

HRRS-Nummer: HRRS 2011 Nr. 612

Bearbeiter: Ulf Buermeyer

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2011 Nr. 612, Rn. X

---

**BGH 3 StR 400/10 - Beschluss vom 31. März 2011 (LG Düsseldorf)**

**Aufzeichnungsfalle; Recht auf ein faires Verfahren (Belehrungspflicht; Täuschungsverbot; Vernehmungsbegriff: funktionale Vernehmung; Selbstbelastungsfreiheit; nemo tenetur); Recht auf Achtung der Privatsphäre; örtliche Zuständigkeit (Erfolgsdelikt; Tätigkeitsdelikt; Mittäterschaft); gesetzlicher Richter (Besetzungsrüge; Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen).**

**§ 100f StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 136 Abs. 1 StPO; § 136a StPO; Art. 101 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 7 Abs. 1 StGB; § 9 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 StPO; § 24 StPO; § 25 Abs. 2 StGB**

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Belehrungspflichten des § 163a Abs. 4, § 136 Abs. 1 StPO sind auf Befragungen eines Beschuldigten durch Privatpersonen nicht anwendbar. Zum Begriff der Vernehmung im Sinne der StPO gehört es, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr eine Auskunft verlangt.
2. Veranlasst eine Privatperson unter Verheimlichung ihres Ermittlungsinteresses einen Tatverdächtigen, mit ihr ein Gespräch über die Tat zu führen, so begründet dies keinen Verstoß gegen die - unmittelbar oder entsprechend angewandten - Regelungen der § 163a Abs. 3, § 136a Abs. 1 StPO.
3. Das Verbot der Täuschung ist bei systematischer Betrachtung der anderen in § 136a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Vernehmungsmethoden einschränkend auszulegen. Mit der Beeinträchtigung der Willensentschließung durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei oder Hypnose lässt sich eine unter wahrheitswideriger Zusicherung der Vertraulichkeit vorgenommene verdeckte Befragung des Angeklagten durch einen Zeugen nicht vergleichen.
4. Die Selbstbelastungsfreiheit im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK ist nicht verletzt, wenn es einem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit einem Informanten der Polizei zu unterhalten, der das Gespräch heimlich aufzeichnete (vgl. EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 - Bykov v. Russland = HRRS 2009 Nr. 360). Anderes kann gelten, wenn der Informant Zwang ausübt oder einen psychologischen Druck gleichkommende Täuschung einsetzt, um die Aussage zu erlangen.
5. Für die Frage, ob der Gerichtsstand des Tatorts gemäß § 7 Abs. 1 StPO i.V.m. § 9 Abs. 1 StGB begründet ist, ist bei einem Tätigkeitsdelikt allein auf den Handlungsort abzustellen.
6. Die Rüge der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (§ 338 Nr. 3 i.V.m. § 24 StPO) ist unzulässig, wenn die Revision den Inhalt der dienstlichen Stellungnahmen der abgelehnten Richter nicht mitteilt.

Entscheidungstenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 28. Juni 2010 wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des

Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Das Urteil weist weder in verfahrensrechtlicher noch in sachlichrechtlicher Hinsicht Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. Ergänzender Erörterung bedürfen lediglich die erhobenen Verfahrensrügen:

1. Die Beanstandung, die auf der Grundlage einer richterlichen Anordnung nach § 100f StPO aufgezeichneten Angaben des Angeklagten gegenüber der Zeugin E. seien unter Verstoß gegen § 136, § 136a Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 StPO sowie unter Verletzung des Gebots des fairen Verfahrens gewonnen worden und hätten deshalb in dem Strafverfahren gegen den Angeklagten nicht verwertet werden dürfen, ist unbegründet. Der Rüge liegt Folgendes zu Grunde:

