

HRRS-Nummer: HRRS 2007 Nr. 676

Bearbeiter: Ulf Buermeyer

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2007 Nr. 676, Rn. X

BGH 3 StR 104/07 - Urteil vom 26. Juli 2007 (LG Wuppertal)

BGHSt; Selbstbelastungsfreiheit (Freiheit von Zwang; Freiheit von Täuschung; verdeckter Ermittler; nemo-tenetur-Grundsatz; vernehmungähnliche Situation; konventionskonforme Auslegung); Schweigerecht (Wahrnehmung; Respektierung; Beweisverwertungsverbot: Fortwirkung in der polizeilichen Vernehmung); redaktioneller Hinweis.

§ 136 Abs. 2 StPO; § 163a StPO; Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbürgR; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 110a Abs. 1 Satz 4 StPO.

Leitsätze

1. Ein Verdeckter Ermittler darf einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht berufen hat, nicht unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängen und ihm in einer vernehmungähnlichen Befragung Äußerungen zum Tatgeschehen entlocken. Eine solche Beweisgewinnung verstößt gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten, und hat regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot zur Folge. (BGHSt)
2. Erklärt der Beschuldigte in einem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren gegenüber den Ermittlungsbehörden, schweigen zu wollen, so verdichtet sich der allgemeine Schutz, den ihm der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit bietet, in der Weise, dass die Strafverfolgungsbehörden seine Entscheidung für das Schweigen grundsätzlich zu respektieren haben. (Bearbeiter)
3. Eine gleichwohl durchgeführte gezielte vernehmungähnliche Befragung des Beschuldigten zu den Tatvorwürfen, die auf Initiative der Ermittlungsbehörden ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt wird, verstößt gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten ("nemo tenetur se ipsum accusare"). (Bearbeiter)
4. Die Erwägungen des EGMR im Fall "Allan v. Großbritannien" (StV 2003, 257, 259) könnten mit Blick auf andere Fallgestaltungen Anlass zur Prüfung geben, ob an der - anscheinend restriktiveren - Bestimmung der Reichweite des nemo-tenetur-Prinzips durch den Großen Senat für Strafsachen festgehalten werden kann und welche Konsequenzen sich insbesondere für Fälle der Art ergeben, wie sie in dem damaligen Ausgangsverfahren zur Beurteilung anstanden. (Bearbeiter)
5. Es begegnet - auch mit Blick auf die verfassungsmäßigen und prozessualen Rechte des Beschuldigten - jedoch keinen Bedenken, dass ein Verdeckter Ermittler nicht gehalten ist, einen Beschuldigten über sein Schweigerecht zu belehren, wenn dieser dazu ansetzt, über die Tat zu berichten. Dies versteht sich aus dem Wesen des von der Strafprozessordnung zugelassenen Einsatzes von Verdeckten Ermittlern. (Bearbeiter)
6. Solange der Verdeckte Ermittler den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen nicht drängt oder ihm solche nicht in anderer Weise - insbesondere durch gezielte Befragungen - entlockt, dürfen diese verwertet werden. (Bearbeiter)
7. In einer das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckenden Befragung durch einen Verdeckten Ermittler liegt kein Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO, denn mit der Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei lässt sich eine verdeckte Befragung des Beschuldigten nicht vergleichen. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 22. August

2006 wird verworfen.

Die Kosten des Rechtsmittels und die dem Angeklagten insoweit entstandenen notwendigen Auslagen trägt die Staatskasse.

2. Auf die Revision des Angeklagten wird das oben bezeichnete Urteil mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels und die der Nebenklägerin dadurch entstandenen notwendigen Auslagen, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt und gegen ihn unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem rechtskräftigen Urteil eine Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren und sechs Monaten verhängt. Hiergegen wenden sich die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte mit ihren Revisionen. 1

A. Revision der Staatsanwaltschaft 2

Die Revision der Staatsanwaltschaft, die mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts die Ablehnung eines bedingten Tötungsvorsatzes angreift, ist aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts offensichtlich unbegründet. 3

B. Revision des Angeklagten 4

Die vom Angeklagten zulässig erhobene Verfahrensrüge führt zur Aufhebung des Urteils. 5

