

Wiss. Mit. RA Dr. Matthias Jahn, Frankfurt a.M.

## Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft - BGHSt 44, 129\*

Das Landgericht hatte ein Ehepaar wegen gemeinschaftlichen Mordes an den Eltern der angeklagten Frau zu lebenslangen Freiheitsstrafen verurteilt. Die Angeklagten haben die Tat bestritten. Seine Überzeugung von der Täterschaft der Angeklagten hat das Tatgericht wesentlich auf die Aussage der Strafgefangenen S gestützt, der gegenüber die Angeklagte C in der Justizvollzugsanstalt Angaben zum Tatgeschehen gemacht hatte. Die Zeugin S bezeichnet sich selbst als Wahrsagerin und versprach ihren Mitgefangenen, durch „übersinnliche Kräfte“ - u.a. unter Verwendung der Beschwörungsformel „Mund zu“ - Ermittlungsbehörden und Gerichte so beeinflussen zu können, daß die Betroffenen ein mildes Urteil erhalten oder sogar freigesprochen würden. Voraussetzung dafür sei aber, daß die Gesprächspartner sich ihr rückhaltlos offenbarten und den Tathergang schriftlich niederlegten. Die Zeugin S hat nach ihren Angaben im Ermittlungsverfahren bereits seit sieben Jahren mit der Kriminalpolizei zusammengearbeitet. Das Landgericht wies den Widerspruch der Verteidigung gegen die Vernehmung der Zeugin S in der Hauptverhandlung zurück. Es sei zwar nicht ausgeschlossen, daß die Zeugin S unter Ausnutzung abergläubischer Vorstellungen der Angeklagten Druck auf die Angeklagte ausgeübt, ihr mit der »Rache Allahs« gedroht sowie Haschisch und Marihuana verabreicht habe, um auf diese Weise bei der rauschmittelungewohnten Angeklagten Widerstände gegen Suggestionen abzubauen. Das LG hat es auch für möglich gehalten, daß Beamte, die mit der Zeugin S in der Justizvollzugsanstalt Kontakt aufnahmen, von dieser Vorgehensweise der Zeugin Kenntnis hatten. Anhaltspunkte dafür, daß die Zeugin S durch die Ermittlungsbehörden als »Polizeispitzel« eingesetzt worden sei, lägen aber nicht vor. Vielmehr habe sich die Zeugin S aus eigenem Entschluß den Ermittlungsbehörden angedient, weil sie sich hiervon Vorteile versprach. Selbst wenn der entgegenstehende Vortrag der Verteidigung zutreffen sollte, ergebe sich daraus nach Auffassung des Landgerichts unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des BGH kein Verwertungsverbot. Maßgeblich sei allein die Frage, ob die Zeugin S die Angeklagte zu Unrecht belastet habe.

### I. Problemstellung

Gelten die Beweiserhebungsverbote des § 136a StPO mit der zwingenden Folge des Beweisverwertungsverbots aus § 136a III StPO ohne Einschränkungen auch für polizeilich veranlaßtes oder zumindest geduldetes Handeln von Privatpersonen? Schon diese Frage ist in der wissenschaftlichen Diskussion bislang nur unzureichend geklärt<sup>1</sup>. Zudem sind die Voraussetzungen der Verwertungsverbote beim Einsatz von Privatpersonen auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden durch den »Hörfallen«-Beschuß des BGH vom 13. Mai 1996<sup>2</sup> unsicher geworden. Dort hatte der *Große Senat* für ein von einer Privatperson auf Veranlassung

\* Urt. v. 21. 7. 1998 - 5 StR 302/97 = NStZ 1999, 147 m. Anm. Roxin = JR 1999, 346 m. Anm. Hanack = NJ 1998, 603 m. Anm. Artkämper. Frau stud. iur. Sarah Wilkens, Frankfurt, danke ich für Ihre wertvollen Anregungen. - Der Autor ist Rechtsanwalt und Wiss. Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Universität Frankfurt a. M.

<sup>1</sup> So auch Pawlik, GA 1998, 378 (384); Rieß, JA 1980, 293 (296); Hanack in: Löwe/Rosenberg, 25. A. (1997), § 136a StPO, Rdnr. 10; Rogall in: SKStPO (Stand: 17. Lfg. Dezember 1997), § 136a StPO, Rdnr. 10; Lemke in: Heidelberger Kommentar (1997), § 136a StPO, Rdnr. 5.

<sup>2</sup> BGHSt (GrS) 42, 139 (149 ff.).

der Ermittlungsbehörden geführtes Telefongespräch mit dem Tatverdächtigen jedenfalls dann kein Verwertungsverbot angenommen, wenn es um eine Straftat von erheblicher Bedeutung geht und die Erforschung des Sachverhalts ansonsten weniger erfolversprechend oder wesentlich erschwert ist. Die forensische Relevanz dieses Rechtssatzes ist nicht zu übersehen. Moderne Entwicklungen haben hier - gerade wegen der zunehmenden Entfernung von der Idee des reformierten Inquisitionsprozesses - ein reiches Anwendungsfeld eröffnet<sup>3</sup>. Man denke beispielsweise an die Forderung nach einem eigenen Ermittlungsrecht des Verletzten<sup>4</sup>, den polizeilich gesteuerten Einsatz von V-Leuten zur Ausforschung des Sachverhalts<sup>5</sup> und die sich gerade in Verfahren sexuellen Mißbrauchs häufenden Erstbefragungen der kindlichen Opferzeugen durch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Selbsthilfeorganisationen - mit teilweise äußerst zweifelhaften Methoden, die sich schnell in der Grauzone um § 136a StPO herum bewegen können<sup>6</sup>. In dieser offenen Ausgangslage hatte sich der 5. (Leipziger) *Strafsenat* des Gegenstandes im Rahmen der von der Verteidigung erhobenen Verfahrensrüge anzunehmen.

