

Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft

Eine Anleitung für Klausur und Praxis

Bearbeitet von
Von Dr. Raimund Brunner, Vizepräsident des Landgerichts

14. Auflage 2019. Buch. Rund 110 S. Softcover
ISBN 978 3 8006 5920 3
Format (B x L): 21,0 x 29,7 cm

b) Verjährung

- 54 Auf die in §§ 78–78c StGB geregelte Verfolgungsverjährung ist immer dann zu achten, wenn die Tat im Zeitpunkt der Abschlussverfügung länger als drei Jahre zurückliegt. Die kürzeste Verjährungsfrist beträgt drei Jahre, § 78 III Nr. 5 StGB. Umgekehrt ist, wenn die Verjährungsfrist abgelaufen ist, zu untersuchen, ob nicht die Verjährung ruhte, § 78b StGB, oder durch bestimmte Prozesshandlungen unterbrochen wurde, § 78c I 1 Nr. 1–12 StGB. In Examensklausuren wird § 78 III StGB von vielen Referendaren fehlerhaft gelesen und verstanden.

Beispiele:

- a) **Raub, § 249 StGB**, verjährt nach § 78 III Nr. 2 StGB in 20 Jahren, weil sein Strafrahmen nach § 249 I StGB 1 Jahr bis 15 Jahre beträgt, § 38 II StGB. Damit wird der Raub im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mehr als 10 Jahren bedroht, § 78 III Nr. 2 StGB. Die in § 249 II StGB (minder schwerer Fall) vorgesehene Milderung bleibt bei der Bestimmung der Verjährungsfrist außer Betracht, § 78 IV StGB.
- b) **Brandstiftung, § 306 StGB**, verjährt nach § 78 III Nr. 3 StGB in 10 Jahren, weil sie im Höchstmaß (»... bis zu zehn Jahren«) mit einer Freiheitsstrafe von mehr als 5 Jahren bis zu 10 Jahren bedroht ist.
- c) **Diebstahl, § 242 StGB**, verjährt nach § 78 III Nr. 4 StGB in 5 Jahren, weil er im Höchstmaß (»... bis zu fünf Jahren«) mit einer Freiheitsstrafe von mehr als 1 Jahr bis zu 5 Jahren bedroht ist.
- d) **Hausfriedensbruch, § 123 StGB**, verjährt nach § 78 III Nr. 5 StGB in 3 Jahren, weil er im Höchstmaß (»... bis zu einem Jahr ...«) mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht ist.

Ein häufig vorkommender Fehler bei der Anwendung des § 78c I Nr. 1 StGB ist, dass diese Vorschrift nicht vollständig gelesen wird. Die Verjährung wird danach nicht nur durch die erste Vernehmung des Beschuldigten bzw. die Bekanntgabe, dass gegen ihn das Ermittlungsverfahren eingeleitet ist, unterbrochen, sondern auch schon durch die *Anordnung* dieser Vernehmung oder Bekanntgabe. Gleichgültig ist, ob die Anordnung der Vernehmung vom Gericht, der Staatsanwaltschaft oder einer Polizeidienststelle stammt und ob der Beschuldigte davon erfährt.²⁰ Bei § 78c I Nr. 10 und 11 StGB wird von Referendaren häufig übersehen, dass nur die vorläufige *gerichtliche* Einstellung des Verfahrens wegen Abwesenheit oder Verhandlungsunfähigkeit des Angeschuldigten nach § 205 StPO die Verjährung unterbricht, nicht die vorläufige *staatsanwaltliche* Einstellung des Verfahrens nach § 154f StPO analog.

c) Strafklageverbrauch

- 55 Der Verbrauch der Strafklage ist die wichtigste Wirkung der materiellen Rechtskraft. Er tritt erst ein, wenn das Verfahren wegen der Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist, formell rechtskräftig ist. Die Sperrwirkung macht eine neue Strafverfolgung gegen denselben Täter wegen derselben Tat unzulässig, Art. 103 III GG.²¹
- 56 Maßgeblich für die Bestimmung der sachlichen Reichweite des Strafklageverbrauchs ist somit die prozessuale Tatidentität. Der Strafklageverbrauch reicht so weit, wie die *Sachentscheidung durch das Gericht* aufgrund der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht geboten war. *Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft* bewirken dagegen grundsätzlich keinen Strafklageverbrauch (Ausnahme: § 153a I 5 StPO). Durch die Einstellung des Verfahrens nach § 170 II 1 StPO tritt damit kein Strafklageverbrauch ein; das Ermittlungsverfahren kann vielmehr jederzeit wieder aufgenommen werden, wenn Anlass dazu besteht.²²
- 57 Auch *gerichtliche Einstellungsbeschlüsse*, zB §§ 153 II, 153a II, 154 II StPO, können die Strafklage ganz oder beschränkt verbrauchen.