I. Nach den Feststellungen betäubte der Angeklagte am 1. August 2002 in seiner Wohnung auf Mallorca ein 15 Jahre altes Mädchen, das danach verstarb. Von zentraler Bedeutung für die Beweiswürdigung der Strafkammer zur Täterschaft des Angeklagten waren dessen Angaben gegenüber einem Verdeckten Ermittler und seine Aussagen in einer anschließend von Kriminalbeamten durchgeführten Beschuldigtenvernehmung. Mit seiner Verfahrensrüge macht der Angeklagte geltend, dass diese Angaben unverwertbar seien. Ihr liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: 6

Im Januar 2003 leitete die Staatsanwaltschaft gegen den Angeklagten, der sich zu dieser Zeit in anderer Sache in Strafhafte befand, ein Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts ein. Der Angeklagte, der durch Presseberichte von dem gegen ihn bestehenden Verdacht erfahren hatte, bestritt gegenüber einem Kriminalbeamten die Tat und teilte mit, er werde auf Anraten seines Verteidigers von seinem Schweigerecht Gebrauch machen und erst nach Akteneinsicht umfassend aussagen. Zu einer förmlichen Vernehmung des Angeklagten kam es zunächst nicht. 7

Nachdem sich der gegen den Angeklagten bestehende Verdacht trotz umfangreicher polizeilicher Ermittlungen nicht hatte erhärten lassen und weitere erfolgversprechende Ermittlungsansätze nicht bestanden, genehmigte das Amtsgericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft mit Beschluss vom 28. Oktober 2003 den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers. Die Genehmigung wurde mehrfach verlängert. Aufgrund der Beschlüsse wurde vom 16. Dezember 2003 bis 7. Januar 2005 ein Verdeckter Ermittler gegen den Angeklagten eingesetzt. Ein erster Gesprächskontakt fand im Rahmen eines arrangierten Gefangenentransportes statt. In der Folgezeit besuchte der Verdeckte Ermittler den Angeklagten bis Anfang Januar 2005 dreizehnmal in der Justizvollzugsanstalt. Später begleitete er ihn auf zwei Ausgängen sowie zwei eintägigen Hafturlauben, die auf Initiative der Strafverfolgungsorgane bewilligt worden waren. Im Laufe der Zeit fasste der Angeklagte Vertrauen zu dem Verdeckten Ermittler. Dieser war seine einzige Kontaktperson außerhalb der Justizvollzugsanstalt; als solche benötigte der Angeklagte ihn auch für Vollzugslockerungen. Der Angeklagte erzählte dem Verdeckten Ermittler von den gegen ihn geführten Ermittlungen sowie den ihn belastenden Indizien und überließ ihm Kopien der Ermittlungsakten zur Einsichtnahme. Dabei bestritt er, die Tat begangen zu haben. 8

Anfang 2005 wurde dem Angeklagten ein einwöchiger Hafturlaub bewilligt. In diesem Urlaub, den er in einer ihm vom Verdeckten Ermittler zur Verfügung gestellten Wohnung verbrachte, sprach dieser ihn am 6. Januar 2005 gezielt auf den Tatvorwurf an. In einem teilweise erregt geführten Gespräch bedrängte der Verdeckte Ermittler den Angeklagten unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis, wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Der 9

Angeklagte, der sich im Hinblick auf die weitere Haftzeit und geplante gemeinsame Geschäfte das Vertrauen des Verdeckten Ermittlers erhalten wollte, räumte schließlich seine Täterschaft ein. Er schilderte auf zahlreiche Nachfragen des Verdeckten Ermittlers Einzelheiten des Tatgeschehens, das er allerdings beschönigend darstellte, und beschrieb insbesondere detailliert die Beseitigung der Leiche sowie der Tatspuren. Am nächsten Tag ergänzte er seine Angaben. Die Gespräche wurden auf der Grundlage von Beschlüssen des Amtsgerichts abgehört und auf Tonträgern aufgezeichnet.

