das Verhalten einer V-Person hinsichtlich des Merkmals „Täuschung“ dem Verhalten des Mithäftlings gleichgestellt werden kann. Dies ist jedoch umso unverständlicher, als der BGH die Tätigkeit eines Verdeckten Ermittlers mit Blick auf § 136a Abs. 1 StPO zwischenzeitlich selbst als „auf Täuschung ausgerichtet“¹⁶⁵ erkannt hat. Kann also nicht mehr bestritten werden, dass sich die Vorgehensweise von Verdeckten Ermittlern auf Täuschung gründet, darf dies bei der Ermittlungsarbeit einer staatlich eingesetzten Privatperson nicht länger negiert werden. Denn in

¹⁶⁴ *Jäger*, Beweisverwertung, 63; *Roxin*, NStZ 1999, 149 (150).

¹⁶⁵ BGHSt. 41, 42 (44). Dies ist wohl unstreitig, vgl. *Bockemühl*, Private Ermittlungen, 78; *Braum*, Verdeckte Ermittlung, 13 (17); *Lagodny*, StV 1996, 167 (169 ff.); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 166.

diesem Punkt bestehen Unterschiede nicht, sondern nur im Status der jeweils eingesetzten Person.¹⁶⁶

bb) Die „Zweithörer-Fälle“

Für die „Zweithörer-Fälle“ Nr. 1 bis Nr. 3 ergibt sich nichts Anderes. Auch hier muss sich der Beschuldigte nicht vorhalten lassen, er sei hinsichtlich der von ihm vorausgesetzten Vertraulichkeit des Gesprächs einem Irrtum erlegen, der lediglich ausgenutzt wurde.¹⁶⁷ Auch insoweit ist jeweils eine konkludente Täuschung des Beschuldigten über die unmittelbar gegebene beweisrechtliche Relevanz des Gesprächs gegeben, weshalb dem vom BGH¹⁶⁸ im „Mithör-Fall“ (Nr. 2) allein nachgegangenen Gesichtspunkt einer Täuschung durch Unterlassen keine sachgerechte Beurteilung entnommen werden kann.

Vorstehende Ausführungen haben bereits gezeigt, dass die herkömmlichen Wertungen des Täuschungsverbots auf die von den §§ 133 ff. StPO abgesteckte Vernehmungssituationen zugeschnitten sind, weshalb für die Frage, wann eine Täuschung durch Tatsachenveränderung im Rahmen informeller Informationserhebungen vorliegt, andere Kriterien herangezogen werden müssen. Hierfür kann die faktische Irrtumsbefangenheit des Getäuschten ebenso wenig erheblich sein wie der Einwand des Täuschenden, der Getäuschte sei in der Erwartung, das Gespräch habe keine unmittelbare Beweisrelevanz, leichtgläubig. Ausschlaggebend ist die normative Berechtigung dieser Erwartung.

*d) Normative Zurechnung der Täuschung:
Die Berechtigung des Vertrauens in die Legitimität
staatlicher Strafverfolgungsmaßnahmen*

Während zur Annahme einer konkludenten Täuschung in einer förmlichen Befragung die konkrete Vernehmungssituation aus Sicht des Vernommenen herangezogen werden muss, ist ihr Vorhandensein im Rahmen informeller Befragungen normativ anhand der Schutzwürdigkeit des dem Gespräch beigemessenen Vertrauens zu bestimmen. Die bloße Nichtmitteilung von Gesprächsbedingungen – und seien sie für die Entschlussfassung des Beschuldigten noch so erheblich – kann für sich keine konkludente Täuschung beinhalten, schließlich berechtigt nicht jeder vorenthaltene Umstand zur Annahme seiner Inexistenz. Auch bei der offenen Befragung ist dieser Gesichtspunkt, ohne klar benannt zu sein, vorausge-

¹⁶⁶ So nun auch BGHSt. 52, 11 (21); vgl. zuvor schon: *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (230); *Henrichs/Steri*, Kriminalistik 2004, 629 (631); *Maul*, StraFo 1997, 38 (39 f.); *Renzikowski*, JR 2008, 164 (165); *Strate*, AnwBl 1986, 309 (313); *Wolter*, SK/StPO, Vor § 151, Rn. 122.

¹⁶⁷ So aber BGHSt. 39, 335 (345); *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 61.

¹⁶⁸ BGHSt. 39, 335 (348); ebenfalls zu kurz greifend: *Wolter*, GA 1988, 49 (89).

setzt. So rechtfertigen etwa Inhalt und Schutzgehalt von § 136 StPO das Vertrauen, dass nicht mit vermeintlichen Vernehmungunterbrechungen, heimlichen Tonbandaufnahmen und informatorischen Befragungen getrickt und eine Vernehmung nicht, auch nicht zugleich, als verborgener auditiver Wiedererkennungstest genutzt wird. Anderenfalls liegt ein Verstoß gegen das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO vor.¹⁶⁹ Auf informelle Informationserhebungen übertragen bedeutet dies, dass der Irrtum des Beschuldigten über die einem Gespräch beigemessene Vertraulichkeit dann nicht seinem Verantwortungsbereich zugeschlagen werden kann, wenn und solange es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, die das betreffende Handeln der Ermittlungsbehörden gestattet.¹⁷⁰

aa) Legitimation, Ermächtigungsgrundlage

(1) Erforderlichkeit gesetzlicher Legitimierung

Es ist also die Frage nach einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zu stellen. Ihre Erforderlichkeit kann nicht verneint werden, weil der Gesetzgeber den strafprozessualen Einsatz von Privatpersonen nicht geregelt hat.¹⁷¹ Zum Entwurf des OrgKG war von ihm zwar explizit darauf hingewiesen worden, dass aus dem Umstand, dass dieser lediglich Regelungen über den Einsatz Verdeckter Ermittler enthalte, nicht geschlossen werden könne und dürfe, dass „die Heranziehung von Zeugen (Informanten, V-Personen) in Zukunft unzulässig sei“.¹⁷²

Allerdings ist mit dieser Feststellung eine sichere Aussage über die Zulässigkeit ihrer Heranziehung ebenso wenig getroffen, zumal sie vergleichbare Eingriffe vornehmen wie Verdeckte Ermittler – einmal abgesehen davon, dass die Motive prinzipiell ohnedies nicht in der Lage sind, etwas Verfassungswidriges (Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt) verfassungskonform zu machen.¹⁷³ Auch der weitere Hinweis im Gesetzesentwurf überzeugt daher nicht: „Diese Personen sind strafprozessual Zeugen, so dass die notwendige gesetzliche Grundlage für ihre Heranziehung im Ermittlungs- und Strafverfahren gegeben ist.“¹⁷⁴ Abgesehen davon, dass die Zulässigkeit von Zeugenbefragungen im Strafverfahren wohl

¹⁶⁹ Diemer, KK/StPO, § 136a, Rn. 25; Lemke, HK/StPO, § 136a, Rn. 21; Meyer-Gößner, § 136a, Rn. 18; Monka, Graf/StPO, § 136a, Rn. 21; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 19 (jeweils für heimliche Tonaufnahmen in der Vernehmung); a. A. Rogall, SK/StPO, § 136a, Rn. 69.

¹⁷⁰ So auch Hellmann, Strafprozessrecht, Rn. 469.

¹⁷¹ Lilie/Rudolph, NStZ 1995, 514 (515 f.); a. A. Hilger, FS-Hanack (1999), 207 (212).

¹⁷² BT-Drucks. 12/989, 41; dieser Schlussfolgerung zustimmend: Zaczyk, StV 1993, 490 (493).

¹⁷³ Vgl. Rudolphi, SK/StPO, § 110a, Rn. 3; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 37, Rn. 9.

¹⁷⁴ BT-Drucks. 12/989, 41.

zu keinem Zeitpunkt in Zweifel gezogen wurde, hätte es bei dieser Argumentation bereits der Schaffung der §§ 110a ff. StPO nicht bedurft, da die Erkenntnisse von Verdeckten Ermittlern – wie die eines jeden die Vernehmung nach § 136 Abs. 1 StPO führenden Amtsträgers – ebenfalls im Wege des Zeugenbeweises in die Hauptverhandlung eingeführt werden.¹⁷⁵

Zuletzt geht auch die Begründung des BGH¹⁷⁶ fehl, der Gesetzgeber habe mit den Regelungen zum Einsatz Verdeckter Ermittler lediglich seinen beamtenrechtlichen Fürsorgepflichten entsprochen. Das Bedürfnis nach gesetzlicher Gestaltung und Regelung des Einsatzes Verdeckter Ermittler folgt den hiermit verbundenen Grundrechtsverletzungen, weshalb auch für den beamtenrechtlichen Bindungen nicht unterliegenden V-Mann vom nahezu gesamten Schrifttum eine gesetzliche Grundlage gefordert wird.¹⁷⁷ Das Gleiche muss dann auch für die zur verdeckten Befragung staatlich eingesetzte Privatperson gelten, da sie sich von jenem in ihrem Eingriffsverhalten qualitativ nicht grundsätzlich unterscheidet.

(2) Erforderlichkeit spezialgesetzlicher Legitimierung

Waren vom Großen Senat die Regelungen der §§ 161, 163 StPO noch als Grundlage der fraglichen Ermittlungsmaßnahme im „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3) angesehen worden, so hat das BVerfG später in seinem Nichtannahmebeschluss zum „*Sedlmayr-Fall*“ (Nr. 8) deutlich gemacht, dass es diese Generalklauseln bei einem derart gewichtigen Eingriff wie der staatlich zurechenbaren Befragung eines Zeugen durch eine Privatperson als Ermächtigungsgrundlage nicht als ausreichend erachtet.¹⁷⁸ Dies gilt für Maßnahmen informeller Informationserhebung gleichermaßen; sachliche Gründe, die eine abweichende rechtliche Bewertung rechtfertigen, sind nicht ersichtlich.¹⁷⁹ Nun hat der Gesetzgeber mit dem StVÄG 1999 § 163 Abs. 1 StPO zu einer Eingriffsbefugnis für Ermittlungen jeder Art ausgebaut und damit Handlungswillen bewiesen. Hieraus ist verschiedentlich abgeleitet worden, ihm sei eine Übergangszeit bis zur Schaffung spezialgesetzlicher Regelungen zuzubilligen, währenddessen die §§ 161, 163 StPO noch als Rechtsgrundlage für den Einsatz von V-Leuten heranzuziehen möglich sei.¹⁸⁰

¹⁷⁵ *Hund*, StV 1993, 379 (380); *Rogall*, NStZ 2000, 490 (492); *Weiler*, GA 1996, 101 (105).

¹⁷⁶ BGHSt. 41, 42 (44) unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien.

¹⁷⁷ *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 513 (516); *Maul*, StraFo, 1997, 38 (39); *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 152 ff.; *Strate*, AnwBl 1986, 309 (311 ff.); *Wohlens*, SK/StPO, § 163a, Rn. 43.

¹⁷⁸ BVerfG, StV 2000, 233 (234); vgl. auch *Gaede*, StV 2004, 46 (50); a. A. BGHSt. (GrS) 42, 139 (150).

¹⁷⁹ Vgl. auch *Weßblau*, StV 2000, 468 (469); *Wohlens*, SK/StPO, § 163a, Rn. 43.

¹⁸⁰ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 424; *Jäger*, Beweisverwertung, 184; *Rogall*, NStZ 2000, 490 (493).

Diese Auffassung überzeugt aber nicht: Jedenfalls für Maßnahmen vom Gewicht der hier in Rede stehenden Art wird sich eine auf diese Vorschriften gestützte legitimierende Wirkung nicht herstellen lassen. Dies verdeutlicht das Abstufungsverhältnis der §§ 110b Abs. 1, 2 Nr. 1 StPO, wonach dem Verdeckten Ermittler nicht nur eine Spezialermächtigung zugeordnet ist, sondern sein Einsatz gegen einen bestimmten Beschuldigten obendrein dem Richtervorbehalt unterworfen wird. Da das Gesetz die Grundrechtsbetroffenheit bei gezielt heimlicher Ausforschungstätigkeit somit anerkennt, verbietet es sich, für das Vorgehen der Ermittlungsbehörden in den vorliegenden Fällen die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO heranzuziehen, zumal es angesichts der engen persönlichen (*Fälle Nr. 1–Nr. 3*) bzw. der unausweichlichen räumlichen (*Fälle Nr. 4 bis Nr. 6*) Nähe als noch eingriffsintensiver zu beurteilen ist. Immerhin findet es auch der 5. Strafsenat des BGH mittlerweile „zweifelhaft“, die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO als Rechtsgrundlage für ein verdecktes Verhör heranzuziehen, welches dazu dient, eine selbstbelastende Äußerung vom Beschuldigten herbeizuführen – angesichts der damit verbundenen „nicht unerheblichen Eingriffsintensität“.¹⁸¹

(3) Vergleich zur polizeilichen Beobachtung, § 163e StPO

In systematischer Hinsicht werden diese Wertungen zur Grundrechtsrelevanz verdeckter Befragungen von § 163e Abs. 1 StPO belegt, der die planvolle, grundsätzlich heimliche Beobachtung des Beschuldigten durch die Polizei gestattet.¹⁸² Ist bereits diese verdeckte Maßnahme einer richterlichen Anordnung unterworfen (§ 163e Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 S. 1 StPO), allein zur Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung gestattet und die Anordnungskompetenz bei Gefahr im Verzug sogar den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft versagt (§ 163e Abs. 4 StPO), müssten derartige Beschränkungen für heimliche Befragungen durch einen Privaten erst recht gelten (argumentum a minori ad maius). Denn zu ihnen verhält sich die polizeiliche Beobachtung als „wesensgleiches Minus“, ist sie für den Betroffenen doch von erheblich geringerer Eingriffsintensität.¹⁸³ Hieraus folgt, dass seine sogar täuschungsrelevante Befragung ohne richterliche Anordnung rechtswidrig ist.¹⁸⁴ So besteht beim Einsatz Verdeckter Ermittler ihre Aufgabe gerade darin, zum persönlichen Schutz des Beschuldigten (vgl. § 110b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO) einen grundrechtssichernden Ausgleich für den Täuschungscharakter dieser besonderen Ermittlungsmaßnahme zu schaffen.¹⁸⁵

¹⁸¹ BGH, NStZ 2010, 527 (528, Rn. 18); vgl. hierzu auch *Jahn*, JuS 2010, 832 (834).

¹⁸² Eingehend zum Anwendungsbereich von § 163e StPO vgl. *Krahl*, NStZ 1998, 339 ff.

¹⁸³ *Jahn*, JuS 2000, 441 (445); ebenso *Mende*, Privatermittlungen, 222.

¹⁸⁴ *Jahn*, JuS 2000, 441 (445); *Mende*, Privatermittlungen, 222 f.

¹⁸⁵ *Eisenberg*, NJW 1993, 1033 (1036); *Nitz*, JR 1998, 211 (213); *Zaczyk*, StV 1993, 490 (493 f.); vgl. auch *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 204, wonach der in der Heim-

(4) Keine Analogie der §§ 110a ff. StPO

Zutreffend ist, dass die §§ 110a ff. StPO keine entsprechende Anwendung finden.¹⁸⁶ Gemeinhin wird dies damit begründet, dass, wie aufgezeigt, der gesetzgeberische Wille zur fehlenden Normierung eindeutig sei, die – auch nach den bisherigen Betrachtungen gegebene – Regelungslücke also nicht planwidrig bestehe.¹⁸⁷ Allerdings ist dies nur vordergründig richtig, da im Strafrecht als Teilbereich des öffentlichen Rechts eine Analogie zu Lasten des Betroffenen ausgeschlossen ist, sich ihr Verbot also unmittelbar aus dem Gesetzesvorbehalt bei Grundrechtseingriffen herleitet.¹⁸⁸ Soweit die analoge Anwendung strafprozessualer Eingriffsermächtigungen für zulässig gehalten wird¹⁸⁹, wird der demokratische Gehalt des Analogieverbots verkannt. Er und der Grundsatz der Gewaltenteilung schließen es nämlich aus, über die Zulässigkeit von Eingriffen in so elementare Rechtspositionen wie den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit eine andere Stelle als den Gesetzgeber entscheiden zu lassen. Ist der Zweiten und Dritten Gewalt demnach die Zulassung der in Rede stehenden Ermittlungsmethoden durch Rechtsfortbildung grundsätzlich untersagt, kommt es auf ihre rechtstechnischen Voraussetzungen im Einzelnen damit nicht mehr an.¹⁹⁰

(5) Zwischenergebnis

Eine Rechtsgrundlage für informelle Informationserhebungen beinhaltet das geltende Strafprozessrecht nicht.

bb) Einwilligung, Grundrechtsverzicht

Auf das Kriterium des normativ berechtigten Vertrauens bezieht sich im Kern auch der Ansatz des BGH, im „Mithör-Fall“ (Nr. 2) und im „Dolmetscher-Fall“ (Nr. 3) das Vorhandensein einer Täuschung mit der Überlegung zu verneinen,

lichkeit staatlichen Vorgehens liegende Vertrauensbruch generell das Erfordernis richterlicher Kontrolle gebiete.

¹⁸⁶ BVerfGE 57, 115 (121) (= NJW 1981, 1719); BGHSt. 41, 42 (44); *Meyer-Göfner*; § 110a, Rn. 4; *Nack*, KK/StPO, § 110a, Rn. 9; für eine Anlehnung aber *Bockemühl*, Private Ermittlungen, 80.

¹⁸⁷ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 424; *Lagodny*, StV 1996, 167 (171); *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 514; *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (42 f.); allgemein zu dieser Voraussetzung der Rechtsfortbildung: *Schwacke*, Juristische Methodik, 101.

¹⁸⁸ Vgl. *Rudolphi*, SK/StPO, Vor § 94, Rn. 14 ff. m.w.N. Zur Zulässigkeit belastender Analogie in der Eingriffsverwaltung „in Ausnahmefällen“ vgl. *Sachs* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 44, Rn. 54.

¹⁸⁹ *Meyer-Göfner*, Einl., Rn. 198 m.w.N.

¹⁹⁰ *Schmitz*, Verdeckte Ermittler, 153 f.; vgl. auch *Jäger*, Beweisverwertung, 257 f.; *Rudolphi*, SK/StPO, Vor § 94, Rn. 27; *Wölter*, GA 1988, 49 (60). Für ein Analogieverbot aus der „Gleichordnung des strafrechtlichen und strafprozessualen Eingriffs“ *Lüderssen*, LR/StPO, Einl. Abschn. L, Rn. 47.

dass nach den heutigen Verhältnissen grundsätzlich jeder mit der Möglichkeit heimlichen Mithörens rechnen müsse. Daher sei für eine Täuschung erforderlich, dass dem Gesprächspartner die Vertraulichkeit seines Gesprächs ausdrücklich zugesichert werde, anderenfalls sei eine gesetzliche Gestattung entbehrlich bzw. könne von dem Vorliegen einer konkludenten Einwilligung in den hoheitlichen Eingriff ausgegangen werden.¹⁹¹

(1) BVerfGE 106, 28 („Hörfalle“)

Dieser Ansatz ist nach dem Urteil des BVerfG vom 09.10.2002 zur (zivilrechtlichen) „Hörfalle“ jedoch nicht mehr zu halten. In dieser Entscheidung ist klargestellt worden, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vor der Nutzung von Mithöreinrichtungen schützt, die ein Gesprächsteilnehmer einem nicht an dem Gespräch beteiligten Dritten bereitstellt.¹⁹² Das hiernach geschützte Recht am eigenen Wort beinhaltet nämlich – so der 1. Senat – die Befugnis, selbst darüber zu bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein solle.¹⁹³ Sein Schutzgegenstand besteht, da sich der Sprechende auf die möglichen Folgen seiner Äußerungen einstellen können muss, in der Selbstbestimmung über die Zugänglichkeit der Kommunikation.¹⁹⁴

Dabei ist für diesen Schutz unerheblich, ob dem sich Entäußernden Vertraulichkeit zugesichert wurde oder es sich um besonders persönlichkeitsensible Gesprächsinhalte handelt.¹⁹⁵ Da sich das Recht am eigenen Wort umfassend versteht, ist allein entscheidend, ob der sich Entäußernde aufgrund der Rahmenbedingungen erwarten darf, nicht von Dritten gehört zu werden. Trotz der allgemeinen Entwertung von Vertraulichkeit infolge technischer Fortentwicklung der Telekommunikation (etwa schon wegen der Verbreitung von Mithörgeräten) ist weder die Einwilligung in den Grundrechtseingriff entbehrlich noch die Annahme ihres stillschweigenden Vorliegens begründet; ferner ist für die Grundrechtsbindung unbedeutend, ob die Verwertung der Informationen in einem Zivil- oder einem Strafprozess erfolgt.¹⁹⁶

¹⁹¹ BGHSt. (GrS) 42, 139 (154); BGHSt. 39, 335 (340); auch *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 429.

¹⁹² BVerfGE 106, 28 (= BVerfG, NJW 2002, 3619 = JZ 2003, 1104). Dass der vom Schutz der Privatsphäre nach Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG umfasste Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation keine Einschränkung durch potenzielle staatliche Kenntnisnahme erfährt, war schon von BVerfG, NJW 1995, 1015 instruktiv ausgeführt worden.

¹⁹³ BVerfGE 106, 28 (39); vgl. zu dieser Entscheidung auch *Sachs*, JuS 2003, 392 ff.

¹⁹⁴ BVerfGE 106, 28 (39).

¹⁹⁵ BVerfGE 106, 28 (41); a. A. (noch) *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (305).

¹⁹⁶ BVerfGE 106, 28 (46 ff.).

Obschon das BVerfG zugleich deutlich gemacht hat, dass die Verwertung heimlich erstellter Tonbandaufnahmen zur Aufklärung schwerer Straftaten geboten bzw. gerechtfertigt sein könne,¹⁹⁷ kann der Informationserhebung im „*Mithör-Fall*“ (Nr. 2) sowie im „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3) die Eingriffsqualität demnach nicht mehr abgesprochen werden, zumal sich in diesen Fällen der Eingriff schon direkt mit der hoheitliche Kenntniserlangung vollzieht und nicht erst mit der gerichtlichen Verwertung der Erkenntnisse.¹⁹⁸

(2) Art. 10 Abs. 1 GG

Soweit der BGH im „*Mithör-Fall*“ (Nr. 2) die rechtliche Unerheblichkeit der Informationserhebung mit der fehlenden Betroffenheit von Art. 10 GG begründet und die Schrankenregelungen der §§ 100a ff. StPO von vornherein ausgeschlossen sieht,¹⁹⁹ kann auch dies nicht überzeugen. Abseits der aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bereits eingewandten Bedenken kann dem Betroffenen auch der spezielle Schutz des Fernmeldegeheimnisses nicht abgesprochen werden. Zwar ist richtig, dass Art. 10 Abs. 1 GG Kommunikationseingriffe Privater nicht erfasst, doch handelt es sich hierum bei der staatlichen Informationserhebung im „*Mithör-Fall*“ gerade nicht. An diesem Befund vermag entgegen dem 2. Senat auch die Einwilligung der zum Gespräch veranlassten Privatperson nichts zu ändern; ihr eine schutzbereichsausschließende Wirkung beizumessen, hieße nämlich, eine grundrechtsrelevante Verfügungsbefugnis zu Lasten Dritter anzuerkennen – ein unakzeptables und mit der deutschen Rechtsordnung zudem unvereinbares Ergebnis.²⁰⁰

¹⁹⁷ BVerfGE 106, 28 (49).

¹⁹⁸ Vgl. auch *Geier/Schäl/Twelmeier*, Jura 2004, 121 (123). Genau genommen folgt dies bereits aus dem Obiter dictum des BVerfG zu *Fall Nr. 8*, StV 2000, 233, da sachliche Gründe zur Differenzierung des jeweiligen Eingriffsverhaltens nicht ersichtlich sind, ebenso *Weßlau*, StV 2000, 468 (469). Für den Zivilprozess hat der BGH aus der Entscheidung des BVerfG Konsequenzen gezogen und die Vernehmung eines Zeugen über ein von ihm mittels Zweithörer belauschten Telefonats als rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners gewertet und die Verwertung seiner Aussage als Beweismittel ausgeschlossen, vgl. BGH, NJW 2003, 1727 (1728 f.).

¹⁹⁹ BGHSt. 39, 335 (347); vgl. zuvor ebenso OLG Hamm, StV 1988, 374 (375).

²⁰⁰ *Amelung*, NStZ 1988, 515 (516); *Bosch*, Aspekte, 235; *Krehl*, StV 1988, 376 (377); *Tietje*, MDR 1994, 1078 (1079). BVerfGE 106, 28, hat diese Frage offen gelassen und dem Schutzbereich des Art. 10 I GG explizit nur private Zugriffe eines Gesprächspartners auf die in seiner Sphäre liegenden Übermittlungsvorgänge entzogen; gegen den Umkehrschluss bei hoheitlicher Kenntniserlangung vgl. *Sachs*, JuS 2003, 392 (393). Zur Betroffenheit des zu Art. 10 GG in einer vergleichbaren Funktion stehenden Art. 8 EMRK hierdurch: *Bär*, CR 1997, 367 (368); *Gaede*, StV 2004, 46 ff.

cc) Ausschluss aufgrund allgemeinen Lebensrisikos

Auf Grundlage rechtsstaatlicher Redlichkeitsvermutung ist es schließlich verfehlt, wenn der Große Senat den Irrtum des Beschuldigten im „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3) mit seiner (enttäuschten) Erwartung gleichsetzt, von einem Dritten nicht in ein Gespräch mit der vorgefassten Absicht verwickelt zu werden, Erkenntnisse hieraus an die Polizei weiterzugeben.²⁰¹ Nach dieser auch in der Literatur unter dem Stichwort „falsche Freunde“ geführten Auffassung realisiere sich also nur der persönliche Irrtum über die einem privaten Gespräch beigemessene Vertraulichkeit, mithin eine Gefahr, die zum allgemeinen Lebensrisiko rechnet und dem Beschuldigten vom Strafprozessrecht nicht abgenommen werde.²⁰² So richtig der Einwand ist, dass jeder Gesprächspartner des Beschuldigten zum Belastungszeugen für ihn werden könne, so irrelevant ist er aber dann, wenn der Gesprächspartner den Beschuldigten im Dienste der Ermittlungsbehörden ausforscht. Denn damit muss nur in einem Polizeistaat gerechnet werden.²⁰³ In einem Rechtsstaat dagegen verwirklicht sich hierdurch kein allgemeines Lebensrisiko, sondern eine staatliche Ermittlungsmaßnahme. Wenn und solange für sie keine gesetzliche Grundlage besteht, kann ihr „Erfolg“ nicht dem Beschuldigten angelastet werden. Eben hierin liegt die Grundrechtsbetroffenheit. Dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit als Abwehrrecht keine Rechtswirkungen gegenüber Privaten entfaltet, unterliegt keinem Zweifel.

dd) Rechtsstaatliche Vertraulichkeitsvermutung

(1) Rechtsbetroffenheit durch §§ 100a ff. StPO

Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die Unversehrtheit der Telekommunikation wird durch die Existenz der Vorschriften zur Telefonüberwachung nach §§ 100a ff. StPO bestätigt, denn diese wären anderenfalls schlicht überflüssig.²⁰⁴ Zugleich zeigen diese Vorschriften, dass allein auf dieses Vertrauen gründende Irrtümer nach § 136a StPO unbeachtlich sind. Denn was die Strafprozessordnung als Eingriff gestattet, kann nicht von § 136a StPO verboten sein.

²⁰¹ BGHSt. (GrS) 42, 139 (156); auch BGHSt. 40, 211 (215); BGHSt. 40, 66 (71).

²⁰² *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, 78; *Gollwitzer*, JR 1995, 469 (471); *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 444; *Krey*, JR 1998, 1 (4 f.); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 19, 158 f.; *Mitsch*, Jura 2008, 211 (214 f.); *Schneider*, NSTZ 2001, 8 (10); *ders.*, GA 1997, 371 (376); *Seitz*, NSTZ 1995, 519; *Sinn*, Jura 2003, 812 (818); *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (308 f.).

²⁰³ *Fezer*, NSTZ 1996, 289 (290); *Gaede*, JR 2009, 493 (498, Fn. 58); *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (346); *Ostendorf*, Kriminalistik 1985, 409; *Roxin*, NSTZ-Sonderheft 2009, 41 (44).

²⁰⁴ *Lisken*, NJW 1994, 2069. Die eng geknüpfte Ausnahme belegt die grundsätzliche Regelvermutung.

Dies bedeutet nicht, dass die Selbstbelastungsfreiheit durch Telefonüberwachung nicht beeinträchtigt wäre.²⁰⁵ Mit Ersetzung der verhaltensorientierten Auslegung des Nemo-tenetur-Satzes durch das weit vorzugswürdigere Verständnis einer dem Beschuldigten zugestandenen wissensbezogenen Verfügungsbefugnis ist die herkömmlich gegebene Begründung dafür entfallen, weshalb die Veranlassung selbstbelastender Äußerungen mit Nemo-tenetur unvereinbar sei, heimliches Mithören der Ermittlungsbehörden von nicht vorgetäuschten Privatgesprächen dagegen keinen Bedenken unterliege. Eine abweichende Beurteilung kann auch nicht aus dem Volkszählungsurteil des BVerfG gefolgert werden, da der individuellen Befugnis, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen dem Staat persönliche Lebenssachverhalte zur Kenntnis gebracht werden, eine Begrenzung der Entscheidungsfreiheit auf aktiv herbeigeführte Informationen nicht entnommen werden kann.²⁰⁶ Auch muss grundsätzlich zweifelhaft erscheinen, ob deren informelle Erhebung durch Verdeckte Ermittler und hierzu veranlasste Privatpersonen wirklich eine stärkere Beeinträchtigung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit beinhaltet, wenn man bedenkt, dass mit der direkten Teilhabe an der fernmündlichen Kommunikation des Beschuldigten ein informationeller Zugriff eröffnet ist, den zu erschließen selbst erfahrenen Ermittlern oftmals nicht möglich sein wird, und ein Unterschied in dem charakteristischen Ansatz, den Beschuldigten zum (ahnungslosen) Beweismittel gegen sich selbst zu richten, nicht besteht.²⁰⁷ Hieraus folgt, dass für eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit nicht maßgebend ist, dass staatlicherseits Informationen am Beschuldigten erhoben werden, sondern der Umstand, dass sie staatlicherseits wahrgenommen werden. Mit anderen Worten: Schon die Kenntniserlangung belastender Informationen bewirkt die Rechtsgutsbeeinträchtigung, da ein von den Ermittlungsbehörden nicht wahrgenommenes (Aussage-)Verhalten für den Rechtsgutsträger niemals belastend sein kann.²⁰⁸

Gegen diese Betrachtungen ist eingewandt worden, die Einflussnahme auf den Inhalt der Beschuldigtenäußerung sei konstitutives Merkmal für eine Rechtsverletzung, weil sich selbstbelastende Mitteilungen anderenfalls bloß als zufällig ge-

²⁰⁵ *Frister*, ZStW 106 (1994), 303 (319, Fn.76); *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (40 ff.); *ders.*, StV 1996, 186 f.; *Lagodny*, StV 1996, 167 (172); *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (29). Für einen Verstoß des vom BVerfG ehemals als verfassungswidrig eingestuftes „Großen Lauschangriffs“ in § 100c I Nr. 3 StPO a.F. auch gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz: *Jäger*, Beweisverwertung, 186.

²⁰⁶ A. A. *Nothhelfer*, Selbstbeziehungszwang, 91 f.; wie hier *Bosch*, Aspekte, 54.

²⁰⁷ *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (222); *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung. Hieraus folgt ferner, dass unter dem Aspekt der Selbstbelastung Unterschiede in der Verpflichtung zur Duldung der Telefonüberwachung und der Brechmittelvergabe für den Beschuldigten nicht bestehen.

²⁰⁸ *Popp*, NSTZ 1998, 95; *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung, 126; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (29). Daher gehört es zum „Wesen der Vorschrift“ von § 100a, dass ihr Zweck die Selbstbelastung ist, vgl. *Nack*, KK/StPO, § 100a, Rn. 26; BGHSt. 33, 217 (223); vgl. auch BGHSt. 14, 358 (365).

wonnene Ergebnisse ausnehmen.²⁰⁹ Doch ist gezeigt worden, dass auch der passiven Informationserlangung die Eingriffsqualität nicht abgesprochen werden kann, sofern sie nur zielgerichtet erfolgt.²¹⁰ Dies ist bei der Herstellung einer Verbindung zur Informationsquelle im Rahmen einer richterlich anzuordnenden und technisch zu ermöglichenden Telefonüberwachung der Fall. Realisiert sich dann der von den Ermittlungsbehörden ermöglichte und bezweckte Erfolg der Selbstbelastung, genügt zur Annahme einer Rechtsverletzung im Weiteren Kausalität. Wäre weitergehend die gezielte Beeinflussung der Kommunikation hierfür Bedingung, so wäre unverständlich, warum die gesetzlichen Voraussetzungen einer Telefonüberwachung denen zum Einsatz eines Verdeckten Ermittlers nicht nachstehen²¹¹ – ein Widerspruch, der sich wiederum über das Verständnis des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit als Informationsbeherrschungsrecht auflösen kann, da Unterschiede dieser Maßnahmen in ihrer Zielrichtung, Informationen direkt vom Beschuldigten zum Zwecke gegen ihn gerichteter Strafverfolgung zu erheben, nicht bestehen.

Ein Vergleich der wegen seiner Parallelität zu § 136a StPO heranzuziehenden Strafrahmenausgestaltung der Aussageerpressung gemäß § 343 StGB (Verbrechen) mit der von § 100a ff. StPO legitimierten Verletzung der Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes durch die Ermittlungsbehörden gemäß § 201 Abs. 3 StGB (Vergehen) spricht allerdings dafür, der Veranlassung eines Aussageverhaltens ein stärkeres Gewicht beizumessen als der passiven Entgegennahme von Beschuldigtenäußerungen. Es ist daher vorzugswürdig, in der Telefonüberwachung einen Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit unterhalb der Schwelle von § 136a StPO zu sehen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass diese Vorschrift den Nemo-tenetur-Grundsatz nicht in seiner Gesamtheit einfachgesetzlich konkretisiert, sondern seinen Kernbereich positiv-rechtlich abbildet, gewissermaßen als „Grobraster“ für die Ermittlung besonders eklatanter Verstöße.²¹²

Zudem muss die Betroffenheit von § 136a StPO durch die Telefonüberwachung aus einem zweiten Grund zweifelhaft erscheinen: Fordert der Schutzzweck der Norm auch die Erweiterung auf staatlich-zurechenbares Handeln von Privatpersonen, so gebietet der natürliche Wortsinn einer „Vernehmung“ (in der Überschrift des 10. Abschnitts) aber, ihren Anwendungsbereich auf persönliche Interaktionen beschränkt zu sehen. Ob dessen ungeachtet die Telefonüberwachung als Täuschung i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO (Täuschung durch Ermöglichung der Selbsttäuschung) oder als eine von dieser Vorschrift unbenannte, gleichwohl ver-

²⁰⁹ *Bosch*, Jura 1998, 236 (238); *Fezer*, NSTZ 1996, 289 (290); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (717); *Rogall*, Der Beschuldigte, 179 ff.; *Welp*, Überwachung, 59 f.; *Wolter*, GA 1988, 49 (131).

²¹⁰ Vgl. hierzu zweites Kapitel, § 3 IV. 2. a).

²¹¹ *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (222).

²¹² Vgl. *Degener*, GA 1992, 443 (455); *Rogall*, Der Beschuldigte, 50, 105.

botene Instrumentalisierung angesehen werden kann, braucht aber letztlich auch deshalb nicht entschieden werden, da es sich in jedem Fall um eine erlaubte Durchbrechung der Selbstbelastungsfreiheit handelt.²¹³ Verboten könnte die Informationserhebung nur sein, wenn die Telefonüberwachung vorsätzlich nicht rechtswirksam vorgenommen oder im Rahmen ihrer ordnungsgemäßen Anordnung durch Schaffung einer vorgeblich beweisrechtlich unbedenklichen Situation hinaus schlüssig getäuscht wurde. Diese Zusammenhänge sollen anhand eines weiteren Falls aus der Praxis der Ermittlungsbehörden verdeutlicht werden.

(2) BGHSt. 33, 217 („Aufscheuch-Fall“)

- Fall Nr. 12 („Aufscheuch-Fall“)²¹⁴

Gegenüber der Beschuldigten X wurde die Telefonüberwachung ordnungsgemäß angeordnet. Der Polizeibeamte Z ruft bei dem gleichfalls beschuldigten Ehemann der X, dem Y, an und verständigt ihn wahrheitsgemäß von der unmittelbar bevorstehenden Verhaftung seiner Frau. Der Y, hiervon „aufgescheucht“, ruft nun, wie von Z bezweckt und vorausgesehen, warnend die X an, die in diesem und einem weiteren Gespräch selbstbelastende – von den Ermittlungsbehörden mitangehörte – Angaben macht.