²⁰ Fischer StGB § 78c Rn. 10.

²¹ Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO Einl. Rn. 171.

²² Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 170 Rn. 9.

- Umstritten ist, ob die gerichtliche Einstellung des Verfahrens nach § 153 II StPO zu einem Strafklageverbrauch führt. Während § 153a I 5, II StPO ausdrücklich einen Strafklageverbrauch (bezüglich einer Verfolgung als *Vergehen*) bestimmt, fehlt eine entsprechende Regelung in § 153 StPO. Die erneute Strafverfolgung soll zulässig sein,
 - falls neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden analog § 211 StPO, § 47 III JGG, die zu einer Änderung der rechtlichen Beurteilung der Tat führen,²³
 - nur falls neue Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, die unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt eine erhöhte Strafbarkeit begründen,²⁴
 - nur falls sich die Tat nunmehr als *Verbrechen* darstellt.²⁵
- Der BGH hat nunmehr entschieden, dass eine gerichtliche Entscheidung nach § 153 II StPO zu einem beschränkten Strafklageverbrauch führt. Dies erfordert schon der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) ergebende Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes. Einer unbeschränkten Möglichkeit des Wiederaufgreifens des Verfahrens stünde auch die Regelung des § 153 II 4 StPO entgegen, die eine Unanfechtbarkeit des Einstellungsbeschlusses vorsieht. Eine maßgebliche Schranke bildet aber die Regelung des § 153a I 5 StPO. Wenn sogar für die Einstellung unter einer Auflage die spätere Verfolgung der Tat als Verbrechen noch möglich bleibt, können für die Einstellung nach § 153 StPO, die dem Beschuldigten kein Opfer abverlangt, keine weiteren Anforderungen gelten. Im Übrigen sieht der BGH grundsätzlich keinen Anlass, bei gerichtlichen Einstellungsentscheidungen nach § 153 II StPO zusätzliche – über § 153a I 5 StPO und die Wiederaufnahmevorschriften (§ 362 StPO) hinausgehende – Beschränkungen des Strafklageverbrauchs anzunehmen.²⁶
- Hat das Gericht das Verfahren gem. § 153a II StPO eingestellt, besteht bis zur Erfüllung der Auflagen und Weisungen noch kein endgültiges, sondern nur ein bedingtes Verfahrenshindernis. Bei Nichterfüllung der Auflagen und Weisungen wird das Verfahren fortgesetzt. Endgültig entsteht das Verfahrenshindernis mit der Erfüllung der Auflagen und Weisungen. Eine neue Strafverfolgung des Angeklagten nach einer Einstellung gem. § 153a II StPO ist wegen derselben Tat nur zulässig, wenn sich der Verdacht eines *Verbrechens* ergibt, § 153a II 2 StPO iVm I 5 StPO. Neue Tatsachen oder Beweismittel sind dafür nicht erforderlich.²⁷
- Die vorläufige Einstellung des Verfahrens nach § 154 II StPO beendet die gerichtliche Anhängigkeit bzw. Rechtshängigkeit²⁸ und schafft insoweit ein Verfahrenshindernis. Ist das Verfahren mit Rücksicht auf eine wegen einer anderen Tat bereits rechtskräftig erkannten Strafe vorläufig eingestellt worden, kann es, falls nicht inzwischen Verjährung eingetreten ist, wieder aufgenommen werden, wenn die rechtskräftig erkannte Strafe nachträglich wegfällt, § 154 III StPO. Nach § 154 IV StPO kann das Verfahren binnen drei Monaten nach Rechtskraft des wegen der anderen Tat ergehenden Urteils wieder aufgenommen werden, wenn es mit Rücksicht auf eine wegen einer anderen Tat zu erwartende Strafe vorläufig eingestellt worden ist, falls nicht inzwischen Verjährung eingetreten ist.

Die durch *Strafbefehl* rechtskräftig abgeurteilte Tat kann schon im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens unter den erleichterten Voraussetzungen des § 373a StPO nochmals aufgegriffen werden, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines *Verbrechens* zu begründen.

d) Beweisverwertungsverbote

Die Beweisverwertungsverbote spielen nicht nur in den Strafurteils- und Revisionsklausuren eine große Rolle, sondern auch in der staatsanwaltlichen Abschlussverfügungsklausur (Le-

23 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 153 Rn. 37 f.

24 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 153 Rn. 38.

25 KK-StPO/Schoreit StPO § 153 Rn. 62 ff.

26 BGH NJW 2004, 375.

27 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 153a Rn. 52.

