

**StrafR** Fallbearbeitung

Johanna Kramer\*

# Alles eine Frage der Verwertbarkeit

Fallbearbeitung im Strafprozessrecht

*Der Beitrag beschäftigt sich mit klassischen Problemen der Verwertbarkeit von Beweisen im Strafprozess. Im Fokus stehen die Frage der Zulässigkeit von legendierten Kontrollen als doppel funktionale Maßnahmen sowie die Verwertbarkeit von durch Täuschung erlangten Täteraussagen.*

**SACHVERHALT**

Sie sind Strafverteidiger\*in und werden im Zuge eines »Verteidigerwechsels« (§ 143a Abs. 2 Nr. 3 StPO) der Angeklagten (A) beigeordnet, gegen die die Hauptverhandlung vor dem Landgericht wegen des Vorwurfs des Handel-treibens in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) geführt wird.

Der Fall stellt sich wie folgt dar:

Nach einem massiven Ehestreit im November 2020 hatte E, der Ehemann der A, die Polizei aufgesucht und dort gegenüber der Kriminalbeamtin K nach ordnungsgemäßer Belehrung erklärt, seine Gattin sei in organisierten Drogenhandel verstrickt. Er habe, was er gegebenenfalls auch vor Gericht bezeugen könne, diverse Male gesehen, wie ein Bote Drogen anlieferte, die die A dann als Kurierin mit ihrem eigenen PKW weitertransportierte. Im Haus habe sie nie Drogen. So dumm sei sie nicht. Aufgrund dieser Angaben des E wurde das Mobiltelefon der A im Weiteren auf der Basis einer rechtmäßigen richterlichen Anordnung überwacht (§§ 100a, 100e StPO). Ein Telefonat der A mit einem Unbekannten (»Am 1. April ist schönes Wetter, man könnte einmal wieder eine Autofahrt machen« u.ä.) ließ die Polizei vermuten, dass die A am 1. April 2021 möglicherweise eine Kurierfahrt unternehmen werde. Um idealerweise auch noch Hinterpersonen ermitteln zu können und die laufende Telekommunikationsüberwachung nicht zu kompromittieren, wurde entschieden, eine »legendierte Kontrolle« durchzuführen. Dementsprechend wurde die A durch einen Polizeiwagen (scheinbar zufällig) angehalten, als sie eine Autobahnbaustelle mit unzulässig überhöhter Geschwindigkeit durchfuhr. A wurde im Zuge der »allgemeinen Verkehrskontrolle« scheinbar routinemäßig danach gefragt, ob sie verbotene Gegenstände mitführt. A verneinte dies. Als ein Drogenspürhund anschluss, wurde der Wagen der A durchsucht und es wurden BtM in erheblicher Menge gefunden. Der A wurde der Eindruck vermittelt, zufällig in eine Ver-

kehrskontrolle geraten zu sein und dann in diesem Rahmen gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen unterworfen zu werden.

A kam dann in Untersuchungshaft und nahm ihr Schweigerecht umfassend in Anspruch. E änderte seine Haltung und verweigerte gegenüber der Staatsanwaltschaft (und dann später auch vor dem Landgericht) das Zeugnis. Da die StA befürchtete, dass die Beweislage insgesamt zu dünn sein könnte und sich nach wie vor erhoffte, auch noch die Organisatoren der Kurierfahrt ermitteln zu können, wurde eine andere Untersuchungsgefangene (U) durch die Polizei, die der U Vorteile in ihrem eigenen Verfahren in Aussicht stellte, instruiert, den Kontakt mit der A zu suchen und nach Möglichkeit von dieser Informationen zu den Kurierfahrten und deren Organisatoren zu erlangen. U war erfolgreich und hat in einem Hauptverhandlungstermin bereits über die detaillierten Angaben berichtet, die die A ihr gegenüber in der Haftanstalt zu der Fahrt vom 1. April 2021 und zu anderen Kurierfahrten gemacht hatte.

A bittet Sie nun um eine Einschätzung: Kann eine Verurteilung abgewendet werden? Insbesondere ist sie der Ansicht, dass die Beweise gegen sie gar nicht verwertet werden dürfen.