a) Nach den Feststellungen des Landgerichts kamen der Ehemann der Zeugin E., der rechtskräftig wegen der verfahrensgegenständlichen Betäubungsmitteltat verurteilte H., und der Angeklagte mit dem gesondert Verfolgten S. überein, diesem für unbekannte Hintermänner 2.500 kg Haschisch für 530 € pro Kilogramm zu liefern. Während H. die persönlichen und telefonischen Verhandlungen mit dem Abnehmer S. führte, hielt sich der Angeklagte, der sich gegenüber H. bereit erklärt hatte, die Betäubungsmittel über spanische Drogenkreise zu beschaffen, im Hintergrund. Zur Ausführung des Geschäfts kam es letztendlich nicht, weil S. die Kontakte zu seinen Hinterleuten verlor.

Im Februar/März 2009 belastete H. während der gegen ihn geführten Hauptverhandlung erstmals den Angeklagten, an dem Betäubungsmittelgeschäft beteiligt gewesen zu sein. Seine Ehefrau, die Zeugin E., erklärte sich daraufhin - aus eigenem Antrieb - gegenüber der Polizei bereit, an der Überführung des ihr vom Sehen her bekannten Angeklagten mitzuwirken, diesen zur Rede zu stellen und das Gespräch heimlich aufzuzeichnen, um ihrem Ehemann die Vergünstigungen des § 31 BtMG zu sichern. Mit Beschluss vom 14. April 2009 ordnete das Amtsgericht Düsseldorf in dem gegen den Angeklagten eingeleiteten Ermittlungsverfahren gemäß § 100f StPO das Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes für zwischen dem Angeklagten und der Zeugin außerhalb von Wohnungen geführte Gespräche an. Noch am selben Tag suchte die Zeugin den nicht inhaftierten Angeklagten auf und befragte ihn u.a. zu der verfahrensgegenständlichen Betäubungsmitteltat. Im Verlauf des Gesprächs belastete sich der Angeklagte selbst im Sinne der vom Landgericht getroffenen Feststellungen. Die Zeugin, die dieses Gespräch mittels von der Polizei ausgehändigter technischer Geräte heimlich aufzeichnete, spiegelte dem Angeklagten wahrheitswidrig vor, ihr Ehemann habe ihr im Rahmen einer unbewachten Unterhaltung in der Justizvollzugsanstalt die Tat und die Tatbeteiligung des Angeklagten geschildert und sie wolle nun vom Angeklagten wissen, ob ihr Ehemann die Wahrheit gesagt oder sie wieder belogen habe. Zudem sicherte sie - ebenfalls wahrheitswidrig - dem Angeklagten zu, das Gespräch vertraulich zu behandeln.

Die Überzeugung von der Mittäterschaft des eine Tatbeteiligung bestreitenden Angeklagten hat das Landgericht neben den den Angeklagten belastenden Angaben des Zeugen H., denen es keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hat, maßgeblich auf die von der Zeugin gefertigte Gesprächsaufzeichnung gestützt. Der Verwertung dieser Aufzeichnung hat der Angeklagte in der Hauptverhandlung widersprochen.

b) Das Landgericht hat das gemäß § 100f StPO heimlich aufgezeichnete Gespräch zwischen der Zeugin und dem Angeklagten mit Recht seiner Überzeugungsbildung zu Grunde gelegt. Die Erkenntnisse aus dem Gespräch unterlagen keinem Verwertungsverbot. Die gegenteilige Auffassung des Beschwerdeführers, die auf der Annahme beruht, die Angaben des Angeklagten seien rechtswidrig erlangt worden, trifft nicht zu. Auf die Erwägungen des Generalbundesanwalts zu dem in der Hauptverhandlung gegen die Verwertung der Aufzeichnung erhobenen Widerspruch kommt es daher nicht an.