Nachdem der am 7. Januar 2004 vorläufig festgenommene Angeklagte über den Einsatz des Verdeckten Ermittlers und die Gesprächsaufzeichnungen informiert worden war, machte er nach Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter in einer förmlichen Vernehmung im Wesentlichen dieselben Angaben wie gegenüber dem Verdeckten Ermittler. Vor der Vernehmung hatte ein Kriminalbeamter dessen Vorgehen als rechtlich einwandfrei und die dabei erlangten selbstbelastenden Äußerungen als gerichtsverwertbar bezeichnet. 10

In der Hauptverhandlung hat die Verteidigung einer Verwertung der Angaben des Angeklagten gegenüber dem Verdeckten Ermittler und bei der Beschuldigtenvernehmung widersprochen. Das Landgericht hat den Widerspruch zurückgewiesen. 11

II. Die Rüge, dass die Angaben des Angeklagten gegenüber dem Verdeckten Ermittler und seine Aussagen in der anschließenden Beschuldigtenvernehmung nicht hätten verwertet werden dürfen, ist begründet. 12

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass gegen den Angeklagten ein Verdeckter Ermittler eingesetzt worden ist. Die Voraussetzungen für den Einsatz lagen unter den gegebenen Umständen vor (§ 110a Abs. 1 Satz 4 StPO). Die nach § 110 b Abs. 2 Nr. 1 StPO erforderliche richterliche Zustimmung war eingeholt worden. 13

Dementsprechend sind im Grundsatz die von dem eingesetzten Verdeckten Ermittler gewonnenen Erkenntnisse verwertbar. Es hätten etwa keine Bedenken bestanden gegen die Verwertung von Wahrnehmungen, die dieser bei Begegnungen mit dem Angeklagten gemacht, oder von Beweismitteln, die er im Rahmen seines Einsatzes gefunden hätte. Insbesondere hätten auch der Verwertung von Äußerungen des Angeklagten keine rechtlichen Hindernisse entgegengestanden, die dieser - jedenfalls außerhalb bestimmter Haftsituationen (vgl. dazu BGHSt 34, 362; 44, 129) - aufgrund des von dem Verdeckten Ermittler geschaffenen Vertrauensverhältnisses diesem gegenüber von sich aus gemacht hätte. Dass ein Verdeckter Ermittler nicht gehalten ist, den Beschuldigten, gegen den er eingesetzt ist, über sein Schweigerecht zu belehren, wenn dieser dazu ansetzt, über die Tat zu berichten, versteht sich aus dem Wesen des von der Strafprozessordnung zugelassenen Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und begegnet auch mit Blick auf die verfassungsmäßigen und prozessualen Rechte des Beschuldigten keinen Bedenken. Solange der Verdeckte Ermittler den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen nicht drängt oder ihm solche nicht in anderer Weise - insbesondere durch gezielte Befragungen - entlockt, dürfen diese verwertet werden. Jedenfalls unter diesen Voraussetzungen ist bei wertender Betrachtung die Situation keine andere, als wenn der Beschuldigte sich einem Freund, Bekannten oder sonstigen Dritten, denen er sein Vertrauen schenkt, in der irrigen Annahme offenbart, dieser werde die belastenden Informationen für sich behalten und nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergeben. 14

2. Verfahrensrechtlich unzulässig wurde der Einsatz des Verdeckten Ermittlers hier dadurch, dass er den Angeklagten, der sich für das Schweigen zum Tatvorwurf entschieden und dies einem Polizeibeamten mitgeteilt hatte, unter Ausnutzung des geschaffenen Vertrauens zu einer Aussage gedrängt und in einer vernehmungähnlichen Weise zu den Einzelheiten befragt hatte. 15

a) Ein solches Verhalten beinhaltet allerdings keinen Verstoß gegen §§ 163a, 136 Abs. 1 StPO. Diese Vorschriften sind nicht unmittelbar anwendbar, weil zum Begriff der Vernehmung im Sinne der Strafprozessordnung gehört, dass der Vernehmende der Auskunftsperson (also dem Beschuldigten, Zeugen oder dem Sachverständigen) in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr Auskunft (eine "Aussage") verlangt (BGHSt 42, 139, 145 f. - Großer Senat für Strafsachen). Sie sind nach ihrem Sinn und Zweck, den Beschuldigten vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagespflicht zu bewahren, auch nicht entsprechend anzuwenden. Mit der Erwägung, es handle sich um eine "vernehmungähnliche Situation", lässt sich eine entsprechende Anwendung nicht rechtfertigen (BGHSt 42, 139, 146 ff. - GS). Schließlich stellt sich das in Frage stehende Verhalten des Verdeckten Ermittlers auch nicht als eine unzulässige Umgehung der §§ 163a, 136 Abs. 1 StPO dar (vgl. näher BGHSt 42, 139, 148 f. - GS). 16

b) Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind seine Angaben gegenüber dem Verdeckten Ermittler auch nicht nach § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO unverwertbar. In der das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckenden Befragung durch den Verdeckten Ermittler liegt kein Verstoß gegen die - unmittelbar oder entsprechend angewandte - Regelung der §§ 163a Abs. 3, 136a Abs. 1 StPO. Das ergibt sich aus einer systematischen, die anderen in § 136 a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Mittel berücksichtigenden Betrachtung. Mit der Beeinträchtigung der 17

Willensentschließungsfreiheit durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei lässt sich eine verdeckte Befragung des Beschuldigten nicht vergleichen (vgl. BGHSt 42, 139, 149 - GS).

c) Schließlich lässt sich die Unzulässigkeit der Befragung des Angeklagten zum Tatvorwurf durch den Verdeckten Ermittler auch nicht mit der Erwägung begründen, dass das Bild der Vernehmung des Beschuldigten nach der Strafprozessordnung das eines offenen, den amtlichen Charakter der Befragung und das Ermittlungsinteresse offenbarenden Vorgangs ist. Indem die Strafprozessordnung etwa vorschreibt, dass der Beschuldigte zu seiner Vernehmung schriftlich zu laden ist, dass ihm zu Beginn seiner Vernehmung zu eröffnen ist, welche Tat ihm zur Last gelegt wird, und dass er über seine Aussagefreiheit zu belehren ist, untersagt sie den Strafverfolgungsbehörden nicht zugleich (mittelbar) jede andere Art und Weise der "Kommunikation mit einem Tatverdächtigen". Die Ausgestaltung der Vernehmung als eines "offenen" Vorgangs durch die Strafprozessordnung ist nicht Ausdruck eines dem Gesetz als allgemeines Prinzip zugrundeliegenden Grundsatzes, nach dem Ermittlungen und speziell Befragungen des Beschuldigten nicht heimlich, das heißt ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht, erfolgen dürften (BGHSt 42, 139, 149 ff. - GS - mit näherer Begründung). 18

d) Unter den hier gegebenen Umständen verstößt die Befragung des Angeklagten zu den Tatvorwürfen durch den Verdeckten Ermittler aber gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten ("nemo tenetur se ipsum accusare"). 19

aa) Die Selbstbelastungsfreiheit (vgl. BGHSt 42, 139, 151 f. - GS; 38, 214, 220; 36, 328, 332; 34, 39, 46) zählt zu den Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Sie hat in der Strafprozessordnung in den §§ 55, 136 Abs. 1, 136 a Abs. 1 und 3, § 163 a Abs. 3 sowie § 243 Abs. 4 Satz 1 Niederschlag gefunden und in Art. 14 Abs. 3 Buchst. g des Internationalen Paktes vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR) in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz zu diesem Pakt vom 15. November 1973 (BGBl II 1973 S. 1533) eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung erfahren. Sie ist verfassungsrechtlich abgesichert durch die gemäß Art. 1, 2 Abs. 1 GG garantierten Grundrechte auf Achtung der Menschenwürde sowie der freien Entfaltung der Persönlichkeit (BVerfGE 56, 37, 43 ff.) und gehört zum Kernbereich des von Art. 6 MRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren (EGMR StV 2003, 257, 259 [m. Anm. Gaede]). Die Selbstbelastungsfreiheit entspricht der prozessualen Stellung des Beschuldigten im Strafprozess, der Beteiligter und nicht Objekt des Verfahrens ist, und hat Vorrang vor der ebenfalls im Verfassungsrang stehenden Pflicht des Staates zu einer effektiven Strafverfolgung (vgl. BVerfGE 80, 367, 375). Dabei gilt sie unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs; die Strafprozessordnung zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis (vgl. BGHSt 14, 358, 365). 20

bb) Über Inhalt und Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes im Einzelnen besteht - zwischen Literatur und Rechtsprechung, aber auch innerhalb der Rechtsprechung - noch keine Einigkeit. 21