(Gehen Sie bitte davon aus, dass eine Verurteilung nach § 29a BtMG materiell-rechtlich gerechtfertigt wäre, wenn A eine oder mehrere Kurierfahrten nachzuweisen sind und die Angaben des E, diejenigen der U oder die Sachbeweise aus der legendierten Kontrolle hierzu hinreichen würden. Bitte gehen Sie des Weiteren davon aus, dass E sich nicht strafbar gemacht hat. Gehen Sie schließlich davon aus, dass bzgl. des Anhaltens die Voraussetzungen nach § 36 Abs. 5 StVO und bzgl. der Durchsuchung/Sicherstellung diejenigen nach §§ 23 Abs. 1 Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG vorlagen, soweit in der gegebenen Situation überhaupt nach Polizeirecht vorgegangen werden durfte.)

\* Der Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften im 6. Semester an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Fallbearbeitung ist Ergebnis der Semesterabschlussklausur der Vorlesung Strafprozessrecht, welche im Sommersemester 2021 von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos gelesen wurde.

**GLIEDERUNG**

- A. Legendierte Kontrolle des Wagens der A
  - I. Beweisverwertungsverbot
    - 1. Beweiserhebung gem. §§ 102, 105 StPO
      - a) Materielle Voraussetzungen
      - b) Formelle Voraussetzungen
    - 2. Beweiserhebung gem. § 36 V StVO
    - 3. Beweiserhebung gem. §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG
  - II. Zwischenergebnis
- B. Informationserlangung durch Untersuchungsgefangene U
  - I. Beweisverwertungsverbote
    - 1. Ausnutzung der Zwangslage der Untersuchungshaft
    - 2. Verstoß gegen § 136a III 2 StPO wegen Täuschung
    - 3. Verstoß gegen Belehrungspflichten, §§ 163a, 136 StPO
  - II. Zwischenergebnis
- C. Aussagen des Ehemanns E
  - I. Verlesung des Protokolls über die Aussage, § 252 StPO
  - II. Vernehmung der K als Zeugin
- D. Gesamtergebnis

**GUTACHTEN****KANN EINE VERURTEILUNG ABGEWENDET WERDEN?**

Eine strafrechtliche Verurteilung erfordert die Sicherheit des Gerichtes von dem Vorliegen einer Straftat sowie der Täterschaft der Angeklagten A auf Grundlage hinreichend nachgewiesener Beweise. An keinem der beiden Erfordernisse dürften vernünftige Zweifel vorliegen, anderenfalls wäre A nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* (Im Zweifel für die Angeklagte) freizusprechen. Gem. § 261 StPO entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien richterlichen Überzeugung. Diese schöpft es aus dem Inbegriff der Verhandlung, konkret der Beweisaufnahme nach § 244 StPO. Eine Verurteilung der A könnte abgewendet werden, wenn die erhobenen Beweise nicht als Beweismittel verwertet werden dürfen.

**A. Legendierte Kontrolle des Wagens der A****I. Beweisverwertungsverbot**

Die erlangten Beweismittel aus der legendierten Kontrolle wären nicht verwertbar, wenn ein Beweisverwertungsverbot bestünde. Ein ausdrücklich gesetzlich normiertes Beweisverwertungsverbot ist nicht ersichtlich. Es könnte sich dennoch ein gesetzlich nicht normiertes Beweisverwertungsverbot ergeben, wenn die Erhebung des Beweises rechtswidrig gewesen sein sollte.

**1. Beweiserhebung gem. §§ 102, 105 StPO**

Die Durchsuchung des Autos der A wäre rechtmäßig, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Ermächtigungsgrundlage für die Durchsuchung erfüllt sind. In Betracht kommen hier die §§ 102, 105 StPO als strafprozessrechtliche Grundlage für die Durchsuchung.

**a) Materielle Voraussetzungen**

Gem. § 102 StPO müsste A dazu einer Straftat verdächtig sein. Ein solcher Anfangsverdacht besteht, wenn tatsächliche Anhaltspunkte nach kriminalistischer Erfahrung die Begehung einer Straftat als Täter oder Teilnehmer möglich erscheinen lassen.<sup>1</sup> Auf Grundlage der Telefonüberwachung der A vermutete die Polizei, dass die Autofahrt dem Überbringen der gehandelten Betäubungsmittel dienen werde.<sup>2</sup> Somit erscheint aus Perspektive der Polizei die Begehung einer Straftat, konkret des Handels mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a I Nr. 2 BtMG, möglich. Ein Anfangsverdacht ist somit gegeben. Weiterhin müsste

<sup>1</sup> HK-GS/Hartmann, Gesamtes Strafrecht. StGB, StPO, Nebengesetze. Handkommentar, 5. Auflage (2022), § 102 Rn. 2; KK-StPO/Diemer, Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung, 8. Auflage (2019), § 152 Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, Strafprozessordnung, 65. Auflage (2022), § 152 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, § 102 Rn. 2.