## II. Die Lösung des 5. *Senats* - »teleologische Reduktion« des Beschlusses des *Großen Senats* vom 13. Mai 1996

Der *Senat* hat das angefochtene Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer zurückverwiesen (§§ 353 I, 354 II StPO). Um diesen Entscheidungstenor zu verstehen, muß zunächst einmal die Begründung des Tatgerichts detaillierter vorgestellt werden.

(1) Das *LG*<sup>7</sup> hatte *BGHSt* 42, 139 dahingehend interpretiert, daß selbst dann, wenn die Zeugin *S* tatsächlich im Auftrag der Ermittlungsbehörden gehandelt habe, kein Beweisverwertungsverbot gegeben sei. Denn in dieser Entscheidung habe der *Große Senat* rechtsgrundsätzlich ausgeführt, daß es bei einem solchen Ermittlungsauftrag und dem nachfolgenden Handeln der Privatperson stets noch einer Abwägung des geschützten Beschuldigteninteresses mit dem Interesse an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege bedürfe. Gehe also das staatliche Aufklärungsinteresse dem Individualinteresse des Beschuldigten vor, dann könne auch kein Beweisverwertungsverbot entstehen. Ein solcher Vorrang des Verfolgungsinteresses vor dem rechtsstaatlichen Grundsatz, daß niemand dazu gezwungen ist, zu seiner eigenen Strafverfolgung und Überführung beizutragen (*nemo tenetur se ipsum accusare*), könne jedenfalls bei

<sup>3</sup> S. auch *Verf.*, »Konfliktverteidigung« und Inquisitionsmaxime (1998), S. 107 ff. m.w.N.

<sup>4</sup> Die unterschiedlichen Grundpositionen zur Zulässigkeit solcher Ermittlungen finden sich einerseits bei *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger (1996) und andererseits bei *Krey*, Zulässigkeit und Schranken privater Straftataufklärung (1994).

<sup>5</sup> *S. Lagodny*, StV 1996, 167 (170 ff.) und *Weiler*, GA 1996, 101 (106) zur Befragung von aussageverweigerungsberechtigten Zeugen durch V-Leute in kritischer Auseinandersetzung mit der »Sedlmayr«-Entscheidung *BGHSt* 40, 211.

<sup>6</sup> Instruktiv *Pohl* in: Die Anhörung von Kindern als Opfer sexuellen Mißbrauchs (1993), S. 9 ff.

<sup>7</sup> Zuständig zur Aburteilung beim Kapitalverbrechen des Mordes war eine Strafkammer als Schwurgericht (§ 74 II Nr. 4 GVG).

Kapitalverbrechen - der *Große Senat* schlug insoweit eine Orientierung am Katalog der §§ 98a, 100a, 110 a StPO vor<sup>8</sup> - gegeben sein. Daraus, daß es in dem zur Aburteilung anstehenden Fall um einen Doppelmord ging und zudem die besondere Schuldsschwere (§ 57a I Nr. 2 StGB) bejaht wurde, folgte das Tatgericht, die Interessen des Beschuldigten müßten in jedem Fall zurückstehen. Deshalb hatte es sich auch nicht zu weiterer Sachverhaltsaufklärung zu den dubiosen Vorgängen um die selbsternannte »Wahrsagerin« in der Untersuchungshaftanstalt veranlaßt gesehen.

(2) Das Revisionsgericht korrigiert die *StrK* in diesem Verständnis der »Hörfallen«-Entscheidung des *Großen Senats*, welche der 5. *Senat* interessanterweise durch seine Grundsatzvorlage<sup>9</sup> seinerzeit selbst veranlaßt hatte. Die Entscheidung besage gerade nicht, daß dem Einsatz von Privatpersonen zur Aufklärung von Straftaten keine aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens abgeleiteten Grenzen gesetzt seien. § 136a StPO stelle hier eine „prozeßrechtliche Ausformung des Leitgedankens der Rechtsstaatlichkeit dar“<sup>10</sup>. Auf diesen Gedanken sei nach Art. 20 III GG der ganze Strafprozeß verpflichtet. Zwar sei § 136a StPO unmittelbar nur auf die staatlichen Strafverfolgungsorgane anwendbar. Eine analoge Anwendung der Vorschrift komme aber nach ihrem Schutzzweck dann in Betracht, wenn sich die staatlichen Behörden das in § 136a I, II StPO beschriebene Verhalten zurechnen lassen müßten. Diese Zurechnung sei zwar „auf Ausnahmefälle“<sup>11</sup> beschränkt. Ein solcher Ausnahmefall komme aber vorliegend in Betracht. Eine Zurechnung des Verhaltens der Privatperson mit der Folge der analogen Anwendung des § 136a StPO könne nämlich immer dann gerechtfertigt sein, wenn zur Heimlichkeit der Ausforschung weitere Umstände hinzutreten würden, welche die Freiheit des Beschuldigten, sich über seine Tat zu äußern, zusätzlich beeinträchtigen. Dabei komme dem Umstand besondere Bedeutung zu, daß die Zeugin *S* die Angeklagte *C* unter den besonderen Bedingungen der Untersuchungshaft ausgeforscht habe. Der von der Untersuchungshaft ausgehende Zwang dürfe nicht dazu mißbraucht werden, die Aussage eines Beschuldigten zu beeinflussen und ihn insbesondere zu veranlassen, von seinem Schweigerecht keinen Gebrauch zu machen. Angesichts des systematischen Vorgehens der *S* bei der Ausforschung durch das Sammeln von schriftlichen, von den jeweiligen Gefangenen unterschriebenen (!) Selbstbelastungen und der von ihr bekundeten langjährigen Zusammenarbeit mit der Polizei hätte sich das Tatgericht um weitere Aufklärung bemühen müssen. Es müsse also in einer neuen Hauptverhandlung geklärt werden