Nach seinen bislang in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannten Ausprägungen beinhaltet der nemo-tenetur-Grundsatz das Verbot von Zwang. Im Strafverfahren darf - so auch die Formulierung in Art. 14 Abs. 3 Buchst. g IPbürgR - niemand gezwungen werden, sich selbst durch eine Aussage einer Straftat zu bezichtigen und damit zu seiner Überführung beizutragen oder anders als durch Äußerungen zum Untersuchungsgegenstand aktiv an der Aufklärung des Sachverhalts (etwa durch Teilnahme an Tests oder Tatrekonstruktionen) mitzuwirken (BGHSt 42, 139, 151 f. - GS). In der grundlegenden Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen heißt es dazu: "Gegenstand des Schutzes des nemo-tenetur-Grundsatzes ist die Freiheit von Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung am Strafverfahren. Die Freiheit von Irrtum fällt nicht in den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes" (BGHSt 42, 139, 153 - GS). 22

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat demgegenüber festgestellt, dass das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung zwar in erster Linie dazu dienen, den Beschuldigten gegen unzulässigen Zwang der Behörden und die Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks zu schützen; jedoch sei "der Anwendungsbereich des Rechts nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Beschuldigte Zwang widerstehen musste". Das Recht, das zum Kernbereich des fairen Verfahrens gehört, "dient prinzipiell der Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will" (EGMR StV 2003, 257, 259 - Fall Allan v. Großbritannien [m. Anm. Gaede]). 23

Diese Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte könnten mit Blick auf andere Fallgestaltungen Anlass zur Prüfung geben, ob an der - anscheinend restriktiveren - Bestimmung der Reichweite des nemo-tenetur-Prinzips durch den Großen Senat für Strafsachen festgehalten werden kann und welche Konsequenzen sich insbesondere für Fälle der Art ergeben, wie sie in dem damaligen Ausgangsverfahren zur Beurteilung anstanden. 24

cc) Dies kann hier indes dahinstehen.

25

a) Der zu beurteilende Sachverhalt wird wesentlich dadurch geprägt, dass der Angeklagte gegenüber einem Polizeibeamten erklärt hatte, er werde auf Anraten seines Verteidigers zur Zeit von seinem Schweigerecht Gebrauch machen. Wenn der Einsatz des Verdeckten Ermittlers nicht schon von vornherein darauf angelegt war, so diene er jedenfalls in der entscheidenden Phase des Hafturlaubs im Januar 2005 aber gerade dazu, dem Angeklagten unter Ausnutzung der geschaffenen Vertrauensstellung Aussagen zum Tatgeschehen und seiner Beteiligung zu entlocken und durch gezielte Fragen des mit den Ermittlungsergebnissen vertrauten Verdeckten Ermittlers selbstbelastende Angaben zu erhalten; auf diese Weise sollte in Verbindung mit den vorhandenen anderen Beweismitteln seine Überführung sichergestellt werden.

26

β) Erklärt der Beschuldigte, wie hier der Angeklagte, in einem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren gegenüber den Ermittlungsbehörden schweigen zu wollen, so verdichtet sich der allgemeine Schutz, den ihm der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit bietet, in der Weise, dass die Strafverfolgungsbehörden seine Entscheidung für das Schweigen grundsätzlich zu respektieren haben. Es kann dahingestellt bleiben, was daraus für das Verhalten von Vernehmungspersonen, die dem Beschuldigten in amtlicher Eigenschaft offen gegenüber treten, im Einzelnen folgt, insbesondere welchen Grenzen Versuche unterliegen, den Beschuldigten zu einem Überdenken seiner Entscheidung zu veranlassen. Mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist es jedenfalls nicht vereinbar, dem Beschuldigten, der sein Schweigerecht in Anspruch genommen hat, in gezielten, vernehmungsförmlichen Befragungen, die auf Initiative der Ermittlungsbehörden ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt werden, wie etwa durch Verdeckte Ermittler, selbstbelastende Angaben zur Sache zu entlocken.