<sup>2</sup> § 102 letzter Hs. StPO; HK-GS/Hartmann (Fn. 1), § 102 Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler (Fn. 1), § 102 Rn. 13.

vermutet werden, dass die Durchsuchung zum Auffinden von Beweismitteln dienen werde. Vorliegend vermutete die Polizei nicht nur das Auffinden von transportierten Betäubungsmitteln als Beweismittel, sondern hoffte auch durch die Fahrt noch weitere Hinterpersonen des Handels ermitteln zu können. Somit diene die Durchsuchung auch dem Zweck des Auffindens von Beweismitteln. Die Durchsuchung darf sich gem. § 102 StPO auf die Wohnung oder andere Räume und Sachen erstrecken. Das Auto der A ist hier als eine der A gehörenden Sache i.S.d. § 102 StPO ein zulässiger Durchsuchungsort.<sup>3</sup> Hinweise, nach welchen die Durchsuchung unverhältnismäßig sein könnte, sind nicht ersichtlich. Somit sind alle materiellen Voraussetzungen der Durchsuchung gegeben.

#### b) Formelle Voraussetzungen

In formeller Hinsicht müsste die Durchsuchung gem. § 105 I 1 StPO durch den Richter, bei Gefahr in Verzug durch die Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungspersonen angeordnet werden. Eine richterliche Anordnung der Durchsuchung ist hier nicht erfolgt. Da die Polizei bereits frühzeitig wusste, dass A für den ersten April 2021 möglicherweise eine Kurierfahrt plant, hätte sie jedoch genug Zeit gehabt, um eine richterliche Anordnung zu erwirken. Es wurden dennoch keine derartigen Versuche unternommen. Hinweise, dass ohne schnelles Handeln der Polizei der Ermittlungserfolg vereitelt würde, sind nicht ersichtlich. Somit ist auch keine Gefahr im Verzug anzunehmen. Folglich entspricht die Durchsuchung nicht den formellen Voraussetzungen des § 105 StPO und die Maßnahme kann nicht auf die §§ 102, 105 StPO als Ermächtigungsgrundlage gestützt werden.

### 2. Beweiserhebung gem. § 36 V StVO

In Betracht kommt jedoch die präventivpolizeiliche Eingriffsgrundlage des § 36 V StVO. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 36 V StVO ist anzunehmen.<sup>4</sup> Jedoch ist § 36 V StVO nach seinem Wortlaut nur eine Ermächtigungsgrundlage für verkehrsbezogene Maßnahmen, etwa zur Überprüfung der Fahrtüchtigkeit des Fahrers, des Zustands der Ausrüstung des Fahrzeugs oder dessen Beladung.<sup>5</sup> A wurde hier von der Polizei wegen unzulässig überhöhter Geschwindigkeit in der Autobahnbaustelle angehalten. Dieses Anhalten dient einem verkehrsbezogenen Zweck und ist somit von § 36 V StVO gedeckt. Eine darüberhinausgehende umfassende Durchsuchung auf Mitführen von Betäubungsmitteln kann jedoch nicht mehr als verkehrsbezogener Zweck erfasst werden.<sup>6</sup> Somit ist § 36 V StVO keine Ermächtigungsgrundlage für die polizeiliche Durchsuchung nach Betäubungsmitteln.

### 3. Beweiserhebung gem. §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG

Allerdings könnte die Polizeibehörde ihr Handeln auf §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG stützen. Gem. § 23 I Nr. 3 NPOG kann die Polizei Sachen durchsuchen, wenn eine Tatsache die Annahme rechtfertigt, dass die Person Gegenstände mit sich führt, die sichergestellt werden dürfen. Das Anschlagen des Drogenspürhundes ist hier eine solche Tatsache, welche diese Annahme begründet.<sup>7</sup> Somit war die Durchsuchung zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr nach § 23 I Nr. 3 NPOG als präventivpolizeiliche Eingriffsgrundlage rechtmäßig. Fraglich ist, ob der Rechtmäßigkeit der Maßnahme entgegensteht, dass die Polizei neben der Gefahrenabwehr nach §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG auch das Ziel der Sicherstellung von Beweismaterial verfolgte. Die Maßnahme stellt dadurch nicht nur eine präventivpolizeiliche Maßnahme, sondern auch eine strafprozessrechtliche Maßnahme dar und ist damit eine doppelfunktionale Maßnahme.<sup>8</sup>

