

## Buchrezension

**Shih-Fan Wang**, Einsatz Verdeckter Ermittler zum Entlocken des Geständnisses eines Beschuldigten – Ein Prüfstein für das Täuschungsverbot des § 136a StPO und den nemo-tenetur-Grundsatz aus Art. 6 EMRK, Nomos Verlag, Baden-Baden 2015, 269 S., € 69,-.

Die Arbeit von Wang wurde an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) im November 2014 als Dissertation angenommen. Die zentralen Fragen des Buches werden in drei thematischen Perspektiven beleuchtet. Hinzu kommen Einleitung und Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

Im ersten Kapitel wird einleitend zunächst der Einsatz des Verdeckten Ermittlers gem. §§ 110a ff. StPO dargelegt. Die Anwendbarkeit des § 136 StPO auf Verdeckte Ermittler, insbesondere in Bezug auf das Schweigerecht, wird hinreichend problematisiert. Es folgt eine chronologische Darstellung der Leitentscheidungen des BGH bzw. des EGMR zu staatlich veranlassenen verdeckten Befragungen. Im folgenden zweiten Kapitel wird das Normverhältnis der §§ 110a ff. StPO zum Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ausführlich dargelegt (S. 74 ff.). Allgemeine Ausführungen zu Verdeckten Befragungen im Lichte des europäischen nemo-tenetur-Grundsatzes schließen sich im dritten Kapitel an (S. 156 ff.). Im vierten Kapitel werden sodann die Auswirkungen der Allan-Formel auf die BGH-Rechtsprechung untersucht. Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst (fünftes Kapitel).

Strafprozessuale Vorschriften zum Einsatz Verdeckter Ermittler (VE) finden sich in §§ 110a ff. StPO. § 110a StPO, der durch das OrgKG 1992<sup>1</sup> eingeführt wurde und bei der Vereinheitlichung der Vorschriften über verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Jahr 2008 unverändert geblieben ist, regelt die materiellen Voraussetzungen des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler, während § 110b StPO die Anordnung der Eingriffsmaßnahme normiert und § 110c StPO einzelne Bestimmungen über die Eingriffsbefugnisse enthält. §§ 110d, 110e StPO sind durch das Gesetz zur Vereinheitlichung der Normen über verdeckte Ermittlungsmaßnahmen aufgehoben worden; ihr Regelungsgehalt findet sich nun in § 101 StPO. Der Gesetzgeber hat in der geltenden Verfassungs- und Gesetzeslage die Institution der „Verdeckten Ermittlung“ zwar gesetzlich etabliert, damit aber die vorhandenen strafprozessualen Schutzvorkehrungen für die Vernehmung von Beschuldigten vor eine heikle Herausforderung gestellt.

Es stellt sich insbesondere die Frage, ob mit dem Einzug der §§ 110a ff. in die StPO auch verdeckte Befragungen eines Beschuldigten durch einen Verdeckten Ermittler, dessen Einsatz rechtmäßig gem. §§ 110a StPO angeordnet wird, zulässig sind. Das ist die Kernfrage des vorliegenden Buches von Wang, „deren Ursprung in einem intuitiven Widerwillen gegen eine solche listige Ausforschungstaktik liegt. Es läuft unserem Gerechtigkeitsgefühl zuwider, wenn sich der Ver-

deckte Ermittler als falscher Freund in unser Vertrauen einschleicht, an unserem Alltagsleben teilnimmt und eventuell im scheinbaren Privatgespräch ein selbstbelastendes Geständnis zu entlocken versucht. Setzt man sich mit dem intuitiven Widerwillen auseinander, stellt sich die Frage: Welches grundlegende Rechtsprinzip verursacht die Bedenken?“ (S. 251). Sodann stößt man unweigerlich auf das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO, dem als „prozessuale Grundnorm“ und Bestandteil unserer rechtsstaatlichen Tradition, nämlich der Selbstbelastungsfreiheit, die Schlüsselrolle zukommt.