- ob und gegebenenfalls auf welche Art es eine Zusammenarbeit der Zeugin *S* mit den Ermittlungsbehörden gegeben habe,

<sup>8</sup> *BGHSt (GrS)* 42, 139 (157). Schon dies ist aufgrund der Weite der Kataloge in den strafprozessualen Eingriffsnormen nicht unproblematisch (vgl. z.B. § 100a Nr. 4 StPO). Eine Orientierung am materiell-strafrechtlichen Katalog des § 138 I StGB wäre überzeugender gewesen.

<sup>9</sup> *BGH, StV* 1996, 242 (247 f.). Zur Grundsatzvorlage in diesem Fall auch *Verf., StV* 1998, 666.

<sup>10</sup> UA, S. 10 unter II. 2.

<sup>11</sup> UA, S. 10 unter II. 2.

- welche Methoden sie zur Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit der Angeklagten konkret angewendet habe und
- welche Kenntnis die Ermittlungsbehörden insoweit besaßen.

(3) Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Sie bleibt allerdings in der Begründung ihres Resultats auf halbem Wege stehen<sup>12</sup>. Zu Recht korrigiert der 5. Senat die fehlerhafte Weichenstellung durch das Abwägungspostulat des Großen Senats in BGHSt 42, 139. Zumindest für den für den rechtsstaatlich besonders bedeutsamen Bereich des § 136a StPO, der einfachgesetzliche Ausprägung des verfassungsrechtlichen Menschenwürdegrundsatzes und des Rechtsstaatsprinzips ist, hat diese Abwägungslehre nach der jetzigen Entscheidung des 5. Senats wohl ausgedient, bevor sie in der Praxis der Tatgerichte Fuß fassen konnte. In der Literatur war der Beschluß des Großen Senats ohnehin schon vielfach auf grundsätzliche Kritik gestoßen, welche hier nicht noch einmal erörtert werden soll<sup>13</sup>. Ein Gesichtspunkt wird aber auch in der Entscheidung des 5. Senats unmittelbar entscheidungserheblich. Der Große Senat hatte argumentiert, die Befragung des Beschuldigten durch eine Privatperson, die die Ermittlungsabsicht nicht offenlege, unterfalle nicht dem Anwendungsbereich des § 136a I StPO. Zwar sei dieses Verhalten der Privatperson vom Wortlaut als eine »Täuschung« durchaus umfaßt. Der zu weit geratene Wortlaut bedürfe jedoch einer teleologischen Reduktion<sup>14</sup>. Dieser Ansatz ist sicher nicht differenziert genug, weil er der Vielgestaltigkeit denkbarer - und praktizierter - staatlicher oder staatlich veranlaßter Täuschungsmanöver im Strafverfahren nicht gerecht wird. Im Schrifttum wurde daher vorgebracht, daß diese Anwendungsbeschränkung nur dann angebracht sei, wenn der Irrtum des Betroffenen nicht gerade von den Strafverfolgungsbehörden veranlaßt oder zumindest bewußt ausgenutzt wurde. Dies könne aber nur anhand des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden<sup>15</sup>. Diese Auffassung, die im praktischen Ergebnis wiederum auf eine teleologische Reduktion, diesmal aber des zu weit geratenen Leitsatzes der Entscheidung des Großen Senats, hinausläuft, macht sich nunmehr auch der 5. Senat zu eigen. Er weist ausdrücklich darauf hin,

„daß diese Leitsätze<sup>16</sup> trotz ihrer allgemein gehaltenen Formulierung ausschließlich den Umstand einer rechtlichen Bewertung unterziehen, daß ein Tatverdächtiger auf staatliche Veranlassung durch eine Privatperson ohne Offenlegung des Ermittlungsauftrags ausgeforscht wird“.

Zu Recht nimmt der 5. Senat damit Abstand davon, bei jeder prozeßrechtlichen Vorschrift, die (auch) dem Schutz des Beschuldigten

<sup>12</sup> Dazu unten IV.

<sup>13</sup> S. Weßlau, ZStW 110 (1998), 1 (6 ff.); Popp, NSTZ 1998, 95; Renzikowski, JZ 1997, 710 (717); Bernsmann, StV 1997, 116 (117 f.); Roxin, NSTZ 1997, 18 (20 f.); Derksen, JR 1997, 167 (169). Dem BGH in der Tendenz zustimmend aber Verrel, NSTZ 1997, 415 (416); Kudlich, JuS 1997, 696 (700); Rieß, NSTZ 1996, 505 f. und - wenn auch mit anderer Begründung - Pawlik, GA 1998, 378 (389).

<sup>14</sup> BGHSt (GrS) 42, 139 (149).

<sup>15</sup> Popp (o. Fn. 13).