27

?) Nur diese Bewertung entspricht der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dessen Auslegung der innerstaatlich im Range eines einfachen Bundesgesetzes geltenden Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten bei der Anwendung des nationalen Rechts zu berücksichtigen ist (vgl. BVerfG NJW 2004, 3407, 3409; Meyer-Goßner aaO vor Art. 1 MRK Rdn. 3 ff. m. w. N.). Sie weicht auch nicht von der Rechtsprechung anderer Senate und insbesondere der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen aus dem Jahre 1996 ab.

28

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in der bereits zitierten Entscheidung "Allan v. Großbritannien" ausgeführt, dass die zum Schweigerecht und zum Schutz vor Selbstbelastungsfreiheit gehörende freie Entscheidung auszusagen oder zu schweigen, "effektiv unterlaufen (wird), 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 Aussagen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, und die so erlangten Geständnisse oder selbstbelastenden Aussagen in den Prozess als Beweise einführen". Ob das Schweigerecht in einem solchen Maße missachtet wird, dass eine Verletzung von Art. 6 der Konvention vorliegt, hängt - wie der Gerichtshof weiter ausgeführt hat - zwar von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine solche Verletzung muss aber nach den weiteren Erwägungen der Entscheidung angenommen werden, wenn der Informant - wie bei einem Verdeckten Ermittler unzweifelhaft der Fall - als Agent des Staates handelt und die fraglichen Beweise als vom Informanten entlockt anzusehen sind. Dies wiederum hängt "von der Art der Beziehung zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten und davon ab, ob sich das Gespräch des Informanten mit dem Beschuldigten als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung darstellt" (EGMR StV 2003, 257, 259).

29

Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheint zwar in der Tendenz ein engeres Verständnis vom Regelungsgehalt des nemo-tenetur-Grundsatzes es zugrunde zu liegen. Dafür spricht insbesondere die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen, die - wie dargestellt - hervorhebt, dass der Grundsatz die Freiheit von Zwang zur Aussage beinhaltet (BGHSt 42, 139, 151 ff. - GS). Indes hat auch der Große Senat ausdrücklich die rechtsstaatlichen Grenzen betont, die der vernehmungsförmlichen Befragung von Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht - wegen ihrer Nähe zum nemo-tenetur-Prinzip (BGHSt 42, 139, 156 - GS) - gesetzt sind (BGHSt 42, 139, 154 ff. - GS). Aus dieser Nähe sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip, speziell dem Grundsatz des fairen Verfahrens könne sich eine heimliche Befragung im Einzelfall auch unter Berücksichtigung des Gebotes einer effektiven Strafverfolgung als unzulässig erweisen (vgl. BGHSt 42, 139, 156 f. - GS). Abgesehen von diesen ganz allgemein bestehenden - durch Abwägung im Einzelfall zu ermittelnden - Grenzen steht nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen aber auch außer Frage, dass in verschiedenen Sachverhalten die heimliche Befragung von Tatverdächtigen aus rechtsstaatlichen Gründen von vornherein unzulässig ist (BGHSt 42, 139, 154 f. - GS). Als Beispiele aus der älteren Rechtsprechung werden in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Fälle erwähnt, dass einem Untersuchungshäftling ein Spitzel in die Zelle gelegt (BGHSt 34, 362; vgl. auch BGHSt 44, 129) oder das gesprochene Wort verbotswidrig fixiert wurde (BGHSt 31, 304; 34, 39). Der Große Senat hat als weiteren möglichen Anwendungsfall einer aus rechtsstaatlichen Gründen absolut unzulässigen heimlichen Befragung des Beschuldigten den der gezielten Anbahnung eines Liebesverhältnisses zur Gewinnung von Informationen genannt und daran

30

anschließend weiter ausgeführt, dass "auch an einen Fall gedacht werden kann, in dem der Beschuldigte durch eine Privatperson befragt wurde, obwohl er zuvor in einer Vernehmung ausdrücklich erklärt hatte, keine Angaben zur Sache machen zu wollen" (BGHSt 42, 139, 155 - GS).