aa) Die Angaben des Angeklagten gegenüber der Zeugin E. sind nicht unter Verstoß gegen die Belehrungspflichten des § 163a Abs. 4, § 136 Abs. 1 StPO zu Stande gekommen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind diese Vorschriften auf Befragungen eines Beschuldigten durch Privatpersonen nicht anwendbar. Zum Begriff der Vernehmung im Sinne der StPO gehört vielmehr, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr eine Auskunft verlangt. Da die Regelungen nach ihrem Sinn und Zweck den Beschuldigten vor der irrümlichen Annahme einer Aussagepflicht im Rahmen einer Kraft staatlicher Autorität vorgenommenen Befragung bewahren sollen, sind sie auch dann nicht entsprechend anwendbar, wenn eine "vernehmungähnliche" Situation durch eine Privatperson, die - wie hier - als Informantin der Polizei tätig wird, hergestellt wird. Aus den gleichen Gründen stellt sich das hier in Rede stehende Vorgehen auch nicht als unzulässige Umgehung des § 163a Abs. 4, § 136 Abs. 1 StPO dar (BGH, Beschluss vom 13. Mai 1996 - GSSSt 1/96, BGHSt 42, 139, 145; BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - 3 StR 104/07, BGHSt 52, 11, 15 f.).

bb) Veranlasst eine Privatperson unter Verheimlichung ihres Ermittlungsinteresses einen Tatverdächtigen, mit ihr ein Gespräch über die Tat zu führen, so begründet dies entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch keinen Verstoß gegen die unmittelbar oder entsprechend heranzuziehende Regelung der § 163a Abs. 3, § 136a Abs. 1 StGB.

Das vorliegend allein in Betracht kommende Verbot der Täuschung ist bei systematischer Betrachtung der anderen in § 136a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Vernehmungsmethoden einschränkend auszulegen (BGH, Beschluss vom 13. Mai 1996 - GSSt 1/96 aaO). Mit der Beeinträchtigung der Willensentschließung durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei oder Hypnose lässt sich die unter wahrheitswideriger Zusicherung der Vertraulichkeit vorgenommene verdeckte Befragung des Angeklagten durch die Zeugin jedoch nicht vergleichen. 10

cc) Schließlich verstößt nach dem Revisionsvorbringen das von den Ermittlungsbehörden gebilligte Vorgehen der Zeugin auch nicht gegen den Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten ("nemo tenetur se ipsum accusare"). 11

Die Selbstbelastungsfreiheit gehört zum Kernbereich des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 - Fall Allen v. Großbritannien, StV 2003, 257, 259). Zwar dient das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung ohne Rücksicht auf die Art der Straftat (EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 - Bykov v. Russland, NJW 2010, 2013) nach der Rechtsprechung des EGMR in erster Linie dazu, den Beschuldigten vor unzulässigem Zwang der Behörde und vor Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks zu schützen. Der EGMR hat jedoch anerkannt, dass die Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will, auch dann unterlaufen wird, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um ihm belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, damit diese sodann im Prozess als Beweis eingeführt werden können (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 aaO). Ob bei Anwendung einer Täuschung das Schweigerecht in einem solchen Maß beeinträchtigt wurde, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, hängt indes von den Umständen des Einzelfalles ab (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 aaO). 12

So hat der EGMR die Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall bejaht, in dem ein inhaftierter Beschuldigter, der sich durchgängig auf sein Schweigerecht berufen hatte, von einem in derselben Zelle einsitzenden, eigens von der Polizei instruierten und vorbereiteten Informanten unter Ausnutzung des entstandenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu dem ihm vorgeworfenen Tötungsdelikt befragt wurde und schließlich der vermeintlichen Vertrauensperson gegenüber selbstbelastende Angaben machte. Der EGMR hat unter diesen Umständen das Vorgehen der Polizei als funktionales Äquivalent einer Vernehmung angesehen, ohne dass die Sicherungen einer formalen Polizeibefragung, wie etwa die übliche Belehrung, gewährleistet waren (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 aaO, S. 260). 13