Vom 1. Strafsenat am BGH war in dem „bloßen Verschweigen der Überwachung“ keine Täuschung im Sinne des § 136a Abs.1 S.1 StPO gesehen worden.²¹⁵ Die sodann vom BGH gestellte Frage, „ob diese Bestimmung dadurch verletzt sein kann, dass die Polizei in Kenntnis der Überwachung Schritte unternimmt, die den Beschuldigten veranlassen, (selbstbelastende) Ferngespräche zu führen“, verneinte er unter Hinweis darauf, dass der Polizeibeamte wahrheitsgemäße Angaben gemacht und auch keinen Einfluss auf das weitere Gespräch ausgeübt habe. Zwar gehöre es zum Wesen von § 100a StPO, dass die auf seiner Grundlage durchgeführte Informationsbeschaffung zur Selbstbelastung des hiervon ahnungslosen Beschuldigten führen könne. Indem sich der Polizeibeamte aber „lediglich die bestehende Telefonüberwachung zunutze gemacht“ habe, sei § 136a StPO nach Auffassung des 1. Senats „noch nicht“ verletzt.²¹⁶

Auch in dieser Entscheidung zeigt sich, dass die Begrenzung des Täuschungsverbots auf unwahre Erklärungen des Polizeibeamten dem Sinn und Zweck von § 136a StPO nicht gerecht wird. Nun ist sicherlich richtig, dass das Verschwei-

²¹³ *Friester*, ZStW 106 (1994), 303 (319, Fn. 76); *H. H. Haas*, V-Leute, 98; *Kühl*, StV 1986, 187 (191); *Lagodny*, StV 1996, 167 (172).

²¹⁴ Fall nach BGHSt. 33, 217 (= NJW 1986, 390 = NStZ 1985, 468 = StV 1986, 185).

²¹⁵ BGHSt. 33, 217 (223), wobei der implizit vorausgesetzten Anwendbarkeit wiederum nicht entgegenzustehen scheint, dass die Entäußerung nicht gegenüber einer erkennbaren Verhörsperson erfolgte.

²¹⁶ BGHSt. 33, 217 (224).

gen der Überwachung keine Täuschung durch Unterlassen begründet, da die Rechtspflicht zur Mitteilung erst nach ihrer Beendigung einsetzt, § 101 Abs. 1 StPO. Doch ebenso wie der Polizeibeamte den Beschuldigten in der Situation der Vernehmungunterbrechung durch sein ostentatives Verlassen des Vernehmungszimmers zu der von ihm bezweckten, vermeintlich vertraulichen Gesprächsführung veranlasst, realisiert sich auch in dem vorliegenden Fall die mit dem Anruf bezweckte lebensnahe Erwartung bzw. „konkludente Aufforderung“²¹⁷ daraufhin getätigter Gespräche selbstbelastenden Inhalts. Zwar ist zutreffend, dass in concreto eine Irreführung über die Identität des Gesprächspartners nicht vorgelegen hat. Jedoch beruhte die Äußerung zweifellos auf aktiver staatlicher Einflussnahme und einer Fehlvorstellung der Beschuldigten über die unmittelbar gegebene Beweiserheblichkeit ihrer Angaben.²¹⁸ Eine andere Beurteilung ist auch nicht der Überlegung zu entnehmen, dass mit der Anordnung der Telefonüberwachung hätte gerechnet werden können, da gerade dies ersichtlich nicht der Fall war, der gemäß § 100a StPO Überwachte nicht notwendigerweise Kenntnis von den gegen ihn gerichteten Ermittlungen zu haben braucht und sein diesbezügliches Vertrauen – schon durch Art. 10 GG – schutzwürdig ist.²¹⁹

Jedoch ist, obschon das Verhalten des Polizeibeamten eine entschließungsrelevante Fehlvorstellung über die Beweiserheblichkeit der veranlassten Äußerungen nach sich zog, zu beachten, dass dieser mit seinem Anruf keinen hiervon selbständigen Irrtum bei der Beschuldigten hervorgerufen hat. Denn so, wie die Ankündigung von Untersuchungshaft deshalb nicht als unzulässige Drohung zu werten ist, weil es sich bei dem in Aussicht gestellten Übel um eine zulässige Zwangsmaßnahme handelt (§ 136a Abs. 1 S. 2 StPO – *argumentum e contrario*), verhält es sich bei einer Täuschung mit einer zulässigen Zwangsmaßnahme. Insofern hat der mitteilende Anruf den als solchen schon vorhandenen Irrtum bezüglich der Unüberwachtheit des Telefonanschlusses aber nicht verändert. Gebotene Ermittlungshandlungen nun deshalb zu unterlassen, weil sie die Unvorsichtigkeit des Überwachten steigern könnten, hieße, die Effizienz der Ermittlungsmaßnahme durch sich selbst zu begrenzen. Dies verlangt § 136a StPO nicht.²²⁰ Die

²¹⁷ *Kühl*, StV 1986, 187 (188); die Verursachung der Äußerung bejaht auch *Bosch*, Jura 1998, 236 (238).

²¹⁸ *G. Haas*, GA 1995, 230 (235); *Kühl*, StV 1986, 187 (188 ff.); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 167; *Volk*, Strafprozessrecht, § 9, Rn. 22; BGHSt. 40, 211 (216) wertet das Vorgehen immerhin als „indirekt provozierte Selbstbelastung“ und BGHSt. (GrS) 42, 139 (146), als „polizeilich veranlasste Äußerung“.

²¹⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2000, 55 (58).

²²⁰ Ebenso *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 301; *Jäger*, Beweisverwertung, 44; *Kühl*, StV 1986, 187 (189); *Schäfer*, LR/StPO, § 100a, Rn. 3a. Daher schlägt *Haas* vor, diesen Fall als von § 136 StPO untersagt ansehen. Dahinter steht jedoch die unzutreffende Annahme, eine Stellungnahme dürfe allein durch Vernehmung erlangt werden, eine Annahme, die letztlich auch zur Unverwertbarkeit von Spontanäußerungen des Beschuldigten und von Angaben eines Zeugen vom Hörensagen führen muss, vgl. *G. Haas*, GA 1995, 230 ff. (235).

Vornahme zulässiger Maßnahmen vermag nicht die unzulässige Vertiefung eines bereits bestehenden, von den §§ 100a ff. StPO gedeckten Irrtums zu begründen; ein dahingehendes Vertrauen ist nicht schutzwürdig. So erklärt sich, dass eine unzulässige Vernehmungsmethode (§§ 136a, 69 Abs. 3 StPO) auch nicht darin liegt, wenn der Richter einem Zeugen oder Beschuldigten Erkenntnisse aus einer Telefonüberwachung vorhält, woraufhin sich dieser wegen einer Straftat belastet, die keine Katalogtat i. S. d. § 100a StPO ist, sofern nur die Telefonüberwachung selbst zulässig war.²²¹

ee) Vertrauensschutz und Instrumentalisierung

Anders als im „*Aufscheuch-Fall*“ (Nr. 12) stellt sich die Situation in den „*Zweithörer-Fällen*“ (Nr. 1 bis 3) dar. Hier ist zu sehen, dass der Irrtum des Beschuldigten über die beweisrechtliche Unbedenklichkeit seines Gesprächs jeweils mit dessen polizeilicher Veranlassung hervorgerufen worden war, ebenso wie seine Fehlvorstellung in *Fall Nr. 11* zur „*Stimmenfalle*“, er befinde sich in einer nach dem Gesetz vorgesehenen und üblichen Vernehmungssituation, auch erst mit deren Inszenierung verursacht wurde.²²²

Weiterhin ist zur Annahme einer Täuschung nicht erforderlich (für das Maß und die Qualität der Selbstbelastung aber freilich förderlich), dass der Ermittlungshelfer das Gespräch lenkend beeinflusst bzw. als „*Stichwortgeber*“ fungiert.²²³ Als nicht sachgerecht erweist sich auch die Unterscheidung danach, ob ein initiiertes Telefongespräch nur belauscht (keine Täuschung) oder aber ein Verdeckter Ermittler wie im „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7) eingeschleust wird (Täuschung)²²⁴, da es nicht um die im Kern dieser Auffassung enthaltene Prämisse geht, dass das Vertrauen des Beschuldigten, welches missbraucht werden soll, für die Annahme einer Täuschung von der Privatperson zunächst aufgebaut worden

²²¹ BGHSt. 30, 317 (319) (= NJW 1982, 455 = NStZ 1982, 125 = JZ 1982, 259). Dem Sachverhalt zufolge hatte ein Zeuge nach Vorhalt der Tonbandaufzeichnung über ein nach § 100a StPO abgehörtes Telefonat gegenüber dem Richter eingeräumt, bei der vorangegangenen eidlichen Vernehmung die Unwahrheit gesagt zu haben. In dem anschließenden Meinidsverfahren gegen den Zeugen hatte die Vorinstanz die Verwertbarkeit dieses Eingeständnisses noch als unzulässig erachtet. Dagegen zum Fall eines unzulässigen Vorhalts aus einer einem anderen ggü. angeordneten Telefonüberwachung, vgl. OLG Karlsruhe, NJW 2004, 2687. Hierzu und zur Einschlägigkeit des Täuschungsverbots aus § 136a I 1 StPO insofern: *Kudlich*, JuS 2004, 1019.

²²² *Dencker*, StV 1994, 667 (671); *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 571 a; *Roxin*, NStZ 1995, 465; *Sinn*, Jura 2003, 812 (816 f.); zu *Fall Nr. 11* vgl. *Achenbach/Perschke*, StV 1994, 577 (579).

²²³ *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (346); a. A. *Eschelbach*, StV 2000, 390 (393); *Pawlik*, GA 1998, 378 (386); *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (307); *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 218.

²²⁴ *Bosch*, Jura 1998, 236 (240); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 166 f.; *Röhrich*, Rechtsprobleme bei V-Leuten, 251.

sein muss. In beiden Fällen bedienen sich die Strafverfolgungsorgane eines Vertrauens, das ihnen, würden sie sich als solche offen zu erkennen geben, nicht entgegengebracht würde. Ebenso verfehlt ist daher auch der umgekehrte Ansatz, nur die Gesprächsveranlassung durch eine ihm bekannte Person, nicht aber die Ausforschung durch einen staatlichen Straftataufklärer als täuschungsrelevant nach § 136a StPO einzustufen.²²⁵

Von Bedeutung ist weder, ob in der Ermöglichung eines Vertrauensbruchs eine intensivere Einwirkung gesehen werden kann, noch an welcher Stelle er wohl schwerer wiegen mag. Um das Ausmaß der persönlichen Enttäuschung des Beschuldigten geht es nicht, maßgeblich ist vielmehr, dass die seiner Äußerung jeweils zugrunde liegende, stillschweigend vorausgesetzte Annahme, die Strafverfolgungsorgane handeln auf gesetzlicher Grundlage, berechtigt ist. Zwar besteht ein Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns in der StPO nicht ausnahmslos, weshalb die Täuschung nicht schon über die Verletzung dahingehenden Vertrauens begründet werden kann.²²⁶ Unzweifelhaft ist der Beschuldigte in einem Rechtsstaat aber in seiner Erwartung, Informationseingriffe zum Zwecke der gegen ihn betriebenen Strafverfolgung würden allein auf gesetzlicher Grundlage durchgeführt werden – und bei Fehlen einer solchen Grundlage unterbleiben –, geschützt. Insoweit ist eine allgemeine Vertraulichkeitsvermutung des Beschuldigten gerechtfertigt.²²⁷

Ist eine gesetzliche Gestattung nicht vorhanden, kann die zur unfreiwilligen Selbstbelastung führende, den Ermittlungsbehörden zurechenbare Fehlvorstellung des Beschuldigten nicht seinem Verantwortungsbereich zugeschlagen, ihm die Schutzwürdigkeit seines derartigen Vertrauens im „Mithör-Fall“ (Nr. 2) nicht abgesprochen werden. Deshalb macht es im „Zellengenossen-Fall“ (Nr. 4) und im „Wahrsagerinnen-Fall“ (Nr. 6) auch einen grundsätzlichen Unterschied, wenn die konkludente Täuschung statt von einem privaten Informationshelfer durch einen (auf gesetzlicher Grundlage eingesetzten und ordnungsgemäß agierenden) Verdeckten Ermittler wie im „Mallorca-Fall“ (Nr. 7) erfolgt wäre: Hier ginge die bei dem Beschuldigten erzeugte Fehlvorstellung normativ zu seinen Lasten.²²⁸

Davon, dass hoheitliche Inszenierungen einer tatsächlich nicht gegebenen Privatheit dem Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 StPO deshalb unterfallen, weil

²²⁵ Vgl. *Alsberg/Nüse/Meyer*, Beweisanzug, 482 ff.; hierzu *Bosch*, Jura 1998, 236 (240).

²²⁶ A. A. *Keller*, Straftatprovokation, 125 f.

²²⁷ Zu eng auf die Besonderheiten des Einzelfalls reduzierend: *Pawlik*, GA 1998, 378 (385 ff.). Über die Redlichkeitsvermutung der hierzu bemühten Verkehrssitte wird etwa die konkludente Täuschung des Zechprellers bei § 263 StGB begründet; zu dem Aspekt der von § 136a StPO aufgestellten rechtsstaatlichen Vertraulichkeitsvermutung im Verhältnis Staat/Bürger vgl. auch *Strate*, StV 1989, 406 (410).

²²⁸ A. A. *Bockemühl*, Private Ermittlungen, 79 (Fn. 218).

der Bürger auf die Legitimität der Strafverfolgungsbehörden vertrauen darf, war auch das Landgericht Darmstadt ausgegangen. So hat es in der bereits angesprochenen Entscheidung die Erlangung der Erkenntnisse aus einem von der Ermittlungsbehörde veranlassten Telefongespräch eines Vaters mit seiner beschuldigten Tochter als mit dieser Vorschrift unvereinbar angesehen. Denn die Tochter sollte „zu selbstbelastenden Äußerungen provoziert werden, wobei sie darüber getäuscht wurde, dass ein Ermittlungsbeamter ihre vermeintlich nur gegenüber der Person ihres Vertrauens gemachten Angaben mithöre“.²²⁹ Dies ist richtig, wobei sich die von dem Urteil in Bezug genommene familiäre Vertrauenssituation ohne weiteres hinweg denken lässt, ohne dass die Ermittlungsmaßnahme in ihrem grundsätzlichen Ansatz einer anderen Beurteilung unterliegen würde. Die Entscheidung erkennt somit an, dass der Beschuldigte nicht nur in seinem Vertrauen geschützt ist, dass die wesentlichen rechtsstaatlichen Strukturprinzipien in der strafprozessualen Ermittlungsarbeit beachtet werden, sondern ihm mit § 136a StPO ein (Abwehr-)Recht des Inhalts gegeben ist, dass polizeilich veranlasste, gesetzlich nicht ausdrücklich gestattete Irreleitungen über Zweck und Zuhörerkreis des (Telefon-)Gesprächs insofern unterbleiben. Entgegen der Auffassung des BGH im „Mithör-Fall“ (Nr. 2) kommt der Frage, ob es sich bei dem Mithörer um eine Privatperson oder aber um einen Polizeibeamten handelt, also eine entscheidende Bedeutung zu.

In der Entscheidung des BGH zum „Mitschnitt-Fall“ (Nr. 1) aus dem Jahr 1983 schienen diese Zusammenhänge noch weitgehend anerkannt. Die Rechtswidrigkeit der Ausforschung war vom 4. Strafsenat darin gesehen worden, dass die Aufzeichnung der nichtöffentlichen Gespräche gegen § 201 Abs. 1 StGB verstoße und eine rechtfertigende ordnungsgemäße Telefonüberwachung nach §§ 100a, 100b StPO nicht vorgelegen habe.²³⁰ Der BGH ließ jedoch offen, ob dieser Verstoß zu einem Verwertungsverbot führe, sondern bezog sich zu seiner Begründung auf das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG und auf die dieses Prinzip ausdrückenden Vorschriften der §§ 136, 136a StPO: „Denn es ist mit den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens unvereinbar, dass der Verdächtige unter Umgehung der richterlichen Anordnungsbefugnis von einem V-Mann der Polizei mit deren Billigung und unter Ausnutzung des bestehenden Vertrauensverhältnisses in ein Gespräch über eine Straftat verwickelt wird, damit dieses auf Tonband aufgenommen und später gegen ihn verwendet werden kann.“²³¹ Konkretisierend stellte der BGH fest: „In dieser Verfahrensweise ist eine durch Täuschung bewirkte Provokation der fernmündlichen Selbstbelastung des Verdächtigen zu sehen, die (...) einen so schwerwiegenden Verfahrensverstoß darstellt, dass dem gewonnenen Ergebnis die Verwertbarkeit versagt bleiben

²²⁹ LG Darmstadt, StV 1990, 104.

²³⁰ BGHSt. 31, 304 (306).

²³¹ BGHSt. 31, 304 (308).

muss.“²³² Obgleich der 4. Senat nicht entschieden hat, welches Gewicht den einzelnen Verfahrensverstößen jeweils beizumessen ist, verdeutlicht das Urteil doch in seltener Klarheit, dass das Vorgehen der Ermittlungsorgane am Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO zu messen ist, wenn es darum geht, dass sie einen Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen gegenüber einer mit ihnen zusammenarbeitenden Privatperson veranlassen.²³³

Gleichwohl hat sich auch der 4. Senat einer Gesamtschau aller beanstandenswerten Beweiserhebungsfehler zur Begründung des Verwertungsverbots im „*Mitschnitt-Fall*“ (Nr. 1) bedient, um Festlegungen hinsichtlich der Zulässigkeit von gezielt herbeigeführten Selbstbelastungen durch V-Personen mit Blick auf § 136a StPO zu vermeiden. Aus diesem Grund war das OLG Hamm in einer späteren Entscheidung nicht gehindert, das Täuschungsverbot nicht in dem Fall als verletzt anzusehen, in dem die Polizei einen Privaten zu einem Straftat provozierenden, durch eine zusätzliche Hörmuschel mitangehörten Anruf bei dem Beschuldigten veranlasst hat.²³⁴ Insoweit – so das OLG – fehle es nämlich an dem für BGHSt. 31, 304 maßgeblichen Verstoß gegen § 201 StGB.²³⁵

Mit Recht war dieser Begründung aber entgegengehalten worden, dass zur fernmündlichen Selbstbelastung durch in Wirklichkeit nicht gegebene Vertraulichkeit provoziert wurde, das Handeln der Ermittlungsbehörde also auf Täuschung und Selbstbelastung angelegt gewesen sei; nicht die (fehlende) Strafbarkeit des Vorgehens, sondern seine fehlende gesetzliche Gestattung machten seine Unzulässigkeit aus.²³⁶ Wenn dagegen das OLG Hamm den irreführenden Charakter der Informationserhebung als „kriminalistische List“ kennzeichnet, weshalb die durch den „Grundgedanken des § 136a StPO gezogenen Grenzen (...) nicht überschritten“ seien,²³⁷ verdeutlicht dies ein Wertungsbestreben, das in der weiteren Rechtsprechung des BGH ebenfalls immer wieder zu Tage tritt.

So war „der Begriff der Täuschung“ vom Großen Senat als „zu weit gefasst“ befunden worden, weshalb er der „teleologischen Reduktion“ bedürfe.²³⁸ Im

²³² BGHSt. 31, 304 (308).

²³³ Vgl. auch *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 216 f.; *Wolter*, SK/StPO, Vor § 151, Rn. 123 a.

²³⁴ OLG Hamm, StV 1988, 374 (= NStZ 1988, 515).

²³⁵ OLG Hamm, StV 1988, 374 (375); für einen Verstoß dagegen schon LAG Berlin, JZ 1982, 258.

²³⁶ *Krehl*, StV 1988, 376 (377). Den Täuschungscharakter verkennt dagegen *Ame- lung*, NStZ 1988, 515 (517), mit seinem Hinweis auf *Fall Nr. 11*: Wie ausgeführt, kann die Ankündigung einer zulässigen Zwangsmaßnahme durch einen Polizeibeamten im Rahmen ordnungsgemäßer Telefonüberwachung einer Straftatanregung durch einen Bürger in einem polizeilich veranlassten und heimlich mitgehörten Gespräch nicht gleichgesetzt werden.

²³⁷ OLG Hamm, StV 1988, 374 (375 f.).

²³⁸ BGHSt. (GrS) 42, 139 (149); auch *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 19; *Günther*, StV 1988, 421 (422).

Kern schließt sich der Große Senat damit der Forderung der herrschenden Meinung nach einschränkender Auslegung des Täuschungsverbots an, die in der Kreierung noch zulässiger List ihren Ausdruck findet. Als solche gekennzeichnet, war vom BGH die Ermittlungsmaßnahme im „*Mithör-Fall*“ (Nr. 2) als rechtmäßig angesehen worden.²³⁹ In fragloser Allgemeingültigkeit wird die konkludente Täuschung auch in der Literatur vielfach der von § 136a StPO nicht erfassten kriminalistischen List zugeschlagen.²⁴⁰

Dies begegnet indes Bedenken: Ausgehend vom Schutzzweck des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit kann die Frage seiner Betroffenheit nur über den Einwirkungsgrad der Einwirkungsmethode bestimmt werden, weshalb die um Anwendungsbegrenzung bemühten Versuche verharmlosender Etikettierung abzulehnen sind – angesichts des beachtenswerten Wortlauts von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO schon im Interesse der Rechtssicherheit. Immerhin ist dem Gesetzgeber die terminologische Unterscheidung von Täuschung (§ 181 Nr. 2 StGB a.F.) und List (§§ 181 Abs. 1 StGB, 234 ff.), aber auch das Einwirken auf eine Person (§ 180b Abs. 1 S. 1 StGB) als besonders intensive Einflussnahme auf die Willensbildung, durchaus geläufig. Da er sich mit § 136a Abs. 1 S. 1 StPO für das Verbot der Täuschung entschieden hat, ist nicht einsichtig, weshalb die Täuschung, auch angesichts ihrer begrifflichen Geläufigkeit im materiellen Recht, zu weit gefasst sein soll, zumal ohnehin auf einer zweiten Stufe zu prüfen ist, ob durch die festgestellte Täuschung die Willensfreiheit des Getäuschten beeinträchtigt ist.²⁴¹

Dass es sich dies betreffend nur um eine – völlig unzulängliche²⁴² – Metapher handelt, zeigt sich auch daran, dass die erstrebte Beschränkung der Anwendung von § 136a StPO auf terminologischem Weg schon deshalb nicht zu erreichen ist, da List als „gefliissentliches und geschicktes Verbergen der wahren Absicht“²⁴³ ein Vorgehen charakterisiert, das das in Rede stehende Agieren der Ermittlungsbehörden trefflich kennzeichnet. Zu Recht ist dem BGH im „*Mithör-Fall*“ (Nr. 2) daher vorgehalten worden, er negiere das Vorliegen einer Täuschung bloß deshalb, weil er ihren Einsatz zur Aufklärung schwerer Straftaten als erforderlich erachte.²⁴⁴

²³⁹ BGHSt. 39, 335 (348).

²⁴⁰ *Schroth*, JuS 1998, 969 (976); *Sinn*, Jura 2003, 812 (817); *Wolter*, GA 1988, 49 (89).

²⁴¹ Vgl. *Bernsmann*, StV 1997, 116 (117); *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 655.

²⁴² Vgl. *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 655; *Gleiß*, LR/StPO, § 136a, Rn. 39; *Lindner*, Täuschungen, 29 ff.; *Ranft*, Strafprozessrecht, Rn. 334; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 56.

²⁴³ *Fischer*/StGB, § 232, Rn. 31 a.

²⁴⁴ *Lisken*, NJW 1994, 2069 (2070); vgl. auch *Rüping*, Das Strafverfahren, Rn. 105 (Fn. 108).

III. Täuschung durch Unterlassen

Fraglich ist, ob zudem eine Täuschung durch Unterlassen gegeben ist. In Betracht kommt eine Täuschung über Tatsachen und Rechtsfragen durch Unterlassen, wenn eine Rechtspflicht zur Aufklärung besteht, anderenfalls muss ein Irrtum nicht nur nicht beseitigt, sondern kann vielmehr ausgenutzt – nicht aber vertieft bzw. verstärkt²⁴⁵ – werden.²⁴⁶ Zum besseren Verständnis soll dies im Folgenden kurz ausgeführt werden.

1. Unterlassene Handlungen trotz bestehender Rechtspflichten

a) § 136 Abs. 1 S. 1 StPO

Da die Kenntnis vom Tatvorwurf unabdingbare Voraussetzung für die Entscheidung ist, sich diesem gegenüber redend oder schweigend zu verteidigen, begründet § 136 Abs. 1 S. 1 StPO die zwingende Pflicht zu seiner Mitteilung. Insofern ist vom Finanzgericht Mecklenburg-Vorpommern das absichtliche Unterlassen dieser Mitteilung als verbotene Täuschung gewertet worden.²⁴⁷ Denn es sei „unzulässig, die Vernehmung zu einer Straftat dafür zu nutzen, vom Beschuldigten eine Aussage über andere Straftaten zu erlangen, solange ihm zu jenen der Tatvorwurf nicht eröffnet worden ist“ (1. Leitsatz). Der Beschuldigte sei dadurch, dass ihm in seiner Vernehmung ein weiterer, ebenfalls den Gegenstand der Ermittlungen bildender Tatvorwurf nicht mitgeteilt worden war, über die Absicht des Vernehmungsbeamten, weitere Straftaten aufzuklären, irregeleitet worden.²⁴⁸ Die Täuschung „über den wahren Zweck der Vernehmung“ bzw. über „die wahren Absichten des vernehmenden Beamten“ unterfällt – so das Finanzgericht – § 136a Abs. 1 S. 1 StPO.²⁴⁹

b) § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO

Da Einvernehmen herrscht, dass die Vorspiegelung einer Aussagepflicht nach § 136a StPO verboten ist, und Übereinkunft ferner darüber besteht, dass die Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO (wenigstens) dazu dient, den Beschuldigten vor der irrümlichen Annahme einer Aussageverpflichtung zu schützen, ist die vorsätzliche Nichtvornahme der Belehrung des Beschuldigten in seiner Verneh-

²⁴⁵ BGH, StV 1988, 419 (421); *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 38; *Pfeiffer*/StPO, § 136a, Rn. 8.

²⁴⁶ BGHSt. 39, 335 (348); BGHSt. 40, 66 (70 ff.); *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 61.

²⁴⁷ Indem die so veranlasste Fehlvorstellung von den Vernehmungsbeamten im Laufe der Vernehmung durch schlüssiges Benehmen vertieft wurde, traten Elemente konkluder Täuschung noch hinzu.

²⁴⁸ FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (477).

²⁴⁹ FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (476, 477).

mung als Täuschung nach § 136a StPO anzusehen. Dies dürfte der Haltung des BGH entsprechen, da er im „*Mithör-Fall*“ (Nr. 2) entschieden hat, dass eine Täuschung durch Unterlassen in Betracht kommt, wenn eine strafprozessuale Handlungspflicht besteht.²⁵⁰ Diese Rechtspflicht ergibt sich aus dem Gesetz – §§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO, 163a Abs. 3, Abs. 4 S. 2 StPO –, und die vorsätzliche Nichtbefolgung dieser Rechtspflicht zum Schutze des Beschuldigten ist, bezogen auf die Dogmatik unechter Unterlassungsdelikte, einer Täuschungshandlung gleichzustellen.²⁵¹

c) Informatorische Befragungen

Aus Vorstehendem folgt, dass auch für die Fallgruppe des absichtsvollen Vorhaltens der Beschuldigteneigenschaft die Täuschungsvariante des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO einschlägig ist.²⁵² Zur diesbezüglichen Beurteilung ist dem Vernehmungsbeamten zwar ein Spielraum eingeräumt, doch entsteht der Beschuldigtenstatus unter Heranziehung des Rechtsgedankens von § 397 Abs. 1 AO nicht allein damit, dass der Vernehmende einen Verdacht der Täterschaft hegt, sondern auch, wenn er Maßnahmen ergreift, die erkennbar darauf abzielen, den Betroffenen einer Straftat zu überführen.²⁵³ Befragt der Vernehmungsbeamte also eine Person, für deren Täterschaft bereits konkrete Hinweise vorliegen, und unterlässt er dabei zielgerichtet die von § 163a Abs. 4 StPO aufgestellten Vorgaben, täuscht er über den vernehmungszugehörigen Sinn dieser Befragung. Vernehmungsrechtliche Zulässigkeitsvorschriften unterliegen nicht der alleinigen Definitionsmacht der Verhörsperson, die einzelne Fragen als der Vernehmung (noch) nicht zugehörig betrachtet bzw. betrachten will. Es gehört auch zur Aufgabe von § 136a StPO sicherzustellen, dass die Gewährleistungen der StPO zum Schutz des Beschuldigten bei Vernehmungen nicht dadurch außer Kraft gesetzt werden, dass der Vernehmende ihn bewusst nicht im gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen, sondern „nur informatorisch“ befragt, also ohne zuvor seinen Verpflichtungen aus §§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1 StPO nachgekommen zu sein.

²⁵⁰ Vgl. BGHSt. 39, 335 (348).

²⁵¹ Wohl h. M.: LG Verden, StV 1986, 97; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 571; *Grünwald*, JZ 1966, 489 (495, 499); *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 297; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 95. Dagegen nimmt *Gleiß*, LR/StPO, § 136a, Rn. 42, dies nur an, wenn der Beschuldigte erkennbar an seine Aussagepflicht geglaubt hat. Eben diesen Glauben unterstellt die StPO aber, weshalb sie die Pflicht zu Belehrung in § 136 I 2 ausnahmslos anordnet.

²⁵² Mehrheitlich wird wiederum an § 136 StPO angeknüpft: AG Homburg-Saar, StV 1994, 123; *Beulke*, StV 1990, 180 (181); *Meyer-Goßner*, § 136a, Rn. 16; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (308).

²⁵³ BGHSt. 38, 214 (217 f.); *Achenbach*, AK/StPO, § 163a, Rn. 20; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 505 ff.; *Hanack*, LR/StPO, § 136, Rn. 4; *Meyer-Goßner*, Einl., Rn. 76 f.; *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 31 ff.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 10.

2. Unterlassene Tatsachenaufklärung

Dagegen kann nach hier vertretener Auffassung aus der strukturellen Offenheit der Beschuldigtenvernehmung nicht die Verpflichtung der Ermittlungsbehörden zur Mitteilung darüber gefolgert werden, dass aktuell Informationen erhoben würden, weshalb das Vorenthalten dieser Kenntnis als garantenpflichtwidriges Unterlassen zu werten sei. Wie dargelegt wurde, ist es nur der Rechtsirrtum des Beschuldigten über das Bestehen einer Aussagepflicht im Rahmen der Vernehmung, der seine Beseitigung verlangt, nicht aber die Fehlvorstellung über die Tatsache, sich in einer zur Vernehmung verschiedenen Form der Befragung nicht zu Gehör der Ermittlungsbehörden zu äußern. Eine derartige Rechtspflicht zur Aufklärung folgt aus § 136 StPO nicht.²⁵⁴ Insofern ist dem BGH im „Mithörfall“ (Nr. 2) Recht zu geben, wenn er eine Täuschung durch Unterlassen deshalb verneint, weil eine Rechtspflicht zur Offenbarung von Tatsachen nicht bestehe.

IV. Ergebnis

Wird bei einem Beschuldigten die Fehlvorstellung darüber, sich gegenwärtig in einer Gesprächssituation ohne unmittelbare Beweisrelevanz zu befinden, von einem Privaten durch schlüssiges Verhalten erzeugt, und ist dessen Handeln den Ermittlungsbehörden zurechenbar, so ist eine verbotene (konkludente) Täuschung i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO gegeben, wenn und solange eine ausdrückliche gesetzliche Erlaubnis hierfür fehlt. Demnach liegt in den „Zweithörer-Fällen“ (Nr. 1 bis 3) sowie in den „U-Haft-Fällen“ Nr. 4 und Nr. 6 jeweils eine Täuschung i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO vor.

§ 4 Beeinträchtigung der Willensentschließung und Willensbetätigung

Mit der Annahme einer Täuschung ist nicht zugleich ihr prozessuales Unwerturteil gesprochen, da nach dem Gesetzeswortlaut von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO („durch“) nicht die Irrtumsbefangenheit als solche maßgeblich ist, sondern hierüber ihre Auswirkung auf die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Getäuschten entscheidet.

²⁵⁴ A. A. *Bosch*, Jura 1998, 236 (240, Fn. 46); *Dencker*, StV 1994, 667 (674); *Keller*, Straftatprovokation, 124 f.; *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1294); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (716).

I. Forderung nach restriktiver Auslegung

1. Art. 1 Abs. 1 GG

Rechtsprechung und Literatur interpretieren § 136a StPO als einfachgesetzliche Ausformung der Menschenwürdegarantie.²⁵⁵ Ausgehend von der Annahme, dass allein die Täuschung die Menschenwürde nicht berühre, ihr Verbot nicht von Art. 1 Abs. 1 GG geboten sei, wird seit Schaffung der Vorschrift nahezu einhellig die Forderung nach restriktiver Auslegung des Täuschungsverbots erhoben.²⁵⁶ Weil den übrigen Methoden des § 136a Abs. 1 StPO ein die Menschenwürde tangierender Nötigungscharakter gemein sei, müsse zur Annahme einer relevanten Beeinträchtigung der Willensfreiheit durch Täuschung eine vergleichbare Einwirkung auf den Beschuldigten verlangt werden.²⁵⁷ Im Ergebnis bedeutet diese Forderung, eine Willensbeeinträchtigung nur dann anzunehmen, wenn die Täuschung die grundsätzliche Eignung besitzt, auch einen Unschuldigen zu einer selbstbelastenden Aussage zu verleiten.²⁵⁸ So sieht insbesondere *Puppe*²⁵⁹ § 136a Abs. 1 StPO auf Täuschungen beschränkt, durch die von dritter Seite drohende massive Übel vorgetäuscht oder aber die Willensentschließung beherrschende Affekte hervorgerufen werden. Die Freiheit der Willensbildung und Willensentschließung verstehe sich somit als Freiheit der Bildung und Ausführung eines Entschlusses von Zwang, weshalb eine Beeinträchtigung erst vorliege, wenn derart starke Motive für eine bestimmte Richtung erzeugt würden, dass der Betroffene die Möglichkeit verliere, sich hiervon abweichend entscheiden zu können.²⁶⁰

Vorausgesetzt ist damit zunächst, dass alle übrigen in § 136a Abs. 1 StPO benannten Vernehmungsmethoden gleichermaßen in Art. 1 Abs. 1 GG eingreifen. Ferner muss dies für alle weiteren unbenannten Vernehmungsmethoden gelten,

²⁵⁵ BGHSt. 5, 332 (333); LG Frankfurt, NJW 2005, 692 (693); *Badura*, JZ 1964, 337 (342); *Meyer-Gofßner*, § 136a, Rn. 1; *Monka*, Graf/StPO, § 136a, Rn. 1; *Pfeiffer/StPO*, § 136a, Rn. 1.

²⁵⁶ BGHSt. (GrS) 42, 139 (149); *Bosch*, Jura 1998, 236 (240); *Diemer*, KK/StPO, Rn. 1, 19; *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 33; *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 287; *Joerden*, JuS 1993, 927 (929 f.); *Kudlich*, JuS 1997, 696 (698); *Lemke*, HK/StPO, § 136a, Rn. 17; *Meyer-Gofßner*, § 136a, Rn. 12; *Pfeiffer/StPO*, § 136a, Rn. 8; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (307 f.).

²⁵⁷ BGHSt. 52, 11 (16, Rn. 17); BGHSt. (GrS) 42, 139 (149); FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (477); *Günther*, StV 1988, 421 (422); *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 33; *Erfurth*, Verdeckte Ermittlungen, 60; *Kühl*, StV 1986, 187 (190); *Lemke*, HK/StPO, § 136a, 15, 28; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (712); *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 112; *Wolter*, SK/StPO, Vor § 151, Rn. 122.

²⁵⁸ So folgerichtig *Joerden*, JuS 1993, 927 (930).

²⁵⁹ *Puppe*, GA 1978, 289 (305), die den Schutz vor Geständniserschleichung § 136 StPO entnimmt.