28 Zu den Begriffen Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 156 Rn. 1.

senswert: *Finger* JA 2006, 529 ff.). Sie schließen die Berücksichtigung bestimmter Beweisergebnisse und Sachverhalte aus, die damit nicht zum Gegenstand der Beweiswürdigung und letztlich Urteilsfindung gemacht werden dürfen. Sollte der hinreichende Tatverdacht nicht auf andere Art und Weise nachgewiesen werden, muss bei Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes das Ermittlungsverfahren gem. § 170 II 1 StPO eingestellt werden. Der Referendar wird deshalb während seiner Ausbildung die stark in Fluss befindliche Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverböten verfolgen müssen.

- 64 • Ein ausdrückliches Verwertungsverbot statuiert die StPO in § 136a III 2, der die Verwertung durch verbotene Vernehmungsmittel zustande gekommener Aussagen auch dann untersagt, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt. Die Aufzählung der verbotenen Mittel in § 136a I StPO ist nicht abschließend; die genannte Vorschrift enthält nur Beispiele unzulässiger Beeinträchtigungen. Verboten sind alle Methoden, mit denen derselbe Zweck verfolgt wird wie mit den in § 136a I StPO ausdrücklich genannten Mitteln.²⁹ Von besonderer praktischer Bedeutung sind die Fälle, die nur schwer von der erlaubten kriminalistischen Taktik abzugrenzen sind. Erlaubt ist nämlich die kriminalistische List, verboten dagegen die bewusste Täuschung.
- 65 **Fall:** Der Angeklagte hatte am Anfang der polizeilichen Vernehmung seine Tatbeteiligung an einem Tötungsdelikt abgestritten. Die der Polizei bekannten, gegen diese Einlassung sprechenden Umstände waren keine den Angeklagten stark belastenden Indizien. Dennoch erklärte der Polizeibeamte dem Angeklagten, es lägen so viele Beweise gegen ihn vor, dass er auf keinen Fall entlassen werde, wenn er bei seiner bisherigen Einlassung bleibe; er habe überhaupt keine Chance. Alles laufe auf Mord mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe hinaus. Er könne seine Lage überhaupt nur verbessern, wenn er ein Geständnis ablege; denn dann lasse sich prüfen, ob die Tat möglicherweise nur als Totschlag oder Körperverletzung mit Todesfolge einzuordnen sei. Der Angeklagte legte daraufhin ein Geständnis ab, das er in der Hauptverhandlung widerrief.
- 66 **Lösung** (nach BGHSt 35, 328 ff. = NJW 1989, 842, OLG Frankfurt a. M. StV 1998, 119 ff., ähnlich LG Freiburg StV 2004, 647 [648]): In dem Verhalten des Polizeibeamten lag eine Täuschung des Angeklagten iSv § 136a I 1 StPO, die Ursache seines Geständnisses geworden ist. Diese Vorschrift, die nach § 163a IV 2 StPO auch für Polizeibeamte gilt, schließt nicht jede List bei der Vernehmung aus, verbietet aber eine Lüge, durch die der Beschuldigte bewusst irreführt und seine Aussagefreiheit beeinträchtigt wird. Ein Vernehmungsbeamter kann jedenfalls auch dann über Tatsachen täuschen, wenn er dem Beschuldigten gegenüber nur pauschal und ohne bestimmte Beweismittel vorzuspiegeln von einer Beweislage spricht, die ausreiche, ihn zu überführen, und daher eine Entlassung und einen späteren Freispruch ausschließe. Weiß der Vernehmende, dass aufgrund der bisherigen Ermittlungen kein dringender Tatverdacht, sondern allenfalls ein Anfangsverdacht gerechtfertigt ist, erklärt er aber dem vorläufig Festgenommenen trotzdem, die gegen ihn vorliegenden Beweise ließen ihm keine Chance, er könne seine Lage nur durch ein Geständnis verbessern, weil die ihm nachweisbare Tat dann milder beurteilt werden könne, so täuscht er ihn über die Beweis- und Verfahrenslage. Bei einer solchen Fallgestaltung ist die Behauptung, der Beschuldigte werde, auch wenn er nicht gestehe, auf jeden Fall verurteilt werden, nicht nur eine unrichtige Prognose über den künftigen Ausgang des Gerichtsverfahrens, sondern eine unzulässige Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Beschuldigten, um ihm die Überzeugung von einem so nicht vorliegenden Beweisergebnis und der Richtigkeit darauf gestützter falscher rechtlicher Schlussfolgerungen zu verschaffen.
- 67 • Die Beweisverwertung wird auch durch § 252 StPO untersagt. Diese Bestimmung verbietet die Verlesung der polizeilichen Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.