Verdeckte Ermittler sind Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln. Sie dürfen unter der Legende am Rechtsverkehr teilnehmen (§ 110a Abs. 2 StPO). Verdeckte Ermittler werden nach der gesetzgeberischen Überlegung insbesondere im Bereich der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität eingesetzt, um abgeschottete Strukturen aufzuklären.<sup>2</sup> Während die StPO eine Definition des VE liefert, regelt sie dessen Tätigkeiten höchst unvollständig. Seit der Einführung der §§ 110a ff. StPO im Jahre 1992 haben sich zahlreiche wissenschaftliche Abhandlungen sowohl mit dem Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO, den VE-Regelungen der §§ 110a ff. StPO bzw. verdeckten Befragungen, als auch mit dem nemo-tenetur-Grundsatz beschäftigt.<sup>3</sup> Eine spezielle Monographie, die diese drei Felder im Zusammenhang untersucht und dabei in dieser Tiefe auf den Einsatz von VE zum Entlocken des Geständnisses des Beschuldigten eingeht, fehlt aber bislang. Umso begrüßenswerter ist es, dass Wang in seiner Dissertation die rechtlichen Rahmenbedingungen beim Einsatz von VE untersucht, wenn dieser zum Entlocken des Geständnisses des Beschuldigten eingesetzt wird. Im Kern geht es um die Frage des Täuschungsverbots.

§ 136a Abs. 1 StPO stellt ein Verbot der Beeinflussung der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten über das Ob und Wie einer Aussage durch bestimmte Methoden bei der Vernehmung auf,<sup>4</sup> § 136a Abs. 2 StPO verbietet vom Willen des Beschuldigten unabhängige Beeinflussungen seines Erinnerungsvermögens oder seiner Einsichtsfähigkeit. § 136a Abs. 3 StPO schließlich erklärt die Einwilligung des Beschuldigten in die Beweiserhebung für unbeachtlich und betont, dass das – stillschweigend vorausgesetzte – Beweisverwertungsverbot für Aussagen, die unter Einflüssen nach Abs. 1 oder 2 zustande gekommen sind, selbst dann gilt, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.<sup>5</sup> Der Wortlaut der Norm ergibt zunächst noch nicht,

<sup>1</sup> BT-Drs. 12/989, S. 41.

<sup>2</sup> BT-Drs. 12/989, S. 42; Ellbogen, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 26 f.

<sup>3</sup> Z.B. Keller, Verdeckte personale Ermittlungen, 2017, S. 120 ff.; Kirkpatrick, Der Einsatz von Verdeckten Ermittlern, 2011, S. 81 ff.

<sup>4</sup> BGHSt 17, 364 (367).

<sup>5</sup> Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 136a Rn. 1.

dass sie nur auf Vernehmungen bezogen ist; dieser Begriff taucht in § 136a Abs. 1 u. 2 StPO gar nicht auf und nur Abs. 3 S. 2 nennt „Aussagen“ als Gegenstand der Rechtsfolge eines Beweisverwertungsverbots.<sup>6</sup> Allenfalls der Abschnittsüberschrift ist in verbalisierter Form zu entnehmen, dass es um Vernehmungen geht;<sup>7</sup> was aber auch keinen zwingenden Schluss auf die exklusive Normgeltung nur in diesem Bereich zulässt. Ein Bezug zu Vernehmungen könnte nur aus der Stellung im Anschluss auf die für die erste Vernehmung geltende Regelung des § 136 StPO abgeleitet werden, der nach der bisherigen Rechtsprechung für förmliche Vernehmungen reserviert bleiben soll.<sup>8</sup> Danach wäre der Anwendungsbereich jener Norm auf Vernehmungen durch Polizeibeamte, Staatsanwälte oder Richter beschränkt;<sup>9</sup> was aber auch die Rechtsprechung nicht durchgehend fordert.<sup>10</sup> In der Rspr. wird zwar immer wieder betont, dass eine Anwendung von § 136a StPO außerhalb von Vernehmungen nicht angezeigt ist.<sup>11</sup> Dies ist aber eher rhetorischer Topos und kein eherner Grundsatz. Es gibt keinen Grundsatz, den Beschuldigten vor Übergriffen der in § 136a StPO bezeichneten Art allgemein schutzlos zu stellen und nur in Vernehmungen ausnahmsweise zu schützen. Nach dem Normzweck und dem verfassungsrechtlichen Gehalt ist eine derart einschränkende Interpretation nicht angezeigt. Geht es darum, den Beschuldigten vor jeder dem Staat zurechenbaren Willensbeeinflussung mit der Folge einer ungewollten aktiven Selbstbelastung zu schützen, so gilt dies für alle Äußerungen des Beschuldigten, die dieser unter dem Einfluss einer verbotenen Methode macht und die eine Selbstbelastung zum Gegenstand haben.<sup>12</sup> Demnach ist auch die informelle Ausforschung des Beschuldigten oder eines aussageverweigerungsberechtigten Zeugen durch Verdeckte Ermittler, die durch die Fragerichtung eine vernehmungssähnliche Handlung vornehmen, am Maßstab des § 136a StPO zu messen.<sup>13</sup> Allerdings wird auch vertreten, dass § 136a StPO auf den Einsatz eines Lockspitzels („agent provocateur“) oder eines V-Mannes – anders als beim Einsatz von VE – nicht anwendbar ist.<sup>14</sup>