Bei doppelfunktionalen Maßnahmen ist das Verhältnis präventivpolizeilicher und strafprozessualer Ermächtigungsgrundlagen umstritten. Nach einer Ansicht besteht ein absoluter Vorrang der strafprozessualen Vorschriften als Ermächtigungsgrundlage, sodass Eingriffe aufgrund präventivpolizeilicher Grundlage rechtswidrig sind.<sup>9</sup> Anderenfalls würden die strengen Voraussetzungen der Strafprozessordnung, insbesondere der Richtervorbehalt, bei Eingriffen umgangen.<sup>10</sup> Hiernach wäre die erfolgte Durchsuchung auf Grundlage des NPOG nicht rechtmäßig. Nach anderer Auffassung ist für die Bewertung der Rechtmäßigkeit auf den Schwerpunkt der Maßnahme abzustellen.<sup>11</sup> Für einen strafprozessualen Schwerpunkt der Durchsuchung spricht, dass bereits zum Zeitpunkt des Anhaltens des Fahrzeugs ein Anfangsverdacht bei der Polizei bestand. Die präventivpolizeiliche Durchsuchung wurde gerade erst ausschlaggebend auf der Grundlage des Anfangsverdacht mit dem Ziel einer effektiven Strafverfolgung eingeleitet. Hingegen spricht für einen präventiven Schwerpunkt die bezweckte Verfolgung weiterer »Hintermänner«. Der maßgebliche Grund für die legendierte Vornahme der Durchsuchung lag darin, den weiteren Ermittlungserfolg zu sichern, also das Netzwerk weiterer Beteiligten zu erfassen und somit zukünftigen Handel mit Betäubungsmitteln zu verhindern. Hingegen würde eine nicht legendierte, offensichtliche Durchsuchung als nicht zufällige, polizei-präventive Maßnahme die Erfassung weiterer Beteiligten und Organisationen vereiteln. Zwar erfolgt das polizeiliche Handeln auch zur Strafverfolgung der A. Die Sicherung des weiteren Ermittlungserfolgs und damit einhergehend die Prävention, dass weitere gesundheitsschädliche Be-

<sup>7</sup> Vgl. BGHSt 62, 123 (134, Rn. 18).

<sup>8</sup> BGHSt 62, 123 (135, Rn. 20); *Murmann* (Fn. 3), Rn. 66d.

<sup>9</sup> LG Münster NStZ 2016, 126 (128) (m. Anm. *Gubitz*), NJW 2017, 3124 (3126) (*Mitsch*).

<sup>10</sup> LG Münster NStZ 2016, 126 (128) (m. Anm. *Gubitz*), NJW 2017, 3124 (3126) (*Mitsch*).

<sup>11</sup> *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Auflage (2020), Rn. 103; *Ehrenberg/Frohne*, Doppelfunktionale Maßnahmen der Vollzugspolizei. Problematik der rechtlichen Einordnung, Kriminalistik 2003, 737 (749).

<sup>3</sup> *Murmann*, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 4. Auflage (2019), Rn. 66b; MüKo-StPO/Hausschild, Bd. 1, 1. Auflage (2014), § 102 Rn. 25.

<sup>4</sup> Siehe Bearbeitervermerk.

<sup>5</sup> BGHSt 62, 123 (132, Rn. 15).

<sup>6</sup> BGHSt 62, 123 (132, Rn. 15).

täubungsmittel durch andere Beteiligte in den Umlauf gebracht werden, überwiegen hier jedoch den nebensächlichen Zweck der Strafverfolgung. Dem Gegenargument, eine legendierte Kontrolle zur Gefahrenabwehr sei lediglich eine kriminalistische List, kann mit dem Einschätzungsspielraum der Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehrprognose begegnet werden. In ihrer präventiven Befugnis zur Abwehr von Gefahren durch die Verbreitung von Betäubungsmitteln besitzt die Polizei einen Entscheidungsspielraum. Dieser Spielraum erstreckt sich auch auf die Art und den Umfang der Gefahrenabwehrmaßnahme. Die Durchsuchung zur Verhinderung der Verbreitung von Betäubungsmitteln kann also auch »eingekleidet« in den Rahmen einer Verkehrskontrolle erfolgen. Im Ergebnis bildet somit der präventivpolizeiliche Zweck der Maßnahme den Schwerpunkt der Durchsuchung und diese kann auf §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG gestützt werden.