²⁶⁰ *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 160; *Imme Roxin*, Rechtsstaatsverstöße, 124; *Schumann*, JZ 1986, 66 (67); i. E. ebenso *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 65.

da nach unbestrittener Auffassung ihre Aufzählung nicht abschließend ist.²⁶¹ Die Aussagekraft des Hinweises auf die übrigen Modalitäten des § 136a Abs. 1 StPO ist zur Bestimmung der nötigen Einwirkungsintensität aber begrenzt. So soll das Merkmal der Misshandlung durch alle Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens i. S. v. § 223 StGB verwirklicht werden, also durch eine grelle Beleuchtung in der Vernehmung²⁶² und durch eine leichte Ohrfeige ebenso wie durch einen zur massiven Gehirnerschütterung führenden Faustschlag. Das Merkmal der Ermüdung soll bei einem Schlafentzug von 30 Stunden gegeben sein,²⁶³ nicht aber bei einem von 24 Stunden.²⁶⁴ Der Hinweis an den Beschuldigten, seine Ehefrau habe einen Nervenzusammenbruch erlitten, sei ebenso als Quälerei zu werten²⁶⁵ wie rigoroser Zigarettenentzug,²⁶⁶ während der Verweis auf die Leiden der Opfer keine Quälerei begründen soll.²⁶⁷ Müssen sich die so aufgestellten Vorgaben zur Entwicklung eines Maßstabes somit als untauglich erweisen,²⁶⁸ wird die geforderte Angleichung bei den subjektiven Voraussetzungen der Vorschrift nicht verlangt: Genügt zur Annahme einer Ermüdung ihr objektives Vorliegen²⁶⁹ und ist auch für die Vernehmungsunfähigkeit ohne Bedeutung, wodurch sie herbeigeführt wurde,²⁷⁰ wird für die Täuschung nach umstrittener, aber – wie dargestellt – zutreffender Auffassung verlangt, dass die Willensbeeinträchtigung von der Vernehmungsperson vorsätzlich herbeigeführt (bzw. der Irrtum vorsätzlich nicht aufgeklärt) worden ist.

Der Rekurs auf den höchsten Rechtswert zur Auslegung der übrigen Methodenverbote begegnet zudem selbst schon Zweifeln. Angesichts ihrer herausragenden Bedeutung im Verfassungsgefüge (nicht zuletzt im Kontext der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG) ist die Menschenwürde grundsätzlich eng zu fassen, soll sie nicht der Entwertung preisgegeben werden.²⁷¹ Die Methoden des § 136a Abs. 1 StPO bzw. die Maßnahmen nach § 136a Abs. 2 StPO beinhalten

²⁶¹ Vgl. nur *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 35 m.w.N und *Gleiß*, LR/StPO, § 136a, Rn. 20.

²⁶² *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 651; *Gleiß*, LR/StPO, § 136a, Rn. 22; *Meyer-Göfner*, § 136a, Rn. 7.

²⁶³ BGHSt. 13, 60 (61); tatsächlich meint Ermüdung so Übermüdung.

²⁶⁴ BGH, NSTZ 1984, 15; illustrierend *Joerden*, JuS 1993, 927 (929): wonach die Beurteilung relevanter Ermüdung ebenso leicht wie die Frage danach sei, „wie viele Sandkörner einen Haufen bilden.“

²⁶⁵ *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 651.

²⁶⁶ BGH, NJW 1953, 1114 (1115); *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 29, 31.

²⁶⁷ *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 31.

²⁶⁸ *Popp*, NSTZ 1998, 95; *Bernsmann*, StV 1997, 116 (118, Fn. 22): „Warum eine Ohrfeige, die zu einer Aussage führt, einen massiveren Eingriff in die Autonomie eines Beschuldigten darstellen soll, als ein Gespräch, in dem einer der Beteiligten gelenkt in ausschließlich staatlich strategischem Interesse tätig wird, ist nicht ersichtlich.“

²⁶⁹ BGHSt. 1, 376 (379) (= StV 1987, 527).

²⁷⁰ LG Dortmund, NSTZ 1997, 357; LG Verden, StV 1986, 97.

²⁷¹ *Höfling*, Sachs/GG, Art. 1, Rn. 17 f.; *Jarass*, Jarass/Pieroth, Art. 1, Rn. 5.

zwar allesamt unfaire unredliche Verhaltensweisen, die der hoheitlichen Fremdsteuerung dienen und daher mit gutem Grund verboten sind. Die Herabwürdigung des Betroffenen zur vertretbaren Größe bzw. die prinzipielle Aufhebung seiner Prozesssubjektivität ist aber etwa in dem Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils oder der Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme nicht begründet.²⁷² Sähe man dies so, könnten Instrumentalisierungen des Beschuldigten auf der Grundlage von § 81a StPO mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht länger vereinbar sein. Auch müsste die Menschenwürde mit der Methodenanwendung selbst schon als angetastet gelten (z. B. mit der Zeugniserzwingung gemäß § 70 Abs. 2 StPO oder der Drohung mit einem nicht unerheblichen Bußgeld, sofern der Beschuldigte seiner Pflicht zur personenbezogenen Auskunft gemäß § 111 OWiG nicht nachkommt²⁷³).²⁷⁴

Insofern ist beachtenswert, dass schon der Standardfall verbotener Täuschung, nämlich die Irreführung über eine vermeintlich erdrückende Beweislage,²⁷⁵ keine Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG darstellt. Dem Beschuldigten wird kein zwangsgleiches Übel in Aussicht gestellt, sondern er wird über die äußeren Gegebenheiten seines Geständnisses schlicht belogen. Dasselbe gilt für die von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ebenso erfasste wahrheitswidrige Mitteilung, die Tat sei nach geltendem Recht ohnehin nicht strafbar bzw. werde nur mit einer Geldbuße geahndet.²⁷⁶ Weil derartige Täuschungen, obwohl sie mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht in Konflikt geraten, gleichwohl von § 136a Abs. 1 StPO untersagt sind, kann der Menschenwürde selbst kein Auslegungsmaßstab entnommen werden.

So wenig die Menschenwürde für sich zum strafprozessualen Prinzipiengehalt des Nemo-tenetur-Satzes beitragen kann, so untauglich erweist sie sich als Richtschnur zur Auslegung von § 136a StPO. Zwar ist die mit der Überwindung des nationalsozialistischen Terrors verbundene post-traumatische Sehnsucht nach absoluter Werthaftigkeit verständlich. Der geläufige Hinweis auf Art. 1 Abs. 1 GG als normausfüllenden Wert von § 136a StPO scheint aber etwas den Blick

²⁷² *Krack*, NSTz 2002, 120 f.; *Lesch*, KMR/StPO, § 136a, Rn. 6; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 3.

²⁷³ Nach h. M. zulässig; BGHSt. 25, 13 (17) (= NJW 1972, 2004); *Diemer*, KK/StPO, § 136, Rn. 7; *Hanack*, LR/StPO, § 136, Rn. 12; *Meyer-Goßner*, § 136, Rn. 5.

²⁷⁴ Die verfahrensbeendende Absprache („Deal“) in der Strafverfahrenspraxis (das Inaussichtstellen eines gravierenderen Schuld- bzw. Strafausspruchs bei fehlender Kooperation, sprich: Gebrauch vom Recht auf Aussagefreiheit) gemäß § 257c liefert hierfür wiederum ein weiteres (fragwürdiges) Beispiel.

²⁷⁵ BGHSt. 35, 328 (330); OLG Frankfurt, StV 1998, 119; LG Freiburg, StV 2004, 647 f.; *Meyer-Goßner*, § 136a, Rn. 14; *Puppe*, GA 1978, 289 (290); *Ranft*, Strafprozessrecht, Rn. 334.

²⁷⁶ *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 658; *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 42; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 896. Es ist evident, dass die derart beförderte Selbstbelastung weder als unzumutbar bzw. als peinlich empfunden werden kann noch dass sie negative Auswirkungen auf die Beweisqualität zur Folge hat.

dafür verstellt zu haben, dass diese Vorschrift den Straftataufklärern jeden Anreiz nehmen soll, den Wissensträger zum fungiblen Objekt ihrer Interessen zu machen, unter diesem Aspekt der Fremdsteuerung qualitative Unterschiede der in § 136a Abs. 1 S. 1 StPO genannten Methoden aber nicht bestehen.

2. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Ein verfassungsrechtlich gebotener Auslegungsmaßstab ist auch nicht über das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu erhalten. Die in diesem Recht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG verortete Prozesssubjektstellung des Beschuldigten wird nicht schrankenlos gewährleistet, sondern tritt in Abwägung mit dem rechtsstaatlichen Schutzgut einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege. Nicht auszuschließen ist daher, dass § 136a StPO das einfachgesetzliche Produkt einer gesetzgeberischen Wertentscheidung sein kann, der zufolge das Strafverfolgungsinteresse gegenüber nicht notwendigerweise nötigen Beeinträchtigungen des Beschuldigten zurückzutreten habe.

3. §§ 100 ff. StPO, §§ 110a ff. StPO

Die Vereinbarkeit der in Rede stehenden Ermittlungsmethoden mit § 136a StPO kann schließlich auch nicht aus den Vorschriften der §§ 100a ff. StPO gefolgert werden. Das heimliche Abhören bezweckt zwar die Erlangung selbstbelastender Äußerungen.²⁷⁷ Gleichwohl verfängt der Hinweis auf die Existenz der §§ 100a ff. StPO und die bei Qualifizierung heimlichen Mithörens als relevante Willensbeeinträchtigung insoweit gegebene Widersprüchlichkeit der StPO schon deshalb nicht,²⁷⁸ weil offen bleibt, ob die Telefonüberwachung nach der Vorstellung des Gesetzgebers das Täuschungsverbot nicht tangiert oder sie kraft gesetzlicher Legitimation insofern gerechtfertigt ist.

Da für die Regelungen über den Einsatz Verdeckter Ermittler Entsprechendes gilt, wird mit ihrer Existenz sowohl die Zulässigkeit²⁷⁹ als auch die Unzulässigkeit der Inanspruchnahme von Privatpersonen zu Strafverfolgungszwecken begründet. Wenn der BGH im „*Sedlmayr-Fall*“ (Nr. 8) aus der Entwurfsbegründung zum OrgKG ableitet, dass das „getarnte Vorgehen von Verdeckten Ermittlern – und dementsprechend von V-Leuten – (...), auch wenn es auf Initiative der Strafverfolgungsbehörden beruht, kein Umstand (ist²⁸⁰), der für sich die Unzuläs-

²⁷⁷ Vgl. BGHSt. 33, 217 (223); *Nack*, KK/StPO, § 100a, Rn. 26.

²⁷⁸ So aber *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 218.

²⁷⁹ So insbesondere der Große Senat, wonach die Unbeachtlichkeit der Motivation bei selbstbelastender Entäußerung ggü. Zivilpersonen durch §§ 110a ff. StPO belegt sei, vgl. BGHSt. (GrS) 42, 139 (152).

²⁸⁰ Ergänzung durch *Verf.*

sigkeit eines solchen Vorgehens begründet“,²⁸¹ dann geht diese Schlussfolgerung aber schon deshalb an der Sache vorbei, weil mögliche Kollisionen des Einsatzes Verdeckter Ermittler mit dem Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO bei dem Gesetzgebungsverfahren zum OrgKG keine Rolle gespielt haben, dem Gesetzgeber ein entsprechendes Problembewusstsein seinerzeit – wie bereits ausgeführt – also gefehlt hat.

II. Der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit als Schutzzweck von § 136a StPO

Tatsächlich kann die Beschränkung der Täuschung auf von ihr vermittelte psychische Zwangslagen ihrem Charakter als Angriff auf das Wissen des Betroffenen nicht gerecht werden, da Zwang und Täuschung zwei höchst unterschiedliche Formen der Willensbeeinflussung verkörpern.²⁸² Dass die Täuschung nicht weniger gravierend, sondern gegenüber den übrigen Methoden verbotener Beweisgewinnung andersartig ist, muss man erkennen, um die Selbständigkeit und Erforderlichkeit ihres Verbots zu verstehen. Dabei eröffnet sich diese Einsicht erst über die Selbstbelastungsfreiheit als Schutzgut von § 136a StPO. Im Folgenden soll dieses Verständnis methodologisch nachvollzogen und sodann ausgehend von einer rechtlichen Bewertung der offenen Beschuldigtenbefragung auf die Situation der informellen Informationserhebung übertragen werden.

1. Normauslegung

a) Grammaticische Auslegung

Jede Auslegung hat zunächst beim Wortlaut der Vorschrift anzusetzen. Ist dieser klar und eindeutig, ist ein Rückgriff auf andere Auslegungsmethoden nach Auffassung des BVerfG nicht gestattet, wenn und soweit der Wortsinn der Vorschrift damit verlassen wird.²⁸³ Ihrem Wortsinn zufolge meint die Freiheit der Willensentschließung die Fähigkeit, eine Entscheidung autonom zu treffen, während die Freiheit der Willensbetätigung besagt, sich entsprechend der getroffenen Entscheidung verhalten zu können. Das Vorhandensein von Bewusstsein und Willen, also die Freiheit der Willensbildung, ist damit Voraussetzung. Verboten sind demnach Vernehmungsmethoden, die auf die Entwicklung des Willens selbst einwirken, indem ihm unzutreffende Voraussetzungen zur Grundlage gemacht werden (so die Wirkungsweise der Täuschung) oder aber die die Umset-

²⁸¹ So BGHSt. 40, 211 (215).

²⁸² Bernsmann, StV 1997, 116 (118); Günther, StV 1988, 421 (423); Pawlik, GA 1998, 378 (388).

²⁸³ Vgl. BVerfGE 87, 209 (224); BVerfGE 71, 108 (115); vgl. auch Bleckmann, JuS 2002, 942 (943 f.).

zung der unbeeinflusst zustande gekommenen Entscheidung hindern (so die Wirkungsweise aller Methoden des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO).

Somit lässt sich sagen, dass die Freiheit der Willensentschließung gewahrt ist, wenn sich der Beschuldigte hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ seiner Aussage frei entscheiden kann.²⁸⁴ Demnach wirkt das Täuschungsverbot absolut und findet Anwendung, wenn eine Aussage einer beeinträchtigten Willensfreiheit nachfolgt. Anderenfalls fehlt die Kausalität von Handlung und Erfolg. Diesen Ursachenzusammenhang stellt das Gesetz als Regelvermutung in Bezug auf die von § 136a Abs. 1 StPO genannten Methoden selbst auf. Sähe man dies nicht so, wäre das Verwertungsverbot nach § 136a Abs. 3 S. 2 StPO gegen den Willen des Beschuldigten wirkungslos, da seine Erklärung, er hätte sich ohne Anwendung der verbotenen Vernehmungsmethode nicht anders geäußert, dann beachtlich wäre.²⁸⁵ Auf die Unterscheidung von erheblichen und unerheblichen Beeinträchtigungen der Willensfreiheit kommt es somit nicht an.²⁸⁶ Es genügt vielmehr, dass die Ursächlichkeit der Irrtumserregung nicht auszuschließen ist. Mit *Eisenberg* ist daher davon auszugehen, dass bei Angaben, die einer durch Täuschung des Vernehmenden herbeigeführten Irrtumserregung nachfolgen, eine „ernsthafte Beeinträchtigung der Willensfreiheit indiziert“, diese also nur im Ausnahmefall ausgeschlossen ist.²⁸⁷

b) Systematische Auslegung

Des Weiteren ist der Bedeutungszusammenhang der in § 136a Abs. 1 StPO benannten Methoden als auch der Normabsätze zueinander sowie das Normgefüge der §§ 136, 136a StPO zu betrachten. „Denn es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sachlich Zusammenhängendes so geregelt hat, dass die gesamte Regelung einen durchgehenden, verbindlichen Sinn ergibt.“²⁸⁸

Der systematische Kontext von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO bestätigt den behaupteten Dualismus der Einwirkungsverbote. Verlangt man wie *Puppe*²⁸⁹ eine zwangsgleiche Wirkung der Täuschung und hält demnach nur Irrtumserregungen

²⁸⁴ *Baulke*, Strafprozessrecht, Rn. 130; *Lemke*, HK/StPO, § 136a, Rn. 14.

²⁸⁵ *Salger*, Das Schweigerecht, 39.

²⁸⁶ So aber *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 36, 65; auch *Lemke*, HK/StPO, § 136a, Rn. 28.

²⁸⁷ *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 674a; ebenso *Gundlach*, AK/StPO, § 136a, Rn. 41.

²⁸⁸ So BVerfGE 48, 246 (257) zur Maxime der systematischen Auslegung von Gesetzen.

²⁸⁹ *Puppe*, GA 1978, 289 (297, 305). Der nach diesem Verständnis von der Täuschung nur unzureichende Schutz des Betroffenen vor Geständniserschleichung wird zwar erkannt, diese Aufgabe jedoch § 136 StPO zugeordnet, wobei die Erlangung von belastenden Indizien und die Aufdeckung von Lügen durch Täuschung wiederum zulässig sein soll (S. 304 ff.). Eine solche Zersetzung vermeidet die hier vertretene Konzeption im Anwendungsverhältnis der §§ 136, 136a StPO.

für verboten, die schwere Affekte von Hass, Zorn oder Verzweiflung herbeizuführen geeignet sind, wäre die Täuschung neben den weiteren verbotenen Vernehmungsmethoden nämlich nicht einsichtig.²⁹⁰ Dieser Widerspruch gebietet eine harmonisierende Auslegung, die der Täuschung zu eigenständiger Geltung, mithin zu einem eigenständigen Sinn, verhilft.

Hierzu verdient der zumeist unbeachtete Sinn- und Bedeutungsgehalt von § 136a Abs. 2 StPO Aufmerksamkeit, dem zufolge Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, nicht gestattet sind. Zwar ist das Erinnerungsvermögen nicht vom Willen unabhängig,²⁹¹ da die Erinnerung – im Unterschied zum bloßen Einfall – einen hierauf gerichteten Willen voraussetzt, wohl aber die Einsichtsfähigkeit.²⁹² Mit ihrem rechtlichen Schutz soll die Fähigkeit des sich gegenüber den Strafverfolgungsbehörden Entäußernden sichergestellt werden, sich die Bedeutung seiner Aussage nach Inhalt und Tragweite zu vergegenwärtigen, um die Verantwortung für sie zu übernehmen.²⁹³

Verboten sind also sämtliche Maßnahmen, durch die der Betroffene verkennt oder nicht mehr erkennen kann, was ihn belastet und welche Folgen eine bestimmte Aussage, Handlung, Duldung oder Unterlassung für ihn haben kann.²⁹⁴ Daher ist die Einsichtsfähigkeit als notwendige Vorbedingung der Willensentschließung wie diese selbst geschützt.²⁹⁵ Wenn es also richtig ist, dass § 136a Abs. 2 StPO eine geringe praktische Bedeutung beikommt,²⁹⁶ liegt dies nur daran, dass Instrumentalisierungen des Beschuldigten durch Irreführung bereits § 136a Abs. 1 S. 1 StPO unterfallen. Der systematische Bedeutungszusammenhang der Norm unterstreicht auf diese Weise einmal mehr die Bedeutung und Eigenständigkeit des Schutzguts, einen Willen autonom bilden zu können, zumal Methoden zur Beeinträchtigung von Erinnerungsvermögen und Einsichtsfähigkeit in § 136a Abs. 2 StPO nicht gesondert benannt werden.

Dieses Verständnis entspricht dem aufgezeigten Anwendungsverhältnis der §§ 136, 136a StPO zueinander. Rechtssicherheit und rechtliche Widerspruchsfreiheit gebieten es, der Prozessgewährleistung, sich nicht unbeabsichtigt gegenüber den Strafverfolgern selbst zu belasten, über die in § 136 StPO markierte Gesprächssituation hinaus Geltung zu verschaffen. Insofern stellen die Vorschriften

²⁹⁰ Günther, StV 1988, 421 (423); Verrel, NStZ 1997, 415 (416).

²⁹¹ So aber Schlüchter, Strafverfahren, Rn. 97.

²⁹² Diemer, KK/StPO, § 136a, Rn. 35; Lemke, HK/StPO, § 136a, Rn. 30.

²⁹³ Diemer, KK/StPO, § 136a, Rn. 36; Erbs, NJW 1951, 386 (389). In dieselbe Richtung weist die vom BVerfG in seiner Leitentscheidung vom 09.10.2002 zur Reichweite des Rechts am gesprochenen Wort aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG gegebene Begründung, vgl. BVerfGE 106, 28 (39).

²⁹⁴ Erbs, NJW 1951, 386 (389); LG Mannheim, NJW 1977, 346 f.

²⁹⁵ Gundlach, AK/StPO, § 136a, Rn. 70.

²⁹⁶ Meyer-Goßner, § 136a, Rn. 25; auch Lemke, HK/StPO, § 136a, Rn. 16.

für ihren Anwendungsbereich jeweils die Aussage- bzw. Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten sicher. Dies schließt den Schutz vor Irrtum ein, da schon nach unstreitigem Verständnis von der in § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO vorgeschriebenen Belehrung der Beschuldigte jedenfalls vor der Fehlvorstellung geschützt werden soll, zur Aussage verpflichtet zu sein.²⁹⁷

c) Gesetzgeberische Motive/Entstehungsgeschichte

Eine weitere Auslegungshilfe bietet die historische Auslegung, also die Betrachtung der Motive und Wertentscheidungen des Normgebers sowie des geschichtlichen Rahmens der Normentstehung.

Wie ausgeführt wurde, war schon vor Inkrafttreten des gesetzlichen Täuschungsverbots anerkannt, dass das hoheitliche Streben, den Beschuldigten in der Ausübung seines Schweigerechts zu beeinflussen, unzulässig ist. Der Gesetzgeber von 1877 hatte das Verbot der hierzu geeigneten, in § 136a Abs. 1 S. 1 StPO später beispielhaft genannten Methoden als ungeschriebenes Recht vorausgesetzt;²⁹⁸ erst die fortgesetzte Missachtung des ungeschriebenen Verbots dieser Methoden in der NS-Zeit führte zu der Erkenntnis von der Notwendigkeit seiner ausdrücklichen Normierung.²⁹⁹

Dass der Gesetzgeber das Verbot der Täuschung vor diesem Hintergrund und in Kenntnis davon, dass sie im Vergleich zu den übrigen Methoden vordergründig weniger massiv und drastisch erscheint, gleichwohl – und in bewusster Abwendung der von § 343 Abs. 1 StGB pönalisierten Methoden der Aussagegewinnung – einschränkungslos in das Gesetz aufgenommen hat, verdient daher Berücksichtigung.³⁰⁰ Das Erfordernis eines zwangsähnlichen Charakters der Täuschung ist den gesetzgeberischen Motiven so auch nicht zu entnehmen, da es nach ihnen vielmehr darum ging, den Beschuldigten vor Äußerungen zu schützen, die er aufgrund falscher Vorstellung abgibt.³⁰¹ Dies erklärt auch das ausdrückliche Verbot,

²⁹⁷ Unzutreffend daher die allgemeine Aussage des Großen Senats, wonach die Freiheit von Irrtum nicht in den Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes falle, vgl. BGHSt. (GrS) 42, 139 (153).

²⁹⁸ Die Motive des Gesetzgebers von 1877 führen zum Charakter der Mitwirkungsfreiheit aus: „Dadurch wird auch jeder mittelbare Zwang, welcher die Herbeiführung unfreiwilliger Eröffnungen bezweckt, ausgeschlossen, namentlich die Vorlegung von Fragen, deren Tragweite und Zusammenhang mit dem Belastungsbeweis der Beschuldigte nicht übersieht“, vgl. *Hahn*, Gesamte Materialien (3.1.), 138.

²⁹⁹ FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (478); *Böse*, GA 2002, 98 (113 ff.); *Degener*, GA 1992, 443 (463); *Dencker*, StV 1994, 667 (678); *Grünwald*, StV 1987, 453 f.; *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 2; *Joerden*, JuS 1993, 927; *Rüping*, Das Strafverfahren, Rn. 103.

³⁰⁰ *Gundlach*, AK/StPO, § 136a, Rn. 41. Zur Erforderlichkeit, gesetzgeberische Wertentscheidungen in der Rechtsauslegung zu berücksichtigen: BVerfGE 92, 365 (409 f.).

³⁰¹ *Bernsmann*, StV 1997, 116 (118); *Günther*, StV 1988, 421 (423); *Jäger*, Beweisverwertung, 171.

gesetzlich nicht vorgesehene Vorteile zu versprechen (§ 136a Abs. 1 S. 3, 2. Alt. StPO), eine Willensbeeinträchtigung, der ebenso wie der Hypnose (§ 136a Abs. 1 S. 2, 7. Var. StPO) ein Nötigungscharakter gleichfalls nicht zukommt. Gemäß der mit der Abkehr vom Inquisitionsprozess (und der NS-Zeit) verbundenen Wertungen ist das Verbot der Täuschung also nur insofern für einschränkungsbedürftig und -fähig zu halten, als die Täuschung das Vorhandensein eines Täuschungsbedeutens oder einer zielgerichteten Absicht des Täuschenden zur Voraussetzung hat.

d) Teleologische Auslegung

Im Rahmen teleologischer Auslegung ist nach der konkreten Ziel- und Zwecksetzung des Gesetzes, also nach seiner Ratio legis, zu fragen.³⁰² Bei der Frage der Zurechnung privaten Handelns mit Blick auf Art. 1 Abs. 3 GG ist es schon erforderlich gewesen, zum Sinn und Zweck von § 136a StPO Stellung zu nehmen. Weil aber zuzugeben ist, dass die Selbstbelastungsfreiheit nicht jede Form der Willensbeeinträchtigung durch die Strafverfolgungsbehörden zu untersagen vermag, ist nun zu erörtern, woraus sich eine unzulässige Einwirkung auf die Willensfreiheit begründet. Hierzu soll im Folgenden wiederum zunächst bei formellen Informationserhebungen angesetzt und die einschlägige Rechtsprechung betrachtet werden.

2. Beeinträchtigung bei formellen Informationserhebungen

a) Ausdrückliche Täuschung

aa) OLG Köln MDR 1972, 965

Die kategoriale Wesensverschiedenheit von Täuschung und Zwang in ihrer Wirkung auf die Willensfreiheit des Betroffenen ist vom OLG Köln³⁰³ treffend beschrieben worden: „Im Grunde wird allerdings die Freiheit der Willensentscheidung und Willensbetätigung durch eine wahrheitswidrige Behauptung des Vernehmenden nicht oder jedenfalls in einem anderen Sinne als durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff und die übrigen, durch § 136a StPO verbotenen Mittel beeinträchtigt. Während nämlich die Anwendung dieser Mittel

³⁰² Larenz/Canaris, Methodenlehre, 202 f.

³⁰³ OLG Köln, MDR 1972, 965. Der in angetrunkenem Zustand schlafend auf dem Fahrersitz seines Pkw angetroffene Beschuldigte hatte erklärt, dass nicht er, sondern ein Bekannter den Pkw gefahren habe. Der Bekannte konnte in der vom Beschuldigten angegebenen Wohnung nicht angetroffen werden. Dies teilte der Polizeibeamte ihm mit und fügte wahrheitswidrig hinzu, ihm sei Mitteilung gemacht worden, der angebliche Fahrer sei verreist und könne schon deshalb nicht den Wagen geführt haben. Auf diesen Vorhalt räumte der Beschuldigte ein, selbst gefahren zu sein.

darauf abzielt, den Willen des Beschuldigten an freier Entfaltung zu hindern oder gar zu brechen, richtet sich die Täuschung gegen das Wissen des Beschuldigten. Die Willensfreiheit des Beschuldigten kann hier nur insofern beeinträchtigt werden, als der Beschuldigte sich aufgrund einer falschen Tatsachenvorstellung zu Erklärungen entschließt. Eben dies hat der Gesetzgeber aber gemeint, wenn er unter den verbotenen Mitteln auch die Täuschung genannt hat. (...) Seine Freiheit, beliebig auszusagen, wird verletzt, wenn er im Wege der Täuschung zu Äußerungen veranlasst wird, die er zwar ‚freiwillig‘, aber infolge einer falschen Vorstellung von der Sach- und Beweislage macht.“³⁰⁴

bb) BGHSt. 37, 48 („Leichenfund-Fall“)

Aufschlussreich ist auch ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1990, in der es um die wahrheitswidrige Behauptung eines Polizeibeamten ging, der zufolge der Beschuldigte in einer Vermisstensache vernommen werde, während der Leichnam des Ermordeten tatsächlich bereits gefunden worden war.³⁰⁵ Der BGH hatte hier eine nach § 136a StPO verbotene Täuschung mit der Begründung angenommen, der Beschuldigte sei „bewusst über den Sinn der Vernehmung in die Irre geführt“ worden.³⁰⁶ Diese Entscheidung zum „Leichenfund-Fall“ führt in zweierlei Hinsicht auf die richtige Spur, denn sie erkennt an, dass zur Freiheit der Willensentschließung, eine Aussage mit beabsichtigtem Inhalt und in beabsichtigtem Umfang zu tätigen, die Kenntnis der hierfür bedeutsamen Umstände gehört.³⁰⁷ Zum anderen erteilt sie der Forderung nach einem zwangsfähnlichen Charakter der Täuschung eine Absage: Mit Angabe eines unzutreffenden Bezugspunkts der Befragung ist nicht die Vorstellung reduzierter Verhaltensmöglichkeiten befördert bzw. ein Aussagedruck bei dem Beschuldigten erzeugt worden.

cc) OLG Hamburg, MDR 1976, 601

Auf dieser Linie liegt auch das Verbot einer vermeintlichen Befragung zur Person nach § 111 OWiG, wenn in Wirklichkeit tat- und schuldrelevante Feststellungen getroffen werden sollen: Eine derartige Irreführung über die Zielrichtung der Befragung stellt ein Unterlaufen des Schweigerechts dar und ist deshalb gemäß § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verboten.³⁰⁸

³⁰⁴ OLG Köln, MDR 1972, 965 (966).

³⁰⁵ BGHSt. 37, 48 (= NSTz 1990, 446).

³⁰⁶ BGHSt. 37, 48 (53); ebenso *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 300.

³⁰⁷ Ebenso *Benfer*, MDR 1994, 12; *Keller*, Straftatprovokation, 122; *Popp*, NSTz 1998, 95; *Puppe*, GA 1978, 289 (305) (auf § 136 StPO bezogen); a.A. *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 159 f.

³⁰⁸ OLG Hamburg, MDR 1976, 601.

dd) Zwischenergebnis

Festgehalten werden kann demnach, dass eine Äußerung freiwillig ist, wenn dem sich Äußernden zuvor der Bezugspunkt seiner Befragung zur Kenntnis gebracht worden ist. Aus diesem Umstand heraus erfährt die Mitteilung des Tatvorwurfs gemäß § 136 Abs. 1 S. 1 StPO ihre besondere Bedeutung.

b) *Konkludente Täuschung*

aa) Die Situation „inoffizieller“ Vor- und Nachgespräche

Zumindest von der Instanzrechtsprechung ist weitgehend anerkannt, dass eine nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO erhebliche Täuschung vorliegt, wenn dem Beschuldigten vom Vernehmenden vorgespiegelt wird, dass eine zu gerichtlich verwertbaren Ergebnissen führende Vernehmung noch nicht bzw. nicht mehr gegeben ist. Gemeint sind die schon angesprochenen Fälle, in denen der Beschuldigte durch „Auflockerungen der Vernehmungsatmosphäre“, also durch Irreführung über die beweisrechtliche Unbedenklichkeit der Gesprächssituation, zur Selbstbelastung motiviert wird.³⁰⁹ Die Suggestion einer trügerischen Sicherheit täuscht ihn in entscheidungsrelevanter Weise „über die Tragweite und Verwertbarkeit seiner Aussage“.³¹⁰ In der Weise, wie die Verhaltenspflichten des § 136 Abs. 1 StPO dem Beschuldigten seine informationelle Autonomie in der Situation amtlicher Befragung sicherstellen, liegt eine rechtserhebliche Willensbeeinträchtigung vor, wenn die mit diesen Vorschriften bezweckten Wirkungen vom Vernehmenden wieder aufgehoben werden. Die Kenntnis von dem Recht, die Aussage verweigern zu dürfen, läuft leer, wenn der Umstand, dass eine Äußerung i. S. v. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO getätigt wird, gerade Gegenstand der Irreführung ist.³¹¹

bb) Die Situation der „Stimmenfalle“

Aus dem gleichen Grund beeinträchtigt auch die „Stimmenfalle“ die Willensfreiheit den Beschuldigten in nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO relevanter Weise. Der Anwendbarkeit des Täuschungsverbots in *Fall Nr. 10* und *Fall Nr. 11* kann dabei nicht entgegengehalten werden, die Vorschrift bezwecke lediglich inhaltlichen Aussageschutz,³¹² da der Nemo-tenetur-Grundsatz seinem Wesen zufolge nicht

³⁰⁹ AG Freising, StV 1998, 121; AG Delmenhorst, StV 1991, 254; AG München, StV 1990, 104.

³¹⁰ So zutreffend AG München, StV 1990, 104 (105).

³¹¹ Für das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots in diesen Fällen „unterhalb der Schwelle des § 136a StPO“ wegen Verstoßes gegen den Nemo-tenetur-Satz: *Bosch*, Aspekte, 245 f.

³¹² So aber *Bosch*, Aspekte, 302; *Dencker*, StV 1994, 667 (673 ff.); *Lesch*, KMR/StPO, § 136a, Rn. 12.

nur die Vorenthaltung (verbaler) Bekenntnisse gewährleistet, sondern die Abgabe verfahrensrelevanter Informationen insgesamt erfasst. Im Anwendungsbereich von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ist er daher genauso verletzt, wenn der Beschuldigte infolge der unterlassenen Belehrung über sein Aussageverweigerungsrecht keine selbstbelastenden Erklärungen abgibt, sondern Handlungen ebensolcher Wirkung vornimmt (beispielsweise beigegeführte Betäubungsmittel aushändigt).³¹³

Von § 136a StPO, der Kernvorschrift zum Schutze der Selbstbelastungsfreiheit, ist die nichtsprachliche Informationserhebung erst recht nicht ausgeklammert, sondern verboten, soweit nicht gesetzlich zugelassen (§ 136a Abs. 1 S. 2 StPO). Insofern war schon im Zusammenhang mit dem Brechmitteleinsatz ausgeführt worden, dass der Zugriff auf das Wissen des Beschuldigten nicht allein über die Herbeiführung einer Aussage erfolgt, da Täterschaftsbegründendes Wissen das Wissen um den Tatnachweis meint – wie die Identifizierung des Beschuldigten anhand seiner Stimme zeigt. Bestätigt wird diese Überlegung durch die Parallele zur Zwangsausübung. So dürfte es wohl von niemandem für zulässig gehalten werden, Schmerzlaute als Stimmenprobe mittels Folter zu erlangen. Zudem muss gesehen werden, dass der von § 136a StPO untersagte Einsatz eines Polygraphen gegen den Willen des Beschuldigten für sich auch erst einmal „nur“ zu nonverbalen Erkenntnissen, nämlich zu physiologischen Reaktionen (Hautwiderstand, Atmung, Blutdruck u. a.) führt.³¹⁴ Grundsätzlich ist es daher sachgerecht, wenn an den Wertungen dieser Vorschrift auch die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln gemessen wird.³¹⁵

Wenn das Bedenkliche der „Stimmenfalle“ dagegen weniger in der Täuschung als in der Umgehung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit ausgemacht wird,³¹⁶ so wird die Bedingung zwischen beidem ein weiteres Mal verkannt: Die Täuschung ist verboten, wenn und soweit sie eine freiverantwortliche Wahl zwischen aktiver und passiver Verteidigung hindert. Obwohl in den *Fällen Nr. 10 und Nr. 11* eine ordnungsgemäße Befragung des Beschuldigten vorgelegen hat, ist ihm doch gezielt die Kenntnis davon vorenthalten worden, dass es gerade seine Stimme ist, die er der Beweiswürdigung unterwirft. Soweit der BGH in *Fall Nr. 10* anklagen lässt, heimliche Tonbandaufzeichnungen von einer Vernehmung zum Zwecke der Stimmenidentifizierung seien in Fällen schwerer Kriminalität zulässig, sofern der Beschuldigte nur nach § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO über

³¹³ So auch *Bernsmann*, StV 1996, 416 (418); *Lesch*, KMR/StPO, § 136, Rn. 15.

³¹⁴ *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (610 f.). Eingehend zur Anwendbarkeit des § 136a StPO insofern: *Frister*, ZStW 106 (1994), 303 (317 ff.), wobei gleichfalls das von *Reiß* entwickelte Verständnis von der Aussagefreiheit zugrunde gelegt wird.

³¹⁵ *Dallmeyer*, StV 1997, 606 (610); *ders.*, KritV 2000, 252 (260); a. A. *Zaczyk*, StV 2002, 125 (127).

³¹⁶ *Küpper*, JZ 1990, 416 (421); *Odenthal*, NStZ 1995, 579 (580); *Schneider*, GA 1997, 371 (378 ff.).

sein Aussageverweigerungsrecht belehrt werde,³¹⁷ kann ihm also nicht gefolgt werden, da sich diese Belehrung allein auf (inhaltliche) Äußerungen bezieht.

Auch kann die Qualifizierung als willensbeeinträchtigende Täuschung nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Beschuldigte seine freiwillige Mitwirkung zuvor ausdrücklich abgelehnt hat. Über dieses vom BGH in *Fall Nr. 11*³¹⁸ aufgestellte Erfordernis würde der fehlenden Respektierung seines in der Vernehmung geäußerten Willens allein aus allgemein-rechtsstaatlichen Erwägungen begegnet – jenseits des Normzwecks von § 136a StPO und seinen tatbestandlichen Voraussetzungen.