In der Praxis operieren Strafverfolgungsbehörden zur Aufklärung mutmaßlicher Straftaten zunehmend mit heimlichen Ermittlungsmethoden. Der vom Gesetzgeber als an sich

zulässige Ermittlungsmethode geregelte VE ist mit dem für ein rechtsstaatliches Strafverfahren zentralen Verbot bestimmter Beweiserhebungsmethoden und dem daraus folgenden Verwertungsverbot nach § 136a StPO kaum in Einklang zu bringen. Allerdings lässt sich die untersuchte Forschungsfrage anhand der deutschen Rechtslage nicht abschließend beurteilen. Insofern könnte der Leading Case des EGMR als Vorbild dienen. Das Urteil *Allan v. the U.K.*<sup>15</sup> hat zentrale Bedeutung. Die darin herausgearbeitete (Allan-)Formel hat später auch die Große Kammer des EGMR, nämlich in dem Urteil *Bykov v. Russia*<sup>16</sup>, aufgenommen. Das Allan-Kriterium gliedert sich in zwei Subkriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen: 1. Ein von einem Verdeckten Ermittler geführtes Gespräch ist als „funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung“ zu qualifizieren sowie 2. die besondere „Natur der Beziehung zwischen dem VE und dem Beschuldigten“ oder der psychische Druck auf den Beschuldigten ist gegeben. Erst wenn beide Subkriterien zugleich vorliegen, kann von einer Freiwilligkeit bei einer selbstbelastenden Äußerung nicht mehr gesprochen werden. Wang schließt daraus folgerichtig, dass der EGMR – etwa in Bezug auf verdeckte Befragungen – mit der Allan-Formel den Anwendungsbereich des Schutzes der Selbstbelastungsfreiheit zwar ausweitet, aber keine strikte Linie etabliert, da er gleichzeitig an der Einzelfallabwägung festhält. In der Rechtspraxis – und das zeigt etwa der Bykov-Fall – spielt besonders die Anforderung an das Vorliegen von „psychischem Druck“ eine entscheidungserhebliche Rolle. Die EGMR-Rechtsprechung setzt dem Einsatz von VE eine menschenrechtliche Grenze, indem die Allan-Formel den Beschuldigten durch ein europäisches nemo-tenetur-Prinzip vor täuschungsbedingten Selbstbelastungen schützt. Diese Grenze dürfen VE beim Entlocken eines Geständnisses nicht überschreiten. Letztlich sprechen die von Wang herausgearbeiteten Untersuchungsergebnisse dafür, „dass die höchstrichterliche Rechtsprechung den europäischen Vorgaben zur effektiven Umsetzung der Garantie der Selbstbelastungsfreiheit nicht völlig gerecht wird, solange sie nicht die bis dato vertretene Position aufgibt, nach der die gezielte verdeckte Befragung des Beschuldigten durch den VE nicht als Täuschung i.S.d. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO zu bewerten sei. Im Vordergrund der Auseinandersetzung des BGH mit der Problematik vernehmungssähnlicher Befragungen durch VE steht sachlich allein die Allan-Formel. Sie wird in der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich zum einzigen Maßstab bei der Beurteilung staatlich veranlasster verdeckter Befragungen. Gleichzeitig setzt sich die Rechtsprechung nicht mit daraus resultierenden ‚Spätkomplika­tionen‘ in der Praxis auseinander. Eine solche Komplikation ist das ungelöste Verhältnis zwischen §§ 110a ff. StPO und dem Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO. Zudem wird in die Garantie der Selbstbelastungsfreiheit zu Unrecht nicht auch ein Täuschungsverbot nach § 136a StPO eingeschlossen“ (S. 254).

Die Leitentscheidungen werden von Wang chronologisch aufgearbeitet (S. 34 ff.).

<sup>6</sup> BGHSt 34, 365 (369).