²⁹ Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 136a Rn. 6; zur Frage der Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten gegenüber einem Mitgefangenen in der Untersuchungshaft vgl. BGH NJW 1998, 3506 und *Müller-Christmann* JuS 2000, 168.

Fall: Da sich die Tataufklärung eines Mordes als äußerst schwierig erwies, verpflichtete die Polizei im Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft R und H als Vertrauenspersonen. Diese hatten den Auftrag, Kontakt mit zwei Tatverdächtigen (den späteren Angeklagten) und deren Umfeld aufzunehmen. Ihre Wahrnehmungen sollten sie jeweils vollständig an die Polizei weitergeben. Die beiden V-Leute sprachen ihre Kontakte mit der Polizei ab, hatten aber keine Kenntnis vom Stand der Ermittlungen. Es gelang ihnen, das Vertrauen des Angeklagten L und seiner Verlobten K zu gewinnen. Diese erklärte von sich aus einem der V-Männer gegenüber, der in einer Zeitung abgebildete Tathammer gehöre dem Angeklagten L. Auf Nachfrage beschrieb sie individuelle Merkmale. Erstmals gegenüber dem Ermittlungsrichter und dann in der Hauptverhandlung berief sich die Zeugin K auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I Nr. 1 StPO und machte keine Angaben zur Sache. Gegen den Widerspruch der Verteidigung vernahm das Landgericht die V-Leute R und H als Zeugen darüber, was K ihnen gegenüber geäußert hat. Beide Revisionen rügten die Verletzung des § 252 StPO iVm § 52 StPO. 68

Lösung (nach BGH NStZ 1994, 593 ff.):³⁰ Das Verlesungsverbot des § 252 StPO ist in ständiger Rechtsprechung über dessen Wortlaut hinaus dahin ausgedehnt worden, dass es dem Gericht auch verwehrt ist, die früheren Aussagen durch Anhörung der Vernehmungsbeamten in die Hauptverhandlung einzuführen und dann zu verwerten.³¹ Voraussetzung für ein auf § 252 StPO gestütztes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot ist aber stets, dass es sich um Angaben des Zeugen handelt, die er im Rahmen einer *Vernehmung* gemacht hat. Äußerungen des Zeugen außerhalb einer Vernehmung werden von § 252 StPO nicht erfasst.³² Um solche Äußerungen handelte es sich bei dem, was die Zeugin K den V-Leuten gegenüber gesagt hat. Zum Begriff der Vernehmung gehört nämlich, dass der Vernehmende dem Zeugen in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt. Das ist bei V-Leuten nicht der Fall, sie sind vielmehr Zeugen und unterliegen den Regeln der StPO für diesen Personenkreis. § 252 StPO ist auch nicht entsprechend anwendbar. Entscheidend gegen die Annahme eines Verwertungsverbot nach § 252 StPO spricht der damit im Zusammenhang stehende Zweck des § 52 StPO. Das hier eingeräumte Zeugnisverweigerungsrecht soll den Angehörigen vor Konflikten schützen, die sich ergeben können aus der Besonderheit einer Vernehmungssituation, insbesondere durch die Wahrheitspflicht bei einer Zeugenvernehmung einerseits und die sozialen Pflichten, die aus seiner familiären Bindung gegenüber dem Angeklagten andererseits erwachsen. Dieser Widerstreit der Pflichten, auf den das Gesetz in den §§ 52, 252 StPO Rücksicht nimmt, besteht nicht, soweit sich jemand außerhalb einer Vernehmung anderen gegenüber aus freien Stücken äußert. Somit bleibt der Schutzzweck des Zeugnisverweigerungsrechts begrenzt; was der Angehörige in Gesprächen mit Nachbarn, wahren oder falschen Freunden äußert, bleibt verwertbar. Es verstößt auch nicht gegen allgemeine Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens, die Äußerungen der Zeugin K gegenüber den V-Leuten bei der Aufklärung des Mordes im Rahmen der Beweiswürdigung zu verwerten. Zulässig ist der Einsatz von privaten Kontaktpersonen oder V-Leuten mit dem Ziel, zur Aufklärung eines Mordes Beweise zu gewinnen. Auch der Gesetzgeber hat durch die Neuregelung des Einsatzes von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten zum Ausdruck gebracht, dass er die Tarnung, die mit verdeckten Ermittlungen notwendig verbunden ist, im Interesse der Aufklärung schwerer Straftaten für gerechtfertigt hält, §§ 110a, 110b StPO. Das getarnte Vorgehen ist also, auch wenn es auf Initiative der Strafverfolgungsbehörden beruht, kein Umstand, der für sich die Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens begründet. Im vorliegenden Fall besteht auch keine Notwendigkeit für ein Beweisverwertungsverbot, das auf außerhalb der Regeln der StPO liegende allgemeine Prinzipien zu stützen wäre. Der Anspruch des Beschuldigten auf eine an rechtsstaatlichen Garantien ausgerichtete Strafrechtspflege ist nicht verletzt. Bei der Beurteilung ist zu beachten, dass ein Beweisverwertungsverbot einen der wesentlichen Grundsätze im Strafverfahren einschränkt, nämlich den, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von 69

³⁰ Vgl. hierzu Besprechung dieser Entscheidung von *Helmhagen* JA 1995, 183 sowie *Gold* JA 1995, 411.