Und schließlich kann es keinen Unterschied machen, ob die Stimmenprobe wie im *Fall Nr. 10* auf Tonträger fixiert oder wie im *Fall Nr. 11* schlicht abgehört wird.³¹⁹ Zwar könnte erwogen werden, ob heute eine „Stimmenfalle“ durch einen sogenannten großen oder kleinen Lauschangriff gedeckt wäre. Dies ist mit *Roxin/Schünemann* richtigerweise zu verneinen, da die §§ 110c, 100f StPO lediglich gestatten, das Wort des Beschuldigten – und damit auch seine Stimme – unter ganz bestimmten Voraussetzungen abzuschöpfen und nicht, neue Tatsachen durch eine gegen den Nemo-tenetur-Satz verstoßende konkludente Täuschung zu erzeugen.³²⁰

Das aber ist der entscheidende Gesichtspunkt, denn der Beschuldigte wird über die Art der Beweiserheblichkeit des Gesprächs absichtlich in die Irre geführt und damit in nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO relevanter Weise in seiner Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung beeinträchtigt. Somit wird die Selbstbelastung in Gestalt der Stimmenprobe von den Strafverfolgungsbehörden erzeugt. Aus diesem Grund hätte sich das Verwertungsverbot in *Fall Nr. 10* eigentlich aus einer direkten Subsumtion unter § 136a Abs. 3 StPO ergeben.³²¹ In seiner bereits angesprochenen Entscheidung hat das Amtsgericht Freiburg daher auch zu Recht erkannt, dass für den Verstoß gegen das Schweigerecht und § 136a Abs. 1 StPO unerheblich ist, ob das Gespräch aufgenommen oder schlicht mitgehört wurde. Festgehalten werden kann demnach, dass die Herbeiführung einer Stimmenprobe vom Beschuldigten gegen das Täuschungsverbot aus § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verstößt, wenn und soweit die Stimmenprobe von den Ermitt-

³¹⁷ BGHSt. 34, 39 (52).

³¹⁸ Vgl. BGHSt. 40, 66 (72). Im „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7) hat der BGH die Annahme einer Verletzung des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit hiervon abhängig gemacht, vgl. BGHSt. 52, 11 (19) und nachfolgend auch BGH, NStZ 2009, 343 (344, Rn. 9).

³¹⁹ *Achenbach/Perschke*, StV 1995, 577 (578); *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (976).

³²⁰ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 19; *Jäger*, Beweisverwertung, 185 f., jeweils zur Gestattung durch § 100c StPO – für § 100f StPO kann jedoch insoweit nichts anderes gelten.

³²¹ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 138; *Jäger*, Beweisverwertung, 185; *Wolfslast*, NStZ 1987, 103 (104).

lungsbehörden unter Bedingungen provoziert wurde, die sie zu diesem Zweck wahrheitswidrig arrangiert haben.³²²

cc) BGHSt. 53, 294 („Haftbesuchsraum-Fall“)

In seiner Entscheidung zum „*Haftbesuchsraum-Fall*“ (Nr. 9) hat der 1. Senat den Beschuldigten zwar konkludent getäuscht gesehen, jedoch zugleich klar gestellt, dass diese Irreführung „noch nicht die Qualität einer Täuschung (...) i. S. von § 136a StPO“ gehabt hat.³²³ Damit ist gemeint, dass der Beschuldigte trotz seiner Irreführung über die Vertraulichkeit seiner Gespräche mit der Ehefrau nicht in seiner Willensfreiheit beeinträchtigt gewesen sei.

Dies ist aber zweifelhaft, da die selbstbelastenden Aussagen des Beschuldigten auf staatlicher Einflussnahme und einer damit bei ihm erzeugten Fehlvorstellung über ihre unmittelbar gegebene Beweiserheblichkeit beruhen. Ein qualitativer Unterschied zur Situation der „*Stimmenfalle*“ ist insofern nicht gegeben; wiederum ist die Selbstbelastung von den Ermittlungsbehörden unter Bedingungen provoziert worden, die sie zu diesem Zweck wahrheitswidrig arrangiert haben. Wenn dagegen behauptet wird, der Beschuldigte sei in seiner Willensfreiheit nicht beeinträchtigt, da er sich zur Selbstbelastung gegenüber seiner Ehefrau freiwillig entschieden habe³²⁴, wird ein weiteres Mal verkannt, dass diese Freiwilligkeit nicht besteht, wenn sich der Beschuldigte über die Beweiserheblichkeit seiner Äußerung in einem den Ermittlungsbehörden zurechenbaren Irrtum befindet. Die Überwindung des entgegenstehenden Willens zur Selbstbelastung ist es gerade, die den Erfolg der Ermittlungsbehörden begründet.

Dass die Unverwertbarkeit der selbstbelastenden Aussagen nicht aus § 136a StPO folgt, ergibt sich aus einem anderen Gesichtspunkt. Ebenso wie im „*Aufscheuch-Fall*“ hat die Ehefrau, der sich der Beschuldigte anvertraut hat, weder mit den Ermittlungsbehörden zusammengearbeitet noch überhaupt Kenntnis von der Informationserhebung gehabt; die Gespräche wurden schlicht abgehört. So geboten es ist, mit dem Schutzzweck der Vorschrift die Einbeziehung staatlich zurechenbaren Handelns von Privatpersonen zu verlangen, so erforderlich ist dies

³²² AG Freiburg, StV 1988, 383. Ebenso: *Achenbach/Perschke*, StV 1995, 577 (578); *Beulke*, StV 1990, 180 (183); *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 676 f.; *Jäger*, Beweisverwertung, 175 f.; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 422; *Pfeiffer/StPO*, § 136a, Rn. 8; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 18; *Schneider*, GA 1997, 371 (381); *Wolfslast*, NSZ 1987, 103 f.

³²³ BGHSt. 53, 294 (310, Rn. 51).

³²⁴ *Engländer*, JZ 2009, 1179 (ebd.); *Hauck*, NSZ 2010, 17 (22); *Rogall*, HRRS 2010, 289 (292). Dagegen sieht Zuck den Beschuldigten in einer Zwangslage, die seiner Aussage die Freiwilligkeit nimmt, vgl. *Zuck*, JR 2010, 17 (21), ebenso *Kleszczewski*, StV 2010, 462 (464). Für einen Verstoß gegen den *Nemo-tenetur*-Grundsatz in diesem Fall auch *Walter*, Europäisierung des Rechts (2010), 301 f. unter Hinweis auf BGHSt. 34, 39 (= *Fall Nr. 10*).

für die analoge Anwendung der Vorschrift aber auch. Fehlt es hieran – wie auch in den Fällen der „Vernehmungunterbrechungen“ – dann ist für die analoge Anwendung von § 136a StPO kein Raum.

dd) Zwischenergebnis

Typisierend lässt sich ein Verstoß gegen § 136a StPO in den Fällen annehmen, in denen dem Beschuldigten zwar zur Kenntnis gebracht wurde, dass er zur Verweigerung der Aussage berechtigt ist, er von den Ermittlungsbeamten jedoch darüber getäuscht wurde, dass sein Gesprächsverhalten aktuell den Tatbestand einer (gegen ihn verwertbaren) Aussage erfüllt. Dasselbe gilt, wenn Gegenstand der Beweiserlangung eine Stimmenprobe ist. In diesen Fällen ist die Fehlvorstellung über die beweisrechtliche Unbedenklichkeit einer Äußerung für ihre Abgabe entscheidungsrelevant.

c) *Täuschung durch Unterlassen*

aa) § 136 Abs. 1 S. 1 StPO

In der bereits angesprochenen Entscheidung des FG Mecklenburg-Vorpommern war der Täuschung über die wahren Absichten des Vernehmungsbeamten bzw. über den wahren Zweck der Vernehmung „die Dimension einer grundlegenden Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung“ beigemessen worden.³²⁵ Denn indem der Hinweis nach § 136 Abs. 1 S. 1 StPO bewusst unterlassen wurde, sei dem Beschuldigten „die Freiheit, eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, ob er sich zu einer Beschuldigung äußern will (...), systematisch genommen worden“.³²⁶ Eine freie, abwägende Entscheidung sei dann nicht möglich, wenn kraft „einer überlegenen Strategie, (...) die dem Beschuldigten nicht einsichtig war und nicht einsichtig werden sollte, dessen verfassungskräftig gesichertes Recht auf freie Entscheidung, ob er sich äußern wolle oder nicht“, überspielt werde.³²⁷ Aussagen, die vom Beschuldigten infolge derart manipulierter Entschließungsfreiheit getätigt werden, seien deshalb – so das Finanzgericht – nach § 136a Abs. 3 S. 2 StPO absolut unverwertbar.³²⁸

bb) § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO

Eine Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit des Beschuldigten ist ebenso gegeben, wenn der Vernehmende die Belehrung über das Recht auf Aussagefrei-

³²⁵ FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (477); vgl. auch *Bernsmann*, StraFo 1998, 73 (76).

³²⁶ FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (477).

³²⁷ FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (476 f.).

³²⁸ FG Mecklenburg-Vorpommern, wistra 2003, 473 (478).

heit zielgerichtet unterlassen hat und der Beschuldigte daher von seiner diesbezüglichen Verpflichtung entsprechend der die ausnahmslose Belehrungspflicht begründenden Regelvermutung irrtümlich ausgegangen ist.³²⁹ Dieser Fall ist der vorsätzlichen Nichtaufklärung eines Irrtums über das Bestehen einer Aussagepflicht gleichzustellen;³³⁰ insofern darf nicht vom Staat ausgenutzt werden, dass sich der Beschuldigte über seine vom Nemo-tenetur-Satz geschützte Freiheit im Irrtum befindet.³³¹

cc) Informatorische Befragungen

Aus dem gleichen Grund ist § 136a Abs. 1 S. 1 StPO auch im folgenden Fall verletzt: Bei der Kontrolle einer aus dem Ausland einreisenden Person erscheint dem Zollbeamten ihr auffallend nervöses Verhalten verdächtig. Er fragt daher, ob sie Betäubungsmittel oder Waffen bei sich führe, wobei er bewusst die Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO unterlässt, um sich den „Überrumpelungseffekt“ zunutze zu machen. Der Einreisende wähnt sich entdeckt und zeigt dem Zollbeamten das im Fahrzeug versteckte Rauschgift. Die Täuschung über den vernehmungsbefragenden Sinn der Befragung einer Person im Status eines Beschuldigten durch das Unterlassen der in § 163 Abs. 4 StPO aufgestellten Vorgaben ist geeignet, dessen Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung in normativ relevanter Weise zu beeinträchtigen. Das Gesetz selbst geht hiervon aus und ordnet „bei Beginn“ der Vernehmung die Belehrung über das Recht auf Aussagefreiheit an, § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO. Mit gutem Grund: Die krimi-

³²⁹ Grünwald, JZ 1966, 489 (495, 499); Schlüchter, Strafverfahren, Rn. 95; auch Hanack, LR/StPO, § 136a, Rn. 36, der zusätzlich die Erkennbarkeit dieses Irrtums beim Vernehmenden verlangt.

³³⁰ Ebenso Jahn, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 298. Nicht sachgerecht insoweit BGH, NStZ 1997, 251: Der Beschuldigte hatte sich aus der Vorstellung heraus belastet, nur schriftliche und von ihm unterschriebene Aussagen seien der Verwertung zugänglich, ohne dass dieser Irrtum von dem Vernehmungsbeamten hervorgerufen bzw. bestärkt wurde. Der BGH (mit abl. Anm. Wollweber, NStZ 1998, 311), verneinte hier einen Verstoß gegen § 136a StPO, doch wird man das Ausnutzen dieser Fehlvorstellung dem Ausnutzen der selbst nicht herbeigeführten Verhandlungsunfähigkeit gleich zu setzen haben, vgl. LG Verden, StV 1986, 97 (98 f.), bzw. von einer Aufklärungspflicht aus § 136a II StPO ausgehen müssen. Hierzu auch Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 660, 671, mit dem zutreffenden Einwand, der Zweck der Vorschrift gebiete gerade den Schutz der Willensfreiheit von Personen mit verminderter Handlungskompetenz; vgl. auch Hanack, LR/StPO, § 136a, Rn. 35 a.E. Hiervon ausgehend ist über die intellektuellen Schwächen des Beschuldigten die Annahme „noch zulässiger List“ nicht begründbar.

³³¹ Mit der Anerkennung eines Verwertungsverbots bei unterlassener Belehrung durch BGHSt. 38, 214 mag es zusammenhängen, dass dieser Schluss nur (noch) selten gezogen wird. Angesichts des mit dieser Entscheidung zugleich konstituierten Widerspruchserfordernisses ist er aber von beträchtlicher praktischer Bedeutung, da der Verwertungsschutz nach § 136 StPO insofern weitaus geringer ist, während dem Beschuldigten mit dem absoluten Verwertungsverbot nach § 136a III 2 StPO kein Nachteil erwächst, da er an der Wiederholung seiner Aussage nicht gehindert ist.

nalistische Erfolgsgeeignetheit von informatorischen Befragungen ergibt sich gerade aus der Überwindung dieser gesetzlichen Schutzvorkehrung. Ein Verstoß gegen § 136a Abs. 1 S. 1 StPO liegt vor.³³²

dd) Zwischenergebnis

Werden die Mitteilungs- und Belehrungspflichten gemäß § 136 Abs. 1 S. 1, 2 StPO vom Vernehmenden zielgerichtet unterlassen, führt dies für den Beschuldigten zu einer – im Einzelfall widerleglichen – Beeinträchtigung seiner Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung i. S. v. § 136a Abs. 1 StPO.

3. Beeinträchtigung bei informellen Informationserhebungen

a) *Übertragung der Ergebnisse/Maßgeblichkeit der Auslegungskriterien*

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Irreführung eines (als solchen erkennbaren) Polizeibeamten über den amtlich-repressiven Charakter seiner Befragung gemäß § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verboten ist. Entsprechend des von der Grundabsicht des Gesetzes erfassten Regelungsbereichs legt dieses Ergebnis unter Wertungsgesichtspunkten nahe, erst recht solche Täuschungen einzubeziehen, durch welche der Betroffene über die Amtlichkeit seiner Befragung obendrein vollständig im Unklaren gelassen wird. Ist der Beschuldigte in einer offenen Vernehmungssituation ohnehin – nicht zuletzt durch die Belehrungen nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO – zur Vorsicht gemahnt, besteht für ihn in einem vermeintlichen Privatgespräch kein Anlass zum Argwohn. Gerechtfertigt wäre es demnach, dem Täuschungsverbot im Rahmen von informellen Informationserhebungen einen grundsätzlich weiteren Anwendungsbereich zu eröffnen, als dies im Rahmen regulärer Vernehmungen geboten ist.³³³

b) *Das Diktum vom Erfordernis reduzierter Verhaltensmöglichkeiten*

Demgegenüber nehmen der BGH – wie im „Mallorca-Fall“ (Nr. 7) – und die herrschende Meinung an, der Entschluss zu Äußerungen, die in Unkenntnis ihrer

³³² A. A. OLG Oldenburg, StV 1996, 416; wie hier: *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 227, 230; *Ranft*, Strafprozessrecht, Rn. 329.

³³³ *Jäger*, Beweisverwertung, 172; *Lindner*, Täuschungen, 91; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 231 f.; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (715); *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 220. Unter Beschwörung einer wahrheitssichernden Funktion von § 136a StPO auch *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624 (645). Unklar *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (307 f.), der den Anwendungsbereich der Vorschrift angesichts der größeren Schutzbedürftigkeit zwar eröffnet sieht, sich ohne nähere Begründung aber gleichwohl der allgemeinen Forderung nach restriktiver Auslegung des Täuschungsverbots anschließt.

unmittelbaren polizeilichen Kenntnisaufnahme abgegeben werden, beruhe unverändert auf dem Willen des sich Äußernden, sei von den Ermittlungsbehörden also nicht beeinträchtigt.³³⁴ Zur Begründung wird wiederum auf die Gesamtschau der Methodenverbote in § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verwiesen und die Annahme einer Willensbeeinträchtigung insofern von dem Vorhandensein eines Mitteilungs- bzw. Geständnisdrucks abhängig gemacht. Danach wird eine erhebliche Beeinträchtigung überwiegend nur angenommen, wenn sich der Beschuldigte der ausforschenden Privatperson nicht habe entziehen können, sei es in räumlicher Hinsicht³³⁵ (vor allem die „*U-Haft-Fälle*“) oder in zwischenmenschlich-emotionaler Hinsicht³³⁶ (etwa die „*Romeo-Fälle*“).

Es spricht zwar viel dafür, informelle Informationserhebungen durch Anbahnung einer Liebesbeziehung als Eingriff in den unantastbaren Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu werten;³³⁷ von konstitutiver Bedeutung für das Täuschungsverbot aus § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ist das Vorhandensein eines besonderen Vertrauensbruchs aber nicht. Wie auch in den Konstellationen unterhalb dieser Intensitätsschwelle ist nur die Verletzung des Schweigerechts durch Beeinträchtigung der darauf bezogenen Willensfreiheit entscheidend.³³⁸ Den Beschuldigten daran zu hindern, dieses Recht gegenüber den Ermittlungsbehörden wirksam auszuüben, bewirkt das Verbot der Täuschung; auf eine zusätzliche Unmoral kommt es nicht an.³³⁹

Ebenso wenig ist der den „*U-Haft-Fällen*“ attestierten Zwangssituation eine zusätzliche Bedeutung beizumessen. Dagegen sieht *Salger*³⁴⁰ die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung im „*Wahrsagerinnen-Fall*“ (Nr. 6) durch Täuschung nur kumulativ bei gleichzeitiger Ausnutzung der Haftsituation beeinträchtigt, während es am letzteren Merkmal fehle, wenn die Ausforschung

³³⁴ BGHSt. 52, 11 (16, Rn. 17); BGHSt. (GrS) 42, 139 (149); BGHSt. 39, 335 (347); BGH, NSTz 1996, 200; *Bär*, CR 1997, 367 (368); *Bockemühl*, Private Ermittlungen, 79; *Ellbogen*, Kriminalistik, 2006, 544 (546 f.); *Erfurth*, Verdeckte Ermittlungen, 60; *Kudlich*, JuS 1997, 696 (698); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 167; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (712); *Rogall*, JZ 1987, 847 (851); *Roxin*, NSTz 1995, 465 (466); *Sinn*, Jura 2003, 812 (818).

³³⁵ *Deutsch*, Informationserhebung, 243, 302; *Gundlach*, AK/StPO, § 136a, Rn. 5; *Kudlich*, JuS 1997, 696 (698); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 168 f.; *Pawlik*, GA 1998, 378 (386 f.); *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 67; *Salditt*, GA 1992, 51 (69 f.); *Salger*, Das Schweigerecht, 37 f.

³³⁶ BGHSt. (GrS) 42, 139 (155). Zu einem solchen Fall vgl. AG Heidenheim, NJW 1981, 1628.

³³⁷ *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 144 f.; *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung, 196.

³³⁸ Dagegen für einen Rückgriff auf das Gebot eines fairen Verfahrens *Schneider*, NSTz 2001, 8 (9 f.).

³³⁹ *Bernsmann*, StV 1997, 116 (119); *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 571; *Roxin*, NSTz 1997, 18 (20); *Schroth*, JuS 1998, 969 (977); *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (976).

³⁴⁰ *Salger*, Das Schweigerecht, 37 f., auch *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 446 (448).

nicht von den Ermittlungsbehörden veranlasst worden sei. Einmal abgesehen davon, dass so völlig unklar bliebe, worauf das (Verwertungs-)Verbot im Endeffekt eigentlich beruhen würde, spricht hiergegen auch, dass die rechtmäßige Untersuchungshaft nach § 136a Abs. 1 S. 2 StPO ausgenommen ist und, sofern sich der widerrechtlichen Haft als Mittel der Aussageerlangung bedient würde, diese Vorgehensweise schon nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verboten wäre.³⁴¹ Wäre die rechtmäßige (und die unvorsätzlich rechtswidrige) Untersuchungshaft als tauglich-kausales Mittel der Aussagegewinnung aufzufassen, hätte dies zur Folge, dass nicht nur kein Untersuchungsgefangener, sondern letzten Endes überhaupt kein Beschuldigter mehr vernommen werden dürfte, dessen Aufenthalt im Vernehmungssaal zwangsweise sichergestellt ist (vgl. §§ 163a Abs. 3 S. 1, 2 i.V.m. 133 ff. StPO).³⁴²

Indes: Die U-Haft ist zwar erzwungener Freiheitsentzug, zu einer selbstbelastenden Mitteilung zwingt sie jedoch niemanden.³⁴³ Auch wenn das Kommunikationsbedürfnis unter „Leidensgenossen“ durchaus erhöht sein kann und dieses von den Strafverfolgern gar ausgenutzt wird, sind die Bedingungen der Haft – und darauf kommt es an – selbst ohne Einfluss auf den Irrtum, sich ihnen gegenüber zu belasten. Insofern lässt die fehlende hoheitliche Veranlassung bzw. Nutzbarmachung des privaten Informationshelfers auch nicht das Ausnutzen einer Zwangssituation als notwendige Bedingung einer Beeinträchtigung der Willensfreiheit entfallen, sondern hindert allein die Zurechnung der Täuschung. Bemerkenswert ist auch, dass sich der BGH in seinen Erörterungen zum Täuschungsverbot selbst nicht am aussagepsychologischen Gesichtspunkt der Zwangsähnlichkeit orientiert, sondern die Perfidität des jeweiligen Vorgehens beurteilt hat.³⁴⁴

Die Möglichkeit, sich einem Auskunftsverlangen in der Vernehmung zu entziehen, ist dem Beschuldigten mit seinem Aussageverweigerungsrecht sichergestellt. Die Kenntnis von diesem Recht ist Voraussetzung seiner Ausübung, wes-

³⁴¹ § 136a StPO ist nicht verletzt, wenn die objektiv rechtswidrige U-Haft nicht zur Aussageerlangung eingesetzt worden ist, vgl. BGHSt. 34, 365 (369 f.); a.A. LG Bad Kreuznach, StV 1993, 629 (630).

³⁴² *Bosch*, Aspekte, 227 f.; *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 79; *Fezer*, StV 1996, 77 (78); *Jahn*, JuS 2000, 441 (443); *Roxin*, NStZ 1997, 18 (19); *Seebode*, JR 1988, 427 (430).

³⁴³ *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 79; *Engländer*, JZ 2009, 1179 (1180); *Hanack*, JR 1999, 348 (349); *Hauck*, NStZ 2010, 17 (22); *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (345); *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (711); *Wölter*, SK/StPO, Vor § 151, Rn. 124b; *ders.*, GA 1988, 49 (132); a.A. *Schneider*, NStZ 2001, 8 (10).

³⁴⁴ Etwa die Ausnutzung familiären Vertrauens in *Fall Nr. 1*; die Anbahnung eines Liebesverhältnisses zu repressiven Zwecken in *Fall Nr. 3* (als hypothetische Betrachtung, vgl. BGHSt. [GrS] 42, 139, 155); die Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses in *Fall Nr. 7*; die technische Aufzeichnung in *Fall Nr. 10*; die vorherige, ausdrückliche Ablehnung freiwilliger Mitwirkung sowie die Ausschließlichkeit des vorgetauschten Vernehmungszwecks in *Fall Nr. 11*.

halb seine Kenntnisverschaffung mit der Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO zwingend zu erfolgen hat. Unterbleibt diese Belehrung und macht der Beschuldigte im Glauben an seine Aussagepflicht selbstbelastende Angaben, so liegt ein entschließungsrelevanter Irrtum vor. Insofern kann eine rechtserhebliche Willensbeeinträchtigung aber nicht mit dem Hinweis verneint werden, der Getäuschte habe sich dem Informationshelfer (bzw. dem Verdeckten Ermittler) jederzeit entziehen können, wenn ihm die Kenntnis von der unmittelbar gegebenen Beweiserheblichkeit seiner Bekenntnisse – und damit überhaupt der Grund für die Erforderlichkeit, sich zu entziehen – zielgerichtet vorenthalten wird. Dies zumal der vermeintlich Verbündete nach Kräften (durch Abbau von Argwohn und Aufbau, Verstärken oder Bestätigen vorhandenen Vertrauens) darauf hinwirken wird, dass sich die Zielperson nicht von ihm abwendet – wie der „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7) zeigt, auch außerhalb von Haftanstalten (die Selbstbelastung erfolgte während eines Hafturlaubes des Beschuldigten).³⁴⁵

Dabei kommt man, orientiert am Maßstab zwangsweiser Willensbeeinträchtigung, zu dem gleichen Ergebnis, wenn man bedenkt, dass aus Sicht der Zielperson die jeweils einzig verlässliche Verhaltensalternative im vollständigen Kommunikationsverzicht bestünde, dies aber zu einem Zwang zu völligem Schweigen führen würde. Nur auf diese Weise könnte der Beschuldigte sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit gewährleistet wissen.³⁴⁶

c) Auslegung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK durch den EGMR

Der Entscheidung des EGMR im *Fall Allan*³⁴⁷ ist ebenfalls zu entnehmen, dass das Erfordernis einer „nachhaltigen Reduktion des Verhaltensspielraums“³⁴⁸ der Situation einer verdeckten Befragung nicht gerecht werden kann. Zwar waren auch in dieser Entscheidung die Haftbedingungen mit einem psychologischen Druck auf den Beschuldigten und einer hierdurch erhöhten Offenbarungswahrscheinlichkeit in Verbindung gebracht worden – freilich losgelöst von der Vorschrift des § 136a Abs. 1 StPO. Mit dem zur Begründung besagter Drucksituation zusätzlich herangezogenen schwerwiegenden Tatverdacht und den Nachwirkungen vorangegangener Vernehmungen hat der EGMR das Schweigerecht erneut in die Nähe seines herkömmlichen Anwendungsbereiches gestellt.

³⁴⁵ Nicht weiterführend dagegen *Popp*, JA 1998, 900 (901), mit der Überlegung, dieses Kriterium meine eine nach § 136a III 1 StPO ohnehin unbeachtliche Verhaltensweise: Wer sich entzieht, duldet die Methode nicht erfolgreich, sondern begibt sich aus ihrem Einwirkungsbereich heraus.

³⁴⁶ *Dencker*, FS-Dünnebieber (1982), 447 (456 f.); *Geyer*, Beschuldigtenbelehrung, 43; *Küpper*, JZ 1990, 416 (421); *K. Meyer*, JR 1987, 215 (217); *Odenthal*, NStZ 1995, 579 (580); *Schneider*, GA 1997, 371 (375); *Wolfslast*, NStZ 1987, 103 (105 f.); *Wolter*, SK/StPO, Vor § 151, Rn. 123 a; a. A. BGHSt. 40, 66 (71) (*Fall Nr. 11*).

³⁴⁷ EGMR, StV 2003, 257 ff.

³⁴⁸ *Rogall*, SK/StPO, § 136 a, Rn. 65.

Dass sich der EGMR im *Fall Allan* zur Begründung der nach dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK gebotenen Erweiterung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit auf das staatliche Unterlaufen prozessualer subjektiver Schutzvorkehrungen bezieht, zeigt aber, dass in der Haftsituation selbst kein Eingriffscharakteristikum liegen kann. Untersuchungsgefangene, vornehmlich diejenigen, für die § 112 Abs. 3 StPO einschlägig ist, mögen zwar häufiger vernommen werden, jedoch ist die Gefahr, dass verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen wie die Schweigerechtsbelehrung durch „Vernehmungs-äquivalente“ unterlaufen werden, außerhalb von Haftanstalten nicht minder existent.

Dies verdeutlicht in besonderem Maße auch die Entscheidung des BGH vom 27.01.2009, deren Sachverhalt zufolge sich die Beschuldigte einem Verdeckten Ermittler nach dessen fast eineinhalb jähriger Anbahnung eines Vertrauensverhältnisses anvertraut und ihm gegenüber die Tötung ihres Sohnes eingeräumt hatte – obwohl sie sich in keinerlei Haftsituation befand. Unter Hinweis auf die Allan-Entscheidung hat der BGH dennoch einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit gesehen, da sich das selbstbelastende Gespräch mit dem Verdeckten Ermittler wegen der vorangegangenen Einwirkungen auf die Entscheidungsfreiheit der Beschuldigten als „funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung“ darstellt.³⁴⁹

Soll der Schutz des Beschuldigten nach der Rechtsprechung des Großen Senats an den Außenmauern der Haftanstalt enden, müsste auch der zweite Anknüpfungspunkt im Allan-Urteil zur Annahme eines Eingriffs, die Art der Beziehung von Informanten und Beschuldigten, als überflüssig angesehen werden. Die Gesamtschau beider Ansätze legt es aber nahe, für eine nach Auffassung des EGMR „entlockte“ Information als erforderlich, aber auch ausreichend anzusehen, dass von den Ermittlungsbehörden wenigstens bedingt vorsätzlich eine die Wahrscheinlichkeit ihrer Preisgabe deutlich erhöhende Situation geschaffen wurde.³⁵⁰

Dass sie dabei Kausalität nicht ausreichen lässt, hat die Große Kammer des EGMR in ihrer Entscheidung zum *Fall Bykov* deutlicher als bisher ausgesprochen. Zwar ist dieses Urteil nicht so zu verstehen, dass der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 EMRK auf die verdeckte Ausforschung in Haftanstalten beschränkt sein soll; sonst hätte der EGMR den Grundgedanken des Allan-Urteils zur Erweiterung des Selbstbelastungsschutzes – die Absicherung einer freien Entscheidung des Beschuldigten auch außerhalb seiner Vernehmung – ausdrücklich verworfen.³⁵¹ Deutlich macht das Urteil aber, dass der EGMR die

³⁴⁹ BGH, NStZ 2009, 343 (344, Rn. 9).

³⁵⁰ So schon *Gaede*, StV 2003, 260 (261).

³⁵¹ *Gaede*, JR 2009, 493 (497); a. A. wohl *Rogall*, SK/StPO, Vor § 133 ff., Rn. 132.

Willensfreiheit des Beschuldigten in seiner verdeckten Befragung zunächst einmal nur durch Nötigung gefährdet sieht. Denn die Große Kammer hat nicht unter jenen Grundgedanken des Allan-Urteils subsumiert, sondern lediglich unter die besonderen Umstände, die den psychologischen Mitteilungsdruck auf den Beschuldigten Allan erhöht hatten und seinen Aussagen dadurch die Freiwilligkeit nahmen. Diese Umstände hat die Große Kammer auf die Ausübung von „Zwang und Druck“ verkürzt und hervorgehoben, dass es hieran im *Fall Bykov* gefehlt habe.

Die Große Kammer erkennt zwar an, dass ein Beschuldigter außerhalb der Haft in eine Situation gebracht werden oder sich in einer Situation befinden kann, die seinen Mitteilungsdruck (und damit den Erfolg seiner verdeckten Befragung) erhöht. Im *Fall Bykov* erblickte sie aber überhaupt keine Umstände, welche den Druck auf den Beschuldigten zur Abgabe selbstbelastender Äußerungen erhöht hätten. Hätte der EGMR den *Fall Bykov* dagegen am Schutz der Willensfreiheit durch Täuschung ausgerichtet, so wie es der BGH zuvor im „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7) im Anschluss an das Allan-Urteil getan hat, wäre er wohl auch hier nicht umhingekommen, den Selbstbelastungsschutz durch Täuschung als unterlaufen anzusehen.

So dürfte denn auch kaum zweifelhaft sein, dass im *Fall Bykov*, würde er an § 136a StPO gemessen, ein Verwertungsverbot gemäß § 136a Abs. 3 StPO hinsichtlich der durch Täuschung erlangten Beweise eingreifen würde: Das Verhalten der Privatperson ist der Polizei zurechenbar; die Inszenierung des Attentats, dessen Verbreitung über die Medien und die Aushändigung von Sachen aus dem Besitz des vorgeblich Getöteten stellen eine willensbeeinträchtigende Täuschung des Beschuldigten dar.³⁵²

Nun ist der Täuschungsschutz gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK aber nicht aus § 136a StPO zu folgern, sondern bei Auslegung dieser Vorschrift ist der menschenrechtliche Gehalt der Selbstbelastungsfreiheit zu berücksichtigen, der ihr durch den EGMR beigemessen wird. Da es dem EGMR im *Fall Allan* um den Schutz einer freien Entscheidung außerhalb einer Vernehmung geht, ist der menschenrechtliche Gehalt der Selbstbelastungsfreiheit anhand eigenständiger, von der Beeinträchtigung durch Zwang und Druck abweichender Kriterien zu beurteilen.³⁵³

Eine inhaltliche Einflussnahme als zusätzliches Kriterium ist – bezogen auf § 136a StPO – weder brauchbar noch nötig. Dies war im *Fall Allan* auch nicht gegeben; der EGMR hat die relevante Täuschung darin gesehen, dass der Polizeispitzel dem Beschuldigten verheimlicht hat, dass er ihn auf Veranlassung der

³⁵² Ebenso *Gaede*, JR 2009, 493 (497).

³⁵³ So auch *Duttge*, JZ 2008, 261 (262); *Esser*, JR 2004, 98 (105); *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (345); *Renzikowski*, JR 2008, 164 (166).

Polizei aushorchen sollte. Für ein Unterlaufen der Selbstbelastungsfreiheit, die nach dem Verständnis des EGMR (ausdrücklich im *Fall Allan*, unwidersprochen im *Fall Bykov*) den Schutz der Willensfreiheit meint, ist ein zielgerichtetes Vorgehen der Ermittlungsorgane notwendig, aber auch ausreichend.

Der staatlich veranlassten Täuschung über die unmittelbar beweis erhebliche Relevanz der Äußerungen in einem vorgeblichen Privatgespräch unter Berücksichtigung der Art der Beziehung von Informanten und Beschuldigten ist dies immanent; verdeckte staatliche Befragung tangiert als solche die freie Entscheidung zu einer Mitteilung gegenüber den Strafverfolgern, erhöht mithin die Wahrscheinlichkeit der Offenbarung. Eben hierin – den Schutz einer freien Entscheidung des Beschuldigten abzusichern – liegt der Sinn der vom EGMR konzeptionell betriebenen Erweiterung des Selbstbelastungsschutzes über den Schutz vor Zwang hinaus. Dies gilt auch dann, wenn als Folge hiervon in der zielgerichteten Tätigkeit von V-Leuten und Verdeckten Ermittlern außerhalb von Haftanstalten ebenfalls eine Rechtsverletzung auf Seiten der Zielperson gesehen werden muss, wie im „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7).³⁵⁴

Wie der EGMR den Selbstbelastungsschutz in verdeckten Beschuldigtenbefragungen, die im Auftrag der Polizei geführt werden, durch das Verbot von die Willensfreiheit beeinträchtigenden Täuschungen nach menschenrechtlichen Maßstäben ausformen wird, bleibt abzuwarten. Festhalten lassen muss sich der EGMR dabei an der von ihm zum Fall *M.M. vs. Niederlande* selbst aufgestellten Leitmaxime: „Die EMRK darf nicht so ausgelegt werden, dass sie von den Strafverfolgungsbehörden der Vertragsstaaten in Form der Einschaltung von Privatpersonen umgangen werden kann“³⁵⁵.

d) Das Diktum von der Freiwilligkeit eigenen Handelns

Während der BGH im „*Mitschnitt-Fall*“ (Nr. 1) noch eine durch Täuschung bewirkte Provokation zur Selbstbelastung des Beschuldigten gesehen hatte, war von ihm im „*Mithör-Fall*“ (Nr. 2), im „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3), im „*Sedlmayr-Fall*“ (Nr. 8) und in *Fall Nr. 11* eine relevante Beeinträchtigung der Willensfreiheit jeweils mit der Begründung verneint worden, der sich gegenüber einer Privatperson Äußernde könne über „die Freiwilligkeit dieses Tuns nicht im Zweifel sein“.³⁵⁶

Übersehen wird dabei, dass ein Privatgespräch nicht vorliegt, wenn ein solches abseits der gesetzlichen Bestimmungen staatlicherseits nur vorgetäuscht ist. Han-

³⁵⁴ Vgl. ebenso *Gaede*, StV 2003, 260 (262); *Henrichs/Steri*, Kriminalistik 2004, 629 (632); *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (346). i.E. ebenso BGH, NSZ 2009, 343.

³⁵⁵ EGMR, StV 2004, 1.

³⁵⁶ BGHSt. (GrS) 42, 139 (153); BGHSt. 40, 211 (215); BGHSt. 40, 66 (71 f.); BGHSt. 39, 335 (347).

delt die Privatperson als Gehilfe der Ermittlungsbehörden und damit funktional als Staatsorgan, kann von einer freiwilligen Äußerung also nicht gesprochen werden, denn zur Kenntnisnahme durch die Ermittlungsbehörden – und nur darauf kommt es an – äußert sich der Beschuldigte in höchstem Maße unfreiwillig.³⁵⁷ Der Sinn der Maßnahme besteht jeweils in nichts anderem, als genau diese Unfreiwilligkeit nutzbar zu machen.