Nach der Ansicht des BGH ist die Anwendung der strafprozessualen und der präventivpolizeilichen Ermächtigungsgrundlagen nebeneinander möglich.<sup>12</sup> Die präventive Gefahrenabwehr, dass also keine gesundheitsschädlichen Betäubungsmittel in den Umlauf kommen und die Zerschlagung des dahinterstehenden Netzwerks von Betäubungsmittelhändlern, sowie die repressive Strafverfolgung stehen als staatliche Aufgaben gleichberechtigt nebeneinander.<sup>13</sup> Dabei sind die Grenzen zwischen präventivem und repressivem Handeln der Polizei fließend.<sup>14</sup> Mithin konnte die Polizei ihr Handeln auch nach dieser Ansicht auf die §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG stützen und die Maßnahmen zur Beweis-erhebung waren rechtmäßig.

Die Verwertbarkeit der präventivpolizeilich rechtmäßig erlangten Beweismittel nicht nur für Gefahrenabwehrmaßnahmen, sondern auch für den Strafprozess ergibt sich aus dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffes nach § 161 III 1 StPO<sup>15</sup>. Hiernach können zu anderen Zwecken, wie vorliegend präventiven Gefahrenabwehrzwecken, gewonnene Beweismittel auch im Strafverfahren verwendet werden, wenn diese Maßnahmen auch nach den Voraussetzungen der Strafprozessordnung hätten angewendet werden dürfen.<sup>16</sup> Die materiellen Voraussetzungen der Durchsuchung nach § 102 StPO lagen vor, es mangelte nur an der ordnungsgemäßen Anordnung durch den Richter oder durch Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft. Da die auf präventivpolizeilicher Grundlage vorgenommene Durchsuchung auch gem. §§ 102, 105 StPO hätte angeordnet werden können, dürfen die so gewonnenen Informationen auch im Strafprozess verwertet werden.<sup>17</sup>

## II. Zwischenergebnis

Die Maßnahme hätte gem. § 105 StPO von einem Richter angeordnet werden dürfen und ist damit gem. § 161 III 1 StPO im Verfahren verwertbar.

### B. Informationserlangung durch Untersuchungsgefängene U

Die Aussage der U wäre nicht verwertbar, wenn ein Beweisverwertungsverbot bestünde.

#### I. Beweisverwertungsverbote

##### 1. Ausnutzung der Zwangslage der Untersuchungshaft

Die Aussage der U über das Gespräch mit A in der Untersuchungshaft könnte gem. § 136a III 2 StPO unverwertbar sein, wenn die Beweisgewinnung zu den Informationen der Kurierfahrt und deren Organisatoren einen Verstoß gegen § 136a StPO darstellt. In Betracht kommt die Ausnutzung einer Zwangslage als verbotene Vernehmungsmethode des § 136a I 2 StPO. Ein Beweisverwertungsverbot ist jedoch nur auf eine Vernehmung anzuwenden.<sup>18</sup> Fraglich ist also, ob die Informationserlangung durch die Untersuchungsgefängene U eine Vernehmung i.S.d. § 136a StPO darstellt. Nach dem formellen Vernehmungsbegriff liegt eine Vernehmung vor, wenn der Vernehmende dem Vernommenen in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft eine Aussage verlangt.<sup>19</sup> Nach dem funktionalen Vernehmungsbegriff liegt eine Vernehmung vor, wenn eine Person zur Entäußerung von Wissen durch ein befugtes Strafverfolgungsorgan, welches nicht nach außen hin erkennbar geworden sein muss, unmittelbar oder mittelbar veranlasst wird.<sup>20</sup> Die U wird hier zwar als Untersuchungsgefängene instruiert, die A zu Aussagen über die Organisation und weitere Beteiligte der Kurierfahrten zu bringen. U tritt A dabei aber weder im Sinne des formellen Vernehmungsbegriffes in amtlicher Funktion eines Strafverfolgungsorgans gegenüber, noch handelt U im Sinne des funktionalen Vernehmungsbegriffes als offiziell befugtes Strafverfolgungsorgan. Diese Befugnis zur amtlichen Strafverfolgung kann auch nicht aus der Beauftragung der U durch die Beamten der Staatsanwaltschaft abgeleitet werden. Gem. § 152 II StPO obliegt die Verfolgung von Straftaten der Staatsanwaltschaft. Dies umfasst die Beamten der Staatsanwaltschaft in ihrer offiziellen Funktion als Amtsträger. Die Untersuchungsgefängene U wurde hier zwar instruiert, hatte jedoch keine amtliche Stellung bei der Staatsanwaltschaft inne und handelte somit als Private in ihrem privatem Interesse an den versprochenen Vorteilen in ihrem eigenen Strafverfahren. Weder nach dem materiellen noch nach dem formellen Vernehmungsbegriff liegt eine Vernehmung durch U vor.