³¹ BGHSt 2, 99 = NJW 1952, 356; BGHSt 21, 218 = NJW 1967, 1094.

³² BGHSt 36, 384 = NJW 1990, 1859; BGH NStZ 1992, 247; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 252 Rn. 8.

Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel, die von Bedeutung sind, zu erstrecken hat. Allgemeine Rechts- oder Verfassungsgrundsätze verbieten hier die Verwertung nicht. Auch bedarf es in diesem Fall nicht der Ableitung eines konkreten Beweisverwertungsverbotes aus dem Begriff des »fairen Verfahrens« als einer Ausgestaltung des Rechtsstaatsprinzips. Die Zulässigkeit des Beweises ergibt sich aus der Berechtigung des Einsatzes von V-Leuten in Verbindung mit dem Zweck der §§ 52, 252 StPO.

Grundsätzlich ist auch im Rahmen des § 252 StPO die Vernehmung von Verhörspersonen ausgeschlossen. Beamte der Polizei und der Staatsanwaltschaft dürfen also über den Inhalt der Aussage nicht vernommen werden. Eine Ausnahme von dem Verwertungsverbot gilt für den Fall, dass der Zeuge von einem **Richter** vernommen worden ist, der ihn ordnungsgemäß über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hatte. Ein über die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht hinausgehender Hinweis darauf, dass die Aussage verwertbar bleibt, wenn der Zeuge später das Zeugnis verweigert, wird jedoch nicht vorausgesetzt.³³

- 70 • Aus der Verletzung des § 136 I 2 StPO folgt zur Sicherung eines fairen Verfahrens ein Beweisverwertungsverbot:³⁴ Ist der Vernehmung des Beschuldigten durch einen Beamten des Polizeidienstes nicht der Hinweis vorausgegangen, dass es dem Beschuldigten freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (§ 136 I 2 StPO iVm § 163a IV 2 StPO), so dürfen Äußerungen, die der Beschuldigte in dieser Vernehmung gemacht hat, grundsätzlich nicht verwertet werden. Das Unterlassen des Hinweises nach § 136 I 2 StPO kann durch erneute Vernehmung geheilt werden. Dabei verlangt der BGH³⁵ eine »qualifizierte Belehrung« bei Beginn der nachfolgenden Beschuldigtenvernehmung, indem auch auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen ist. Unterbleibt die »qualifizierte« Belehrung, sind trotz rechtzeitigen Widerspruchs in der Hauptverhandlung die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe im Einzelfall verwertbar.

71 **Im Einzelnen gilt:**

(1) Wer bei Beginn der Vernehmung auch ohne Belehrung wusste, dass er nicht auszusagen braucht, ist allerdings nicht im gleichen Maße schutzbedürftig wie derjenige, der sein Schweigerecht nicht kannte. Er muss zwar nach §§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO belehrt werden. Jedoch gilt hier das Verwertungsverbot ausnahmsweise nicht.

(2) Der hohe Rang der Selbstbelastungsfreiheit gebietet es, dass auch Spontanäußerungen – zumal zum Randgeschehen – nicht zum Anlass für sachaufklärende Nachfragen genommen werden, wenn der Beschuldigte nach Belehrung über seine Rechte nach § 136 I 2 StPO die Konsultation durch einen benannten Verteidiger begehrt und erklärt, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen.³⁶

(3) Hat ein Verteidiger des Angeklagten in der Hauptverhandlung mitgewirkt und hat der verteidigte Angeklagte ausdrücklich der Verwertung des Inhalts einer ohne Belehrung (§ 136 I 2 StPO) zustande gekommenen Aussage zugestimmt, so besteht auch kein Verwertungsverbot. Dasselbe gilt, wenn der verteidigte Angeklagte einer solchen Verwertung nicht widersprochen hat. Der Widerspruch kann nur bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt erklärt werden. Er muss also spätestens in der Erklärung enthalten sein, die der Angeklagte oder sein Verteidiger im Anschluss an diejenige Beweiserhebung abgibt, die sich auf den Inhalt der ohne Belehrung gemachten Aussage bezieht.