<sup>16</sup> Richtigerweise müßte es eigentlich »Leitsatz« heißen, denn in der amtlichen Sammlung BGHSt 42, 139 findet sich nur ein Satz.

dient, ihren Anwendungsbereich jedenfalls für Schwerekriminalität teleologisch zu reduzieren. Denn dies würde dazu führen, daß der »Schwerverbrecher« ein anderes Ermittlungsverfahren bekommt als der Beschuldigte im Bereich der Bagatellkriminalität. Dieser Differenzierung steht aber nicht nur der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG entgegen, denn die Strafhöhe ist kein sachliches oder sonstwie einleuchtendes Kriterium für die Beachtung zwingender Schutzvorschriften. Gegen sie spricht auch die prozessuale Unschuldsvermutung, die in Art. 6 II EMRK im Range eines einfachen Bundesgesetzes positiviert ist<sup>17</sup>. Zudem sind die Belange der »funktionstüchtigen Strafrechtspflege«, die vom *Großen Senat* ins Feld geführt wurden, verfassungsdogmatischen Einwänden mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und die aus dem Vorbehalt des Gesetzes in Art. 20 III GG entwickelte Wesentlichkeitstheorie ausgesetzt. Beide Prinzipien lassen diesen vagen »Verfassungswert« als untauglich erscheinen, Freiheitsrechte wirksam beschränken zu können<sup>18</sup>. Sein Grundgedanke, schützenswerte Beschuldigtenpositionen unter den generellen Vorbehalt einer Abwägung mit dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse zu stellen, ist verfehlt, wird doch Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege in der Praxis in aller Regel als Überführungstüchtigkeit verstanden<sup>19</sup>. Es geht hier also letztlich darum, »Unverfügbares im Strafprozeß« (*Hassemer*) gegen die tatrichterliche Versuchung zu immunisieren, den Sachverhalt unter Relativierung rechtsstaatlicher Prinzipien herzustellen: Nach allgemeiner Auffassung gibt es keine Wahrheitserforschung um jeden Preis<sup>20</sup>. Der 5. *Senat* hat diesem Programmsatz für die Auslegung des § 136a StPO neues Leben eingehaucht.

### III. Die Anwendung des § 136a StPO auf Privatpersonen in der bisherigen Rechtsprechung

Die weitergehende und sich geradezu aufdrängende Frage, ob § 136a StPO nicht sogar generell auf die rechtswidrige Beweiserlangung durch Privatpersonen anwendbar ist, hat der 5. *Senat* nicht abschließend präjudiziert. Denn das Kriterium der vom *Senat* geforderten »Zurechnung« des Verhaltens der Privatpersonen an die Strafverfolgungsbehörden ist auslegungsfähig und -bedürftig. Wenn es sich dagegen so verhielte, daß *jedes* rechtswidrige Handeln des Privaten zu einem Verwertungsverbot führen würde, müßte auch nicht länger im trüben Wasser entsprechender Kenntnisse der Strafverfolgungsbehörden gefischt werden. Gerade der vorliegende Fall veranschaulicht dies, steckt doch in solchen Kenntnissen gleichzeitig das Eingeständnis, den Besitz und die Abgabe von Drogen im Strafvollzug nicht »im Griff« zu haben und der vollzugsrechtliche Offenbarungseid, gegen die Abgabe, das Überlassen zum unmittelbaren Gebrauch oder sogar die Beibringung von Haschisch und Marihuana nichts unternommen zu haben. Welcher Polizist oder Vollzugsbeamte wird dies

<sup>17</sup> *BVerfGE* 82, 106 (114); *Jung*, StV 1990, 509 (514).

<sup>18</sup> Zur Kritik an diesem Topos *Verf.* (o. Fn. 3), S. 171 ff.; *ders.*, ZRP 1998, 103 (107) m.w.N. Auch *BGHSt* 40, 211 (217 f.) qualifiziert »funktionstüchtige Strafrechtspflege« im Anschluß an *BVerfGE* 77, 240 (255); 81, 278 (293); 86, 288 (348) - Diss. vote *Mahrenholz* nunmehr als begrifflich unscharfes Verfassungsprinzip. Dem ist ohne Einschränkung zuzustimmen.

<sup>19</sup> Pointiert *Hamm*, NJW 1993, 289 (291).

<sup>20</sup> *BGHSt* 38, 372 (374); 38, 214 (220); 31, 304 (309); 14, 358 (365); *Gössel*, ZStW 94 (1982), 5 (23 f.); *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II (1957), vor § 137 StPO, Rdnr. 5.

schon freimütig eingestehen wollen? Und sollte die Zeugin *S* tatsächlich V-Frau der Polizei gewesen sein, wirft die Zusammenarbeit mit einer dubiosen »Wahrsagerin«, die „sich dem Landgericht als »schillernde«, in der Wahl ihrer Methoden fragwürdige Person darstellte“<sup>21</sup> nicht unbedingt ein günstiges Licht auf die Strafverfolgungspraxis. Nun hat der *BGH* bisher zu der Frage einer analogen Anwendung des § 136a StPO auf Beweiserlangungen durch Privatpersonen nicht abschließend Stellung genommen. Vielmehr hat selbst der *Große Senat* in seinem »Hörfallen«-Beschluß klargestellt, daß die Analogie zu § 136a StPO - anders als bei § 136 I StPO - beim Handeln Privater im Einzelfall sachlich gerechtfertigt sein könne<sup>22</sup>. Um die Voraussetzungen für diese Analogie zu klären, müssen die bisherigen »U-Haft-Aushorchungsfälle« kurz rekapituliert werden.