12 BGHSt 62, 123 (137, Rn. 25).

13 BGHSt 62, 123 (138, Rn. 27).

14 BGHSt 62, 123 (139, Rn. 30).

15 BGHSt 62, 123 (142, Rn. 38).

16 BGHSt 62, 123 (142, Rn. 38).

17 *Murmann* (Fn. 3), Rn. 66h; BGHSt 62, 123 (142, Rn. 37).

18 *Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt* (Fn. 1), § 136 a Rn. 4.

19 BGHSt 42, 139 (145); *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 5. Auflage (2019), § 6 Rn. 24; *Murmann* (Fn. 3), Rn. 107.

20 *KK-StPO/Diemer* (Fn. 1), § 136 a Rn. 6; *Renzikowski*, Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung, JZ 1997, 710 (713); *Roxin*, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995, 465 (465).

Jedoch könnte eine vernehmungähnliche Situation vorliegen, wenn eine Bezugs- oder Kontaktperson mit der Verdächtigen ein mündliches Gespräch über begangene Taten in der Absicht führt, dieses Gespräch abhören zu lassen oder anschließend den Strafermittlungsbehörden darüber zu berichten.<sup>21</sup> Hier wurde die instruierte U als »vertraute« Mitgefängene mit der Zielsetzung eingeschleust, ein Geständnis der A über die Kurierfahrten und deren Organisation zu erlangen. Das Gespräch der U mit A stellt somit eine vernehmungähnliche Situation dar. Auch in einer solchen vernehmungähnlichen Situation darf der Grundsatz des fairen Verfahrens sowie der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* (Niemand ist gehalten, sich selbst anzuklagen), hervorgehend aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I, 1 I GG, nicht leerlaufen.<sup>22</sup> Eine Verletzung dieser beiden Grundsätze könnte sich aus dem Zusammenwirken der Ermittlungsbehörde und der U sowie aus den Umständen der Untersuchungshaft ergeben.<sup>23</sup> Die Ermittlungsbehörden könnten die besonderen Bedingungen der Untersuchungshaft zur Erlangung von Äußerungen der A unsachgemäß missbraucht haben. Der Zweck der Untersuchungshaft liegt in der Sicherung der Durchführung eines ordnungsgemäßen Strafverfahrens und darin, Flucht- und Verdunklungsgefahren abzuwenden, § 112 StPO.<sup>24</sup> Mit dem Einschleusen der U als instruierte Ermittlerin durch die Polizei wird das eigentlich zulässige Mittel der Untersuchungshaft zweckentfremdet. Die Untersuchungshaft soll gerade nicht dazu dienen, durch die in der Haft reduzierten Möglichkeiten sich einer Befragung durch instruierte Personen zu entziehen, auszunutzen und dadurch die Beschuldigte von dem Gebrauch ihres Schweigerechts abzubringen.<sup>25</sup> Vorliegend machte die A von Anfang an von ihrem Schweigerecht gem. § 136 I 2 StPO umfassenden Gebrauch und wollte gerade keine Angaben zu der Tat und der Organisation gegenüber den Ermittlungsbehörden machen. Indem U durch eine instruierte Befragung die A zu Aussagen über die Tat bringt und A sich infolge dessen selbst belastet, wird die Zwangslage der Untersuchungshaft unsachgemäß ausgenutzt. Dies stellt einen Verstoß gegen den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* aus Art. 2 I, 1 I GG dar und begründet ein Beweisverwertungsverbot.