Ersichtlich neben der Sache liegt so auch die in der Literatur vielfach anzutreffende Forderung nach Trennung zwischen der Motivation zur Äußerung und der Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit.³⁵⁸ Meint Freiheit, die Fähigkeit zwischen verschiedenen Handlungsalternativen zu wählen, muss ein objektiver Maßstab angelegt werden; darauf, dass der Betroffene bloß meint, eine freie Entscheidung zu treffen, kann es dann nicht ankommen. Zwar ist eine absolute Willensfreiheit nicht möglich,³⁵⁹ weshalb sich das Kriterium der Eigenverantwortlichkeit letzten Endes als nicht weiterführend erweisen kann. Fraglos ist die Kenntnis von der unmittelbar beweisheblichen Bedeutung der Äußerung aber gerade das entscheidungsrelevante Moment der Selbstbelastungsfreiheit überhaupt. Daher ist die Polemik von *Bernsmann* auch verständlich, wonach der Umstand, sich in Wirklichkeit nicht einem Bekannten gegenüber, sondern geradewegs den Strafverfolgungsbehörden gegenüber zu belasten, so wenig ein (unbeachtlicher) Motivirrtum sei, wie der Irrtum darüber, „dass die gespendete Niere nicht, wie gewollt, der eigenen Tochter, sondern einem Fremden zugute kommt“.³⁶⁰

Die These, dem Betroffenen sei bei informellen Informationserhebungen nicht die Möglichkeit genommen, in freier Willensentschließung über Inhalt und Umfang seiner Äußerung zu entscheiden,³⁶¹ verkennt also, dass diese Freiheit nicht besteht, wenn die zu ihrer Grundlage gemachten Bedingungen nur vorgetäuscht

³⁵⁷ *Albrecht*, Die vergessene Freiheit, 123; *Bockemühl*, Detektiv-Kurier, 19 (21); *Dencker*, StV 1994, 667 (672); *Kretschmer*, HRRS 2010, 343 (346); *Lindner*, Täuschungen, 190. Dass die Freiwilligkeit der Äußerung von der Unfreiwilligkeit staatlicher Kenntnisnahme nicht zu trennen ist, verkennt auch das BVerfG in seiner Entscheidung zum Großen Lauschangriff, vgl. BVerfGE 109, 279 (325).

³⁵⁸ Für diese Trennung: *Bienert*, Private Ermittlungen, 89 f.; *Deutsch*, Informationserhebung, 240; *Franke*, JR 2000, 468 (470); *Ellbogen*, Kriminalistik 2006, 544 (546 f.); *Gollwitzer*, JR 1995, 469 (470); *H. H. Haas*, V-Leute, 96 f.; *Kudlich*, JuS 1997, 696 (698); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 161; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 130; *Mitsch*, Jura 2008, 211 (214 f.); *Peters*, Strafprozess, § 41 II 3; *Puppe*, GA 1978, 289 (297); *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 68; *ders.*, JZ 1987, 847 (851); *Roxin*, NSTZ 1995, 465 (466); *Imme Roxin*, Rechtsstaatsverstöße, 124; *Schumann*, JZ 1986, 66 (67); *Sinn*, Jura 2003, 812 (818); *Sternberg-Lieben*, JZ 1995, 844 (848); *ders.*, Jura 1995, 299 (308).

³⁵⁹ Eingehend hierzu: *T. Walter*, FS-Schroeder (2006), 131 ff.

³⁶⁰ *Bernsmann*, StV 1997, 116 (118); vgl. auch *Lagodny*, StV 1996, 167 (171).

³⁶¹ *Deutsch*, Informationserhebung, 240; *Sinn*, Jura 2003, 812 (818).

sind. Eben deshalb ist die Inszenierung von vermeintlichen Privatgesprächen durch die Ermittlungsbehörden von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verboten.³⁶²

Für die Fälle einer polizeilichen Irreführung über die vom Beschuldigten sachgedanklich vorausgesetzte Privatheit im Rahmen vermeintlicher Vernehmungsunterbrechungen ist dies anerkannt, und zwar ohne dass es auf die inhaltliche Einflussnahme des Gesprächs über dessen konkludente Veranlassung hinaus noch ankäme.³⁶³ Von einer freiwilligen Äußerung kann nämlich, wie auch das OLG Köln zutreffend ausgeführt hat, dann nicht gesprochen werden, wenn zu ihrer Grundlage eine unzutreffende Vorstellung von der Sach- und Beweislage polizeilich erzeugt wurde bzw., wie BGHSt. 37, 48 („*Leichenfund-Fall*“) und das FG Mecklenburg-Vorpommern richtig angenommen haben, der Beschuldigte über den Bezugspunkt seiner Befragung im Unklaren gelassen wurde.

e) Verdeckt polizeiliches Vorgehen abseits der §§ 110a ff. StPO

Die Annahme relevanter Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit durch (konkludente) Täuschung über die unmittelbar beweiserhebliche Relevanz im Rahmen informellen Vorgehens bzw. über die behördliche Funktion bestätigt der folgende Fall aus der Ermittlungspraxis: Ein Polizeibeamter hatte bei einem des Menschenhandels verdächtigen Inhaber einer „Partnervermittlung“ als vorgebliche Privatperson angerufen und aus „ermittlungstaktischen Gründen“ Interesse an den angebotenen Diensten bekundet.³⁶⁴ Die daraufhin erlangten Erkenntnisse waren vom Landgericht Stuttgart mit einem Beweisverwertungsverbot gemäß § 136a Abs. 3 StPO belegt worden, weil der Polizeibeamte mit dieser Vorgehensweise „auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten besonders nachhaltig eingewirkt“ habe.³⁶⁵

Dies ist richtig, denn die abermals bezweckte Folge der Verschleierung der tatsächlichen Gegebenheiten besteht in der Manipulation der Willensentschließung zur Äußerung selbstbelastenden Inhalts. Wiederum lässt sich hiergegen auch nicht einwenden, dass eine Vernehmung nicht vorgelegen habe, der Anwendungsbereich von § 136a StPO nicht eröffnet sei,³⁶⁶ wenn Bezugspunkt der Täuschung gerade die Irreführung über den hoheitlichen Zweck der Befragung ist. Hierin

³⁶² LG Darmstadt, StV 1990, 104; *Derksen*, JR 1997, 167 (169); *Jäger*, Beweisverwertung, 172; *Lindner*, Täuschungen, 190; *Popp*, NStZ 1998, 95; *Voller*, Lockspitzeinsatz, 72 ff.; *Wollweber*, NStZ 1998, 311.

³⁶³ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 138; *Burhoff*, Ermittlungsverfahren, Rn. 1744; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 638; *Lindner*, Täuschungen, 190; a. A. *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 326 f.

³⁶⁴ LG Stuttgart, NStZ 1985, 568 f.

³⁶⁵ LG Stuttgart, NStZ 1995, 568 (569).

³⁶⁶ So *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 469; *B. Kramer*, Strafverfahrensrecht, Rn. 28a; *Meyer-Gößner*, § 136a, Rn. 4; *Pfeiffer*/StPO, § 136a, Rn. 4.

liegt der Grund, warum die Strafverfolger nur unter den Voraussetzungen der §§ 110a ff. StPO in die täuschende Rolle eines für den Beschuldigten unverdächtigen Bürgers schlüpfen dürfen, abseits dieser Vorschriften als Privatgespräch getarnte Methoden der Aussagegewinnung aber nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verboten sind.

Bei typisierender Fallbetrachtung sind Unterschiede zu dem unzweifelhaft verbotenen Vorgehen eines als Priester verkleideten Staatsanwalts, der dem Beschuldigten auf dessen Wunsch die Beichte abnimmt und ihm so Angaben zu seiner Täterschaft entlockt,³⁶⁷ bzw. zur Vorgehensweise eines Polizeibeamten, der den Beschuldigten am Tatort „unter der Maske eines hilfswilligen Sympathisanten“ oder mit verstellter Stimme fernmündlich einen Freund, Bruder oder Ehepartner imitierend aushorcht,³⁶⁸ nicht ersichtlich. Da derlei Irreführungen über die behördliche Funktion des Fragenden tatbestandlich § 136a Abs. 1 S. 1 StPO unterfallen, wäre es nun aber widersinnig, einen Unterschied darin begründet zu sehen, dass der Ermittlungsbeamte eine Privatperson für sich handeln lässt.

f) Konsequenzen für den Einsatz Verdeckter Ermittler

Entsprechend den bisherigen Ausführungen kann der Verdeckte Ermittler in das Normgefüge der §§ 136, 136a StPO widerspruchsfrei eingeordnet werden. Die seinen Einsatz kennzeichnende Vorspiegelung der unzutreffenden Gesprächsvoraussetzung, der Verdeckte Ermittler sei einer der ihren – ein vermeintlicher Komplize –, beinhaltet eine entscheidungsrelevante Täuschung der Zielperson.³⁶⁹

Der Umstand, dass für die Tätiung unwahrer Tatsachenbehauptungen eine gesetzliche Erlaubnis fehlt, steht der Annahme einer Täuschung nicht entgegen. Der Herbeiführung dieser Fehlvorstellung dient die Legende nach § 110a Abs. 2 S. 1 StPO, der Irreleitungen über Identität, Ziele und Absichten des Verdeckten Ermittlers immanent sind und zu deren Überzeugungskraft immerhin tatbestandliche Urkundenfälschungen gestattet werden.³⁷⁰ Infolge dieser konkludenten Täuschung wird bei dem Betroffenen die unzutreffende Vorstellung von Verschwiegenheit und Vertrauenswürdigkeit erzeugt und er – entsprechend der Zielsetzung des OrgKG – zu selbstbelastenden Äußerungen gegenüber einem Polizeibeamten veranlasst, die er ohne diese Maskerade nicht getätigt hätte: Seine Willensfreiheit wird durch Täuschung beeinträchtigt.³⁷¹

³⁶⁷ Dieser Fall wird wiedergegeben von *Lindner*, Täuschungen, 90.

³⁶⁸ Beispiele nach *Roxin*, NStZ 1997, 18 (19) und *Bernsmann*, StV 1997, 116 (117).

³⁶⁹ *Lagodny*, StV 1996, 167 (169 f.); *Imme Roxin*, Rechtsstaatsverstöße, 117.

³⁷⁰ Vgl. *Gercke*, HK/StPO, § 110c, Rn. 8; *Nack*, KK/StPO, § 110a, Rn. 10 ff.

³⁷¹ *Bosch*, Aspekte, 89 f.; *Braun*, Verdeckte Ermittlung, 13 (17); *Meyer-Mews*, NJW 2007, 3142 f.; *Weßlau*, Vorfelderermittlungen, 218 f.

Dagegen soll nach herrschender Meinung nur ein täuschendes Verhalten des Verdeckten Ermittlers, das über die gestatteten „legendenbedingten Täuschungen“ hinaus geht, tatbestandlich in Konflikt mit § 136a StPO geraten, weshalb die §§ 110a ff. StPO gegenüber dieser Vorschrift bloß deklaratorische Spezialregelungen seien.³⁷² Daraus folgt, wie auch der BGH im „Mallorca-Fall“ (Nr. 7) entschieden hat, dass Verdeckten Ermittlern eine „aktive“ Befragung von Beschuldigten, die sich auf ihr Schweigerecht bereits berufen haben, unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses zum Tatvorwurf untersagt sei.³⁷³

Hiergegen spricht zwar nicht, dass von den gesetzlichen Vernehmungsregelungen ohnehin nicht abgewichen werden könne – § 110c S. 3 StPO –, es auf eine Verletzung von § 136a StPO also nicht mehr ankomme,³⁷⁴ da der Anwendungsbereich von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO nicht auf informelle Informationserhebungen zugeschnitten sei. Weil zur Begründung der vom Verdeckten Ermittler angewandten, vorgeblich zulässigen List aber wiederum auf die mit § 136a StPO gewährleistete Menschenwürdegarantie abgehoben und der Vergleich zu den übrigen Methoden der Vorschrift abermals bemüht wird, kann dieser Auffassung aus den dargelegten Gründen nicht zugestimmt werden (einmal abgesehen von dem grundsätzlichen Einwand, dass ihre fehlende Praktikabilität kein Mindestmaß an Rechtssicherheit zulassen dürfte).

Zudem erscheint die Forderung lebensfremd, Verdeckte Ermittler dürften beim Ermitteln nicht direkt am Beschuldigten ansetzen und ihn selbst zum Gegenstand der Ermittlungen befragen (besser gesagt: aushorchen).³⁷⁵ Wie schon oben (im zweiten Kapitel unter § 3 IV. 2. b)) zur Tätigkeit von V-Personen ausgeführt, überzeugt es auch für den Verdeckten Ermittler nicht, den Beschuldigten in seinem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit – und damit § 136a StPO – nur dann als verletzt anzusehen, wenn er aktiv befragt wird. Vielmehr bringt der gesamte Einsatz des Verdeckten Ermittlers – jedenfalls soweit dieser mit dem Beschuldigten in Kontakt tritt und infolgedessen selbstbelastende Aussagen von ihm getätigt werden – einen Eingriff in dieses Recht regelmäßig mit sich. Denn schon die ge-

³⁷² BGHSt. 40, 211 (215 f.); *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 138; *Bockemühl*, Private Ermittlungen, 78 f.; *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 26; *Deutsch*, Informationserhebung, 243; *Duttge*, JZ 2008, 261 (264); *Gercke*, HK/StPO, § 110c, Rn. 5; *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 37a; *Krey*, FS-Miyazawa (1995), 599; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 169, 209; *Meyer-Goßner*, § 110c, Rn. 3; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 68; v. *Stetten*, Beweisverwertung, 140; *Wolter*, SK/StPO, Vor § 151, Rn. 124.

³⁷³ BGHSt. 52, 11 (19); ebenso BGH, NStZ 2010, 527 (528, Rn. 20); *Engländer*, ZIS 200, 163 (166 f.); *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (45).

³⁷⁴ So *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (216); auch *Bosch*, Aspekte, 91 f.; *ders.*, Jura 1998, 236 (240).

³⁷⁵ So *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 106 ff.; *Derksen*, JR 1997, 167 (169); *Engländer*, ZIS 2008, 163 (167); *Eschelbach*, StV 2000, 390 (394); *Hilger*, FS-Hanack (1999), 207 (215); *Meurer*, FS-Roxin (2001), 1281 (1294 f.); *Nack*, KK/StPO, § 110c, Rn. 18; *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009, 41 (42 f.).

schickte und zielgerichtete Anbahnung eines Vertrauensverhältnisses, welches den Beschuldigten schließlich dazu verleitet, sich dem Verdeckten Ermittler zu offenbaren, stellt eine entschließungsrelevante Täuschung dar und begründet somit den Eingriff in das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit. Die darüber hinausgehende direkte Befragung des Beschuldigten durch den Verdeckten Ermittler mag eine intensivere Form des Eingriffs darstellen, für die Annahme eines Eingriffs selbst ist sie – wie auch die vorherige Inanspruchnahme des Schweigerechts – indes nicht erforderlich.

Mit *Lagodny* ist der Einsatz Verdeckter Ermittler seinen eng geknüpften Voraussetzungen zufolge deshalb als konstitutive Bereichsausnahme zulässiger Täuschungen anzusehen.³⁷⁶ Der in dem täuschenden Vorgehen liegende staatliche Vertrauensbruch ist es, der eine gesetzliche Regelung verlangt und das Erfordernis einer richterlichen Kontrolle nach § 110b Abs. 2 S. 1 StPO begründet.³⁷⁷ In diesem Sinne versteht immerhin auch der BGH die legislative Intention zur Regelung seines Einsatzes: „Der Gesetzgeber wollte ihre heimliche und auf Täuschung ausgerichtete amtliche Tätigkeit, die zu den sonst für sie geltenden Täuschungsverboten und Belehrungspflichten (§§ 136a, 163a Abs. 4 und 5 StPO) in Widerspruch geraten kann, zum Schutze der Polizeibeamten auf eine die Generalklauseln ausformende spezielle Gesetzesgrundlage stellen.“³⁷⁸ Dies bedeutet, dass das Vorgehen des Verdeckten Ermittlers prozessual dann nicht mehr dem Beschuldigten angelastet werden kann, eine verbotene Täuschung nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO mithin vorliegt, wenn die Vorschriften zu seinem Einsatz nicht befolgt werden.³⁷⁹

Erkennt man in der Tätigkeit von Verdeckten Ermittlern also zutreffend einen an sich relevanten Verstoß gegen das von § 136a StPO geschützte Recht auf Selbstbelastungsfreiheit, zeigt sich, dass Durchbrechungen des Täuschungsverbots genauso möglich sind, wie auch erlaubte Zwangsmaßnahmen nach § 136a Abs. 1 S. 2 StPO (und auch erlaubte Drohungen³⁸⁰) vom Anwendungsbereich der verbotenen Vernehmungsmethoden ausgenommen sind. Wenn auch nicht in der Begründung, so ist der herrschenden Meinung im Ergebnis aber doch darin zuzustimmen, dass der Einsatz Verdeckter Ermittler nicht von § 136a StPO verboten ist. Allerdings lassen die §§ 110a ff. StPO das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit

³⁷⁶ *Lagodny*, StV 1996, 167 (172); ebenso *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren, II. Kap., Rn. 71, 299; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 37, Rn. 5; *Imme Roxin*, Rechtsstaatsverstöße, 125; *Weiler*, GA 1996, 101 (114).

³⁷⁷ Vgl. *Eisenberg*, NJW 1993, 1033 (1036); *Zaczyk*, StV 1993, 490 (494).

³⁷⁸ BGHSt. 41, 42 (44).

³⁷⁹ Vgl. auch *Maul*, StraFo 1997, 38 (40), der „erhebliche Verletzungen der §§ 110a ff. StPO“ verlangt.

³⁸⁰ Nach § 111 I OWiG handelt der Beschuldigte, der Aussagen zur Person verweigert, ordnungswidrig; ihm kann daher mit Verhängung eines Bußgeldes bis zu 1.000 Euro gedroht werden, § 111 III OWiG.

nicht unbetroffen, sondern begründen als gesetzlich erlaubte Täuschung analog § 136a Abs. 1 S. 2 StPO lex specialis eine entsprechende Gestattung, so dass § 136a Abs. 1 S. 1 StPO (und nicht § 136 Abs. 1 S. 2 StPO) durch den Einsatz Verdeckter Ermittler nicht verletzt ist.³⁸¹

Die Möglichkeit der Ermächtigung hierfür folgt dem Erfordernis der Bekämpfung der in §§ 100a, 110a StPO benannten Straftaten auf der Wertungsgrundlage, dass die Täuschung nicht so intensiv in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen eingreift, sie in einem eng begrenzten Teilbereich also legitimierbar ist. An dieser Stelle, bei Bestimmung der Grundrechtsschranken (und nicht bei der Grundrechtsbetroffenheit bzw. bei der Bestimmung des Schutzbereichs), ist also der grundrechtsdogmatisch richtige Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung der Feststellung, dass die Täuschung die Persönlichkeitsrechte weniger intensiv tangiert, als dies bei den übrigen Methoden des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO der Fall ist.³⁸²

g) Systematische Einwände

Auf Grundlage der herrschenden Meinung, die das Täuschungsverbot ihrem auf das Verbot der Zwangsanwendung limitierten Verständnis des Nemo-tenetur-Satzes anpasst und dementsprechend die Relevanz einer Täuschung am Maßstab der von ihr praktizierten „Erheblichkeitsschwelle“³⁸³ misst, ist dem Verbot der Zwangsanwendung eine eigenständige Begründung, mithin ein eigenständiger Anwendungsbereich, letztlich genommen. Der gleiche Befund gilt für die These von der Umgehung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, die – der Sache nach zu Recht – aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz selbst ein Täuschungsverbot deduziert.³⁸⁴ Auch sie hat unerklärt gelassen, warum der Gesetzgeber in § 136a Abs. 1 S. 1 StPO das Verbot der Täuschung ausdrücklich aufgeführt hat, obwohl diesem

³⁸¹ Dagegen hält *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit, 163, 280 f., eine Kollision des Instituts des Verdeckten Ermittlers mit dem Täuschungsverbot nicht gegeben, da er dieses zur Rettung seines rechtsstaatlich gebotenen Einsatzes im Wege der Abwägung auf besonders perfide Täuschungen beschränkt sieht. Dabei wird von ihm selbst auf den Vorteil einer „klaren überzeugenden dogmatischen Anbindung“ verwiesen, die mit der Einbeziehung von staatlich veranlasster unbewusster Selbstbelastung in den Schutzbereich von § 136a StPO verbunden ist (S. 281). Zu der Preisgabe dieses Verständnisses, von der *Verrel* selbst einräumt, dass sie „zweifelloso die Gefahr der Rechtsunsicherheit“ (S. 281) in sich birgt, kommt es freilich nicht, wenn man erlaubte Täuschungen als von § 136a StPO per se ausgenommen erachtet.

³⁸² *Lagodny*, StV 1996, 167 (172); vgl. auch *Deutsch*, Informationserhebung, 241; a. A. *Bosch*, Aspekte, 92; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen, 156 f.

³⁸³ *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, 143; *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 8; *Gleiß*, LR/StPO, § 136a, Rn. 18; *Gollwitzer*, JR 1995, 469 (472); *Lemke*, HK/StPO, § 136a, Rn. 15; *Pfeiffer*/StPO, § 136a, Rn. 6; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 64.

³⁸⁴ *Bosch*, Jura 1998, 236 (241 f.); *Dencker*, StV 1994, 667 (673 ff.); *Roxin*, NSTZ-Sonderheft 2009, 41 (44); v. *Stetten*, Beweisverwertung, 126 ff., ebenso der „Beinahe-Verstoß“ im Hörfallenbeschluss.

keine eigenständige Bedeutung zukäme, wenn § 136 StPO für sich schon ausreichenden Schutz vor staatlich veranlasster irrtumsbedingter Selbstbelastung beinhalten würde.

Bei diesen Unklarheiten verwundert es nicht, dass *Rogall* den Schutz des § 136a StPO bei der Täuschung weiter gefasst sieht „als es im Lichte des Verbots der Selbstbelastung eigentlich geboten wäre“,³⁸⁵ während der Große Senat andersherum befürchtet, die Erstreckung von Nemo-tenetur auf staatlich veranlasste irrtumsbedingte Selbstbelastung könne dazu führen, dass sein Schutzgehalt über den von § 136a StPO vermittelten noch hinausginge³⁸⁶, und etwa *Bosch* angesichts dieser § 136 StPO bereits zugeschriebenen Funktion § 136a StPO als komplett überflüssig erachtet.³⁸⁷

Erkennt man an, dass sich das Täuschungsverbot nach § 136a Abs. 1 S. 1 StPO in der einfachgesetzlichen Gewährleistung der Selbstbelastungsfreiheit erschöpft und der Vorschrift ein darüber hinausgehender Anwendungsbereich nicht bekommt, lösen sich diese Ungereimtheiten auf.³⁸⁸ Dabei ist die befürwortete Restriktion der Täuschung für § 136a Abs. 1 StPO vom Standpunkt der Umgehungstheorie und der von ihren Vertretern befürworteten Expansion des Selbstbelastungsschutzes erst recht unverständlich, zumal mit der hier vertretenen Synchronisation § 136a StPO auch wieder in den Kontext seiner mit der Abkehr von den Ermittlungsmethoden zur Zeit der Inquisition (und der NS-Zeit) verbundenen Bedeutung gerückt wird.

Aber auch innerhalb der Rechtsprechung des BGH besteht keine Konsistenz in der dogmatischen Begründung zum Selbstbelastungsschutz. So ist widersprüchlich, dass der 5. Senat im „*Zellengenossen-Fall*“ (Nr. 4) und im „*Wahrsagerinnen-Fall*“ (Nr. 6) der Frage nachgeht, ob der Beschuldigte staatlich veranlasst wurde, „von seinem Schweigerecht keinen Gebrauch zu machen“,³⁸⁹ der Große Senat im „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3) einen Anwendungsbereich für den Nemo-tenetur-Grundsatz außerhalb einer amtlichen Vernehmungssituation überhaupt nicht sieht, jedoch nun, nach dem Urteil des BGH im „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7), ein Verdeckter Ermittler zwar diesen Grundsatz verletzen kann, der Regelungsbe- reich seiner einfachgesetzlichen Konkretisierung gegebenenfalls aber gleichwohl nicht eröffnet sein soll.

³⁸⁵ *Rogall*, Der Beschuldigte, 209; zustimmend *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 139.

³⁸⁶ BGHSt. (GrS) 42, 139 (153); ähnlich schon BGHSt. 40, 66 (72); auch *Pfeiffer/StPO*, § 136a, Rn. 8.

³⁸⁷ *Bosch*, Jura, 1998, 236 (238); *ders.*, Aspekte, 172; ebenso *Fezer*, StV 1996, 77 (78). Dagegen aus rechtsmethodischer Perspektive zur Fragwürdigkeit von Norminterpretationen, aufgrund deren andere Vorschriften funktionslos werden, vgl. *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 94 ff.

³⁸⁸ So schon *Popp*, NSTZ 1998, 95 (96); *ders.*, JA 1998, 900 (905 f.).

³⁸⁹ BGHSt. 44, 129 (135); BGHSt. 34, 362 (363 f.).

Sollen die fraglichen Ausforschungsmethoden trotz ihrer „Nähe zu dem genannten Grundsatz“³⁹⁰ zur Aufklärung von Straftaten erheblicher Bedeutung jedenfalls subsidiär zulässig sein, wären nach dem Standpunkt des Großen Senats rechtsgrundsätzliche Zweifel per se nicht zu erheben gewesen.³⁹¹ Bei diesem Rechtsverständnis des BGH ist weder im Ergebnis Konvergenz gewährleistet, noch ist unter Schutzzweckgesichtspunkten stimmig, dass dem bloß passiven Gewährenlassen des Informationshelfers – wenn auch unter Haftbedingungen – im „*Wahrsagerinnen-Fall*“ ein größeres Gewicht beigemessen wird als der staatlich veranlassten Ausforschung in den „*Zweithörer-Fällen*“.³⁹²

h) Zwischenergebnis

Die Täuschung über die amtliche Funktion des Gesprächspartners, also darüber, dass dieser mit Wissen und Willen der Strafverfolgungsbehörden zu repräsentivem Zweck das Gespräch führt, indiziert eine erhebliche Willensbeeinträchtigung, mithin einen Verstoß gegen das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 StPO.³⁹³ Tatsächlich ist eine Täuschung, die effizienter in den Dienst der Straftataufklärung gestellt werden könnte als die Irreführung über die amtliche (Informationsbeschaffungs-)Funktion des Gesprächspartners, nicht denkbar, weshalb auch der Gesetzgeber des OrgKG zur Aufklärung besonders schwerwiegender Straftaten und zur Infiltration des Kernbereichs krimineller Organisationen wohlweislich gerade dieses Vorgehen nutzbar machen wollte.

Mit Ausnahme des „*Denunzianten-Falles*“ (Nr. 5) ist die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten in den untersuchungsgegenständlichen Fällen jeweils durch verbotene Täuschung i. S. v. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO beeinträchtigt. Das Ergebnis zeigt zugleich, dass dem von den Vertretern der Umgehungsthese befürworteten Transfer der Rechtsfolgen einer Verletzung von § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO auf die untersuchten Ermittlungsmethoden nicht erst die fehlende Vergleichbarkeit zu der in dieser Norm vorausgesetzten Konfliktlage entgegensteht. Tatsächlich fehlt es mit § 136a StPO schon an der

³⁹⁰ BGHSt. (GrS) 42, 139 (157).

³⁹¹ Dagegen hat der EGMR im *Fall Allan* die Schwere des Tatvorwurfs zur Annahme der Rechtsverletzung gerade fruchtbar gemacht und dagegen auch die Alternativlosigkeit weiterer Aufklärungsmethoden nicht gelten lassen, vgl. EGMR, StV 2003, 257 (258 f.).

³⁹² So auch *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit, 81 f.; *Jäger*, Beweisverwertung, 64.

³⁹³ Ebenso *Lindner*, Täuschungen, 90 f.; *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot, 232, 336 f. Eine derartige Willensbeeinträchtigung liegt im „*Metzgereihundfall*“ nicht vor, da dem Beschuldigten, ebenso wenig wie bei der Vortäuschung einer freundschaftlichen Gesinnung durch den Vernehmungsbemanten, nicht die Freiheit genommen wird, abwägend zu entscheiden, ob und ggf. in welchem Umfang er zu der Beschuldigung Stellung nehmen möchte.

vorrangigen Voraussetzung zulässiger Rechtsfortbildung, nämlich am Erfordernis einer (planwidrigen) Gesetzeslücke.³⁹⁴

4. Beschränkungen des Täuschungsverbots

Trotz Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO soll auf zwei Begründungsversuche, informelle Informationserhebungen der Anwendung des Täuschungsverbots zu entziehen, abschließend in aller Kürze eingegangen werden.

a) Die Situation bereits abgelehnter Mitwirkung

Entgegen der vom BGH³⁹⁵ zu *Fall Nr. 11* sowie von Teilen der Literatur³⁹⁶ geäußerten Auffassung kann die Annahme einer verbotenen Täuschung nicht an das systemwidrige Erfordernis geknüpft werden, dass der Beschuldigte zuvor die freiwillige Beteiligung an einer Stimmenprobe abgelehnt bzw. von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat. Hiergegen spricht allerdings nicht, dass der Beschuldigtenschutz sonst im Belieben des die Vernehmung möglichst lange hinauszögernden Ermittlungsbeamten stünde, somit zur informellen Ausforschung also geradewegs ermuntert würde.³⁹⁷ Da, wie gezeigt, § 136 StPO ein rechtsgrundsätzliches Verbot heimlicher Ausforschung nicht entnommen werden kann, verkennen diese Einwände ein weiteres Mal, dass die Zulässigkeit der in Rede stehenden Ermittlungsmaßnahmen einer von dieser Vorschrift losgelösten Betrachtung unterliegt. Auf die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit des Vernommenen bzw. noch nicht Vernommenen in der Situation der Vernehmung kann es also nicht ankommen. Die zeitliche Vorgabe zur Durchführung der ersten Vernehmung bemisst sich allein nach den Vorgaben, wie sie von § 163a Abs. 1 S. 1 StPO aufgestellt werden. Ob diesen Vorgaben entsprochen wird und ob der Beschuldigte seine in § 136 Abs. 1 S. 2 StPO eingeräumten Rechte in Anspruch genommen hat, ist für den an § 136a StPO auszurichtenden Schutz in verdeckten Befragungen ebenso unmaßgeblich wie für eine Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes überhaupt.³⁹⁸

³⁹⁴ Zu den methodologischen Überschneidungen, die sich bei der Feststellung von Gesetzeslücken und ihrer Schließung im Wege der Analogie ergeben, vgl. *Kudlich/Christensen*, JZ 2009, 943 (945 ff.).

³⁹⁵ BGHSt. 40, 66 (72); AG München, StV 1990, 104; offen gelassen von BGHSt. (GrS) 42, 139 (155).

³⁹⁶ *Degenhard/Pfordte*, Der Anwalt im Strafrecht, § 15, Rn. 23; *Meyer-Göfner*, § 136a, Rn. 4a; *Rogall*, NStZ 2000, 490 (493) (bei „Umgehung“ von § 52 StPO); *Rothfuß*, StraFo 1998, 289 (294).

³⁹⁷ So aber *Esser*, JR 2004, 98 (106); *Gaede*, JR 2009, 493 (497); *ders.*, StV 2003, 260; *Renzikowski*, JZ 1997, 710 (717); *Roxin*, NStZ 1997, 18 (20); v. *Stetten*, Beweisverwertung, 129; *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (976).

³⁹⁸ Vgl. hierzu schon oben im zweiten Kapitel, § 3 VI. 2. a) a. E.

b) Die Situation stofflich fixierter Selbstbelastung

Unter dem Aspekt ungewollter Selbstbelastung ist schließlich unmaßgeblich, ob das heimlich belauschte Gespräch wie im „*Mitschnitt-Fall*“ (Nr. 1) aufgezeichnet oder durch Zeugenbeweis gegen den Beschuldigten verwendet wird, weil es allein um die inhaltliche Verwertung seiner Aussage geht.³⁹⁹ Zutreffend hat *Roxin* eingewandt, dass „die Interessenlage dieselbe gewesen wäre, wenn der Anrufer auf die Tonbandaufnahme verzichtet, den Gesprächsinhalt handschriftlich aufgezeichnet und die so erworbenen Kenntnisse als Zeuge in die Hauptverhandlung eingeführt hätte“.⁴⁰⁰ Auch das BVerfG hat in seiner Leitentscheidung zur „Hörfalle“ deutlich gemacht, dass eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts durch über Zweithörer mitverfolgte Telefongespräche unabhängig vom Schutzgehalt des § 201 StGB besteht, dieses Recht also nicht allein vor der „Verdinglichung“ des gesprochenen Wortes schützt.⁴⁰¹ Dies ist richtig, besagt das strafrechtliche Verbot des § 201 StGB doch nichts über die prozessuale Konsequenz eines Verstoßes gegen diese Vorschrift mit Blick auf § 136a StPO.⁴⁰²

c) Kriminalpolitisch motivierte Beschränkungen

Es hat sich gezeigt, dass die bereits als „strafprozessrechtliches Allgemeinut“⁴⁰³ anzusehende Forderung nach Begrenzung des Täuschungsverbots aus § 136a Abs. 1 S. 1 StPO rechtsdogmatisch keine Überzeugungskraft hat. Auch die Ansätze des BGH, die Anwendung der Vorschrift durch das Aufstellen zusätzlicher Voraussetzungen zu begrenzen (vom Beschuldigten zuvor ausdrücklich erklärte Ablehnung seiner freiwilligen Mitwirkung, die technische Fixierung seiner Äußerung, das Ausnutzen von Haftbedingungen, die Ausschließlichkeit des täuschenden Vernehmungszwecks), erscheinen willkürlich und werden dem subjektivrechtlichen Gehalt der Vorschrift nicht gerecht.

Tatsächlich werden diese Beschränkungen erst durch etatistische Bestrebungen mit Blick auf die Rigidität des Verwertungsverbots nach § 136a Abs. 3 StPO erklärlich und auf die Annahme gestützt, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege könne sich ein derart umfassendes Täuschungsverbot nicht leisten.⁴⁰⁴ Indem das staatliche Interesse an der Aufklärung schwerer Straftaten mittels informeller

³⁹⁹ *Bosch*, Aspekte 301; *Kühl*, StV 1986, 187 (188); *Lindner*, Täuschungen, 183; *Wolflast*, NStZ 1987, 103 (104); a. A. OLG Hamm, StV 1988, 374 (375).

⁴⁰⁰ *Roxin*, NStZ 1995, 465 (467); *ders.* ebenso in NStZ-Sonderheft 2009, 41 (45).

⁴⁰¹ BVerfGE 106, 28 (40), vgl. hierzu schon oben, drittes Kapitel, § 2 II. 2. bb) (1).

⁴⁰² Ebenso *Hanack*, LR/StPO, § 136a, Rn. 44; *Lesch*, KMR/StPO, § 136a, Rn. 32.

⁴⁰³ *Degener*, GA 1992, 443 (446).

⁴⁰⁴ Deutlich schon *Erbs*, NJW 1951, 386 (388): „Das absolute Verbot der Täuschung geht bis an die Grenze dessen, was für eine wirksame Bekämpfung von Verbrechen tragbar ist.“

Ausforschung zur Rechtfertigung von Relativierungen des § 136a StPO auf seiner Anwendungsebene gemacht wird, steht die Entstehung eines durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelten Sonderrechts für Informationserhebungen bei Schwerstkriminellen zu befürchten.⁴⁰⁵ Für das Schutzgut der Selbstbelastungsfreiheit ist die Art des unbeabsichtigt offenbarten Delikts indessen unerheblich⁴⁰⁶, weshalb bei gesetzlich nicht ausdrücklich legitimierten (und daher am Übermaßverbot scheiternden) Eingriffen in dieses Recht im Rahmen von § 136a StPO kein Raum für dezisionistisch anmutende richterliche Einzelfallabwägungen verbleibt.

In der Rechtsprechung des EGMR ist so auch anerkannt, dass die Rechte des Art. 6 EMRK unabhängig von Art und Schwere des Tatvorwurfs zu gewähren sind.⁴⁰⁷ Auch die Vorschrift des § 136a StPO ist mit ihrem absoluten Verwerbungsverbot das einfachgesetzliche Produkt dieser grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Wertentscheidung, weshalb ihre Methodenverbote bei der Aufklärung von Beleidigung und Mord gleichermaßen Geltung beanspruchen.⁴⁰⁸ Sie verlangt von Judikative und Exekutive den gleichen Respekt, wie er mit BGHSt. 38, 214 zu § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO schließlich geleistet wurde.⁴⁰⁹

Dem staatlichen Bedürfnis nach effektiver Strafverfolgung kann nur über ihre gesetzliche Legitimierung entsprochen werden, wohingegen die Verkürzung subjektivrechtlicher Schutzvorkehrungen auf der Normanwendungsebene zu diesem Zweck rechtsstaatlich höchst bedenklich ist. Völlig zu Recht ist auch schon beklagt worden, die heutige Auslegung des § 136a StPO nehme die konsentierten Ergebnisse der Reformbewegung weitgehend zurück und stelle einen bedauerlichen Rückfall in die Zeit des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses dar.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ *Beulke*, StV 1990, 180 (183); *Müssig*, GA 1999, 119 (140 ff.); *Pawlik*, GA 1998, 378 (386 f.).