(4) Hatte der Angeklagte in der Hauptverhandlung vor dem Tatrichter keinen Verteidiger, so gilt die genannte Einschränkung nur dann, wenn der Angeklagte vom Vorsitzenden darüber belehrt wurde, dass er der Verwertung seiner bei der Polizei gemachten Aussage widersprechen kann. Andernfalls gilt das Verwertungsverbot.

33 Meyer-Göfner/Schmitt/Schmitt StPO § 252 Rn. 14a; BGH NJW 2017, 94 ff.

34 BGH NStZ 1992, 294; vertiefend hierzu Lesch JA 1995, 157 (160 ff.); Meyer-Göfner/Schmitt/Schmitt StPO § 136 Rn. 20.

35 BGH NJW 2009, 1427 ff. = JA 2009, 471 f.; OLG Hamm BeckRS 2009, 14282 = StV 2010, 5 ff.

36 BGH NJW 2013, 2769.

- Hat eine Privatperson auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden mit dem Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht ein auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichtetes Gespräch geführt, ist umstritten, ob der Inhalt des Gesprächs im Zeugenbeweis jedenfalls dann verwertet werden darf, wenn es um die Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung geht und die Erforschung des Sachverhalts unter Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre. 72

Fall: Im Zuge der Ermittlungen wegen eines Raubüberfalls wurde der Angeklagte A aufgrund von Angaben des Zeugen E verdächtigt. E hatte bei der Polizei ausgesagt, dass A ihm gegenüber in einem Ferngespräch seine Täterschaft eingeräumt habe. Daraufhin veranlasste die Polizei ein weiteres Telefonat zwischen E und A. F war zu diesem Telefonat als Dolmetscher von der Polizei hinzugezogen worden, um das Gespräch an einem Zweithörer mitzuhören. In dem Telefonat machte A Angaben zur Tat. Er wurde in erster Instanz wegen schweren Raubes zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren verurteilt, wobei die Strafkammer ihre Überzeugung von seiner Täterschaft im Wesentlichen auf die Angaben des F über den Inhalt des mit E geführten Telefongesprächs stützte. 73

Lösung: (nach BGH NStZ 1996, 502 ff., Besprechung in JA 1997, 15 ff.; BVerfG NJW 2000, 3556 [3557]; 2002, 3619 ff.): Veranlassen die Ermittlungsbehörden eine Privatperson, mit einem Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht ein auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichtetes Gespräch zu führen, so liegt darin kein Verstoß gegen die Vorschriften der StPO, der ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben könnte. 74

(1) Das Vorgehen verstößt nicht gegen §§ 163a, 136 I StPO.

(a) § 136 StPO ist nicht unmittelbar anwendbar. Die Vorschrift bezieht sich auf Vernehmungen. Zum Begriff der Vernehmung iSd StPO gehört, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr Auskunft verlangt.

b) §§ 163a, 136 I StPO sind auch nicht entsprechend anzuwenden. Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist es nicht, dem Tatverdächtigen zu Bewusstsein zu bringen, dass er von einer Amtsperson oder einer mit den Ermittlungsbehörden zusammenarbeitenden Privatperson befragt wird. Durch die Belehrung soll vielmehr gegenüber dem Beschuldigten eindeutig klar gestellt werden, dass es ihm freisteht, nicht auszusagen, obwohl ihn ein Richter, StA oder Polizeibeamter in amtlicher Eigenschaft befragt. Das Belehrungsgebot will sicherstellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird, zu der er möglicherweise eben durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte. § 136 I StPO ist vor diesem Hintergrund einer kraft staatlicher Autorität vorgenommenen Befragung zu verstehen. Dieser Sinn der Regelung wird nicht verletzt, wenn eine Privatperson, sei es auch auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden, den Tatverdächtigen in ein Gespräch zu ziehen und von ihm Äußerungen zu erlangen sucht, durch die er sich ggf. belastet. Es liegt auf der Hand, dass sich der Beschuldigte in dieser Situation nicht durch die Autorität des Befragenden zu einer Äußerung veranlasst sehen kann. Er weiß, dass er sich nicht zu äußern braucht. Zum Ausgleich der Autorität, mit der die amtliche Befragung durchgeführt wird, bedarf es in dieser Situation keines Gegengewichts, wie es die StPO im Interesse einer effektiven Gewährleistung der Schweigebefugnis mit dem Belehrungsgebot schaffen will.