Bei einer ähnlichen Sachverhaltsgestaltung hat der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - 3 StR 104/07, BGHSt 52, 11) ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Erkenntnisse eines Verdeckten Ermittlers wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit angenommen. Auch in diesem Fall wurde der Beschuldigte, obwohl er sich zuvor gegenüber den Ermittlungsbehörden auf sein Schweigerecht berufen hatte, von dem Verdeckten Ermittler unter Hinweis auf ein vorgetäushtes Vertrauensverhältnis und unter Ausnutzung der den Beschuldigten belastenden Haft in einer vernehmungähnlichen Situation intensiv zu selbstbelastenden Aussagen zu der ihm vorgeworfenen Tat gedrängt. 14

Demgegenüber hat der EGMR eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall verneint, in welchem es dem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit dem Informanten der Polizei, der das verdeckt geführte Gespräch heimlich aufzeichnete, zu unterhalten (EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 - Bykov v. Russland, NJW 2010, 2013, 2015). 15

So liegt der Fall auch hier. Die von der Zeugin aufgezeichneten, den Angeklagten belastenden Angaben sind nach dem Revisionsvorbringen weder durch Zwang noch durch einen psychologischen Druck gleichkommende Täuschung, die eine Verletzung des Rechts des Angeklagten zu schweigen begründen könnte, zu Stande gekommen. 16

Die Revision behauptet schon nicht, dass der Angeklagte vor dem Gespräch mit der Zeugin gegenüber den Ermittlungsbehörden von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat. Anhaltspunkte dafür, dass das vom Angeklagten ausdrücklich ausgeübte Recht zu schweigen durch den Einsatz der Zeugin als Informantin der Polizei gezielt unterlaufen wurde, bestehen daher nicht. Hinzu kommt, dass sich der Angeklagte im Zeitpunkt des Gesprächs mit der Zeugin in Freiheit befand. Selbst unter Berücksichtigung ihrer wahrheitswidrigen Angaben ergibt das Revisionsvorbringen deshalb nicht, dass sich der Angeklagte den drängenden Fragen der Zeugin, mit der ihn keine engere Beziehung verband, nicht hätte entziehen können. Unter diesen Umständen liegt es fern, dass eine 17

psychologischem Druck gleichkommende Situation den Angeklagten zu den sich selbst belastenden Angaben veranlasst hat.

Zudem wiegt das Vorgehen der Ermittlungsbehörden hier deshalb weniger schwer, weil sich die Zeugin von sich aus der Polizei als Informantin zur Verfügung gestellt hat, von dieser weder instruiert noch angeleitet, sondern nur mit technischen Mitteln zur Aufzeichnung des Gesprächs ausgestattet worden ist. Mit Blick auf die Anforderungen, die an ein faires Verfahren zu stellen sind, ist ferner zu berücksichtigen, dass die Gesprächsaufzeichnung zwar das maßgebliche, aber nicht das einzige Beweismittel gewesen ist, auf das das Landgericht seine Überzeugung für die Mittäterschaft des Angeklagten gestützt hat. Schließlich hatte der Angeklagte in der Hauptverhandlung auch Gelegenheit, der Verwertung dieses Beweismittels zu widersprechen und nahm diese Möglichkeit auch in Anspruch. 18

2. Die Rüge, das Gericht habe seine örtliche Zuständigkeit zu Unrecht angenommen (§ 338 Nr. 4 i.V.m. §§ 7 ff. StPO), greift im Ergebnis ebenfalls nicht durch. 19

a) Allerdings geht die vom Landgericht in dem den Zuständigkeitseinwand zurückweisenden Beschluss geäußerte und vom Generalbundesanwalt geteilte Auffassung fehl, der Erfolg der tatbestandlichen Handlung des Zeugen H. sei in Düsseldorf eingetreten, weil sich der potentielle Abnehmer der Betäubungsmittel in Düsseldorf aufgehalten habe, als H. mit ihm telefonisch das Betäubungsmittelgeschäft verabredet habe. 20