⁴⁰⁶ So ausdrücklich nun auch BGHSt. 52, 11 (17).

⁴⁰⁷ Vgl. hierzu *Gaede*, StV 2003, 260 (262 m.w.N.).

⁴⁰⁸ Ebenso *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 130. Nicht gefolgt werden kann daher auch LG Stuttgart, NStZ 1985, 568 (569), soweit die Urteilsbegründung zur Annahme einer von § 136a I 1 StPO verbotenen Täuschung auf die Schwere der aufzuklärenden Tat Bezug nimmt.

⁴⁰⁹ Wobei wiederum anzumerken ist, dass es auch in dieser Entscheidung des wertenden Rückgriffs auf gegenläufige Strafverfolgungsinteressen nicht bedurft hätte.

⁴¹⁰ *Bosch*, Aspekte, 167; *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (33); *Grünwald*, StV 1987, 453 (454); *Lesch*, Strafprozessrecht, 3. Kapitel, IV, Rn. 63, 93, *Lisken*, NJW 1994, 2069 (2070).

§ 5 Ergebnis

Es ist gezeigt worden, dass informelle Informationserhebungen der in Rede stehenden Art nicht wegen Verstoßes gegen einen Grundsatz offenen Ermittlungshandelns, nicht wegen unterbliebener Belehrung nach § 136 Abs.1 S. 2, 1. Alt. StPO und nicht wegen Verletzung eines absolut wirkenden Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit unzulässig sind. Ihr Verbot aus § 136a Abs.1 S.1 StPO ergibt sich daraus, dass eine spezialgesetzliche Bereichsausnahme, die die Beschränkung der Selbstbelastungsfreiheit rechtfertigt, im Unterschied zu den §§ 110a ff. StPO, nicht besteht. Dementsprechend unterliegen die in einer verdeckten Befragung erlangten selbstbelastenden Äußerungen des Beschuldigten einem unselbständigen Beweisverwertungsverbot analog § 136a Abs. 3 S. 2 StPO, wenn und soweit sie nicht durch die §§ 110a ff. StPO gestattet sind.

Viertes Kapitel

Grenzen der Zulässigkeit im GG und in der EMRK

Abschließend soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit dem Gesetzgeber zur einfachgesetzlichen Gestattung derartiger Ermittlungsmethoden de lege ferenda von der Verfassung Grenzen gesetzt sind (Überblick).

§ 1 Zur Erforderlichkeit spezialgesetzlicher Regelung

Bedient sich der Staat Privatpersonen zum Zwecke der Strafverfolgung aktiv oder dulgend, bedarf es nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG (auch) wegen Eingriffs in die von der Verfassung geschützte Selbstbelastungsfreiheit hierzu einer bestimmten gesetzlichen Regelung.

Der Parlamentsvorbehalt, der aufgrund des Rechtsstaatsprinzips und des Demokratiegebots dem Gesetzgeber auferlegt, die für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Regelungen in Gestalt förmlicher Gesetze selbst zu treffen, untersagt der Zweiten und Dritten Gewalt Rechtssetzungsbefugnisse.¹ Der Große Senat, der die Erforderlichkeit einer besonderen gesetzlichen Regelung für das Vorgehen im „*Dolmetscher-Fall*“ (Nr. 3) ausdrücklich verneinte, hat sich daher mit dem Versuch, die Zulässigkeit der Ermittlungsmaßnahme über die Bedeutung der aufzuklärenden Straftat zu bestimmen, eine Aufgabe gegeben, die genuin dem Gesetzgeber zukommt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).²

Im Hörfallenbeschluss führt der Große Senat die Zulässigkeit privater Aufklärungshilfen auf Feststellungen zurück, die er in seinem Beschluss vom 17.10.1983 gemacht hat. In jenem Beschluss war die kommissarische Zeugenvernehmung einer V-Person gegen den Willen des Verteidigers in dessen Abwesenheit als unzulässig bewertet worden, der Einsatz von V-Personen zur Aufklärung schwerer Kriminalität wurde aber ausdrücklich als erforderlich und als zulässig beurteilt.³ Daraus, dass der Gesetzgeber des OrgKG hieraus abgeleitet hatte, die

¹ Vgl. BVerfGE 49, 89 (126). Freilich ist auch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG anzuführen, der zufolge zumindest die Möglichkeit nachträglicher gerichtlicher Überprüfung demjenigen gesetzlich zu ermöglichen ist, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wurde.

² *Jäger*; Beweisverwertung, 183. Ausdrücklich für einen Parlamentsvorbehalt: *Deutsch*, Informationserhebung, 269 ff.; vgl. auch *Weiler*; GA 1996, 101 (115).

³ BGHSt. (GrS) 32, 115 (121 f.) (= NJW 1984, 247 = NSZ 1984, 36).

Vorschriften über den Einsatz Verdeckter Ermittler würden nur beamtenrechtlichen Bedürfnissen entspringen, seien im Übrigen also entbehrlich,⁴ war vom BGH in seinen Folgeentscheidungen der weitere Schluss einer prinzipiellen Zulässigkeit der Inanspruchnahme Privater bei der Strafverfolgung gezogen worden.⁵

In dieser Untersuchung ist bereits dargelegt worden, dass insofern eine die grundrechtliche Eingriffsdimension völlig verkennende *Petitio principii* gegeben ist.⁶ Die Rolle des beständigen Kronzeugen für die Rechtmäßigkeit des Einsatzes von Privatpersonen kommt dem Beschluss vom 17.10.1983 aber schon deshalb nicht zu, weil seine Gründe nur die gerichtliche Verwertung von Erkenntnissen im Zeugenbeweis mit Blick auf die §§ 240, 250, 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO zum Inhalt haben. Obschon der Große Senat die Erforderlichkeit anonymer Gewährsleute zur Bekämpfung von gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität herausgestellt und verfassungsrechtliche Bedenken bei der Verwendung ihres Wissens als nicht begründet erachtet hat,⁷ bestand für ihn doch kein Anlass, sich mit der Informationserhebung selbst eingehend auseinanderzusetzen. Unter Eingriffsgesichtspunkten ist es aber rechtserheblich, wenn die Ausforschung eines bestimmten Beschuldigten durch Private staatlicherseits gezielt veranlasst wird – ein Umstand, der mit der Zuweisung von V-Personen in die Rolle eingriffsunverdächtiger Zeugen im Gesetzesentwurf zum OrgKG aus kriminalistischen Gründen später dann völlig verwischt worden ist.

Aus der Legitimität des Zwecks ist auf die des Mittels aber nicht ohne weiteres zu schließen, weshalb nicht zuletzt in dem dies erkennenden Nichtannahmebeschluss des BVerfG im „*Sedlmayr-Fall*“ (Nr. 8) ein wichtiger Impuls an den Gesetzgeber gesehen worden ist.⁸ An dieser Stelle kann auch der passende Anknüpfungspunkt zur Berücksichtigung eines Grundsatzes offenen Staatshandelns im Sinne eines Transparenzgebots gesehen werden, dem zufolge strafprozessuale Grundrechtseingriffe für den Betroffenen voraussehbar und berechenbar sein müssen. Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage zu ihrer Gestattung ist zuvörderst aus dem Demokratieprinzip entwickelt worden.⁹ Gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus, was bedeutet, dass jeder staatliche

⁴ BT-Drucks. 12/989, 41.

⁵ BGHSt. (GrS) 42, 139 (155); BGHSt. 45, 321 (324); BGHSt. 40, 211 (215).

⁶ Vgl. drittes Kapitel, § 3 II. 2. d) aa). Zu diesem Zirkel in der Rechtsentwicklung, mit dem sich der Gesetzgeber und der BGH die Argumente wechselseitig zuschieben, schon *Weiler*; GA 1996, 101 (116); vgl. auch *Eschelbach*, StV 2000, 390 (391 f.); *Rogall*, NSTZ 2000, 468 (470).

⁷ BGHSt. 32, 115 (122).

⁸ *Amelung/Wirth*, StV 2002, 161 (166); *Franke*, JR 2000, 468 (470); *Rogall*, NSTZ 2000, 490 (492).

⁹ Hierzu *Isensee/Kirchhoff*, Staatsrecht, § 62, Rn. 13, 35 ff.; *Rudolphi*, SK/StPO, Vor § 94, Rn. 15 ff.

Akt auf seinen Willen zurückführbar sein muss, also eine ununterbrochene Legitimationskette zum Schutz der verfassungsmäßigen Freiheit vor der Willkür der Exekutive notwendig ist.

Aufgrund der in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG niedergelegten Gewaltenteilung sowie im Hinblick auf die Arbeitsfähigkeit des Parlaments ist der Gesetzesvorbehalt auf wesentliche Entscheidungen, die grundlegende normative Bereiche betreffen, zu beschränken.¹⁰ Dabei gilt, dass das Niveau der demokratischen Legitimation umso höher angesiedelt sein muss, desto intensiver die grundrechtliche Relevanz des staatlichen Handelns ist.¹¹ Insofern unterliegt aber keinem Zweifel, dass der demokratisch-rechtsstaatliche Wertgehalt des Gesetzesvorbehalts ein förmliches Gesetz für die Ermächtigung von Grundrechtseingriffen durch die Strafverfolgungsbehörden erfordert, dass also für die Beeinträchtigung einer derart elementaren Rechtspositionen wie dem Grundsatz auf Selbstbelastungsfreiheit eine Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers unabdingbar ist.¹²

Für die EMRK hat die Große Kammer des EGMR rechtsgrundsätzliche Vorgaben im *Fall Bykov* gemacht: Ein Gesetz zur Überwachung von Mitteilungen muss ausreichend bestimmt sein und den Umfang des eingeräumten Ermessens begrenzen, vor Willkür schützen und angemessene Garantien gegen Missbrauch enthalten; anderenfalls ist der Eingriff nicht „gesetzlich vorgesehen“ i. S. v. Art. 8 Abs. 2 EMRK und verletzt diese Vorschrift. Zu dem von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahren, welches das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit beinhaltet, hat der EGMR ebenfalls klar gestellt, dass Regelungen zur Zulässigkeit von Beweismitteln Aufgabe des nationalen Gesetzgebers sind.¹³

§ 2 Rechtsstaatliche Grunderwägungen

Jeder Zuwachs heimlicher Ausforschung verändert das Gesicht des Rechtsstaates. Dabei verlangt die Rechtfertigung mit dem Topos „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ besondere Sensibilität, da allzu leicht das Bewusstsein dafür verloren gehen kann, dass die Freiheitsrechte der von Strafverfolgung Betroffenen nicht seine Gegenspieler sind, sondern das rechtsstaatliche Fundament selbst bilden.¹⁴ Gerade die deutsche Geschichte hat mit dem Wirken von Geheimer

¹⁰ BVerfGE 88, 103 (116); BVerfGE 61, 260 (275); BVerfGE 49, 89 (126 f.).

¹¹ BVerfGE 93, 37 (73).

¹² Vgl. *Rudolphi*, SK/StPO, Vor § 94, Rn. 18.

¹³ Da es im *Fall Bykov* an einer gesetzlichen Grundlage für den Einsatz eines Funksenders zur Aufzeichnung eines selbstbelastenden Gesprächs des Beschuldigten mit einem privaten Spitzel gefehlt hat, hat der EGMR einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK angenommen, nicht jedoch eine Verletzung von Art. 6 I EMRK, vgl. EGMR, NJW 2010, 21.

¹⁴ Kritisch zu dieser Argumentationsfigur deshalb: *Hassemer*, StV 1982, 275 (278 ff.); *Mende*, Privatermittlungen, 215 ff.; *Müssig*, GA 1999, 119 (139 ff.).

Staatspolizei und Ministerium für Staatssicherheit gezeigt, wohin unkontrolliertes und informelles staatliches Vorgehen führen kann. Im Kern geht es um nicht weniger als um die im Volkszählungsurteil angeführte Gefahr vorsorglicher Grundrechtsselbstbeschränkung. Nicht zuletzt deshalb ist es bereits als gravierendes rechtsstaatliches Versäumnis anzusehen, dass der Gesetzgeber Regelungen für den aus der operativen Praxis der Ermittlungsbehörden nicht mehr hinwegzudenkenden V-Mann bislang schuldig geblieben ist.

§ 3 Grenzen aus Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK (Fälle Nr. 4 und Nr. 6)

Im Zuge informeller Informationserhebungen in Haftanstalten bedient sich der Staat des Umstandes, dass dem Beschuldigten jede Möglichkeit genommen ist, sich seiner Ausforschung räumlich zu entziehen, wobei er das menschliche Kommunikationsbedürfnis¹⁵ für sich nutzbar macht. Dies ist mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar.¹⁶ Es ist zwar nicht die persönlichkeitsrechtliche Intensität dieses Vorgehens, die eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit überhaupt erst begründet, wohl aber steht sie der Legitimierbarkeit normativ entgegen. Entscheidend ist, dass über das Vortäuschen einer beweisrechtlich unbedenklichen Situation hinaus Umstände genutzt werden, die für den Beschuldigten die Möglichkeit seines Rückzugs vollständig ausschließt, anders als dies zum Beispiel bei der „Mithörfälle“ außerhalb von Haftanstalten der Fall ist. Bei aller gebotenen, im Rahmen dieser Untersuchung befürworteten Zurückhaltung, staatliche Eingriffe in bürgerliche Freiheiten mit dem Verdikt einer Menschenwürdeverletzung zu belegen, muss hiervon aber jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn die staatliche Inquisition zur Aufhebung jedweder Prozesssubjektivität, mithin zum völligen Verlust an Eigensphäre („Right to be alone“) führt (sog. „Totalausforschung“).¹⁷

Diese Einsicht folgt auch aus den Wertungen des BVerfG in seiner Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung. Danach muss dem Einzelnen das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, gerade in seiner Wohnung gesichert sein; insofern kann ein Eingriff in die ausschließlich private Sphäre der höchstpersönlichen Entfaltung eine Verletzung des unantastbaren Kernbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen, dessen Schutz auch nicht nach Maßgabe des

¹⁵ Nach BVerfGE 109, 279 (321) konstituiert der Einzelne „seine Persönlichkeit in erster Linie im Wechselspiel mit anderen, also in der Kommunikation.“

¹⁶ Ebenso *Jäger*, Beweisverwertung, 186; *K. Meyer*, JR 1987, 215 (216 f.); *Popp*, JA 1998, 900 (908).

¹⁷ Vgl. BVerfGE 109, 279 (313); BVerfGE 27, 1 (6); BGHSt. 50, 206 (208 ff.); BGHSt. 5, 332 (335).

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit staatlichen Strafverfolgungsinteressen abgewogen werden darf.¹⁸ Zur Beurteilung, ob in casu die Menschenwürde verletzt wurde, ist dabei der Inhalt des (belauschten) Gesprächs maßgeblich und ob dieses mit einer Person besonderen Vertrauens geführt worden ist.¹⁹

Nach Auffassung des BVerfG sind die Hafträume einer Justizvollzugsanstalt ebenso wenig als Wohnung i. S. v. Art. 13 GG zu qualifizieren wie nach Auffassung des BGH die Besucherräume in einer Untersuchungshaftanstalt.²⁰ Wenn auch die Qualität der räumlichen Privatsphäre des Inhaftierten hinter dem Schutz von Art. 13 GG zurückbleibt, so muss doch gesehen werden, dass die Haftzelle die einzig noch verbleibende Rückzugsmöglichkeit des nicht verurteilten, sondern nur vorläufig in staatlichen Gewahrsam genommenen Untersuchungshäftlings ist und schon aus diesem Grund der Mithäftling, gerade der „auf die Zelle gelegte“, zu einer Person besonderen Vertrauens in dieser Ausnahmesituation avanciert. Angesichts dessen und unter Berücksichtigung der Ausführungen des BVerfG zu der mit der Menschenwürde nicht zu vereinbarenden nahezu lückenlosen Erfassung von Lebensäußerungen des Betroffenen im Urteil zum „Großen Lauschangriff“ wäre bereits die vom BGH²¹ nicht beurteilte Überwachung von Gesprächen, die Untersuchungsgefangene miteinander führen, normativ als mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht kompatibel anzusehen.²² Wenn die Wissensabschöpfung nicht nur passiv (§ 100c StPO) erfolgt, sondern durch einen Mithäftling aktiv herbeigeführt wird, der zu diesem Zweck von den Ermittlungsbehörden angeworben und in die Zelle eines bestimmten auszuforschenden Beschuldigten verlegt worden ist, muss dies erst recht gelten. Denn in diesem Fall ist eine Art. 1 Abs. 1 GG verletzende, gesetzlich nicht legitimierbare „Nahezu-Totalausforschung“ des Beschuldigten gegeben.²³

Hinsichtlich der Gewährleistungen der EMRK hat der EGMR im *Fall Allan* zwar in der Ausforschung eines Beschuldigten unter den Bedingungen der Untersuchungshaft einen Eingriff in das aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgende Schweigerecht gesehen. Unverständlich ist vor diesem Hintergrund aber, dass der EGMR

¹⁸ BVerfGE 109, 279 (314).

¹⁹ BVerfGE 109, 279 (319).

²⁰ BVerfG, NJW 1996, 2643; BGHSt. 53, 294 (299, Rn. 17); BGHSt. 44, 138 (141).

²¹ BGHSt. 44, 138 hat in § 100c I Nr. 2 StPO a.F. noch eine Ermächtigungsgrundlage für das Abhören und Aufzeichnen von Gesprächen in Besucherzellen gesehen, mit Blick auf § 100d III 3 StPO a.F. auch angesichts des Umstandes, dass die Gesprächspartner Angehörige i. S. v. § 52 StPO waren.

²² Für eine auf Ausnahmefälle beschränkte Anwendung noch *Esser*, JR 2004, 98 (99); *Schneider*, NSTz 2001, 8 (15) (*ders.* anders noch, JR 1996, 401, 403); wie hier *Jäger*, Beweisverwertung, 186 f.; vgl. auch *Lindner*, Täuschungen, 164; *Roxin*, NSTz 1999, 149 (151); *Wolter*, FG-BGH (2000), 963 (974).

²³ Vgl. BVerfGE 109, 279 (313); BGHSt. 53, 294 (307); anders ist die Beurteilung dann, wenn sich der Mithäftling den Ermittlungsbehörden selbst andient und diese ihn gewähren lassen.

an der Audio- und Videoüberwachung der Haftzelle keinen weiteren Anstoß nahm – auch wenn die auf diese Weise erlangten Beweise für die Verurteilung wegen Mordes selbst nicht tragend waren und der Beschuldigte mit der Abhörung möglicherweise gerechnet hatte.²⁴

§ 4 Grenzen aus Art. 1, 2 Abs. 1 GG, Art. 6, 8 Abs. 1 EMRK (Fall Nr. 7)

Im „*Mallorca-Fall*“ (Nr. 7) hält es der BGH mit dem verfassungsrechtlich in Art. 1, 2 Abs. 1 GG und menschenrechtlich in Art. 6 Abs. 1 EMRK verorteten Nemo-tenetur-Grundsatz nicht für vereinbar, dass ein Verdeckter Ermittler einen Beschuldigten, der sich für die Wahrnehmung seines Schweigerechts ausdrücklich entschieden hat, unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängt und ihn in einer vernehmungähnlichen Situation selbstbelastende Äußerungen entlockt. Dieses Vorgehen sieht der BGH nicht durch die Vorschriften der §§ 110a ff. StPO gestattet.

Wie gezeigt wurde, kann die Verletzung des Schweigerechts aber nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Beschuldigte vor seiner Ausforschung hiervon ausdrücklich Gebrauch gemacht hat; zudem ist das Recht nicht allein durch „aktive“ Befragungen des Verdeckten Ermittlers verletzt. Ein Verstoß des Nemo-tenetur-Grundsatzes liegt nach hier vertretener Auffassung vielmehr regelmäßig vor, wenn sich der Beschuldigte dem Verdeckten Ermittler in selbstbelastender Weise anvertraut, auch ungefragt. Allerdings ist (auch) dieser Eingriff durch die Vorschriften der §§ 110a ff. StPO analog § 136a Abs. 1 S. 2 StPO gestattet.

§ 5 Grenzen aus dem rechtsstaatlichen Strukturprinzip des § 136 StPO (Fälle Nr. 10 und Nr. 11)

Obwohl nicht unmittelbar Untersuchungsgegenstand, soll kurz auf die angesprochene Straftataufklärungsmethode „Stimmenfalle“ eingegangen werden. Wie oben gezeigt wurde²⁵, ist diese Vorgehensweise der Ermittlungsbehörden nicht a priori wegen eines aus Art. 20 Abs. 3 GG resultierenden Grundsatzes der Offenheit staatlichen Handelns untersagt, da verdecktes Ermittlungshandeln im Strafverfahren nicht ausnahmslos ausgeschlossen ist. Vom BGH war mit Hinweis auf die von der Belehrung über das Weigerungsrecht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ausgehende Sicherung ein Verstoß gegen wesentliche Strukturprinzipien dieser Vorschrift in *Fall Nr. 10* explizit verneint, die Möglichkeit einer gesetzlichen Ge-

²⁴ Vgl. EGMR, StV 2003, 257 (259).

²⁵ Vgl. hierzu im zweiten Kapitel unter § 2.

stattung von Maßnahmen der heimlichen Stimmenidentifizierung damit grundsätzlich bejaht worden.²⁶ Diese Begründung ist aber zweifelhaft, da, wie gezeigt, die Belehrung nach dieser Vorschrift eine Barriere nur für Aussagen aufstellt, die Erfolgsgeeignetheit einer „Stimmenfalle“ mit der Einhaltung derart schützender, Vertrauen erweckender Förmlichkeiten nicht verhindert, sondern eher noch befördert wird.

Es kann aber erwogen werden, ob eine „Stimmenfalle“ nicht bereits de lege lata durch die §§ 110c, 100f StPO gestattet ist. So erlauben diese Vorschriften des sogenannten Großen und Kleinen Lauschangriffs gerade, das Wort – und damit die Stimme – des Beschuldigten auch ohne sein Wissen abzuhören und aufzunehmen. Wie bereits ausgeführt, ist die Gestattung der „Stimmenfalle“ aber deshalb zu verneinen, weil in den besagten Fällen nicht ein bloßes Abhören der Stimme des Beschuldigten vorliegt, sondern eine darüber hinausgehende und gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz verstoßende konkludente Täuschung gegeben ist.²⁷

I. Täuschung durch Unterlassen

Die Möglichkeit, konkludente Täuschungen gleich denen in *Fall Nr. 10* und *Fall Nr. 11* gesetzlich zu gestatten, wäre ausgeschlossen, wenn die Nichtaufklärung entsprechender Irrtümer beim Beschuldigten als Täuschung durch garantenpflichtwidriges Unterlassen zu werten wäre. Jedoch erscheint eine Handlungspflicht aus dieser Norm zur Aufklärung von Tatsachenirrtümern fraglich – anders als bei der vorsätzlichen Nichtvornahme der in § 136 Abs. 1 S. 1, 2 StPO statuierten Mitteilungs- und Belehrungspflichten sowie der Nichtaufklärung hiermit verbundener Rechtsirrtümer. Im Falle der unvorsätzlichen Irrtumserregung durch den Vernehmungsbeamten kann eine Aufklärungspflicht zwar aufgrund pflichtwidrigen Vorverhaltens, etwa bei fahrlässig wahrheitswidrigen Ausführungen über das Bestehen einer ungünstigen Beweislage, unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz erwachsen.²⁸ Da eine Verpflichtung zum Hinweis, die Vernehmung bezwecke nicht (zugleich) die Erstellung eines auditiv-linguistischen Gutachtens, gesetzlich nicht besteht, kann sich eine entsprechende Aufklärungspflicht aber nur aus Verfassungsrecht bzw. -prinzipien ergeben.

²⁶ BGHSt. 34, 39 (50 f.), ebenso *Diemer*; KK/StPO, § 136a, Rn. 25.

²⁷ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25, Rn. 19; *Jäger*, Beweisverwertung, 185 f., jeweils zur Gestattung durch § 100c StPO – für § 100f StPO kann jedoch insoweit nichts anderes gelten.

²⁸ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 137; *Günther*, StV 1988, 421 (423); auch *Lindner*, Täuschungen, 120 f., der die fahrlässige Täuschung allerdings von § 136a StPO umfasst, die Konstruktion einer Täuschung durch Unterlassen daher als entbehrlich erachtet.

II. Aufklärungspflicht aus Art. 20 Abs. 3 GG

Eine derartige Pflicht ist dem Zweck der Vernehmung zu entnehmen. Dieser wäre in sein Gegenteil verkehrt, wäre die Ermittlungsmethode „Stimmenfalle“ legitimierbar. Die im Interesse des Beschuldigten liegende und rechtsstaatlich gebotene Absicherung rechtlichen Gehörs gemäß § 163a i.V.m. § 136 StPO bedingt, dass insoweit, aber auch nur insoweit, ein Grundsatz offenen Staatshandelns anzuerkennen ist, dem zufolge im Anwendungsbereich des § 136 StPO Einschränkungen des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit ausgeschlossen sind. Dementsprechend ist die Vernehmung nach herrschender Meinung nichtöffentlich i.S.v. § 201 StGB; auch sind heimliche Tonaufnahmen in ihr nicht von §§ 168a ff. StPO gedeckt.²⁹ Wie gerade ausgeführt, sind auf §§ 100c, 100f StPO gestützte Maßnahmen im Rahmen einer Vernehmung ebenfalls nicht zulässig.

Da der Beschuldigte durch die Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO weiß, dass jede seiner Äußerungen in der Vernehmung gegen ihn Verwendung finden kann, und dieses Bewusstsein durch die sichtbare Protokollierung bzw. Aufzeichnung nach §§ 168 ff. StPO noch geschärft ist, wäre bei ihrer heimlichen technischen Fixierung ein Verwertungsverbot aus § 136a Abs. 3 StPO wegen fehlender Kausalität zu verneinen.

Anders ist die Situation aber, wenn die Aufnahme der Erlangung einer Stimmenprobe dient. Dem Sinngehalt der Aussagefreiheit i.V.m. dem Regelungszusammenhang der Verpflichtung zur Belehrung hierüber gemäß § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO und zur Eröffnung des Tatvorwurfes nach § 136 Abs. 1 S. 1 StPO ist zu entnehmen, dass dem Beschuldigten die zur Rechtsverwirklichung maßgeblichen Umstände mitzuteilen sind. Den schützenden Formen des § 136 Abs. 1 StPO kommt somit die Aufgabe zu, die Konterkarierung des gesetzlichen Vernehmungszwecks zu hindern, wobei mit § 136a Abs. 2 StPO noch eine zusätzliche Absicherung besteht. Weil sich Vernehmung und Heimlichkeit gegenseitig ausschließen, avancieren die Vernehmungsbeamten so zu Garanten des Vernehmungszwecks, was dann aber ausschließt, (unter Ausnutzung ihrer staatlichen Autorität) „mit gezinkten Karten zu spielen“.³⁰ Deshalb wären neben der „Stimmenfalle“ auch Vernehmungsunterbrechungen, durch die der Vernommene in die falsche Erwartung versetzt wird, sich aktuell nicht gegenüber den Ermittlungsbeamten zu äußern, gesetzlicher Gestattung genauso wenig zugänglich wie die polizeiliche Veranstaltung vermeintlich inoffizieller Vor- und Nachgespräche zur Überwindung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in der Vernehmung nach § 136 StPO (i.V.m. § 163 Abs. 4 StPO).

²⁹ *Diemer*, KK/StPO, § 136a, Rn. 25; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 675; *Lemke*, HK/StPO, § 136a, Rn. 32; *Rogall*, SK/StPO, § 136a, Rn. 69; *Schneider*, GA 1997, 371 (380).

³⁰ *Dencker*, StV 1994, 667 (674, 677 ff.); *Schneider*, GA 1997, 371 (380); *Wollweber*, NStZ 1998, 311.

§ 6 Verfassungsrechtliche Grenzen der Legitimierbarkeit (Fälle Nr. 1 bis Nr. 3)

In den „Zweithörer-Fällen“ wird ein Abbau der Beschuldigtenrechte durch eine gesetzliche Regelung in der Literatur als unproblematisch erachtet, sofern sie über das in den §§ 110a ff. StPO niedergelegte Ausmaß nicht hinausgeht.³¹ Diese Einschätzung mag unter Eingriffsgesichtspunkten zutreffen, überhaupt nicht thematisiert werden in aller Regel jedoch organisationsrechtliche Aspekte des Verfassungsrechts.

I. Der organisationsrechtliche Gesetzesvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG

Eine ganz grundsätzliche verfassungsrechtliche Schranke für die gesetzliche Zulassung informeller Informationserhebungen durch Privatpersonen kann sich aus Art. 33 Abs. 4 GG, dem sogenannten organisationsrechtlichen Funktionsvorbehalt, ergeben. Danach ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Inwieweit Art. 33 Abs. 4 GG der strafprozessualen Ermittlungsarbeit Grenzen setzt, ist bislang kaum erörtert.³² Dabei ist schon die Reichweite des Regelungsgehalts dieser Verfassungsnorm umstritten.

II. Anwendbarkeit von Art. 33 Abs. 4 GG

Nach einer Auffassung soll es sich bei Art. 33 Abs. 4 GG um eine Institutsgarantie für das Berufsbeamtentum handeln, der Aussagen über die prinzipielle Zulässigkeit von Aufgabenprivatisierungen nicht zu entnehmen seien. Hauptfunktion ist demnach die Zuordnung von genuinen Staatsaufgaben zwischen Beamten und sonstigen Angehörigen innerhalb des öffentlichen Dienstes, nicht jedoch die Abgrenzung im Verhältnis dieser beiden Gruppen zur privaten Aufgabenerfüllung.³³

³¹ *Kudlich*, JuS 1997, 696 (700); *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 514 (516); *Weiler*, GA 1996, 101 (106 f.).

³² *Rogall*, NStZ 2000, 490 und *Weßlau*, StV 2000, 468, etwa lassen diesen Gesichtspunkt in ihren Anm. zu BVerfG, StV 2000, 233 unangesprochen. Kein Wort hierzu schon im Vorlagebeschluss, wonach die Verwertung der Informationen unverwertbar sei, „solange“ eine Gesetzesgrundlage dafür fehle, dass die Polizei den Beschuldigten durch einen Privaten („sie handelt in Wahrheit selbst“) aushorcht, NStZ 1996, 200 (201). Angesprochen wird die Problematik von *Jäger*, Beweisverwertung, 181 ff.

³³ *Peine*, DÖV 1997, 353 (355 ff.); *Scholz*, NJW 1997, 14 (15 f.).

Eine andere Auffassung interpretiert Art. 33 Abs. 4 GG weitergehend als einen Kernschutz zur exklusiven Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse. Nicht so sehr der Schutz vor Aushöhlung „der althergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ (Art. 33 Abs. 5 GG), sondern die Funktionsfähigkeit in den Kernbereichen staatlicher Tätigkeit durch verlässliche Gewährleistung der Grundrechtsbindung sicherzustellen, ist Aufgabe der Strukturvorgabe des Art. 33 Abs. 4 GG. Aus dem Umstand, dass bestimmte hoheitliche Befugnisse den qualifizierten und in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Staat stehenden Beamten vorbehalten sind, wird in einem Erst-recht-Schluss gefolgert, dass, wenn schon die sonstigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes von bestimmten Sachbereichen ausgeschlossen seien, dies für Private ebenso zu gelten habe.³⁴

An letzterem Ansatz ist sicherlich der Gedanke richtig, dass das Berufsbeamtentum nicht um seiner selbst willen, sondern als Funktionsvoraussetzung des Staates geschützt ist.³⁵ Hier schließen sich dann aber weitere Fragen an. Geht es um die Sicherung von Qualität und – damit eng verzahnt – um die Begrenzung der Übertragung hoheitlicher Aufgaben durch das Rechtsinstitut der Beilehung, kann die Reichweite des Funktionsvorbehalts nur über die hoheitlichen Befugnisse i. S. v. Art. 33 Abs. 4 GG bestimmt werden.

III. Regelungsgegenstand der „hoheitlichen Befugnisse“ (Art. 33 Abs. 4 GG)

Wegen seiner Unbestimmtheit ist der sachliche Gehalt dieses Tatbestandsmerkmals bislang wenig geklärt. Als funktionale Trennlinie zur zulässigen Privatisierung sind die hoheitlichen Befugnisse grundsätzlich eng zu fassen.³⁶ Dies entspricht der Haltung des BVerfG, nach der Art. 33 Abs. 4 GG die Funktionsfähigkeit und das Gewaltmonopol des Staates in den Kernbereichen seiner Tätigkeit sichert.³⁷ Zwar mag an Trennschärfe damit zunächst nicht viel gewonnen sein, ein tiefergehendes Bemühen um Abgrenzung der (einer Privatisierung zugänglichen) öffentlichen Aufgabe (Stichworte: „Deregulierung“, „Entstaatlichung“) zur Staatsaufgabe erübrigt sich aber deshalb, weil (Minimal-)Konsens darüber besteht, dass die Aufgaben der Eingriffsverwaltung zum Kernbereich staatlichen Handelns rechnen. Daraus folgt, dass jedenfalls die Bereiche Justiz, Zoll, Steuererhebung, Strafvollzug, Bundeswehr und Polizei dem staatlichen Kernbereich zugeordnet sind.³⁸

³⁴ *Bonk*, JZ 2000, 435 (437); *Jachmann*, v. Mangoldt/Klein/Starck/GG, Art. 33, Rn. 38.

³⁵ So auch *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (591).

³⁶ *Bonk*, JZ 2000, 435 (438); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (591).

³⁷ Vgl. BVerfGE 88, 103 (114).

³⁸ OLG Frankfurt, NStZ-RR 2010, 93 (94); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (590 ff.); *Peine*, DÖV 1997, 353 (355 f.); *Sannwald*, Schmidt-Bleibtreu/Klein/GG, Art. 33, Rn. 91.

Mit diesem Befund korrespondiert auch § 2 Abs. 2 BRRG, der den hoheitsrechtlichen Aufgaben solche Aufgaben gleichstellt, die aus Gründen der Sicherung des Staates oder des öffentlichen Lebens die Berufung in das Beamtenverhältnis erfordern. Allerdings ist mit der Bestimmung staatlicher Kernbereiche noch keine abschließende Aussage über deren Wahrnehmungsmonopol getroffen.

IV. Das „Regel-Ausnahme-Prinzip“ in Art. 33 Abs. 4 GG

Der verfassungsrechtliche Funktionsvorbehalt gilt nicht schlechthin, sondern weist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe „in der Regel“ den Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu. Dementsprechend geht das BVerfG davon aus, dass Art. 33 Abs. 4 GG erst dann verletzt ist, wenn die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in größerem Umfang auf Nichtbeamte übertragen würde.³⁹ Sind Ausnahmen also möglich, stellt sich die Frage nach deren Legitimität. Sie kann mit der besseren Eignung von Privaten als auch mit der damit verbundenen wirtschaftlichen Entlastung begründet sein.⁴⁰ Selbst dort, wo staatliche Eingriffe in Grundrechte am massivsten sind, nämlich im Strafvollzug, ist die Übertragung hoheitlicher Aufgaben durch Art. 33 Abs. 4 GG nicht per se ausgeschlossen. Voraussetzung ist aber, dass die funktionale Privatisierung den sachlich abgrenzbaren Teilbereich einer Staatsaufgabe betrifft, der insofern ohne die Ausübung von diesen Bereich kennzeichnenden Hoheitsbefugnissen auskommt.⁴¹ Dies ist bezogen auf präventiv-polizeiliche Aufgaben zum Beispiel im Objekt- und Personenschutz durch private Sicherheitsdienste der Fall.⁴² Im Allgemeinen handelt es sich um diejenigen Aufgaben, die der Beilehung oder der Beauftragung unselbständiger Verwaltungshelfer zugänglich sind; gesprochen wird in diesem Zusammenhang von Funktions- bzw. Verfahrensprivatisierung.

Ihre Voraussetzungen sind für den Bereich der repressiven Polizeiarbeit jedoch nicht gegeben. Das BVerfG ordnet die Kernaufgaben der Rechtspflege dem staatlichen Wahrnehmungsmonopol zu,⁴³ vor allem die Rechtsprechung (Art. 92 GG) unterliegt absolutem Staatsvorbehalt.⁴⁴ Dies schließt die Strafgerichtsbarkeit ein.⁴⁵ Macht der Staat – für die Rechtsgemeinschaft – dem Straftäter den Prozess, obliegt ihm das Repressionsmonopol, dem Legalitätsprinzip und Anklage-

³⁹ Vgl. BVerfGE 9, 268 (284).

⁴⁰ OLG Frankfurt, NStZ-RR 2010, 93 (95); *Jachmann*, v. Mangoldt/Klein/Starck/GG, Art. 33, Rn. 38.

⁴¹ *Bonk*, JZ 2000, 435 (439); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (591).