(1) Im ersten Fall, der dem auch jetzt zur Entscheidung berufenen 5. *Senat* schon vor mehr als einem Jahrzehnt vorlag<sup>23</sup>, befand sich der wegen eines Überfalls Angeklagte ebenfalls in einer Justizvollzugsanstalt in Untersuchungshaft. Auf Veranlassung von Kriminalbeamten wurde ein weiterer Untersuchungshäftling in die Zelle verlegt. Er sagte in der Hauptverhandlung aus. Weil der Zeuge gerade auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden tätig wurde, waren die §§ 136a, 163a IV 2 StPO ohne weiteres analog anwendbar. Für die »Vernehmung« durch einen Privaten auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden war damit der Rechtsbegriff der vernehmungähnlichen Situation höchststrichterlich sanktioniert. Noch nicht geklärt war aber, ob sich diese vernehmungähnliche Situation beim Aushorchen in der Untersuchungshaft als Unterfall des Tatbestandsmerkmals »Zwang« (§ 136a I 2 StPO) oder als Fall des Merkmals »Täuschung« (§ 136a I 1 StPO) darstellte. Der *BGH* und mit ihm ein Teil des Schrifttums<sup>24</sup> wählten die Lösung über § 136a I 2 StPO. Eine vernehmungähnliche Situation liege gerade in der Untersuchungshaft, wo sich der Beschuldigte seiner »Vernehmung« durch den Mithäftling schon räumlich nicht entziehen kann, regelmäßig vor. Zutreffend daran ist sicher, daß Haft und Zwang miteinander einhergehen<sup>25</sup>. Wenig überzeugend ist aber, daß dann bei *jeder* Befragung in einem geschlossenen Raum »Zwang« ausgeübt würde. Dies würde aber die Dinge auf den Kopf stellen, denn das »setting« polizeilicher Befragungen ist nun einmal in der Regel der zwangsweise Aufenthalt im Vernehmungsraum. Hier würde aber stets § 136a III StPO anwendbar werden - ein offensichtlich unsinniges Ergebnis<sup>26</sup>. Der Grund für diese merkwürdige Konstruktion der Rechtsprechung liegt

<sup>21</sup> UA, S. 8 unter II.

<sup>22</sup> *BGHSt (GrS)* 42, 139 (149).

<sup>23</sup> *BGHSt* 34, 262 m. - insoweit zust. - Anm. von *Neuhaus*, NJW 1990, 1221; *H. Wagner*, NStZ 1989, 34; *Seebode*, JR 1988, 427; *Fezer*, JZ 1987, 937 und *Grünwald*, StV 1987, 470. Die hier besprochene Entscheidung nimmt darauf ebenfalls zustimmend Bezug, vgl. UA S. 11 unter II. 2. a. Kritisch aber *H. Schneider*, JR 1996, 401 (406).

<sup>24</sup> *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 299 (307); *Rogall* (o. Fn. 1), Rdnr. 21. Unter Zugrundelegung dieses theoretischen Ausgangspunktes liegt darin für die hier zu besprechende Entscheidung auch der Unterschied zur Konstellation in *BGHSt (GrS)* 42, 139, wo es bei dem »Hörfallen«-Telephonat jederzeit möglich gewesen wäre, das Gespräch zu beenden.

<sup>25</sup> Statt aller *Fezer*, StV 1996, 77 (78): „Jede U-Haft, sowohl die rechtmäßig, als auch die rechtswidrig angeordnete, ist mit einer Zwangswirkung verbunden, die wiederum das Bestreben des Beschuldigten auslöst, ihr zu entgehen“.

<sup>26</sup> Ebenso *Roxin*, NStZ 1997, 18 (19).

freilich in den Anforderungen der Verfolgungspraxis. Anderenfalls würden nämlich V-Mann-Vernehmungen dem ausdrücklichen Verwertungsverbot unterliegen, weil bei seinem Einsatz »Täuschungen« des Beschuldigten wesensmäßig häufig auftreten. Die Täuschung durch den Zellengenossen und diejenige durch den V-Mann wären also bei § 136a I 1 StPO tatbestandlich gleichwertig. Diese Lösung ist also zwar rechtlich konsequent, für die Spruchpraxis aber (noch?) nicht akzeptabel. Jedoch sollte man sich das Ergebnis an dieser Stelle nicht durch die - rechtsstaatlich durchaus hinterfragenswerten - Praxis heimlicher Ermittlungen diktieren lassen. Gegen diese Auslegung des § 136a I 1 StPO »mit Blick auf den V-Mann« hat sich insbesondere *Beulke*<sup>27</sup> nachdrücklich gewandt. Auch andere namhafte Stimmen<sup>28</sup> wollen deshalb die vernehmungähnlichen Situation auf *jede* täuschungsbedingte amtlich veranlaßte Befragung erstrecken. Dem ist zuzustimmen. Gestritten wird dann über die Lösung des Folgeproblems: Entsteht für *alle* Fallkonstellationen auch ein Fortwirkungs- und Fernwirkungsverbot? *BGHSt* 34, 262 hat dies - leider ohne überzeugende Begründung - verneint. Da es bei der vorliegend zu besprechenden Sachlage aber nur um das unmittelbare Beweisverwertungsverbot geht, nicht aber um seine Fern<sup>29</sup>- oder Fortwirkung<sup>30</sup>, kann die Lösung dieser Streitfrage hier offenbleiben.