## 2. Verstoß gegen § 136a III 2 StPO wegen Täuschung

Weiterhin könnte sich ein Beweisverwertungsverbot aus § 136a III 2 StPO aus der Beeinträchtigung der Willensfreiheit der A durch Täuschung über die Rolle der U als eingesetzte Privatperson ergeben. Fraglich ist, ob der Einsatz der U eine Täuschung i.S.d. § 136a I StPO darstellt. Der Begriff der Täuschung gem. § 136a I StPO ist eng auszuulegen.<sup>26</sup> Unter Täuschung ist das bewusste Vorspiegeln von Tatsachen zu verstehen.<sup>27</sup> Im Hinblick auf die anderen in

§ 136a I StPO genannte Mittel wie Hypnose oder Quälerei wird deutlich, dass von § 136a I StPO nicht schon jede kriminalistische List erfasst sein soll.<sup>28</sup> Im Vergleich erreicht die bloße Irreführung über die Rolle der eingesetzten Privatperson U hingegen nicht das Gewicht der übrigen in der Bestimmung des § 136a I StPO genannten Verstöße.<sup>29</sup> Mithin ist der Einsatz der U als Privatperson in der Ermittlung nicht als Täuschung gem. § 136a III 2 StPO erfasst.

## 3. Verstoß gegen Belehrungspflichten, §§ 163a, 136 StPO

Es könnte sich ein Beweisverwertungsverbot aus dem Verstoß gegen eine Belehrungspflicht gem. §§ 163a, 136 StPO ergeben. Fraglich ist dabei, inwieweit in der vernehmungähnlichen Situation bei der Informationserlangung durch U eine Belehrungspflicht gegenüber A bestand. Grundsätzlich gilt die Belehrungspflicht für formelle Vernehmungen durch eine Person, welcher der Beschuldigten in offizieller Funktion gegenübertritt.<sup>30</sup> Eine Erweiterung des Begriffs der Vernehmung auf vernehmungähnliche Situationen widerspräche jedoch dem Sinn und Zweck der Belehrungspflicht.<sup>31</sup> Zweck der §§ 163a, 136 StPO ist es nicht, der Tatverdächtigen bewusst zu machen, dass sie von einer mit den Ermittlungsbehörden zusammenarbeitenden Privatperson befragt wird.<sup>32</sup> Durch die Belehrung soll vielmehr klargestellt werden, dass es der Beschuldigten freisteht, nicht auszusagen, obwohl sie ein Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamter in amtlicher Eigenschaft befragt.<sup>33</sup> Das Belehrungsgebot soll die Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahren.<sup>34</sup> Hier tritt die U der A nicht in amtlicher Funktion gegenüber. Mithin besteht hier keine Gefahr eines Irrtums über die Pflicht zur Aussage. Es liegt kein Verstoß gegen die Belehrungspflicht gem. §§ 163a, 136 I 2 StPO vor.

## II. Zwischenergebnis

Die Aussagen der U über die in der Untersuchungshaft von A gemachten Angaben sind wegen zweckwidriger Ausnutzung der Zwangslage der Untersuchungshaft nicht mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz vereinbar und somit nicht verwertbar.

## C. Aussagen des Ehemanns E

Die Aussagen des Ehemanns wären verwertbar, wenn kein Beweisverwertungsverbot entgegensteht.

### I. Verlesung des Protokolls über die Aussage, § 252 StPO

E verweigert das Zeugnis erst in der Hauptverhandlung, während er im Ermittlungsverfahren vor der Kriminal-

21 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage (2017), Rn. 571a.

22 Eisenberg (Fn. 21), Rn. 571b.

23 BGHSt 34, 362 (363).

24 BGHSt 34, 362 (363); BVerfGE 32, 87 (93).

25 BGHSt 34, 362 (363).

26 Murmann (Fn. 3), Rn. 249.

27 Murmann (Fn. 3), Rn. 249.

28 Murmann (Fn. 3), Rn. 249.

29 BGH NJW 1996, 2940 (2942).

30 BGHSt 42, 139 (145); Kindhäuser, Strafprozessrecht, 5. Auflage (2019), § 6 Rn. 24; Murmann (Fn. 3), Rn. 107.

31 BGH NJW 1996, 2940 (2941).

32 BGH NJW 1996, 2940 (2941).

33 BGH NJW 1996, 2940 (2941).

34 BGH NJW 1996, 2940 (2941).

beamtin K bereits ausführliche belastende Angaben gemacht hatte. Fraglich ist daher, ob das angefertigte Protokoll der Aussage gegenüber K ersatzweise in der Hauptverhandlung verlesen werden könnte. Hiergegen spricht zunächst der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, welcher in den §§ 226 I, 250 ff. StPO normiert ist. Nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme muss das Beweismittel persönlich vernommen werden und darf nicht durch Beweissurrogate wie die Verlesung eines Protokolls ersetzt werden, § 250 StPO. Somit müsste E in der Hauptverhandlung persönlich vernommen werden, was dieser jedoch gerade verweigert. Weiterhin steht das Verlesungsverbot des § 252 StPO hier einer Verlesung des Protokolls entgegen. Gem. § 252 StPO darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Somit dürfen die im Protokoll aufgezeichneten Aussagen des E nicht in der Hauptverhandlung verlesen werden.