⁴² Vgl. *Keller*, FS-Grünwald (1999), 267 (277 ff.); *Mende*, Privatermittlungen, 185 f.

⁴³ Vgl. BVerfGE 12, 264 (274); BVerfGE 8, 197 (207).

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 18, 241 (252 f.); BVerfGE 10, 200 (214 f.).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 22, 49 (81); BVerfGE 12, 264 (274); BVerfGE 8, 197 (207).

zwang als spiegelbildliche Verpflichtung sichernd an die Seite gestellt sind. Diese Zuweisung hat stabilisierende und friedensstiftende Funktion, sie gewährleistet rechtsstaatlichen Gesetzesvollzug und dessen demokratische Kontrolle. Insofern steht nicht weniger als die Legitimität des Rechtsstaats auf dem Spiel: Gerade die (Eingriffs-)Vorgaben der Strafprozessordnung verlangen als angewandtes Verfassungsrecht die form- und verfahrensgerechte Ausübung in einer Weise, die Private nicht leisten (können).

Mit gutem Grund rechnet die Rechtsprechung so auch die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zum Kernbereich hoheitlicher Staatsaufgaben und sieht, zumal die StPO sinngemäße Anwendung findet (§ 46 Abs. 1 OWiG), die ausschließliche Zuständigkeit der Polizei begründet, weshalb deren Aufgabenerfüllung durch staatlich beauftragte Privatpersonen mit den von Art. 33 Abs. 4 GG aufgestellten Grundsätzen unvereinbar sei.⁴⁶ Erfolgt die private Indienstnahme zum Zwecke der Strafverfolgung, ist eine verfassungswidrige Übertragung von hoheitlichen Befugnissen (Art. 20 Abs. 3, Art. 33 Abs. 4 GG) damit ebenso gegeben.

Diesem Resultat kann auch nicht das private Festnahmerecht aus § 127 Abs. 1 StPO entgegengehalten werden, obschon der Bürger mit seiner Wahrnehmung eine öffentliche Funktion erfüllt.⁴⁷ Als Beweis für die gesetzliche Zulassung von Privatpersonen bei der Strafverfolgung ist die Vorschrift gleichwohl untauglich. Das Festnahmerecht erfährt seine Begründung aus dem Umstand augenblicklich erforderlichen Handelns zur Rechtsverteidigung; der Einzelne soll dem Rechtsbruch nicht rechtlos begegnen müssen. Ganz anders ist die Situation der Strafverfolgung jedoch im Übrigen, bei der es um die Ahndung beendeter Straftaten geht, der Rechtsbruch schon eingetreten ist. Das Recht zur Flagranzfestnahme gemäß § 127 Abs. 1 S. 1 ist daher auch die einzige Ermächtigung der StPO, die ein Notrecht in engen Grenzen vorläufig sichert, nicht aber zugleich eine Verpflichtung zum Handeln begründet.⁴⁸ Dieses auf besondere Notsituationen zugeschnittene, wegen der Einheit der Rechtsordnung zudem gebotene (vgl. § 229 BGB) Selbsthilferecht vermag Zweifel an der konzeptionellen Unteilbarkeit des Gewaltmonopols zur Strafverfolgung bzw. seiner Sperrwirkung gegenüber Privaten bei der Strafverfolgung somit nicht zu begründen.⁴⁹

Vorstehende Ausführungen haben gezeigt, dass dem Gesetzgeber der Gestattung von informellen Informationserhebungen in den verbleibenden Fällen de lege ferenda die personelle Strukturvorgabe des Art. 33 Abs. 4 GG entgegen

⁴⁶ BayObLG, StV 1998, 67; KG, StV 1997, 174; AG Alsfeld, NJW 1995, 1503.

⁴⁷ So schon RGSt. 17, 127 (128); *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 31, Rn. 4.

⁴⁸ *Meyer-Göfner*, § 127, Rn. 1. Ein Polizeibeamter könnte also auch nach § 127 I StPO einen Privaten nicht zur Festnahme eines nach dieser Vorschrift Verdächtigen wirksam auffordern.

⁴⁹ So schon *Jäger*; Beweisverwertung, 182; *Mende*, Privatermittlungen, 88 ff.; vgl. ebenso auch AG Alsfeld, NJW 1995, 1503 (1505).

stünde, sie nach dem Grundgesetz also ausgeschlossen wäre. Dies entspricht auch, obschon zurückhaltender formuliert, der Einschätzung des BMJ. Das BMJ hatte in einer Presseerklärung mitgeteilt, es halte einen „tiefgreifenden Grundrechtseingriff“, wie er mit der „gesetzlichen Verpflichtung von Privatpersonen zur Mitwirkung bei der primär dem Staat obliegenden Strafverfolgung“ nur unter „ganz engen Voraussetzungen“ für verfassungsrechtlich legitimierbar. Dabei war zugleich klargestellt worden, dass das staatliche Bedürfnis nach Effizienzsteigerung in der polizeilichen Ermittlungsarbeit hierfür jedenfalls nicht ausreichend sei.⁵⁰

§ 7 Ergebnis

Nach dem Grundgesetz wäre der Gesetzgeber daran gehindert, in verfassungsrechtlich zulässiger Weise eine Rechtsgrundlage zur Durchführung der untersuchten Methoden informeller Informationserhebungen de lege ferenda zu schaffen.

⁵⁰ BMJ Pressemitteilung Nr. 56/03 v. 08.07.2003.

Schluss

Mit der vorliegenden Arbeit ist versucht worden, einen Diskussionsbeitrag zu der Frage der rechtlichen Vereinbarkeit von informellen Informationserhebungen mit dem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit zu leisten. Auf Grundlage einer neuartigen Sinngebung des Nemo-tenetur-Grundsatzes hat sich gezeigt, dass die Schutzwirkungen seines Prinzips durch die hier untersuchten Methoden staatlicher Straftataufklärung verletzt sind, wobei unter methodischen Aspekten gesetzlicher Anknüpfungspunkt in der StPO nicht § 136, sondern § 136a ist.

Der Einwand gegen die hier vorgestellte Schutzbereichskonzeption von der Selbstbelastungsfreiheit ist vorauszusehen: Mit ihrer Erweiterung auf staatlich veranlasste irrumsbedingte und, Wertungswidersprüche vermeidend, sogar auf nonverbale Selbstinkriminierung, erhält das Recht einen Anwendungsbereich, der im Ermittlungsverfahren kaum noch unberührt wäre. In der Tat ist einem auf die Freiheit von Zwang begrenzten Nemo-tenetur-Satz mit Ersetzung der Verübung von Zwang durch Methoden informeller Beweisgewinnung das Fundament weitestgehend entzogen. Aber auch abseits dieses empirischen Einwandes bleibt eine an den Befindlichkeiten des Beschuldigten und nicht an seiner Willensfreiheit normativ ausgerichtete Rechtsbegründung unzulänglich. Nach dem dieser Untersuchung zugrunde gelegten Verständnis von dem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit ist seine harmonische Integration in die heutige Strafverfahrenswirklichkeit dagegen möglich.

Dabei kann sich seine Interpretation auf ein grundlegendes Anliegen des reformierten Strafprozesses ebenso berufen wie auf die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (zur verdeckten Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei in „Vernehmungsäquivalenten“ und zum Brechmitteleinsatz) sowie – in gewissen Ansätzen – auch auf neuere Rechtsprechung des BGH. Die Erkenntnis, dass das durch informelle Informationserhebungen verletzte Recht auf Selbstbelastungsfreiheit einfachgesetzlich einschränkbar ist, bleibt für die Polizei jedoch ohne Gewinn, da einer Rechtsgrundlage, welche die Ausforschung des Beschuldigten durch Privatpersonen im Auftrag der Polizei regelt, das Grundgesetz im Weiteren entgegensteht.

Ergebnisse/Thesen

- (1) Die Vernehmung des Beschuldigten gemäß §§ 136 i.V.m. 163a StPO dient seinen Interessen, namentlich seiner Verteidigung durch die Gewährleistung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Daneben dient die Vernehmung dem Zweck der Sachverhaltsaufklärung, womit sie die Informationsgrundlage für die Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft gemäß § 170 StPO in der Regel erweitert.
- (2) Einen Grundsatz des Inhalts, dass repressiven Zwecken dienende Befragungen des Beschuldigten ausschließlich in einer für ihn erkennbaren Form zu erfolgen haben, ist der Strafprozessordnung nicht zu entnehmen. Ein „materieller Vernehmungsbegriff“ für § 136 StPO ist somit abzulehnen.
- (3) Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit begründet sich aus der dem Beschuldigten eingeräumten Befugnis, gegenüber den Strafverfolgungsbehörden autonom zu entscheiden, ob, wann und ggf. in welchem Umfang von ihm tatrelevante Auskunft gegeben wird. Dass das Täterwissen so vor hoheitlichem Zugriff geschützt ist, folgt den Wertungen, wie sie mit der Abkehr vom Inquisitionsprozess verbunden sind. Da täterschaftsbegründendes Wissen das Wissen um den Tatnachweis bedeutet, ist der Selbstbelastungsschutz nicht auf Aussagen beschränkt, sondern beinhaltet auch die nonverbale Selbstüberführung, wenn und soweit die hierfür maßgeblichen Umstände nicht allgemein (etwa durch Augenschein) zugänglich sind.
- (4) Verfassungsrechtliche Grundlage des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in der Ausprägung, die es als Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch das BVerfG erhalten hat. Sein charakteristischer Wissensschutz, verstanden als Recht, nicht zur eigenen Überführung – aktiv oder dulgend – beitragen zu müssen, formt die Selbstbelastungsfreiheit als ein spezielles Informationsbeherrschungsrecht im Strafverfahren aus. Damit schützt dieses Recht nicht allein vor Zwangsausübung, sondern ebenso vor gleich geeigneten Methoden der Selbstüberführung durch die Ermittlungsbehörden, namentlich vor Täuschung. Maßgeblich ist demnach nicht die Zugriffsform, sondern der Zugriffsgegenstand.
- (5) Einschränkungen des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit sind in seinem Kernbereich, der Anwendung von Zwang zur Herbeiführung eines verbalen Geständnisses, absolut ausgeschlossen. Im Übrigen ist Zwangsausübung zur Herbeiführung nicht wörtlicher Geständnisse (etwa durch Brechmittelverab-

reichung) möglich, wie § 81 a Abs. 1 StPO zeigt. Ebenso sind Verletzungen der Selbstbelastungsfreiheit auf geistig-seelischer Ebene durch Täuschung entsprechend § 136 a Abs. 1 S. 2 StPO einfachgesetzlicher Legitimierung zugänglich, wie die §§ 110 a ff. StPO *lex specialis* zeigen.

- (6) § 136 StPO regelt die Durchführung der (offenen) Vernehmung. Angesichts ihres amtlichen Charakters soll der Beschuldigte vor dem hierdurch leicht entstehenden Irrglauben einer Aussagepflicht geschützt werden. Allein der Vermeidung dieses Rechtsirrtums dient die Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StPO. Dass dieser Irrtum eine zwangsgleiche Wirkung entfaltet, rechtfertigt keinen Rückschluss auf Inhalt und Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit im Übrigen.
- (7) Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei ist kein Anwendungsfall von § 136 StPO und stellt keine Umgehung dieser Vorschrift im Rechtssinne dar. Wie die §§ 110 a ff. StPO zeigen, sind sie im Verhältnis zur Vernehmung nach §§ 133 ff. StPO keine Ausnahme, sondern ein *Aliud*. Der Schutzzweck des § 136 Abs. 1 StPO rechtfertigt die analoge Anwendung dieser Vorschrift und das Eingreifen eines unselbständigen Beweisverwertungsverbots nicht. Für § 136 StPO ist ein „funktionaler Vernehmungsbegriff“ somit abzulehnen.
- (8) § 136 a StPO dient als Kernvorschrift zum Schutz der Selbstbelastungsfreiheit allein den Interessen des Beschuldigten (bzw. i.V.m. § 69 Abs. 3 StPO bzw. § 72 StPO mittelbar denen des Zeugen bzw. Sachverständigen). Überindividuellen Interessen (Schutz der Tatsachenfeststellung und Schutz rechtsstaatlichen Ansehens) kommt als Gesetzeszweck keine eigenständige Bedeutung zu.
- (9) Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei unterfällt der analogen Anwendung von § 136 a Abs. 1 S. 1 StPO. Erfolgt die Befragung durch eine Privatperson, ist die analoge Anwendbarkeit der Vorschrift – und damit ein Beweisverwertungsverbot gemäß § 136 a Abs. 3 S. 2 StPO – gegeben, wenn und soweit sie von den Ermittlungsbehörden zielgerichtet veranlasst bzw. zu repressiven Zwecken geduldet wurde. Die Anwendbarkeit der Vorschrift insoweit hat das Vorliegen einer „vernehmungähnlichen Situation“ nicht zur Voraussetzung.
- (10) Eine Täuschung i. S. v. § 136 a Abs. 1 S. 1 StPO liegt vor, wenn dem Beschuldigten die unmittelbar gegebene Beweiserheblichkeit seiner Äußerungen in einem von den Ermittlungsbehörden veranlassten bzw. geduldeten (Telefon-) Gespräch mit einer Privatperson zielgerichtet verschleiert wird. Wenn und solange hierfür eine gesetzliche Gestattung nicht besteht, ist die auf diesem Weg herbeigeführte Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nicht gerechtfertigt. Eine derartige Rechtsgrundlage enthält die StPO gegenwärtig nicht.

- (11) Belastet sich der Beschuldigte in einer solchen Situation selbst, ist seine Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung in einer von § 136a Abs. 1 StPO verbotenen Weise beeinträchtigt, ohne dass es auf weitere Umstände, etwa auf die Bedingungen der U-Haft, noch ankäme.
- (12) Erfolgt die verdeckte Befragung des Beschuldigten auf Veranlassung der Polizei in einer Haftzelle, so ist dies mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar und damit gesetzlicher Gestattung nicht zugänglich.
- (13) Täuschungen des Beschuldigten zum Zwecke einer „Stimmenfalle“ innerhalb der von § 136 (i.V.m. 163 a StPO) markierten Gesprächssituation sind mit den durch diese Vorschrift geschützten Interessen zu seinen Gunsten rechtsgrundsätzlich – unabhängig von § 136a StPO – nicht vereinbar und deshalb gesetzlicher Gestattung nicht zugänglich.
- (14) Im Übrigen ist die verdeckte Befragung des Beschuldigten durch Private im Auftrag der Polizei verfassungsrechtlich mit dem organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG nicht vereinbar, gesetzlicher Gestattung mithin nicht zugänglich.

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans/Perschke, Stefan*: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 24.02.1994 – 4 StR 317/93. In: StV 1994, Seite 577–580.
- Kommentar zur Strafprozessordnung, Reihe Alternativkommentare. Band 2, Teilband 1 (§§ 94–212b). Neuwied 1992. Zitiert: *Achenbach, AK/StPO*.
 - Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 16.03.1989 – I StR 608/88. In: StV 1989, Seite 515–518.
- Albrecht, Peter-Alexis*: Die vergessene Freiheit – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Berlin 2003. Zitiert: *Albrecht, Die vergessene Freiheit*.
- Alsberg, Max/Nüse, Karl-Heinz/Meyer, Karlheinz*: Der Beweisantrag im Strafprozess. 5. Aufl. Köln u. a. 1983. Zitiert: *Alsberg/Nüse/Meyer, Beweisantrag*.
- Amelung, Knut*: Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverboten. Festschrift für Claus Roxin. Berlin 2001, Seite 1259–1280. Zitiert: *Amelung, FS-Roxin (2001)*.
- Die Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Beweismittel zugunsten des Angeklagten und deren Grenzen. In: StraFo 1999, Seite 181–186.
 - Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm. In: GA 1999, Seite 182–203.
 - Anmerkung zum Vorlagebeschluss des OLG Celle v. 26.03.1991 – I Ss 2/91. In: StV 1991, Seite 454–456.
 - Die zweite Tagebuchentscheidung des BVerfG. In: NJW 1990, Seite 1753–1756.
 - Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote. Berlin 1990. Zitiert: *Amelung, Informationsbeherrschungsrechte*.
 - Anmerkung zur OLG Hamm Entscheidung v. 13.01.1988 – 1 Ss 811/87. In: NStZ 1988, Seite 515–517.
 - Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 18.08.1981 – 2 BvR 166/81. In: NStZ 1982, Seite 38–40.
- Amelung, Knut/Wirth, Stefan*: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit 1990 zum Schutz der materiellen Grundrechte im Strafverfahren. In: StV 2002, Seite 161–168.
- Arndt, Adolf*: Umwelt und Recht. In: NJW 1966, Seite 869–872.
- Artkämper, Heiko*: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.07.1998 – 5 StR 302/97 (BGHSt. 44, 129). In: NJ 1998, Seite 604.
- Badura, Peter*: Generalprävention und Würde des Menschen. In: JZ 1964, Seite 337–344.

- Bär*, Wolfgang: Anmerkung zur Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen v. 13.05.1996 (Hörfällenbeschluss). In: CR 1997, Seite 367–368.
- Beckemper*, Katharina: Durchsetzbarkeit des Verteidigerkonsultationsrechts und die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten. Berlin 2002. Zitiert: *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht.
- Benfer*, Jost: Einsatz brechreizerzeugender Mittel bei Drogendealern? In: JR 1998, Seite 53–56.
- Verdeckte Ermittlungen durch Polizeibeamte. In: MDR 1994, Seite 12–13.
- Bernsmann*, Klaus: Verwertungsverbot bei fehlender und mangelhafter Belehrung. In: StraFo 1998, Seite 73–78.
- Anmerkung zur Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen v. 13.05.1996 (Hörfällenbeschluss). In: StV 1997, Seite 116–119.
 - Anmerkung zur Entscheidung des OLG Oldenburg v. 23.10.1995 – Ss 331/95. In: StV 1996, Seite 416–418.
- Bernsmann*, Klaus/*Jansen*, Kirsten: Heimliche Ermittlungsmethoden und ihre Kontrolle – Ein systematischer Überblick. In: StV 1998, Seite 217–231.
- Beulke*, Werner: Strafprozessrecht. 11. Aufl. Heidelberg 2010.
- Die Vernehmung des Beschuldigten – Einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozessrechtswissenschaft. In: StV 1990, Seite 180–184.
- Bienert*, Anja: Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote. Diss. Aachen 1997. Zitiert: *Bienert*, Private Ermittlungen.
- Binder*, Detlev/*Seemann*, Ralf: Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln zur Beweissicherung. In: NStZ 2002, Seite 234–238.
- Bleckmann*, Albert: Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG. In: JuS 2002, Seite 942–947.
- Bockemühl*, Jan: „Verdeckte Befragung“ durch Private tatsächlich erlaubt? Anmerkung zum „Hörfällen-Beschluss des BGH. In: Detektiv-Kurier, Seite 19–22.
- Private Ermittlungen im Strafprozess – Ein Beitrag zu der Lehre von den Beweisverboten. Baden-Baden 1996. Zitiert: *Bockemühl*, Private Ermittlungen.
- Böse*, Martin: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes „Nemo tenetur se ipsum accusare“. In: GA 2002, Seite 98–128.
- Bonk*, Heinz Joachim: Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug. In: JZ 2000, Seite 435–442.
- Bosch*, Nikolaus: Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht. Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“. Berlin 1998. Zitiert: *Bosch*, Aspekte.
- Die verdeckte Befragung des Beschuldigten – Strafrechtspflege ohne Grenzen? In: Jura 1998, Seite 236–243.
- Bottke*, Wilfried: Anfertigung und Verwertung heimlicher Wort- und Stimm Aufzeichnungen auf Tonträger außerhalb des Fernmeldeverkehrs. In: Jura 1987, Seite 356–367.

- Braum*, Stefan: Verdeckte Ermittlung – Kontinuitätsphänomen des autoritären Strafverfahrens. In: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Seite 13–29. Frankfurt a.M. u. a. 1995.
- Burhoff*, Detlef: Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 3. Aufl. Recklinghausen 2002. Zitiert: *Burhoff*, Ermittlungsverfahren.
- Cierniak*, Jürgen: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3 (§§ 185–262). München 2003. Zitiert: MünchKommStGB/*Cierniak*.
- Creifelds*, Carl: Die Strafprozessnovelle 1964. In: JR 1965, Seite 1–6.
- Dahs*, Hans: Die Beschlagnahme von Verteidigungsmaterial und die Ausforschung der Verteidigung. In: Gedächtnisschrift Karlheinz Meyer. Berlin u. a. 1990. Seite 61–79.
- Dallmeyer*, Jens: Die Integrität des Beschuldigten im reformierten Strafprozess – Zur zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln bei mutmaßlichen Drogendealern. In: KritV 2000, Seite 252–266.
- Verletzt der zwangsweise Brechmitteleinsatz gegen Beschuldigte deren Persönlichkeitsrechte? In: StV 1997, Seite 606–610.
- Degener*, Wilhelm: § 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten. In: GA 1992, Seite 443–469.
- Degenhard*, Karl/*Pfordte*, Thilo: Der Anwalt im Strafrecht. Baden-Baden 2005.
- Dencker*, Friedrich: Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren. In: StV 1994, Seite 667–683.
- Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbegehung. Festschrift Hanns Dünnebier. Berlin u. a. 1982. Seite 447–464.
- Verwertungsverbote im Strafprozess – Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten. Köln u. a. 1977. Zitiert: *Dencker*, Verwertungsverbote.
- Derksen*, Roland: Anmerkung zur Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen v. 13.05.1996 (Hörfallenbeschluss). In: JR 1997, Seite 167–170.
- Deutsch*, Markus: Die heimliche Erhebung von Informationen und deren Aufbewahrung durch die Polizei. Diss. Heidelberg 1992. Zitiert: *Deutsch*, Informationserhebung.
- Di Fabio*, Udo: Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Kommentar zum Grundgesetz. Band 3 (Art. 1–5). 39. Lfg. München 2001 (Art. 2 I) u. 43. Lfg. München 2004 (Art. 2 II). Zitiert: *Di Fabio*, Maunz/Dürig/GG.
- Privatisierung und Staatsvorbehalt. In: JZ 1999, Seite 585–592.
- Diemer*, Herbert: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und MRK. Hannich, Rolf (Hrsg.). 6. Aufl. München 2008. Zitiert: *Diemer*, KK/StPO.
- Dietrich*, Gero: § 142 n.F. StGB und das Verbot zwangsweiser Selbstbelastung. Diss. Baden-Baden 1998. Zitiert: *Dietrich*, § 142 StGB und Selbstbelastung.
- Dingeldey*, Thomas: Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozessrecht. In: JA 1984, Seite 407–414.

- Dürig*, Günter: Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Kommentar zum Grundgesetz. Band 1 (Art. 1–12). 1–34 Lfg. München 1996 (34. Lfg.). Zitiert: *Dürig*, Maunz/Dürig/GG.
- Duttge*, Gunnar: Anmerkung zu BGH-Entscheidung v. 26.07.2007 – 3 StR 104/07. In: JZ 2008, Seite 261–264.
- Eidam*, Lutz: Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts. Diss. Frankfurt (Main) u. a. 2007. Zitiert: *Eidam*, Selbstbelastungsfreiheit.
- Anmerkung zu BGH-Entscheidung v. 16.09.2004 – 4 StR 84/04. In: StV 2005, Seite 201–203.
- Eisenberg*, Ulrich: Beweisrecht der StPO-Spezialkommentar. 7. Aufl. München 2011. Zitiert: *Eisenberg*, Beweisrecht.
- Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 12.04.1994 – 4 StR 142/94. In: NSStZ 1994, Seite 598–599.
 - Straf(verfahrens-)rechtliche Maßnahmen gegenüber „Organisiertem Verbrechen“. In: NJW 1993, Seite 1033–1039.
- Ellbogen*, Klaus: Grenzen verdeckter Ermittlungen und das nemo-tenetur-Prinzip. In: Kriminalistik 2006, Seite 544–548.
- Ellenberger*, Jürgen: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 70. Aufl. München 2011. Zitiert: *Ellenberger*, Palandt/BGB.
- Engländer*, Armin: Anmerkung zu BGHSt. 53, 295 („Haftbesuchsraum-Fall“). In: JZ 2009, Seite 1179–1180.
- Das nemo-tenetur-Prinzip als Schranke verdeckter Ermittlungen. Eine Besprechung von BGH 3 StR 104/07. In: ZIS 2008, Seite 163–167.
- Erb*, Volker: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Fünfter Band (§§ 151–212b), 26. Aufl. Berlin u. a. 2008. Zitiert: *Erb*, LR/StPO.
- Erbs*, Georg: Unzulässige Vernehmungsmethoden – Probleme des § 136a StPO. In: NJW 1951, Seite 386–390.
- Erfurth*, Christina: Verdeckte Ermittlungen. Problemlösung durch das OrgKG? Diss. Frankfurt a. M. 1997. Zitiert: *Erfurth*, Verdeckte Ermittlungen.
- Eschelbach*, Ralf: Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. Jürgen Peter Graf (Hrsg.). München 2010. Zitiert: *Eschelbach*, Graf/StPO.
- Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten. In: StV 2000, Seite 390–398.
- Eser*, Albin: Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafprozess der Bundesrepublik Deutschland. In: Deutsch-Ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Baden-Baden 1991, Seite 147–167. Zitiert: *Eser*, Kolloquium.
- Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. In: ZStW 79 (1967), Seite 213–271.
- Esser*, Robert: Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen Nemo-tenetur-Grundsatz. In: JR 2004, Seite 98–107.

- Fezer*, Gerhard: Anmerkung zum (Vorlage-) Beschluss des BGH v. 20.12.1995 – 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200). In: NStZ 1996, Seite 289–290.
- Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.06.1995 – 2 StR 758/94. In: StV 1996, 77–78.
 - Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 27.02.1992 – 5 StR 190/91 (BGHSt. 38, 214). In: JR 1992, Seite 385–387.
 - Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 28.04.1987 – 5 StR 666/86 (BGHSt. 34, 362). In: JZ 1987, Seite 937–939.
- Finke*, Martin: Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden. In: ZStW 95 (1983), Seite 918–972.
- Fischer*, Thomas: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 58. Aufl. München 2011. Zitiert: *Fischer/StGB*.
- Franke*, Ulrich: Anmerkung zum Kammerbeschluss des BVerfG v. 27.04.2000 – 2 BvR 1990/96. In: JR 2000, Seite 467–470.
- Freund*, Georg: Zulässigkeit, Verwertbarkeit und Beweiswert eines heimlichen Stimmenvergleichs – BGHSt. 40, 66. In: JuS 1995, Seite 394–398.
- Frister*, Helmut: Der Anspruch des Beschuldigten auf Mitteilung der Beschuldigung aus Art. 6 Abs. 3 lit. a) EMRK. In: StV 1998, Seite 159–164.
- Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 06.02.1997 – 1 StR 527/96 (BGH, NJW 1997, 1516). In: JZ 1997, Seite 1130–1132.
 - Der Lügendetektor – Zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode? In: ZStW 106 (1994), Seite 303–331.
- Gaede*, Karsten: Beweisverbote zu Wahrung des fairen Verfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen. In: JR 2009, Seite 493–502.
- Das Verbot der Umgehung der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung. In: StV 2004, Seite 46–53.
 - Anmerkung zu EGMR v. 05.11.2002 – Beschwerde Nr. 48539/99. In: StV 2003, Seite 260–263.
- Geier*, Bernd/*Schäl*, Stephan/*Twelmeier*, Henning: Die Entscheidung des BVerfG v. 09.10.2002 (BVerfGE 106, 28): Das Ende der Hörfalle? In: Jura 2004, Seite 121–127.
- Geis*, Max-Emanuel: Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts. In: JZ 1991, Seite 112–117.
- Geppert*, Klaus: Leipziger (Groß-) Kommentar zum StGB. 11. Aufl. Berlin u. a. 2001. Zitiert: *Geppert*, LK/StGB.
- Notwendigkeit und rechtliche Grenzen der „informativischen Befragung“ im Strafverfahren. Festschrift für Dietrich Oehler. Köln u. a. 1985. Seite 323–344. Zitiert: *Geppert*, FS-Oehler (1985).
- Gercke*, Björn: In: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung. 4. Aufl. Heidelberg 2009. Zitiert: *Gercke*, HK/StPO.

- Gerlach*, Jürgen von: Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Ermittlungsverfahren. In: NJW 1969, Seite 776–781.
- Geyer*, Christian: Funktion und Grenzen der Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Diss. Regensburg 1998. Zitiert: *Geyer*, Beschuldigtenbelehrung.
- Gleß*, Sabine: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Vierter Band (§§ 112–150), 26. Aufl. Berlin u. a. 2007. Zitiert: *Gleß*, LR/StPO.
- Götz*, Heinrich: Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes. In: NJW 2005, Seite 953–957.
- Gollwitzer*, Walter: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Achter Band (MRK/IPBPR u. a.), 25. Aufl. Berlin u. a. 2005. Zitiert: *Gollwitzer*, LR/StPO.
- Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.07.1994 – 1 StR 83/94 (BGHSt. 40, 211). In: JR 1995, Seite 469–472.
- Graf*, Jürgen-Peter: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3 (§§ 185–262). München 2003. Zitiert: MünchKommStGB/*Graf*.
- Griesbaum*, Rainer: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und MRK. Hannich, Rolf (Hrsg.). 6. Aufl. München 2008. Zitiert: *Griesbaum*, KK/StPO.
- Grüner*, Gerhard: Die zwangsweise Vergabe von Brechmitteln – OLG Frankfurt a. M., NJW 1997, 1647 ff. In: JuS 1999, Seite 122–126.
- Grünwald*, Gerald: Das Beweisrecht der Strafprozessordnung. Baden-Baden 1993. Zitiert: *Grünwald*, Beweisrecht.
- Menschenrechte im Strafprozess. In: StV 1987, Seite 453–457.
 - Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 28.04.1987 – 5 StR 666/86 (BGHSt. 34, 362). In: StV 1987, Seite 470–478.
 - Zur Ankündigung von Strafmilderung für den Fall eines Geständnisses. In: NJW 1960, Seite 1941–1942.
 - Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren. In: JZ 1966, Seite 489–501.
 - Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung. In: JZ 1981, Seite 423–429.
- Günther*, Hans-Ludwig: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.04.1986 – 2 StR 661/85. In: StV 1988, Seite 421–424.
- Die Schweigebefugnis des Tatverdächtigen im Straf- und Bußgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht. In: GA 1978, Seite 193–206.
- Gundlach*, Rainer: Kommentar zur Strafprozessordnung, Reihe Alternativkommentare. Band 2, Teilband 1 (§§ 94–212b). Neuwied 1992. Zitiert: *Gundlach*, AK/StPO.

- Gusy*, Christoph: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.07.1994 – 1 StR 83/94 (BGHSt. 40, 211). In: StV 1995, Seite 449–450.
- Haas*, Günter: Der Beschuldigte als Augenscheinsobjekt. In: GA 1997, Seite 368–370.
- Vernehmung, Aussage des Beschuldigten und vernehmungähnliche Situation – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 136 StPO. In: GA 1995, Seite 230–235.
- Haas*, Hermann Heinrich: V-Leute im Ermittlungs- und Hauptverfahren. Neue prozessuale Aspekte. Diss. Pfaffenweiler 1986. Zitiert: *Haas*, H. H., V-Leute.
- Hahn*, Carl: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Band 3, Materialien zur Strafprozessordnung, Abteilung 1 (3.1.) und Abteilung 2 (3.2.), Aalen 1983 (Neudruck). Zitiert: *Hahn*, Gesamte Materialien.
- Hamm*, Rainer: Schluss mit der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot! In: NJW 2003, Seite 946–947.
- Monokeltests und Menschenwürde. In: NJW 1999, Seite 922–923.
 - Die Revision in Strafsachen. 6. Aufl. Berlin u. a. 1998. Zitiert: *Hamm*, Die Revision.
 - Verwertung rechtswidriger Ermittlungen – nur zugunsten des Beschuldigten? In: StraFo 1998, Seite 361–365.
- Hanack*, Ernst-Walter: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Zweiter Band (§§ 112–136a), 25. Aufl. Berlin u. a. 1999. Zitiert: *Hanack*, LR/StPO.
- Anmerkung zur BGH v. 21.07.1998 – 5 StR 302/97 (BGHSt. 44, 129). In: JR 1999, Seite 348–350.
- Hassemer*, Winfried: Aktuelle Perspektiven in der Kriminalpolitik. In: StV 1994, Seite 333–337.
- Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ – ein neuer Rechtsbegriff? In: StV 1982, Seite 275–280.
- Hauck*, Pierre: Lauschangriff in der U-Haft – Anmerkung zu BGH, Urteil v. 29.04.2009 (1 StR 701/08) und der Versuch einer dogmatischen Klärung. In: NStZ 2010, Seite 17–22.
- Hellmann*, Uwe: Strafprozessrecht. 2. Aufl. Berlin u. a. 2005.
- Henrichs*, Axel/*Steri*, Edmondo: Das deutsche Strafverfahren und der Begriff der Fairness gem. Art. 6 EMRK. In: Kriminalistik 2004, Seite 629–634.
- Herdegen*, Matthias: In: Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Kommentar zum Grundgesetz. Band 3 (Art. 1–5). 42. Lfg. München 2003. Zitiert: *Herdegen*, Maunz/Dürig/GG.
- Hilger*, Hans: Verdeckte Ermittler, V-Leute. Festschrift für Ernst-Walter Hanack. Berlin u. a. 1999. Seite 207–220. Zitiert: *Hilger*, FS-Hanack (1999).
- Anm. zur Entscheidung des LG Stuttgart v. 13.06.1985 – 14 Qs 48/85. In: NStZ 1985, Seite 569–570.
- v. *Hippel*, Robert: Der Deutsche Strafprozess. Marburg 1941. Zitiert: v. *Hippel*, Strafprozess.

- Höfling*, Wolfram: Sachs, Michael (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz. 3. Aufl. München 2003. Zitiert: *Höfling*, Sachs/GG.
- Hofmann*, Hans: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz, Kommentar zum Grundgesetz. 10. Aufl. München 2004. Zitiert: *Hofmann*, Schmidt-Bleibtreu/Klein/GG.
- Hund*, Horst: Verdeckte Ermittlungen – ein gelöstes Problem? In: StV 1993, Seite 379–381.
- Isensee*, Josef/*Kirchhoff*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III. Das Handeln des Staates. 2. Aufl. Heidelberg 1996. Zitiert: *Isensee/Kirchhoff*, Staatsrecht
- Jachmann*, Monika: Das Bonner Grundgesetz. Kommentar (Hrsg. Christian Starck), Band 2 (Art. 20–78). 4. Aufl. München 2000. Zitiert: *Jachmann*, v. Mangoldt/Klein/Starck/GG.
- Jäger*, Christian: Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regelungsinstrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. In: GA 2008, Seite 482–499.
- Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess. Habil. München 2003. Zitiert: *Jäger*, Beweisverwertung.
- Jahn*, Matthias: Strafprozessrecht: Beweisverwertungsverbot bei verdecktem Verhör (zu BGH, Beschluss v. 18.05.2010, Az. 5 StR 51/10). In: JuS 2010, Seite 832–834.
- Anmerkung zu BGHSt. 53, 295 („Haftbesuchsraum-Fall“). In: JuS 2009, Seite 861–863.
 - Handbuch zum Strafverfahren. Heghmanns, Michael/Scheffler, Uwe (Hrsg.). München 2008. Zitiert: *Jahn*, Heghmanns/Scheffler, Strafverfahren.
 - Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft (BGHSt. 44, 129). In: JuS 2000, Seite 441–445.
- Jarass*, Hans D./*Pieroth*, Bodo: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 7. Aufl. München 2004. Zitiert: *Jarass*, Jarass/Pieroth/GG.
- Joecks*, Wolfgang: Studienkommentar zur Strafprozessordnung. 2. Aufl. München 2008. Zitiert: *Joecks*, StPO.
- Joerden*, Jan C.: Verbotene Vernehmungsmethoden – Grundfragen des § 136 a StPO. In: JuS 1993, Seite 927–931.
- Kahlo*, Michael: Soll es dem Staat im Strafprozess rechtlich erlaubt sein, Verdachtsaufklärung durch Täuschungshandlungen zu unternehmen? Festschrift für E. A. Wolff. Berlin 1998. Seite 153–188. Zitiert: *Kahlo*, FS-Wolff (1998).
- Der Begriff der Prozesssubjektivität und seine Bedeutung im reformierten Strafverfahren, besonders für die Rechtsstellung des Beschuldigten. In: KritV 1997, Seite 183–210.
- Keller*, Rainer: Privatisierung von Polizeifunktionen und strafprozessuale Beweisverwertungsverbote. Festschrift für Gerald Grünwald. Baden-Baden 1999. Seite 267–283. Zitiert: *Keller*, FS-Grünwald (1999).
- Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten. Habil. Berlin 1990. Zitiert: *Keller*, Straftatprovokation.