(2) Es liegt auch kein Verstoß gegen die Regelung der §§ 163a III, 136a I StPO vor. Eine solche Maßnahme stellt keine verbotene Täuschung im Sinne der Vorschrift dar. Der Begriff der Täuschung ist nach allgemeiner Ansicht zu weit gefasst und muss einschränkend ausgelegt werden. Dabei ist der Bezug zur Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung sowie zu den anderen in der Vorschrift aufgeführten verbotenen Mitteln zu berücksichtigen. Mit der Beeinträchtigung der Willensentschließung und -betätigung durch Misshandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln oder durch Quälerei lässt sich eine Befragung nicht gleichstellen.

(3) Ein Verbot jedes auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichteten Gesprächs zwischen dem Tatverdächtigen und einem von Ermittlungsorganen dazu veranlassten Helfer ergibt sich auch nicht daraus, dass das Bild der Vernehmung des Beschuldigten nach der

StPO das eines offenen, den amtlichen Charakter der Befragung und des Ermittlungsinteresses offenbarenden Vorgangs ist. Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung der hier in Frage stehenden Ermittlungsmaßnahmen, die keine Vernehmungen darstellen, sind die §§ 161, 163 StPO. Einer besonderen gesetzlichen Eingriffsermächtigung bedarf es nur für solche Ermittlungsmaßnahmen und Beweiserhebungen, die in geschützte Rechte anderer eingreifen. Im Übrigen sind die Polizeibehörden in der Wahl ihrer Ermittlungsmethoden grundsätzlich frei. Das schließt auch die Möglichkeit eines verdeckten Vorgehens gegenüber dem Tatverdächtigen ein. Die Heimlichkeit eines polizeilichen Vorgehens ist kein Umstand, der nach der StPO für sich allein schon die Unzulässigkeit der ergriffenen Maßnahmen begründet. Ein »Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns« lässt sich den das Ermittlungsverfahren regelnden Vorschriften des Gesetzes nicht entnehmen.

(4) Die Ermittlungsmaßnahme verstößt auch nicht gegen den Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten. Der Tatverdächtige, der in einem Gespräch mit einem von den Ermittlungsbehörden eingeschalteten Helfer zu Fragen des Untersuchungsgegenstandes Stellung nimmt, äußert sich nicht aufgrund eines tatsächlichen oder eines vorgetäuschten Zwanges. Er fühlt sich auch nicht zu einer Äußerung verpflichtet. Über die Freiwilligkeit seines Tuns kann er nicht im Zweifel sein.

(5) Das Fernmeldegeheimnis ist nicht verletzt. Der Schutzbereich des Art. 10 I GG wird durch den Herrschaftsbereich des Betreibers des Fernmeldenetzes umgrenzt. Erfasst sind Nachrichten während des technischen Übermittlungsvorgangs; der Grundrechtsschutz endet am Endgerät des Fernmeldeteilnehmers. Das Mithören eines Gesprächs über einen Zweithörer beruht hingegen nicht auf einem Eingriff in den vom Netzbetreiber zu Gewähr leistenden und zu verantwortenden Übermittlungsvorgang. Vielmehr hat die Gelegenheit hierzu der Fernsprechteilnehmer durch eigene Entschließung geschaffen, indem er an sein Endgerät eine Mithörvorrichtung angeschlossen hat.

(6) Schließlich lässt sich auch ein rechtswidriger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht feststellen, da unter den heutigen Verhältnissen grundsätzlich jedermann damit rechnen muss, dass sein Telefongespräch mittels eines Zeithörers oder auf andere Weise Dritten unmittelbar zugänglich ist. Das Mithören am Zweithörer bedeutet deshalb kein Eindringen in den geschützten Bereich des Privaten.

(7) Allerdings sind dem Einsatz von Privatpersonen zur Aufklärung von Straftaten rechtsstaatliche Grenzen gesetzt, die etwa dann überschritten sein können, wenn gezielt ein Liebesverhältnis angebahnt wurde, das zur Gewinnung von Informationen ausgenutzt werden soll, oder der Beschuldigte auf Veranlassung der Polizei durch eine Privatperson befragt wurde, obwohl er zuvor in einer Vernehmung ausdrücklich erklärt hatte, keine Angaben zur Sache machen zu wollen. Darüber hinaus unterliegt die Verwendung von Privatpersonen, welche ihren Auftrag verbergen, einer allgemeinen Grenze. Vorbehalte gegen heimliches Vorgehen von staatlichen Ermittlungsorganen oder von dazu veranlassten Privatpersonen können erhoben werden, wenn es darauf gerichtet ist, Äußerungen des Beschuldigten zu erlangen, die ihn belasten (vgl. hierzu EGMR BeckRS 2003, 05512 = StV 2003, 257; StV 2004, 1, auch Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 136a Rn. 4a).