(2) Der Folgeentscheidung im zweiten »U-Haft-Fall«<sup>31</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Zeuge *M*, der bis zu seiner Inhaftierung V-Mann gewesen war, befand sich zur gleichen Zeit wie der Angeklagte in der Vollzugsanstalt in Untersuchungshaft. Der Angeklagte faßte Vertrauen zu *M* und schilderte ihm nach und nach eine von ihm begangene Tötung. *M* seinerseits gab dieses Wissen von sich aus in mehreren Vernehmungen an die Polizei weiter.

Der *1. Senat* verneinte nunmehr eine Verletzung des § 136a StPO. Der Angeklagte sei von den Ermittlungsbehörden weder getäuscht worden noch wurde die Zwangswirkung der Untersuchungshaft dazu eingesetzt, ihn zur Selbstbelastung zu veranlassen. Eine Verpflichtung der Ermittlungsbehörden, den Angeklagten von *M* zu trennen, sei nicht zu erkennen. Vielmehr habe der Angeklagte einem Mithäftling Vertrauen geschenkt und sei in diesem Vertrauen enttäuscht worden. Der *Senat* folgerte daraus lakonisch: „Ihm ist widerfahren, was jedermann im täglichen Leben widerfahren kann“<sup>32</sup>. Wenn das Gericht diese Angaben benutze, erfülle es nur seine Aufklärungspflicht (§ 244 II StPO). Gerade dieses Urteil ist also Grundlage für die jetzige Entscheidung des *5. Senats*, denn es muß nun vom neuen Tatgericht aufgeklärt werden, inwieweit die

<sup>27</sup> *Beulke*, StV 1990, 180 (183).

<sup>28</sup> *Roxin* (o. Fn. 26); *Derkson* (o. Fn. 13); *Lagodny*, StV 1996, 167 (172); *Kühl*, StV 1986, 187 (188); *Hanack* (o. Fn. 1), Rdnr. 13. Zum eigenen Standpunkt sogleich unter IV.

<sup>29</sup> Etwa in Bezug auf eine Tatwaffe als entscheidendes Indiz, die nach einer Aussage der *C* gegenüber der *S* gefunden würde.

<sup>30</sup> Etwa in einem amtlichen Verhör, daß einer drogenunterstützten, inquisitorischen Befragung durch die *S* unmittelbar nachfolgte.

<sup>31</sup> *BGH*, NJW 1989, 843 (Urt. v. 27.9.1988 - 1 StR 187/88). Auch auf diese Entscheidung nimmt der *5. Senat* Bezug, vgl. UA S. 12 unter II. 2. b.

<sup>32</sup> *BGH* (o. Fn. 31), S. 844.

Ermittlungsbehörden auf das Vorgehen der Zeugin S im Vorfeld tatsächlich Einfluß genommen haben.

#### IV. Die Einheitslösung: Analogie zu § 136a StPO für jedes rechtswidrige Handeln Privater

Nun gibt es seit jeher Stimmen in der Literatur, die § 136a StPO über die vage Zurechnungs-Konstruktion der Rechtsprechung hinaus *generell* analog auf das rechtswidrige Handeln Privater anwenden wollen. Was spricht für diese Lösung? Der Wortlaut des § 136a StPO enthält zunächst einmal keinen ausdrücklichen Adressaten. Nach seinem systematischen Standort im X. Abschnitt der StPO, der mit »Vernehmung des Beschuldigten« überschrieben ist, bezieht sich § 136a StPO jedoch eigentlich nur auf die richterliche Vernehmung. Kraft Verweisung in §§ 163a III 2, 163a IV 2 StPO gilt er daneben auch für Vernehmungen durch Staatsanwaltschaft und Polizei. Adressaten der Vorschrift sind also zunächst einmal die mit der Strafverfolgung betrauten Staatsorgane. Damit kommt nur noch eine entsprechende Anwendung des § 136a StPO auf Privatpersonen in Betracht<sup>33</sup>. Eine solche Analogie wäre konstruktiv nichts gänzlich Neues. Schon vor Inkrafttreten des § 163a StPO wurde bereits ein Analogieschluß zu § 136a StPO für die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden durch Staatsanwälte und Polizeibeamte bejaht<sup>34</sup>. Daher wird heute im Schrifttum von vielen eine Drittwirkung des § 136a StPO zwischen Bürgern bejaht, wenn Privatpersonen Straftaten in rechtswidriger Weise erforschen. Freilich sind die Anforderungen an den Grad der zu fordernden Rechtswidrigkeit heillos umstritten. Im wesentlichen sind drei Meinungsgruppen auszumachen. Zahlreiche Stimmen in der Wissenschaft bejahen die Analogie zu § 136a StPO grundsätzlich für jede Form rechtswidriger Beweiserlangung durch Private<sup>35</sup>. Andere wollen die Analogie nur auf besonders krasse, geradezu atavistische Methoden der Beweisgewinnung - also etwa Folter, Marter und Einkerkelung - beschränken<sup>36</sup>. Eine dritte, vermittelnde Auffassung plädiert unterhalb dieses Intensitätsgrades zumindest für eine Abwägung der beim Beschuldigten verletzten Grundrechtssphären mit dem staatlichen Verfolgungsinteresse<sup>37</sup>. Für solche Beschränkungen besteht allerdings in Ansehung der nun genauer zu belegenden, verfassungsrechtlich aufgeladenen Schutzfunktion des § 136a StPO kein Anlaß. Der erstgenannten Auffassung, welche für jede Form rechtswidriger

<sup>33</sup> Allein *Gössel*, StrafverfahrensR (1977), § 23 B II c (S. 192 f.) will § 136a StPO direkt anwenden. Dies liegt nach der Systematik des Gesetzes eher fern.