- Polizeiliche Observation und strafprozessuale Wahrheitserforschung. In: StV 1984, Seite 521–527.
- Kiehl*, Walter H.: Verwertungsverbot für Beschuldigtenvernehmung ohne Belehrung: Der BGH korrigiert sich – überzeugend? In: NJW 1983, Seite 501–504.
- Kindhäuser*; Urs: Strafprozessrecht. 2. Aufl. Baden-Baden 2010.
- Kirsch*, Stefan: Freiheit von Selbstbeichtigungszwang? In: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Seite 229–243. Frankfurt a.M. u.a. 1995. Zitiert: *Kirsch*, Selbstbeichtigungszwang.
- Kleszczewski*, Diethelm: Anmerkung zu BGHSt. 53, 295 („Haftbesuchsraum-Fall“). In: StV 2010, Seite 462–465.
- Strafprozessrecht. Köln u.a. 2007
- Köhler*, Michael: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 07.06.1995 – 2 BJs 127/93 – 7 StB 16/95. In: StV 1996, Seite 186–187.
- Prozessrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe. In: ZStW 107 (1995), Seite 10–47.
- König*, Josef: Zur Verwertbarkeit verdeckt erlangter Kenntnisse. In: Kriminalistik 1997, Seite 179–184.
- Kopf*, Verena Angela: Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalyse im Strafverfahren. Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo-tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen. Diss. Berlin 1999. Zitiert: *Kopf*, Genomanalyse.
- Krack*, Ralf: Der Normzweck des § 136a StPO. In: NStZ 2002, Seite 120–124.
- Krahl*, Matthias: Der Anwendungsbereich der polizeilichen Beobachtung nach § 163e StPO als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme. In: NStZ 1998, Seite 339–342.
- Kramer*, Bernhard: Grundzüge des Strafverfahrensrechts. 7. Aufl. Stuttgart 2009.
- Unerlaubte Vernehmungsmethoden in der Untersuchungshaft. In: Jura 1988, Seite 520–525.
- Kramer*, Ernst A.: Juristische Methodenlehre. 2. Aufl. Bern 2005.
- Krause*, Dietmar: Alte Fragen zum neuen § 81c StPO. In: JZ 1976, Seite 124–126.
- Krehl*, Christoph: Anmerkung zur Entscheidung OLG Hamm v. 13.01.1988 – I Ss 811/87. In: StV 1988, Seite 376–377.
- Kretschmer*, Joachim: Schutz vor staatlich veranlasstem Zwang und inszenierter Täuschung. Anmerkung zu BGH v. 18.05.2010 – 5 StR 51/10. In: HRRS 2010, Seite 343–347.
- Krey*, Volker: Rechtsprobleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler einschließlich der elektronischen Überwachung (Lauschangriff) zu ihrem Schutz und als Instrument der Strafverfolgung in Deutschland. In: JR 1998, Seite 1–7.
- Zur Problematik strafprozessualer verdeckter Ermittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität. Festschrift für Koichi Miyazawa. Baden-Baden 1995, Seite 595–610. Zitiert: *Krey*, FS-Miyazawa (1995).

- Krumtsiek*, Lothar: Verdeckte Ermittler in der Polizei der Bundesrepublik Deutschland. Diss. München 1988. Zitiert: *Krumtsiek*, Verdeckte Ermittler.
- Kudlich*, Hans: Erörterung des Urteils OLG Karlsruhe v. 03.06.2004 – 2 Ss 188/03 (NJW 2004, 2687). In: JuS 2004, 1019–1021.
- Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – Zur „Mit-Hör-Fallen“-Entscheidung des Großen Strafsenats – BGH (GS), NStZ 1996, 502. In: JuS 1997, Seite 696–700.
- Kudlich*, Hans/*Christensen*, Ralph: Die Lücken-Lüge. In: JZ 2009, Seite 943–949.
- Kühl*, Kristian: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 09.05.1985 – 1 StR 63/85 (BGHSt. 33, 217). In: StV 1986, Seite 187–190.
- Kühne*, Hans-Heiner: Strafprozessrecht. 7. Aufl. Heidelberg 2006. Zitiert: *Kühne*, Strafprozessrecht.
- Küpper*, Georg: Tagebücher, Tonbänder, Telefonate. In: JZ 1990, Seite 416–424.
- Lagodny*, Otto: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung. Habil. Tübingen 1996. Zitiert: *Lagodny*, Grundrechts-schranken.
- Verdeckte Ermittler und V-Leute im Spiegel von § 136a StPO als „angewandtem Verfassungsrecht“. In: StV 1996, Seite 167–172.
- Lammer*, Dirk: Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess. Zugleich eine Studie zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte. Diss. Berlin 1992. Zitiert: *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen.
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Berlin 1995. Zitiert: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre.
- Lemke*, Michael: In: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung. 4. Aufl. Heidelberg 2009. Zitiert: *Lemke*, HK/StPO.
- Lenckner*, Theodor: In: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 77. Aufl. München 2006. Zitiert: *Lenckner/Schönke/Schröder/StGB*.
- Lesch*, Heiko H.: „Hörfälle“ und kein Ende – Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft. In: GA 2000, Seite 355–371.
- Zu den Rechtsgrundlagen des V-Mann-Einsatzes und der Observation im Strafverfahren. In: JA 2000, Seite 725–728.
 - Zur Verwertbarkeit von Stasi-Abhörprotokollen durch parlamentarische Untersuchungsausschüsse. In: NJW 2000, Seite 3035–3039.
 - Strafprozessrecht. Studienskript. Neuwied 1999. Zitiert: *Lesch*, Strafprozessrecht.
 - KMR Kommentar zur Strafprozessordnung. Band 1, Stand Oktober 1999, Neuwied. Zitiert: *Lesch*, KMR/StPO.
 - Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung. In: ZStW 111 (1999), Seite 624–646.
 - Rezension der Diss. „Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess“ von Dirk Lammer. In: StV 1995, Seite 612–614.

- Lilie*, Hans/*Rudolph*, Bernd: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 22.02.1994 – 3 StR 552/94 (BGHSt. 41, 42). In: *NStZ* 1995, Seite 514–516.
- Lindner*, Bernd: Täuschungen in der Vernehmung. Ein Beitrag zur Auslegung des § 136a StPO. Diss. Tübingen 1988. Zitiert: *Lindner*, Täuschungen.
- Lisken*, Hans: Telefonmithören erlaubt? (Bespr. zu BGHSt. 39, 335). In: *NJW* 1994, Seite 2069–2070.
- Vorfeldeingriffe im Bereich der „Organisierten Kriminalität“ – Gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei? In: *ZRP* 1994, Seite 264–270.
- Lorenz*, Frank Lucien: „Operative Informationserhebung“ im Strafverfahren, „Unverfügbares“ und Grundrechtsschutz durch „Institutionelle Kontrolle“. In: *JZ* 1992, Seite 1000–1011.
- Absoluter Schutz versus absolute Realität. Die Verwertung von Tagebüchern zur Urteilsfindung im Strafprozess. In: *GA* 1992, Seite 254–279.
- Lorenz-Czarnetzki*, Dagmar: Das Täuschungsverbot des § 136 a StPO, Reichweite und Rechtsfolgen. Diss. München 2001. Zitiert: *Lorenz-Czarnetzki*, Täuschungsverbot.
- Lüderssen*, Klaus: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Dritter Band (§§ 137–212b), 25. Aufl. Berlin u.a. 2004. Zitiert: *Lüderssen*, LR/StPO.
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Erster Band (§§ 1–71), 25. Aufl. Berlin u.a. 1999. Zitiert: *Lüderssen*, LR/StPO.
 - Die V-Leute Problematik ... oder: Zynismus, Borniertheit oder „Sachzwang“? In: *Jura* 1985, Seite 113–127.
- Maul*, Heinrich: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Verdeckten Ermittler. In: *StraFo* 1997, Seite 38–40.
- Mende*, Boris: Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat. Diss. Berlin 2001. Zitiert: *Mende*, Privatermittlungen.
- Meurer*, Dieter: Informelle Ausforschung. Festschrift für Claus Roxin. Berlin 2001. Seite 1281–1297. Zitiert: *Meurer*, FS-Roxin (2001).
- Meyer*, Jürgen: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 17.03.1983 – 4 StR 640/82 (BGHSt. 31, 304). In: *NStZ* 1983, Seite 467–468.
- Meyer*, Karlheinz: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 09.03.1986 – 3 StR 551/85 (BGHSt. 34, 39). In: *JR* 1987, Seite 215–217.
- Meyer-Goßner*, Lutz/*Cierniak*, Jürgen: Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. 53. Aufl. München 2010. Zitiert: *Meyer-Goßner*.
- Meyer-Mews*, Hans: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 27.07.2007 – 3 StR 104/07. In: *NJW* 2007, Seite 3142–3143.
- Miebach*, Klaus: Der teilschweigende Angeklagte. In: *NStZ* 2000, Seite 234–242.
- Mitsch*, Wolfgang: Tod auf Mallorca – Verwertungsverbot wegen unzulässiger verdeckter Ermittlungsmethoden (BGH 3 StR 104/07). In: *Jura* 2008, Seite 211–215.

- Monka*, Christian: In: Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. Jürgen Peter Graf (Hrsg.). München 2010. Zitiert: *Monka*, Graf/StPO.
- Müssig*, Bernd: Grenzen der Beweisverwertung beim Einsatz „Verdeckter Ermittler“ gegen den Verdächtigen. In: GA 2004, Seite 87–103.
- Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren. In: GA 1999, Seite 119–142.
- Murswiek*, Dietrich: Sachs, Michael (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz. 3. Aufl. München 2003. Zitiert: *Murswiek*, Sachs/GG.
- Nack*, Armin: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und MRK. Hannich, Rolf (Hrsg.). 6. Aufl. München 2008. Zitiert: *Nack*, KK/StPO.
- Naucke*, Wolfgang: Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 15.09.1999 – 2 BvR 2360/95. In: StV 2000, Seite 1–3.
- Nehm*, Kay: Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur. In: NJW 2004, Seite 3289–3368.
- Neuhaus*, Ralf: Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung. In: NSTz 1997, Seite 312–316.
- Wider dem rein formalen Vernehmungsbegriff. In: Kriminalistik 1995, Seite 787–792.
- Neumann*, Ulfried: Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren. Festschrift für E. A. Wolff. Berlin 1998. Seite 373–393. Zitiert: *Neumann*, FS-Wolff (1998).
- Niese*, Werner: Narkoanalyse als doppeifunktionale Prozesshandlung. In: ZStW 63 (1951), Seite 199–228.
- Nitz*, Holger: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 06.02.1997 – 1 StR 527/96 (BGH, NJW 1997, 1516). In: JR 1998, Seite 211–213.
- Nothhelfer*, Martin: Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang. Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformungen. Diss. Heidelberg 1989. Zitiert: *Nothhelfer*, Selbstbeziehungszwang.
- Nüse*, Karl-Heinz: Zu den Beweisverwertungsverböten im Strafprozess. In: JR 1966, Seite 281–288.
- Odenthal*, Hans-Jörg: Zulässigkeit und Beweiswert einer heimlichen Stimmenidentifizierung. In: NSTz 1995, Seite 579–580.
- Ostendorf*, Heribert: Verdeckte Polizeiarbeit. In: Kriminalistik 1985, Seite 409–410.
- Paeffgen*, Hans-Ullrich: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. 35. Lfg. München u. a. 2004. Zitiert: *Paeffgen*, SK/StPO.
- Pawlik*, Michael: Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten. Zu den Anwendungsvoraussetzungen der §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 136a StPO. In: GA 1998, Seite 378–389.
- Peine*, Franz-Josef: Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte. In: DÖV 1997, Seite 353–365.

Peters, Karl: Strafprozess. 4. Aufl. Heidelberg 1985. Zitiert: *Peters*, Strafprozess.

- Fehlerquellen im Strafprozess. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der BRD (unter Mitarbeit von Heinrich Foth). Band 2: Systematische Untersuchungen und Folgerungen. Karlsruhe 1972. Zitiert: *Peters*, Fehlerquellen (Bd. II).

Pfeiffer, Gerd: Kommentar Strafprozessordnung. 5. Aufl. München 2005. Zitiert: *Pfeiffer*/StPO.

Pfeiffer, Gerd/*Hannich*, Rolf: In: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und MRK. Hannich, Rolf (Hrsg.). 6. Aufl. München 2008. Zitiert: *Pfeiffer*/*Hannich*, KK/StPO.

Pieroth, Bodo/*Schlink*, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II. 19. Aufl. Heidelberg 2003. Zitiert: *Pieroth*/*Schlink*, Grundrechte.

Popp, Martin: Anmerkung zur Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen v. 13.05.1996 (Hörfallenbeschluss). In: NSTZ 1998, Seite 95–96.

- Hörfalle, Romeo und Knastbruder – oder wieviel List ist der Polizei erlaubt? In: JA 1988, Seite 900–908.

Puppe, Ingeborg: List im Verhör des Beschuldigten. In: GA 1978, Seite 289–305.

Putzke, Holm/*Scheinfeld*, Jörg: Polygraphische Untersuchungen im Strafprozess. In: ZStW 121 (2009), Seite 607–643.

Putzke, Holm/*Scheinfeld*, Jörg/*Klein*, Gisela/*Undeutsch*, Udo: Strafprozessrecht. Baden-Baden 2004.

Ranft, Otfried: Strafprozessrecht. 3. Aufl. Stuttgart u. a. 2005.

Ransiek, Andreas: Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation: Folgerungen für die Beschuldigtenvernehmung. In: StV 1994, Seite 343–347.

- Die Rechte des Beschuldigten in der Polizeivernehmung. Heidelberg 1990. Zitiert: *Ransiek*, Die Rechte des Beschuldigten.

Reichert-Hammer, Hansjörg: Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten (§ 136a StPO) – BGHSt. 34, 362. In: JuS 1989, Seite 446–450.

Reiß, Wolfram: Besteuerungsverfahren und Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren. Habil. Köln 1987. Zitiert: *Reiß*, Besteuerungsverfahren.

- Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 29.11.1979 – 4 StR 624/78. In: NJW 1980, Seite 1806.

Renzikowski, Joachim: Anmerkung zu BGH-Entscheidung v. 26.07.2007 – 3 StR 104/07. In: JR 2008, Seite 164–167.

- Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung. In: JZ 1997, Seite 710–717.

Riepl, Frank: Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren. Diss. Tübingen 1998. Zitiert: *Riepl*, Informationelle Selbstbestimmung.

- Rieß*, Peter: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Dritter Band (§§ 137–212b), 25. Aufl. Berlin u. a. 2004. Zitiert: *Rieß*, LR/StPO.
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Erster Band (§§ 1–71), 25. Aufl. Berlin u. a. 1999. Zitiert: *Rieß*, LR/StPO.
 - Anmerkung zur Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen v. 13.05.1996 (Hörfallenbeschluss). In: NStZ 1996, Seite 505–506.
 - Die Vernehmung des Beschuldigten im Strafprozess. In: JA 1980, Seite 293–301.
- Roewer*, Helmut: Datenverarbeitung und Informationsübermittlung durch die Verfassungsbehörden. In: NJW 1985, Seite 773–777.
- Röhrich*, Christian: Rechtsprobleme bei der Verwendung von V-Leuten im Strafprozess (zugleich ein Beitrag zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Denunzianten). Diss. Erlangen-Nürnberg 1975. Zitiert: *Röhrich*, Rechtsprobleme bei V-Leuten.
- Rogall*, Klaus: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK. Band II (§§ 94–136a StPO) Köln 2010. Zitiert: *Rogall*, SK/StPO.
- Zur Zulässigkeit einer heimlichen akustischen Überwachung von Ehegattengesprächen in der Untersuchungshaft – zugleich Besprechung von BGHSt. 53, 294. In: HRRS 2010, Seite 289–295.
 - Anmerkung zu BGH-Entscheidung v. 26.07.2007 – 3 StR 104/07. In: NStZ 2008, Seite 111–113.
 - Anmerkung zu BGH-Entscheidung v. 12.01.2005 – 5 StR 191/04. In: NStZ 2006, Seite 41–44.
 - Anmerkungen zu dem Kammerbeschluss v. 01.03.2000, 2 BvR 2017 und 2039/94 (Fall Sedlmayr). In: NStZ 2000, Seite 490–493.
 - Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme. In: NStZ 1998, Seite 66–68.
 - Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren. In: JZ 1987, Seite 847–853.
 - Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Diss. Berlin 1977. Zitiert: *Rogall*, Der Beschuldigte.
- Rosenbaum*, Christian: Der grundrechtliche Schutz vor Informationseingriffen. In: Jura 1988, Seite 178–184.
- Rothfuß*, Holger: Heimliche Beweisgewinnung unter Einbeziehung des Beschuldigten. In: StraFo 1998, Seite 289–294.
- Roxin*, Claus: Zur verdeckten Befragung des Beschuldigten In: NStZ-Sonderheft (für Klaus Miebach) 2009, Seite 41–46.
- Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.07.1998 – 5 StR 302/97 (BGHSt. 44, 129). In: NStZ 1999, Seite 149–151.
 - Strafverfahrensrecht. 25. Aufl. München 1998.

- Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen. In: NStZ 1997, Seite 18–21.
 - Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg. In: NStZ 1995, Seite 465–469.
 - Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 27.02.1992 – 5 StR 190/91 (BGHSt. 38, 214). In: JZ 1992, Seite 923–925.
- Roxin, Claus/Achenbach, Hans*: Strafprozessrecht, Reihe „Prüfe Dein Wissen“ (Band 11), 16. Aufl. München 2006. Zitiert: *Roxin/Achenbach*, PdW.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*: Strafverfahrensrecht. 26. Aufl. München 2009.
- Roxin, Imme*: Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege. 3. Aufl. München 2000. Zitiert: *Imme Roxin*, Rechtsstaatsverstöße.
- Rudolphi, Hans-Joachim*: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. 10. Lfg. München u. a. 1994. Zitiert: *Rudolphi*, SK/StPO.
- Rüping, Hinrich*: Das Strafverfahren. 3. Aufl. München 1997.
- Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeschuldigten. In: JR 1974, Seite 135–140.
- Ruthig, Josef*: Verfassungsrechtliche Grenzen der heimlichen Datenerhebung aus Wohnungen – zugleich Besprechung von BVerfG, Urteil v. 03.03.2004. In: GA 2004, Seite 587–607.
- Rzepka, Dorothea*: Zur Fairness im deutschen Strafverfahren. Habil. Frankfurt a. M. 2000. Zitiert: *Rzepka*, Fairness im Strafverfahren.
- Sachs, Michael*: Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz. 7. Auflage, München 2008. Zitiert: *Sachs* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG.
- Sachs, Michael (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz. 3. Aufl. München 2003. Zitiert: *Sachs*, Sachs/GG.
 - Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96. In: JuS 2003, Seite 392–394.
- Salditt, Franz*: 25 Jahre Miranda. In: GA 1992, Seite 51–75.
- Salger, Carsten A.*: Das Schweigerecht des Beschuldigten – Vergleich zwischen deutschem und US-amerikanischem Strafverfahrensrecht. Köln u. a. 1998. Zitiert: *Salger*, Das Schweigerecht.
- Sannwald, Rüdiger*: In: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz, Kommentar zum Grundgesetz. 10. Aufl. München 2004. Zitiert: *Sannwald*, Schmidt-Bleibtreu/Klein/GG.
- Sautter, Bruno*: Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372a ZPO. Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit von § 81a StPO. In: AcP Bd. 161 (1992), Seite 215–269.
- Schäfer, Gerhard*: In: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Erster Band (§§ 1–111 a), 24. Aufl. Berlin u. a. 1988. Zitiert: *Schäfer*, LR/StPO.

- Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M.*: Die Praxis des Strafverfahrens. 6. Aufl. Stuttgart u. a. 2000.
- Schäfer, Karl*: Einige Bemerkungen zu dem Satz „nemo tenetur se ipsum accusare“. Festschrift für Hanns Dünnebier. Berlin u. a. 1982. Seite 11–51.
- Schlehofer, Horst*: Die Menschenwürde des Grundgesetzes – absolute oder relative Begrenzung staatlicher Strafgewalt? In: GA 1999, Seite 357–364.
- Schlüchter, Ellen/Radbruch, Jochen*: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.07.1994 – 1 StR 83/94 (BGHSt. 40, 211). In: NStZ 1995, Seite 354–355.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. 6. Lfg. München u. a. 1992. Zitiert: *Schlüchter, SK/StPO*.
 - Das Strafverfahren. 2. Aufl. Köln u. a. 1983. Zitiert: *Schlüchter, Strafverfahren*.
- Schmidt, Eberhard*: Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten. In: NJW 1968, Seite 1209–1219.
- Der Strafprozess – Aktuelles und Zeitloses. In: NJW 1969, Seite 1137–1146.
- Schmitz, Monika*: Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler. Frankfurt a. M. u. a. 1996. Zitiert: *Schmitz, Verdeckte Ermittler*.
- Schneider, Hartmut*: Verdeckte Ermittlungen in Haftanstalten. In: NStZ 2001, Seite 8–15.
- Überlegungen zur strafprozessualen Zulässigkeit heimlich durchgeführter Stimmenvergleiche. In: GA 1997, Seite 371–387.
 - Überlegungen zur Zulässigkeit des Aushorchens von Inhaftierten durch V-Leute unter Einsatz technischer Hilfsmittel. In: JR 1996, Seite 401–408.
 - Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells. Berlin 1990. Zitiert: *Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip*.
- Scholz, Rupert*: Verkehrsüberwachung durch Private? In: NJW 1997, Seite 14–18.
- Schroeder, Friedrich-Christian*: Strafprozessrecht. 4. Aufl. München 2007.
- Schroth, Ulrich*: Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren – Überblick, Strukturen und Thesen zu einem umstrittenen Thema. In: JuS 1998, Seite 969–980.
- Schünemann, Bernd*: Überkriminalisierung und Perfektionismus als Krebschaden des Verkehrsstrafrechts. In: DAR 1998, Seite 424–433.
- Schumann, Heribert*: Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs? In: JZ 1986, Seite 66–72.
- Schwacke, Peter*: Juristische Methodik mit Technik der Fallbearbeitung. 4. Aufl. Stuttgart 2003. Zitiert: *Schwacke, Juristische Methodik*.
- Seebode, Manfred*: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 30.04.1997 – 2 StR 670/96 (BGHSt. 43, 82). In: JR 1998, Seite 338–342.
- Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 28.04.1987 – 5 StR 666/86 (BGHSt. 34, 362). In: JR 1988, Seite 427–432.

- Über die Freiheit, die eigene Strafverfolgung zu unterstützen. In: JA 1980, Seite 493–498.
- Seitz*, Helmut: Anmerkung zum (Anfrage-) Beschluss des BGH v. 22.03.1995 – 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410). In: NStZ 1995, Seite 519–520.
- Sendler*, Horst: Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozess mit Berücksichtigung des anglo-amerikanischen und des französischen Rechts. Diss. Berlin 1956. Zitiert: *Sendler*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel.
- Sinn*, Arndt: Besondere Ermittlungsmaßnahmen und die damit verbundenen Beweisprobleme. In: Jura 2003, Seite 812–818.
- Sinner*, Stefan/*Kreuzer*, Arthur: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99 (BGH 45, 321). In: StV 2000, Seite 114–117.
- Sprau*, Hartwig: In Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 70. Aufl. München 2011. Zitiert: *Sprau*, Palandt/BGB.
- Starck*, Christian: Das Bonner Grundgesetz (Hrsg. Christian Starck). Band 1 (Präambel, Art. 1–19), 4. Aufl. München 1999. Zitiert: *Starck*, v. Mangoldt/Klein/Starck/GG.
- Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat. In: JZ 1981, Seite 457–464.
- Sternberg-Lieben*, Detlev: Die „Hörfalle“ – Eine Falle für die rechtsstaatliche Strafverfolgung? Gedanken zu: BGH – Urt. v. 8.10.1993 – 2 StR 400/93 = BGHSt. 39, 335. In: Jura 1995, Seite 299–310.
- Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.07.1994 – 1 StR 83/94 (BGHSt. 40, 211). In: JZ 1995, Seite 844–848.
- Stetten*, Annette von: Strafprozessuale Verwertung von beschlagnahmten Akten privater Kfz-Haftpflichtversicherer. In: JA 1996, Seite 55–60.
- Beweisverwertung beim Einsatz Verdeckter Ermittler. Diss. Frankfurt a. M. 1999. Zitiert: v. *Stetten*, Beweisverwertung.
- Strate*, Gerhard: Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des DAV zum StVÄG 1988. In: StV 1989, Seite 406–410.
- Verdeckte Ermittlungen – auch gedeckt durch die Verfassung? In: AnwBl 1986, Seite 309–313.
- Stree*, Walter: Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren. In: JZ 1966, Seite 593–600.
- Stürner*, Rolf: Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung. In: NJW 1981, Seite 1757–1763.
- Sturm*, Richard: Die Neufassung des § 142 StGB (Verkehrsunfallflucht) durch das Dreizehnte Strafrechtsänderungsgesetz. In: JZ 1975, Seite 406–409.
- Terhorst*, Karl-Leo: Polizeiliche planmäßige Überwachung und polizeiliche Vorbeugungshaft im Dritten Reich. Diss. Heidelberg 1985. Zitiert: *Terhorst*, Überwachung und Vorbeugungshaft im Dritten Reich.

- Tietje*, Christian: Zulässigkeit des Telefonmithörens durch die Polizei: ein Fall der Art. 10 GG und 8 EMRK. In: MDR 1994, Seite 1078–1080.
- Verrel*, Torsten: Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren. Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes. Habil. München 2001. Zitiert: *Verrel*, Selbstbelastungsfreiheit.
- Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes. In: NSTz 1997, Seite 361–365 u. 415–420.
- Volk*, Klaus: Strafprozessrecht. 7. Aufl. München 2010.
- Voller*, Thomas: Der Staat als Urheber von Straftaten. Zur Berechtigung des Einsatzes von Lockspitzeln und zur Verwertbarkeit der durch sie geschaffenen Beweise. Diss. Frankfurt a. M. 1983. Zitiert: *Voller*, Lockspitzeinsatz.
- Wagner*, H.: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 28.04.1987 – 5 StR 666/86 (BGHSt. 34, 362). In: NSTz 1989, Seite 34–35.
- Walter*, Tonio: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar in 13 Bänden (Hrsg. Klaus Tiedemann u.a.). Band 8 (§§ 257–262). 12. Auflage Berlin 2010. Zitiert: *T. Walter*, LK/StGB.
- Fair trial statt Nemo tenetur? Der Durchgriff auf Artikel 6 Absatz 1 EMRK bei listigen Ermittlungen. In: Europäisierung des Rechts. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg (Hrsg. Herbert Roth), Tübingen 2010, Seite 291–308.
 - Kleine Rhetorikschule für Juristen. München 2009. Zitiert: *T. Walter*, Rhetorikschule.
 - Hirnforschung und Schuldbegriff. Rückschau und Zwischenbilanz. Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder. Heidelberg 2006, Seite 131–144. Zitiert: *T. Walter*, FS-Schroeder (2006).
 - Vermummte Gesichter, verzerrte Stimmen – audiovisuell verfremdete Aussagen von V-Leuten. Deutsches Recht und EMRK. In: StraFo 2004, Seite 224–229.
- Weichert*, Thilo: Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtliche Ermittlung. Zum verfassungskonformen Technikeinsatz im Strafverfahren. Diss. Pfaffenweiler 1990. Zitiert: *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung.
- Weiler*, Edgar: Befragung von Beschuldigten oder aussageverweigerungsberechtigten Zeugen im Ermittlungsverfahren durch V-Leute. In: GA 1996, Seite 101–116.
- Welp*, Jürgen: Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Heidelberg 1974. Zitiert: *Welp*, Überwachung.
- Wesel*, Uwe: Geschichte des Rechts – Von den Frühformen bis zur Gegenwart. 3. Aufl. München 2006. Zitiert: *Wesel*, Rechtsgeschichte.
- Wessels*, Johannes: Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. In: JuS 1966, Seite 169–176.
- Weßlau*, Edda: Vorfelddermittlungen. Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozessrechtlicher Sicht. Diss. Berlin 1989. Zitiert: *Weßlau*, Vorfelddermittlungen.

- Die Berücksichtigung von Zeugnisverweigerungsrechten bei Maßnahmen nach den §§ 98 a, 99, 110 a StPO (Januar 2002). In: Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen (Hrsg. BMJ mit Wolter, Schenke und dem Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht, ASP), Berlin 2002. Zitiert: *Weßlau*, Zeugnisverweigerungsrechte (ASP).
 - Anmerkungen zu den Kammerbeschlüssen v. 01.03.2000, 2 BvR 2017 und 2039/94 (Fall Sedlmayr) und v. 27.04.2000, 2 BvR 1990/96 (sog. Zweithörer-Fall). In: StV 2000, Seite 468–472.
 - Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren. In: ZStW 110 (1998), Seite 1–37.
 - Waffengleichheit mit dem „Organisierten Verbrechen“. In: KritV 1997, Seite 238–247.
 - Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt v. 11.10.1996 – 1 Ss 28/96. In: StV 1997, Seite 342–344.
- Widmaier*, Gunter: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.07.1994 – 1 StR 83/94 (BGHSt. 40, 211). In: StV 1995, Seite 621–622.
- Wohlens*, Wolfgang: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK. Band III (§§ 137–197 StPO) Köln 2010. Zitiert: *Wohlens*, SK/StPO.
- Das partizipatorische Ermittlungsverfahren: kriminalpolitische Forderung oder „unverfügbarer“ Bestandteil eines fairen Strafverfahrens? In: GA 2005, Seite 11–35.
- Wolff*, Heinrich Amadeus: Selbstbelastung und Verfahrenstrennung. Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts. Berlin 1997. Zitiert: *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung.
- Wolflast*, Gabriele: Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung – Besprechung des BGH-Urteils v. 09.04.1986 – 3 StR 551/133 (NSTz 1987, 133). In: NSTz 1987, Seite 103–106.
- Wollweber*, Harald: Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 07.01.1997. In: NSTz 1998, Seite 311.
- Wolter*, Jürgen: Beweisverbote und Umgehungsverbote zwischen Wahrheitserforschung und Ausforschung. In: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft. München 2000, Seite 963–1009. Zitiert: *Wolter*, FG-BGH (2000).
- 35 Jahre Verfahrensrechtskultur und Strafprozessverfassungsrecht in Ansehung von Freiheitsentziehung, (DNA-) Identifizierung und Überwachung. In: GA 1999, Seite 158–181.
 - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. 11. Lfg. München u. a. 1994. Zitiert: *Wolter*, SK/StPO.
 - Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen. In: StV 1990, Seite 175–180.
 - Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz – Gesamtanpassung vor Gesamtreform von Strafprozess- und Polizeirecht. In: GA 1988, Seite 49–90 u. 129–142.

Zaczyk, Rainer: Anmerkung zum Urteil des KG v. 08.05.2001 – (4) 1 Ss 180/99. In: StV 2002, Seite 125–127.

– Prozesssubjekte oder Störer? Die Strafprozessordnung nach dem OrgKG – dargestellt an der Regelung des Verdeckten Ermittlers. In: StV 1993, Seite 490–498.

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre. 9. Aufl. München 2005.

Zuck, Rüdiger: Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung in der Untersuchungshaft – zugleich Anmerkung zu BGHSt. 53, 295 („Haftbesuchsraum-Fall“). In: JR 2010, Seite 17–21.

Sachwortverzeichnis

- Abwägungsdogmatik, Hörfallenbeschluss 45, 121, 131
- Allan vs. Großbritannien 46, 104, 156, 215
- Anfragebeschluss *siehe* Vorlagebeschluss
- Atemalkoholprobe 117
- Aufscheuch-Fall 186, 209
- Augenblickshelfer 90, 92, 97–98
- Auslegung
- grammatische 200
 - historische 139, 203
 - systematische 201
 - teleologische 126, 204
 - völkerrechtsfreundliche 107
- Belehrungspflicht** 36–39, 130
- Belehrungszweck 126–133
- Bestätigungswille, gesetzgeberischer 141
- Blutprobe 117, 119
- Braunschweigische StPO 32
- Brechmittel *siehe* Vomitivmittel
- Bykov vs. Russland 48, 104, 216, 233
- Code d’Instruction criminelle** 32
- Constitutio Criminalis Carolina *siehe* Peinliche Gerichtsordnung
- Denunzianten-Fall** 27, 151, 174
- Dispositionsfreiheit 103
- Dolmetscher-Fall 27, 42–45, 130, 136, 180, 183, 231
- EGMR, Auslegung der EMRK** 104–107, 215–218
- Eigenverantwortlichkeit 80, 183, 218–220
- Eingriffsvorbehalt *siehe* Gesetzesvorbehalt
- EMRK *siehe* Auslegung, völkerrechtsfreundliche
- Fair Trial** 38, 46, 59
- Flagranzfestnahme 242
- Folgenverantwortung 77
- Frankfurter Reichsverfassung 32
- Fraus Legis 123
- Gemeinschuldnerbeschluss** 69–70, 103
- Gesetzesumgehung *siehe* Fraus Legis
- Gesetzesvorbehalt 177–180, 233
- organisationsrechtlicher 239
- Großer Lauschangriff 60, 208, 234
- Grundrechtsverzicht 100, 180
- Haftbesuchsraum-Fall** 98–99, 110, 167, 209
- Hamburgische StPO 32
- Heimlichkeit 171–172
- Hoheitliche Befugnisse (Art. 33 Abs. 4 GG) 240
- Hörfälle, zivilrechtliche (BVerfGE 106, 28) 181
- Hörfallenbeschluss *siehe* Dolmetscher-Fall
- Informationelle Selbstbestimmung** 44, 86, 88–90
- Informatorische Befragung 162, 194, 206, 211
- Informelle Informationserhebung *siehe* Täuschung

- Inquisitionsprozess 30, 82
 – Aussagepflicht 126
 – Peinliche Befragung 31
 IPBPR 62
- Jalloh vs. Deutschland 118
- Leichenfund-Fall 205
 Lügendetektor *siehe* Polygraph
- M. M. vs. Niederlande 93, 105, 218
 Mallorca-Fall 28, 45, 109, 111, 136, 212, 236
 Menschenwürde 63, 120, 196, 198–199, 234
 – normative Relativierung 114
 Metzgereihund-Fall 162
 Mithör-Fall 26, 176, 180, 182, 192, 195
 Mitschnitt-Fall 26, 190
 Mittelbare Täterschaft 90, 103
 Mitwirkungspflichten 78, 82
- Napoleonische Gesetzgebung 31
 Narkoanalyse 73–74, 84, 139
 Nemo-tenetur-Grundsatz 44, 62–67, 69–86, 103, 112, 146
- Objektformel 75, 113
 Offenheitsmaxime 58, 189, 236
 OrgKG 1992 140, 177, 231
 Orwellsche Ängste 89
- Peinliche Gerichtsordnung 30
 Polygraph 72, 84
 Postbeschlagnahme 57
- Rechtskreistheorie 38, 144
 Rechtsstaatsprinzip 59, 233
 Rechtsweggarantie 56, 60
 Reichsstrafprozessordnung 33–34
- Schleyer-Entführungsfall *siehe* Stimmenfalle
 Sedlmayr-Fall 96–98, 178, 232
- Selbstbelastung, nonverbale 118, 207
 Selbstbelastungsfreiheit *siehe* Nemo-tenetur-Grundsatz
 Sphärenkonzeption, des Bundesverfassungsgerichts 113
 Stimmenfalle 167, 206–209, 236–237
 StPÄG 1964 35, 147
 StVÄG 1999 178
- Tatbestandsirrtum 103
 Täuschung
 – in formellen Informationserhebungen 161–168
 – in informellen Informationserhebungen 168–176
 Telekommunikationsüberwachung 58, 183–186
 Tonbandentscheidung 88, 103, 113
 Totalausforschung 234
 Trennungsgebot, nachrichtendienstliches 60
- U-Haft-Fälle 111, 150, 156–157, 173, 213
- V-Mann 24, 42, 91, 96, 234
 Verdeckter Ermittler 136, 221–224
 Vereinheitlichungsgesetz 34
 Verfassungsbeschwerden, gegen Hörfallen 108
 Verhaltensmöglichkeiten, reduzierte 212
 Verkehrsunfallflucht 70, 122
 Vernehmung 51–56
 siehe auch Belehrungspflicht
 Vernehmungsähnliche Situation 149
 Vernehmungsäquivalent 48, 105, 111
 Vernehmungsbegriff
 – formeller 51
 – funktionaler 52, 125
 – materieller 51
 Vernehmungsunterbrechungen 162, 187, 220, 238

- Vernehmungszweck 52–56
Verteidigerkonsultationsrecht 125, 134
Vertrauensschutz 59, 188–192
Vertraulichkeitsschutz 77
Verwaltungshelfer, unselbständiger 93
Vis absoluta 85
Vis compulsiva 85
Volkszählungsurteil 86–87, 89, 114, 234
- Vomitivmittel 67, 73, 118
siehe auch Jalloh vs. Deutschland
Vorlagebeschluss 41–42, 126, 132–133
- W**ahrsagerinnen-Fall 27, 152–153, 175, 213
- Z**ellengenossen-Fall 27, 150, 173
Zurechnung 90–94, 149, 156–160
Zweithörer-Fälle 150, 176, 188, 239