- 75 Ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines Angeklagten ist zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar, soweit es dem durch Art. 13 I GG iVm Art. 1 I und 2 I GG geschützten Kernbereich zuzurechnen ist. Erkenntnisse über solche Äußerungen unterliegen einem absoluten Verwertungsverbot und dürfen auch im Hauptsacheverfahren nicht verwertet werden. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit – zB die Aufklärung eines Mordes – können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen.³⁷ Diese Rechtsprechung hat der BGH neuerdings wieder bestätigt. Er hat nämlich entschieden, dass das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch einem selbstständigen Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen unterliegt. Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar,

37 BVerfG NStZ 2004, 270; BGH NJW 2005, 3295.

da es dem durch Art. 2 I GG iVm Art. 1 GG absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist.³⁸

- Die StPO trifft keine abschließende Regelung über die Beweisverwertungsverbote. Solche können auch in anderen Gesetzen (zB § 51 I BZRG) oder unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden, insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip. So verletzt die Benutzung intimer Tagebuchaufzeichnungen die Grundrechte der Art. 1 und 2 GG. Das BVerfG unterscheidet zwischen einem unantastbaren Kernbereich dieser Grundrechte, der staatlichen Eingriffen unter allen Umständen verschlossen ist, in dem eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch nicht stattfindet, und einem Bereich, in dem überwiegende Belange Eingriffe rechtfertigen.³⁹ Die Verfassung gebietet es aber nicht, Tagebücher oder ähnliche private Aufzeichnungen schlechthin von der Verwertung im Strafverfahren auszunehmen. Allein die Aufnahme in ein Tagebuch entzieht Informationen noch nicht dem staatlichen Zugriff. Vielmehr hängt die Verwertbarkeit von Charakter und Bedeutung des Inhalts ab. Daraus folgt, dass im Rahmen der Strafverfolgung nicht von vornherein ein verfassungsrechtliches Hindernis besteht, solche Schriftstücke daraufhin durchzusehen, ob sie der prozessualen Verwertung zugängliche Informationen enthalten. Gehören private Aufzeichnungen nicht zum absolut geschützten Kernbereich, so bedarf ihre Verwertung im Strafverfahren der Rechtfertigung durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit. Das BVerfG hat wiederholt die unabwiesbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung hervorgehoben, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet. Andererseits kommt dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit keine geringere Bedeutung zu. Ein gerechter Ausgleich dieser Spannungen lässt sich nur dadurch erreichen, dass den unter dem Blickpunkt der Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege erforderlich erscheinenden Eingriffen das Schutzgebot der Art. 1 und 2 GG ständig als Korrektiv entgegengehalten wird. Das bedeutet, dass jeweils zu ermitteln ist, welchem dieser beiden verfassungsrechtlich bedeutsamen Prinzipien das größere Gewicht zukommt.⁴⁰ In einem vom BGH entschiedenen Fall dienten die bei dem Angeklagten sichergestellten Unterlagen der Aufklärung eines Mordes, also einer der schwersten Straftaten, die das StGB kennt.⁴¹ Die Verwertung dieser Tagebuchaufzeichnungen hielt der BGH aufgrund einer Abwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten einerseits und den Belangen der Strafrechtspflege andererseits für zulässig. Das BVerfG beanstandete diese Auffassung von Verfassungs wegen nicht.⁴² In Fällen tatprovokierenden Lockspitzelverhaltens erfolgt die Feststellung einer Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens im Rahmen einer Gesamtabwägung, wobei auch das öffentliche Interesse an Strafverfolgung und die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege als Faktoren zu berücksichtigen sind. Eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zieht nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG nur in Extremfällen ein Verfahrenshindernis nach sich; im Regelfall führt dies nur zu einem gewichtigen Strafmilderungsgrund. Diese Auslegung steht allerdings in ersichtlichem Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR, wonach die Verwendung von Beweismitteln, die als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden, nach Art. 6 I EMRK nicht gestattet ist. Nunmehr hat sich jedoch der 2. Strafsenat des BGH der Rechtsprechung des EGMR angeschlossen und ein Verfahrenshindernis wegen rechtsstaatswidriger Tatprovokation anerkannt.⁴³

38 BGH NJW 2012, 945 ff.; vgl. hierzu Besprechung dieser Entscheidung von v. Heintschel-Heinegg JA 2012, 395 f.

39 BVerfG NJW 1990, 563.

40 BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO Einl. Rn. 56a.

41 BGH NJW 1988, 1037.

42 BVerfG NStZ 1990, 89.

43 BGH NStZ 2014, 277 = StV 2014, 321; BVerfG JuS 2015, 659 ff.; EGMR BeckRS 2015, 16510 = StV 2015, 405; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO Einl. § 148a; BGH NJW 2016, 91 ff.