Diese Ausführungen betreffen zwar unmittelbar nur die Befragung des Tatverdächtigen durch eine Privatperson, die auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden tätig wird. Mit Blick auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit und den Sinn und Zweck dieses Prinzips kann aber für eine Befragung durch einen Verdeckten Ermittler nichts anderes gelten. 31

d) Gegen die Beschränkungen, die sich nach alledem für das Vorgehen der Ermittlungsbehörden ergeben - sei es unmittelbar aus dem nemo-tenetur-Grundsatz, sei es aus den mit Blick auf ihn zu stellenden Anforderungen an ein faires, rechtsstaatliches Verfahren -, haben diese mit der Befragung des Angeklagten durch den Verdeckten Ermittler verstoßen. 32

Der Angeklagte hat gegenüber den ermittelnden Polizeibeamten erklärt, er wolle auf Anraten seines Verteidigers von seinem Schweigerecht Gebrauch machen. Dass er diese Erklärung nicht in einer förmlichen Vernehmung nach Belehrung über sein Schweigerecht abgegeben hat und es überhaupt zu einer förmlichen Vernehmung in dieser Sache zunächst nicht gekommen ist, ist für die rechtliche Bewertung nach dem Sinn und Zweck des nemo-tenetur-Grundsatzes ohne Bedeutung. Desgleichen ist ohne Belang, dass sich der Angeklagte nach seiner Erklärung, schweigen zu wollen, bei der Kriminalpolizei immer wieder nach dem Ermittlungsstand erkundigt, sich ungefragt zur Tat sowie den Ermittlungen geäußert und mehrmals eine mögliche Aussage - nach Akteneinsicht und Absprache mit seinem Verteidiger - in Aussicht gestellt hat. Sein wenig konsequentes Verhalten hätte es allerdings gerechtfertigt, jeweils nach einer das Ermittlungsverfahren und den Tatvorwurf berührenden Äußerung nachzufragen, ob er hinsichtlich seiner Entscheidung für das Schweigen anderen Sinnes geworden und nunmehr zur Äußerung bereit sei. Ohne eine solche Nachfrage und ohne eine entsprechende Erklärung des Angeklagten hat sich aber nichts daran geändert, dass er unter Berufung auf sein Schweigerecht deutlich erklärt hat, zur Sache keine Angaben machen und sich insbesondere keiner Vernehmung mit gezielten Nachfragen durch den Vernehmungsbeamten stellen zu wollen. 33

Die Entscheidung des Angeklagten für die Inanspruchnahme seines Schweigerechts haben die Strafverfolgungsorgane durch die Art und Weise der Informationsgewinnung seitens des eingesetzten Verdeckten Ermittlers massiv verletzt. Dieser hat sich nicht darauf beschränkt, das zwischen ihm und dem Angeklagten geschaffene Vertrauen dafür zu nutzen, Informationen aufzunehmen, die der Angeklagte von sich aus zum Tatgeschehen oder ermittlungsrelevanten Umständen machte. Gegen eine Verwertung solcher Erkenntnisse werden in der Regel auch dann keine Bedenken bestehen, wenn der Beschuldigte sich vorher ausdrücklich für das Schweigen entschieden und dies erklärt hat. Da ein solches Vorgehen von den gesetzlichen Vorschriften über den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers gedeckt ist, berührt die mit ihr verbundene Täuschung das nemo-tenetur-Prinzip nicht in relevanter Weise. Hier hat der Verdeckte Ermittler dem Angeklagten aber durch beharrliche Fragen und unter Hinweis auf das vorgetäuschte Vertrauensverhältnis selbstbelastende Äußerungen entlockt, zu denen er bei einer förmlichen Vernehmung nicht bereit gewesen wäre. Die Befragung durch den Verdeckten Ermittler war, wie die Aufzeichnungen belegen, in einer Weise intensiv, dass sich - in den Worten des Europäischen Gerichtshofs - "das Gespräch als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung darstellt". 34