<sup>34</sup> So bereits *Laag*, Grenzlinien bei der Vernehmung des Beschuldigten, Diss. Hamburg 1951, S. 25.

<sup>35</sup> *Popp* (o. Fn. 13); *Lagodny* (o. Fn. 5); *Joerden*, JuS 1993, 927 (928); *Birmanns*, NJW 1970, 1834 (1835); *Gundlach* in: AKStPO, Bd. II/1 (1992), § 136a StPO, Rdnr. 13; *Klug* in: Verhandlungen des 46. DJT, Bd. II (1967), S. 33; *Peres*, Strafprozessuale Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote (1988), S. 147; *Sydow*, Kritik der Lehre von den »Beweisverboten« (1976), S. 123; *Sendler*, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozeß, Diss. FU Berlin, 1956, S. 80 f. sowie auch - allerdings nur für Fälle des Verstoßes gegen *nemo tenetur* - *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (41 f.).

<sup>36</sup> *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537 (1543); *Nüse*, JR 1966, 281 (285); *Beulke*, StrafprozeßR, 3 A. (1998), Rdnr. 131; *Lemke* (o. Fn. 1), Rdnr. 6.

<sup>37</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 2. A. (1996), Rdnrn. 399 ff.; *Hanack* (o. Fn. 1), *Rogall* (o. Fn. 1), Rdnrn. 14 ff.

Beweiserlangung ein Beweisverwertungsverbot aus § 136a III 1 StPO annimmt, sollte daher gefolgt werden.

(1) Für diese Einheitslösung spricht zunächst die objektiv-historische Auslegung des § 136a StPO. Die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit vom 12.09.1950<sup>38</sup> eingefügt. Maßgebende Motivation waren vor allem die leidvollen Erfahrungen aus der Zeit der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft. *Horst Sandler*, der spätere Präsident des *BVerwG*, hat in seiner Dissertation<sup>39</sup> sehr eindrucksvoll gezeigt, daß dieser vom Gesetzgeber verfolgte Zweck dann nicht verwirklicht werden könnte, wenn nichtstaatliche Organisationen und Vereinigungen vom Anwendungsbereich der Norm ausgeklammert würden. Solche Organisationen waren aber gerade in der Zeit der Gewaltherrschaft der Nationalsozialisten in ganz erheblichem Maß an den rechtswidrigen Aussageerlangungen beteiligt. Daraus folgt, daß die gesetzgeberische Intention auch dann zur Geltung kommen muß, wenn sich der Staat in Gestalt der zuständigen Strafverfolgungsbehörden aus seiner Verantwortung für die Ermittlungen verabschiedet und sie Privatpersonen überläßt. Jede andere Lösung würde den Verstoß gegen das historische Grundsubstrat des § 160 I StPO unbillig privilegieren. Aus der Entstaatlichung der Strafverfolgung folgt also nicht die Möglichkeit einer »Flucht aus dem Rechtsstaatsprinzip« - ein Argument, das etwa im öffentlichen Recht bei der Verlagerung von hoheitlichen Aufgaben in das Verwaltungsprivatrecht (Stichwort: Keine Flucht ins Privatrecht) seit langem geläufig ist. Daß aus der „Reprivatisierung des Strafverfahrens“<sup>40</sup> über private oder halbamtliche Strafverfolger nicht die Aufgabe der rechtstaatlichen Basisgewährleistung des § 136a StPO folgen darf, ist augenscheinlich.

(2) In systematischer Perspektive spricht zudem der Erst-Recht-Schluß aus § 163e StPO für die Einheitslösung. Nach § 163e I 2 i.V.m. IV 1 StPO darf die Anordnung der Beobachtung des Beschuldigten grundsätzlich nur durch den Ermittlungsrichter erfolgen. Daraus läßt sich schließen, daß die weitergehende Maßnahme als die Beobachtung des Beschuldigten - seine Befragung - für das Ermittlungsverfahren und rechtsstaatlich geschützte Positionen des Beschuldigten so gewichtig ist, daß sie ohne richterliche Anordnung auch nicht Privaten übertragen werden darf. Die Beobachtung als unauffällige, vom Betroffenen unbemerkte Maßnahme ist also wesensgleiches Minus zur offenen, nur hinsichtlich des amtlichen Auftrags verdeckten Befragung des Beschuldigten durch Privatpersonen. Wenn aber schon die Beobachtung unter Richtervorbehalt steht, müßte dies auch für die Befragung durch V-Leute gelten. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Der Richtervorbehalt des § 110b II 1 StPO gilt nur für verdeckte Ermittler im Sinne der Legaldefinition des § 110a II StPO. Diese müssen also Polizeibeamte sein. Die Norm ist auch nach der Rechtsprechung auf V-Leute gerade nicht analog anwendbar<sup>41</sup>. Wenn § 163e IV StPO also sogar

<sup>38</sup> BGBl. I, S. 455.

<sup>39</sup> *Sandler* (o. Fn. 35), S. 64 f.

<sup>40</sup> So der Untertitel der Abhandlung von *Eser*, ZStW 104 (1992), S. 361 ff.