Die örtliche Zuständigkeit des erkennenden Gerichts ergibt sich im vorliegenden Fall nicht aus § 7 Abs. 1 StPO, § 9 Abs. 1 3. Var. StGB, da in Düsseldorf kein zum Tatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gehörender Erfolg eingetreten ist. Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ist ein Tätigkeits- und kein Erfolgsdelikt. Für die Frage, ob der Gerichtsstand des Tatorts gemäß § 7 Abs. 1 StPO i.V.m. § 9 Abs. 1 StGB begründet ist, ist hier deshalb allein auf den Handlungsort abzustellen (BGH, Beschluss vom 17. Juli 2002 - 2 ARs 77/02, NJW 2002, 3486). 21

b) Zwar ist im Falle der Mittäterschaft die Tat an jedem Ort begangen, an dem auch einer der Mittäter gehandelt hat (BGH, Urteil vom 4. Dezember 1992 - 2 StR 442/92, BGHSt 39, 88). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt sich aber das Zusammenwirken von Veräußerer und Erwerber von Betäubungsmitteln nicht als Mittäterschaft, sondern jeweils als selbständige Täterschaft dar, weil sich beide als Geschäftspartner gegenüberstehen und gegensätzliche Interessen verfolgen, so dass ihr Zusammenwirken allein durch die Art der Deliktsverwirklichung vorgegeben ist (BGH, Urteil vom 30. September 2008 - 5 StR 215/08, NStZ 2009, 221). Die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf kann deshalb für den gemeinschaftlich mit dem Zeugen H. auf Veräußererseite handelnden Angeklagten auch nicht daraus hergeleitet werden, dass der Erwerber der Betäubungsmittel in Düsseldorf eine auf die Verwirklichung der Tat gerichtete Handlung vorgenommen hat. 22

c) Das Landgericht Düsseldorf war aber gemäß § 7 Abs. 1 StPO, § 9 Abs. 1 1. Var. StGB örtlich zuständig, weil auch ein Handlungsort des Mittäters des Angeklagten im Bezirk des erkennenden Gerichts lag. 23

In dem für die Beurteilung der Zuständigkeitsbestimmung maßgeblichen Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens (Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 338 Rn. 31) bestanden - worauf das Landgericht in zweiter Linie abgestellt hat - hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass sich der Zeuge H. mit dem potentiellen Abnehmer des Rauschgifts zumindest einmal in Düsseldorf getroffen und dort auch Gespräche über das Betäubungsmittelgeschäft geführt hatte (SA Bl. 146 ff. und Bl. 168 ff.). Damit lagen bei Eröffnung des Hauptverfahrens zumindest hinreichend sichere Tatsachen dafür vor, dass der Mittäter des Angeklagten jedenfalls im Versuchsstadium des Delikts - was für die Zuständigkeitsbegründung ausreichend ist (BGH, Urteil vom 4. Dezember 1992 - 2 StR 442/92, BGHSt 39, 88) - im Bezirk des erkennenden Gerichts eine auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tätigkeit entfaltet hat. Damit war auch für den Angeklagten die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf begründet. 24

3. Die Rüge der Verletzung des § 338 Nr. 3 i.V.m. § 24 StPO ist unzulässig, weil die Revision den Inhalt der dienstlichen Stellungnahmen der abgelehnten Richter nicht mitteilt (Meyer-Goßner aaO, § 338 Rn. 29 mwN). 25

4. Der Rüge der Verletzung des § 338 Nr. 1 StPO i.V.m. § 76 Abs. 2 GVG bleibt der Erfolg schon deshalb versagt, weil in der Hauptverhandlung ein auf die Verletzung des § 76 Abs. 2 GVG gestützter Besetzungseinwand nach § 222b StPO nicht erhoben worden ist (Meyer-Goßner aaO, § 222b Rn. 3a und 7). 26