Die Missachtung des Rechts des Angeklagten, selbst frei zu entscheiden, ob er aussagen oder schweigen wollte, wiegt dabei hier um so schwerer, als die Strafverfolgungsbehörden gezielt die besonderen Belastungen der Haftsituation ausnutzten, um ihm Täterwissen zu entlocken. Der Angeklagte befand sich in anderer Sache in Strafhaft. Nach den Feststellungen war der Verdeckte Ermittler die einzige Person außerhalb der Justizvollzugsanstalt, mit der er Kontakt hatte. Damit er Vollzugslockerungen wie Ausgang oder Hafturlaub erhalten konnte, war er auf die Mitwirkung des Verdeckten Ermittlers angewiesen. Dieser stellte ihm zudem gemeinsame Geschäfte und damit eine Lebensperspektive nach Haftverbüßung in Aussicht. Zusammengefasst konnte sich der Angeklagte den Einwirkungen des Verdeckten Ermittlers nur beschränkt entziehen. Auch wenn die zur Aufdeckung seiner Täterschaft führende Befragung letztlich außerhalb der Justizvollzugsanstalt während eines Hafturlaubs stattfand, war die Entscheidungsfreiheit des Angeklagten so stark eingeschränkt, dass seine Situation der besonderen Zwangssituation eines Untersuchungshäftlings nahe kam, dem ein Polizeispitzel in die Zelle gelegt wird (vgl. BGHSt 34, 362). Das gilt um so mehr, als sich der Verdeckte Ermittler bei den entscheidenden Befragungen nicht darauf beschränkte, das ihm vom Angeklagten entgegengebrachte Vertrauen für Fragen auszunutzen, sondern diesen massiv - unter anderem mit der Ankündigung, die für den Angeklagten einzige Beziehung in die Welt außerhalb der Vollzugsanstalt abubrechen - zu Angaben drängte. Insofern ist es für die rechtliche Beurteilung unerheblich, dass der Angeklagte zu Beginn des Kontaktes mit dem Verdeckten Ermittler kurzfristig in Erwägung gezogen hatte, dieser könne ein Polizeispitzel sein; denn er ging anschließend von einer vertrauensvollen Beziehung auf privater Ebene aus. 35

3. Die nach alledem unzulässige Beweisgewinnung durch den Verdeckten Ermittler hat - wegen des gravierenden 36

Eingriffs in die prozessualen Rechte des Angeklagten - ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.

Dieses Beweisverwertungsverbot erstreckt sich auch auf die Aussage des Angeklagten bei der polizeilichen Vernehmung. Zwar wurde dieser vor der Vernehmung gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO ordnungsgemäß über sein Schweigerecht und sein Recht zur Verteidigerkonsultation belehrt, jedoch wirkte bei der Vernehmung die rechtsstaatswidrige Beweisgewinnung durch den Verdeckten Ermittler fort. Die Äußerungen zum Tatgeschehen waren dem Angeklagten kurze Zeit zuvor entlockt worden, ein Kriminalbeamter bezeichnete sie ihm gegenüber als gerichtsverwertbar. Da er unter diesen Umständen davon ausgehen musste, seine Angaben gegenüber dem Verdeckten Ermittler könnten ohnehin gegen ihn verwendet werden, war er sich seiner Entscheidungsmöglichkeit, zur Sache auszusagen oder zu schweigen, nicht bewusst. Dies hat die Fortwirkung des Beweisverwertungsverbotes zur Folge (vgl. BGHSt 17, 364, 367 f.; 37, 48, 53; BGH NStZ 1988, 41; Boujong in KK 5. Aufl. § 136 Rdn. 29 und § 136 a Rdn. 40 f.; Meyer-Goßner aaO § 136 Rdn. 30). 37

4. Da das Landgericht bei der Beweiswürdigung entscheidend auf die selbstbelastenden Äußerungen des Angeklagten abgestellt hat, beruht das Urteil auf dem aufgezeigten Verfahrensfehler. Über die Sache ist deshalb neu zu verhandeln und zu entscheiden. 38

[Redaktioneller Hinweis: Zur Entscheidung "Allan v. Großbritannien" vgl. Esser JR 2004, 98 ff. und Gaede StV 2003, 260 ff.]