<sup>41</sup> *BGHSt* 41, 42 m. Anm. *Lilie/Rudolph*, NStZ 1995, 414. Selbst wenn es eine dem § 110 b II StPO entsprechende Regelung für V-Leute *de lege ferenda* gäbe, wäre eine richterliche Genehmigung für das Handeln Privater im Rahmen

den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft die Zuständigkeit für die Beobachtung versagt<sup>42</sup>, gibt es erst recht keine Befugnis für Privatpersonen, den Beschuldigten unter Verletzung des Täuschungsverbots in § 136a I 1 StPO zu befragen. Daraus ergibt sich, daß die täuschungsrelevante Befragung durch V-Leute - und amtlich beauftragte Zellengenossen - schon wegen Nichtbeachtung des Richtervorbehalts rechtswidrig ist.

(3) Auch Sinn und Zweck des § 136a StPO sprechen schließlich für eine analoge Anwendung bei jeder rechtswidrigen Beweiserlangung durch Private. Bereits *Schmidt-Leichner*<sup>43</sup> hat gezeigt, daß bei einer Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise der Staat gleichsam zum Hehler rechtswidrigen Wissens wird. Diese Parallele zum materiellen Strafrecht führt gerade zum wertungsmäßig zutreffenden Ergebnis: Es besteht kein Unterschied zwischen dem Unrecht der Vortat und dem Unrecht der Hehlerei. Letztere wiegt wegen der Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands eher noch schlimmer (»Der Hehler ist schlimmer als der Stehler«). Daß der Ermittlungsvorteil der staatlichen Behörden zu einem »richtigen« Urteil führen kann, darf dabei ebensowenig berücksichtigt werden wie die Spende eines Hehlers an die Landesjustizkasse<sup>44</sup>. Zudem liegt es gerade bei der rechtswidrigen Beweisgewinnung nahe, daß das richterliche Urteil nicht auf einer formell fehlerhaft zustande gekommenen, sondern auch materiell falschen Aussage beruhen würde. Eine über die Methoden des § 136a StPO erschlossene Beweisquelle ist also »vergiftet«<sup>45</sup>. Die in Art. 20 III GG zu suchende Verankerung des in § 136a I StPO als selbstverständlich vorausgesetzten Leitgedankens, daß niemand gezwungen sein darf, an der Aufklärung des Straftatvorwurfs gegen sich mitzuwirken, fordert also auch hier eine strikte Beachtung des Rechtsstaatsprinzips<sup>46</sup>. Dies folgt schon aus der in Art. 1 III GG angeordneten Grundrechtsbindung der Exekutive und der Judikative.

(4) Jedenfalls bei nachgewiesener *Strafrechtswidrigkeit* des Verhaltens der Privatperson muß daher § 136a StPO entsprechend zur Anwendung kommen. Auf den vorliegenden Fall angewandt, zeigen sich die Vorteile dieser Einheitslösung auf den ersten Blick: Richtigerweise wäre schon dann, wenn die Zeugin *S* der Angeklagten *C* zur Erlangung der Aussage tatsächlich Betäubungsmittel beigebracht hätte, das Verwertungsverbot des § 136a III StPO gegeben. Die Abgabe von Betäubungsmitteln wie Haschisch und Marihuana ist schon einfach-rechtlich rechtswidrig, wie sich aus dem Straftatbestand des § 29 I Nr. 1 BtMG ergibt. Daneben kann sich auch aus besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffen ein Bedürfnis zur Anwendung des § 136a StPO ergeben<sup>47</sup>. Auf die in der rechtlichen

---

des Aushorchens nur dann denkbar, wenn zusätzlich ausdrückliche Befugnisnormen (entsprechend § 110a III StPO oder § 110c StPO) existierten.

<sup>42</sup> Vgl. *Kleinknecht/Meyer-Gößner*, § 163e StPO, Rdnr. 13 unter Hinweis auf *BT-Drucks.* 12/2720, S. 48.

<sup>43</sup> *Schmidt-Leichner* in: Verhandlungen des 46. DJT, Bd. II (1967), S. 139.

<sup>44</sup> *Gundlach* (o. Fn. 35).

<sup>45</sup> *Joerden* (o. Fn. 35).

<sup>46</sup> Zur Reichweite des *nemo tenetur*-Grundsatzes *Verf.*, StV 1996, 259 (261 f.); *ders.* (o. Fn. 9).

<sup>47</sup> Dazu *H. Schneider* (o. Fn. 23). Nach ihm ist das Aushorchen in der Zelle unter Einsatz technischer Hilfsmittel durch einen V-Mann nicht statthaft, weil es sich mit Blick auf Art. 1 I i.V.m. 2 I GG um eine wohnungsähnliche Tabusphäre

Beurteilung vage und bei den tatsächlichen Voraussetzungen schwierig festzustellende Frage, ob sich die Strafverfolgungsbehörden das Verhalten der *S* zurechnen lassen müssen, kommt es nach alledem nicht mehr an. Die hier vorgeschlagene Lösung entspricht also nicht nur dem Gesetz, sondern ist auch beweisrechtlich praktikabler.

---

handele, in welche die Strafverfolgungsbehörden auch nicht nach Maßgabe des § 100c StPO eindringen dürften. Außerhalb der Zelle greife dieser Aspekt nicht durch. *S.* insoweit auch die Revisionsentscheidung im Fall *Safwan Eid* (BGH, Urt. v. 24.7.1998 - 3 StR 78/98, UA unter 3.a. mit Hinweis auf *BVerfG*, NJW 1996, 2643), in der es der 3. *Senat* abgelehnt hat, die Besucherzelle einer Justizvollzugsanstalt als Wohnung im Sinne des Art. 13 I GG anzusehen, weil das Hausrecht nicht bei dem Gefangenen, sondern bei der Behörde liegt.