<sup>7</sup> *Lagodny*, StV 1996, 167 (168).

<sup>8</sup> BGHSt 42, 139 (147 f.).

<sup>9</sup> BGHSt 34, 365 (369); 55, 314 (317).

<sup>10</sup> BGHSt 42, 139 (149, 152); anders tendenziell BGHSt 55, 314 (317 f.) m. Anm. *Norouzi*, NJW 2011, 1525.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 30.4.1987 – 4 StR 30/87 = NJW 1987, 2524; BGH, Urt. v. 9.5.1985 – 1 StR 63/85 = NJW 1986, 390.

<sup>12</sup> *Eschelbach* (Fn. 5), § 136a Rn. 9.

<sup>13</sup> LG Hannover, Urt. v. 18.9.1986 – KLS 49848/85 – 33a 43/86; für eine Analogie auch *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 637.

<sup>14</sup> *Monka*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2018, § 136a Rn. 5; zum Ganzen *Schuh*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 136a Rn. 73 ff.

<sup>15</sup> EGMR, Urt. v. 5.11.2002 – 48539/99 = StV 2003, 257.

<sup>16</sup> EGMR, Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02 = NJW 2010, 213.

Es blieb lange offen, wie die Frage nach dem Spannungs- und Normverhältnis zwischen dem Täuschungsverbot gem. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO und der gezielten verdeckten Befragung eines gem. §§ 110a ff. StPO eingesetzten VE zu beantworten ist und wie in diesem Lichte durch eine solche Ermittlungsmethode erlangte Erkenntnisse zu bewerten sind. Wang liefert unter Berücksichtigung der BGH- und EGMR-Rechtsprechung tragfähige Antworten. Die Vorschriften über den Einsatz von VE in der StPO werden mit Blick auf das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO und die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 EMRK zum menschenrechtlichen Prüfstein. Die Untersuchungsergebnisse Wangs zeichnen ein klares Bild: Danach schaffen die §§ 110a ff. StPO keine Ausnahme vom Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO; das ergibt sich im Wesentlichen aus der Auslegung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit („Der BGH sollte deswegen sein Augenmerk auf das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO richten und bei der Rechtsanwendung einen neuen dogmatischen Weg entwickeln, denn auch ohne die Leitentscheidungen des EGMR wäre es jedenfalls wünschenswert, wenn die Vorschriften der nationalen Rechtsordnung widerspruchsfrei angewendet werden können.“, S. 255). Das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO gilt auch bei einem Einsatz Verdeckter Ermittler; es ist jedoch nicht direkt, sondern analog anzuwenden. Voraussetzung ist aber, „dass eine mit einer formellen Vernehmung gleichzustellende vernehmungähnliche Situation vorliegt, denn dies ist Vorbedingung für die analoge Anwendbarkeit von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO. Aus dem Wortlaut des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ergibt sich, dass sich der Tatbestand des Täuschungsverbots in kumulativer Weise wie folgt zusammensetzt: a) Täuschungsmethode; b) Willensbeeinträchtigung des Beschuldigten; c) Kausalität“ (S. 252). Die drei Merkmale müssten in gleicher Weise auf eine verdeckte Ausforschung eines Beschuldigten durch einen VE übertragen werden. Sind die gesetzlich normierten Voraussetzungen des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO nicht erfüllt, bleibt also weiter die Möglichkeit bestehen, dass der Einsatz von VE nicht gegen das Täuschungsverbot gem. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verstößt. Wang weist zutreffend auf die damit zwangsläufig verbundene Problematik hin: „Diese Differenzierung bedarf gründlicher Überlegung, denn es darf nicht vorschnell oder schematisch die Behauptung aufgestellt werden, jede Handlung oder Strategie eines VE sei per se mit dem Täuschungsverbot des § 136a StPO unvereinbar. Bei der Entscheidung sind vielmehr stets die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen“ (S. 253). Eine dogmatische Auslegung der verschiedenen Gesetzesbestimmungen zeigt, dass §§ 110a Abs. 2 und 110c S. 3 StPO einem VE keine Ermächtigung zur Durchführung verdeckter Befragungen geben, wenn diese darauf zielen, dem über die wahre Identität des VE getäuschten Beschuldigten ein Geständnis zu entlocken. Natürlich sind VE berechtigt, unter Nutzung einer Legende selbstbelastende Äußerungen eines Beschuldigten entgegenzunehmen und an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten; sie sind jedoch nicht dazu befugt, dem Beschuldigten selbstbelastende Äußerungen aktiv zu entlocken. Verfassungsrechtlich ist es darüber hinaus im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit

unmöglich, durch einfache Gesetze die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Täuschungsverbots i.S.d. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO außer Kraft zu setzen (S. 253). Das von Wang präsentierte Forschungsergebnis, nach dem eine auf das Entlocken eines Geständnisses abzielende verdeckte Befragung durch einen VE einer Prüfung bezüglich des Täuschungsverbotes gemäß § 136a Abs. 1 S. 1 StPO unterzogen werden muss, bedeutet unter Umständen, dass ein Tatgeschehen ungeklärt bleiben und sich der Täter einer Verurteilung entziehen kann. Der Rechtsstaat hat seinen Preis.<sup>17</sup> Es ist also kein Irrsinn, sondern die ganz normale Komplexität eines Rechtsstaates, die man aushalten muss. Mit dem BGH ist festzustellen: „Diese Auffassung hat zwar zur Folge, dass wichtige Beweismittel zur Aufklärung von Straftaten unbenutzt bleiben müssen, obwohl dem Grundsatz wirksamer Strafrechtspflege Verfassungsrang zukommt. Das muss im Interesse eines rechtsstaatlichen Verfahrens jedoch hingenommen werden; die Strafprozessordnung zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis.“<sup>18</sup> Der Anwendung von § 136a StPO kann nicht entgegengehalten werden, dass dieser nur für Vernehmungen gelte, um die es sich bei der „Bespitzelung“ durch einen VE nicht handelt.<sup>19</sup> Die Zeugenaussagen von VE oder gar der an ihrer Stelle auftretenden „Zeugen vom Hörensagen“ sind nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Glaubwürdigkeit, sondern auch auf ihre Verwertbarkeit unter dem Gesichtspunkt des § 136a StPO zu prüfen. Freilich bleibt es dabei, dass der VE nicht allein schon dadurch eine Täuschung i.S.v. § 136a Abs. 1 StPO begeht, dass er dem Beschuldigten verschweigt, dass er im Auftrag der Polizei handelt. Der EGMR hat in dem Einsatz von VE keinen grundsätzlichen Verstoß gegen das Recht auf faires Verfahren aus Art. 6 EMRK gesehen.<sup>20</sup>

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit liegt im Ergebnis vor, wenn der Beschuldigte in einem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren erklärt hat, zum Tatvorwurf schweigen zu wollen, und der eingesetzte Beamte den Tatverdächtigen zu einer selbstbelastenden Aussage gedrängt und der VE den Tatverdächtigen in einer vernehmungähnlichen Weise zu den Einzelheiten des Tathergangs befragt hat.<sup>21</sup>

Die Dissertation von Wang zeichnet sich durch einen stringenten Aufbau aus, liest sich gut und flüssig und skizziert die rechtlichen Anforderungen, die die EGMR-Rechtsprechung gestellt hat. Die europäischen Vorgaben, insbesondere die Selbstbelastungsfreiheit gem. Art. 6 EMRK und die dazu ergangene EGMR-Rechtsprechung sind gerade wegen ihrer Rezeption durch die BGH-Rechtsprechung für die rechtliche Bewertung verdeckter Befragung von großer Bedeutung. Abschließend sei hervorgehoben, dass das Buch von Wang uneingeschränkt allen empfohlen werden kann, die

<sup>17</sup> Beulke, StV 1990, 182.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 17.3.1983 – 4 StR 640/82 = NJW 1983, 1570, Anm. Meyer, NStZ 1983, 466.

<sup>19</sup> So bereits Röhrich, Rechtsprobleme bei der Verwendung von V-Leuten für den Strafprozess, 1974, S. 240 ff. m.w.N.

<sup>20</sup> EGMR, Urt. v. 5.2.2008 – 74420/01 = NJW 2009, 3565.

<sup>21</sup> Keller (Fn. 3), S. 181.

sich mit Fragen rund um „Verdeckte Ermittlungen“ befassen und Anregungen und vertiefende Erkenntnisse gewinnen wollen. Eine Anschaffung wird der Praktiker ebenso wenig bereuen, wie der eher juristisch oder wissenschaftlich orientierte Leser. Um es abschließend kurz machen: Ein klarer Kauf!

*Polizeidirektor Christoph Keller, Münster*