## II. Vernehmung der K als Zeugin

In Betracht kommt stattdessen jedoch eine Vernehmung der K als Zeugin vom Hörensagen über den Inhalt der Aussage des E. Streitig ist, ob eine solcher Beweis einer Zeugin vom Hörensagen trotz der späteren Zeugnisverweigerung zulässig ist. Eine Ansicht geht von der Verwertbarkeit sämtlicher früherer Vernehmungen aus, weil der Zeuge nach ordnungsgemäßer Belehrung freiverantwortlich über sein Zeugnisverweigerungsrecht disponiert habe und die Verwertbarkeit seiner Aussage nicht nachträglich beseitigt werden kann.<sup>35</sup> Hiernach könnte die Aussage des E uneingeschränkt durch K als Zeugin vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Nach einer zweiten Ansicht besteht bei Zeugnisverweigerung des Zeugen auch in der Hauptverhandlung ein uneingeschränktes Verwertungsverbot.<sup>36</sup> Die Aussage des E könnte also nicht verwertet werden. Nach einer dritten Ansicht ist zwischen der Vernehmung durch die Polizei oder Staatsanwaltschaft und der Vernehmung durch den Ermittlungsrichter zu differenzieren.<sup>37</sup> Für Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen gilt das Verwertungsverbot, hingegen die Aussagen vor dem Ermittlungsrichter sollen verwertbar sein.<sup>38</sup> Hierdurch zeigt sich die gesteigerte

Bedeutung der Aussage vor einem Ermittlungsrichter für das weitere Verfahren.<sup>39</sup> Vorliegend wurde E von einer Kriminalkommissarin vernommen. Die Aussage wäre mithin nicht verwertbar.

Gegen die erste Ansicht spricht bereits die gesetzliche Wertung des § 252 StPO, nach welchem vor der Hauptverhandlung erfolgte Aussagen des Zeugen nicht durch Verlesung des Protokolls als Beweismittel eingebracht werden dürfen. Mithin kann nach der Systematik des § 252 StPO das Zeugnisverweigerungsrecht nicht verwirkt werden. Weiterhin würde die effektive Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungsrechts gehindert, was die Rechte der Angehörigen der Beschuldigten unzulässig beschneidet.<sup>40</sup> Mithin ist diese Ansicht abzulehnen. Für die anderen beiden Ansichten spricht, dass sie den Gebrauch des Zeugnisverweigerungsrechts sicherstellen, was gerade dem Schutz der familiären Verbindungen dienen soll.<sup>41</sup> Somit ist nach diesen beiden Ansichten eine Vernehmung der Vernehmungsperson K nicht zulässig.

## III. Ergebnis

Die Aussagen des E sind weder durch eine Verlesung des Protokolls noch durch eine Vernehmung der K als Zeugin vom Hörensagen verwertbar.

## D. Gesamtergebnis

Zwar ist weder die Aussage des E noch die Aussage der U zu den in der Untersuchungshaft gewonnen Erkenntnissen in der Hauptverhandlung verwertbar, jedoch sind die Sachbeweise aus der legendierten Kontrolle des Autos der A verwertbar. Hierdurch besteht eine hinreichend sichere Beweislage, so dass der A das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 29 a I Nr. 2 BtMG nachgewiesen werden kann. Eine Verurteilung kann somit nicht abgewendet werden.

<sup>35</sup> Schlüchter, Kernwissen Strafprozessrecht, 3. Auflage (1999), S. 192.

<sup>36</sup> Murmann (Fn. 3), Rn. 230; Radtke/Hohmann/Pauly, Strafprozessordnung, 2. Auflage (2019), § 252 Rn. 25.

<sup>37</sup> BGHSt 61, 221 (235, Rn. 32).

<sup>38</sup> BGHSt 61, 221 (235, Rn. 32).

<sup>39</sup> BGHSt 61, 221 (235, Rn. 33).

<sup>40</sup> Murmann (Fn. 3), Rn. 230; Radtke/Hohmann/Pauly (Fn. 35), § 252 Rn. 25.

<sup>41</sup> Murmann (Fn. 3), Rn. 230; Radtke/Hohmann/Pauly (Fn. 35), § 252 Rn. 25.