

**„Ausgewählte Beweiserhebungs- und
Beweisverwertungsverbote im Strafprozess“**

Diplomarbeit

**an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),
Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen**

Fachbereich Rechtspflege

vorgelegt von Michelle Nicole Lieschke

aus Bautzen

Meißen, 2. Juli 2021

Inhaltsverzeichnis

A.	Vorwort	1
B.	Einführung in die Begrifflichkeiten des Beweisrechtes	1
I.	Beweis	1
II.	Beweisantrag	2
III.	Beweisermittlungsantrag	3
IV.	Beweisgrundsätze	3
1.	Amtsermittlungsgrundsatz	3
2.	Mündlichkeitsgrundsatz	4
3.	Unmittelbarkeitsgrundsatz	4
a)	formelle Unmittelbarkeit	4
b)	materielle Unmittelbarkeit	5
4.	In dubio pro reo	5
V.	Beweiserhebungsverbot	6
1.	Beweisthemaverbot	6
2.	Beweismittelverbot	7
3.	Beweismethodenverbot	8
4.	relative Beweisverbote	8
VI.	Beweisverwertungsverbot	8
1.	selbstständige Beweisverwertungsverbote	9
2.	unselbstständige Beweisverwertungsverbote	10
a)	Rechtskreistheorie	10
b)	Abwägungslehre	11
c)	Fernwirkung	12
C.	ausgewählte Beweisverbote der Strafprozessordnung	12
I.	Das Täuschungsverbot des § 136a StPO	12
1.	Regelungszweck und Anwendungsbereich des §136a StPO	12
2.	Begriff und Anknüpfungspunkte der Täuschung	14
a)	Rechtsfragen	15
b)	Absichten	15

c)	Tatsachen.....	16
d)	Verschweigen.....	16
e)	Ausnutzen von Irrtümern	16
f)	Suggestivfragen.....	17
3.	Entlocken eines Geständnisses durch einen Verdeckten Ermittler – ein Verstoß gegen das Täuschungsverbot?	17
a)	Begrifflichkeit der Verdeckten Ermittlungen	17
b)	Vernehmungsbegriff	18
c)	Verstoß?.....	21
II.	Anwendung eines Polygraphen – eine unzulässige Beweiserhebungsmethode des § 136a StPO (analog)?	25
1.	Klassifizierung als Beweismittel	25
2.	Vorgehensweise	26
a)	Kontrollfragentest (KFT)	27
b)	Tatwissenstest (TWT).....	29
3.	Kritik an den Testmethoden	30
a)	Kontrollfragentest	30
b)	Tatwissenstest.....	31
4.	Entscheidungshergang des Bundesgerichtshofes.....	32
a)	Urteil vom 16.02.1954.....	32
b)	Urteil vom 17.12.1998.....	34
III.	§ 252 StPO	36
1.	Bedeutung und Reichweite als Beweisverbot	36
a)	Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 StPO.....	38
b)	Zeugnisverweigerungsrechte gemäß §§ 53, 53a StPO	39
c)	Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 54 StPO.....	40
d)	Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO.....	40
2.	Vernehmung der richterlichen Verhörsperson.....	40
	Schlusswort	42
	Literaturverzeichnis.....	V

Eidesstattliche Versicherung.....VII

A. Vorwort

Im gesamten Strafprozess geht es um die Suche nach Beweisen. Beweise, die die Schuld oder Unschuld des Täters untermauern. An Beweismöglichkeiten stehen den Verfahrensbeteiligten die Beweismittel der StPO offen. Gemäß § 244 Absatz 2 StPO trifft das Gericht die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung, durch Beweisanträge können die Beteiligten hierzu beitragen.

Die Möglichkeiten diese Beweise zu erlangen bzw. zu verwerten werden durch Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote eingeschränkt. Hintergrund ist hierbei vor allem der grundrechtliche manifestierte Schutz des Beschuldigten vor voreiligen Entscheidungen des Gerichts, unüberlegten Selbstbelastungen und dem intrafamiliären Konflikt aufgrund belastender Aussagen naher Angehöriger. Diese Arbeit beleuchtet ausgewählte Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote und beantwortet im Einzelnen konkret aufgeworfene Fragen zum jeweils thematisierten Beweisverbot.

So wird untersucht, ob das Entlocken eines Geständnisses durch einen Verdeckten Ermittler gegen das Täuschungsverbot verstößt oder ob eine Vernehmung mittels Polygrafan eine unzulässige Beweiserhebungsmethode darstellt.

Die im folgenden eruierten Thematiken bieten keinesfalls einen Anspruch auf Vollständigkeit; in der Strafprozessordnung und anderen Gesetzen finden sich viele weitere Beweisverbote, die im Übrigen auch zum Teil aus Rechtsprechung resultieren.

B. Einführung in die Begrifflichkeiten des Beweisrechtes

I. Beweis

Der Begriff des Beweises wird in der StPO¹ im unterschiedlichen Sinn gebraucht.²

Das Beweisergebnis stellt das Resultat aus der Erhebung von Beweisen dar. Es sind die Erkenntnisse, die aus der Beweisführung gewonnen wurden und zur Beurteilung der Beweisfrage dienen. Über das Beweisergebnis entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung, § 261 StPO. Hierbei muss der Tatrichter alle für und gegen den Angeklagten sprechende Umstände abwägen. Nach der ständigen

¹ Strafprozessordnung.

² Meyer-Großner/Schmitt, Einleitung Rn. 48.

Rechtsprechung genügt zur Überzeugung ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, demgegenüber vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht mehr aufkommen lassen.³

Die Beweismittel des Strafverfahrens können in persönliche und sachliche Beweismittel gegliedert werden. Persönliche Beweismittel sind Zeugen, Sachverständige und Aussagen des Beschuldigten/Angeklagten. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sie auf persönlichen Aussagen beruhen. Die sachlichen Beweismittel, zum Beispiel Gegenstände, die gemäß § 94 Abs. 1 StPO sichergestellt wurden, werden durch Augenschein zur Kenntnis genommen. Urkunden sind in der Hauptverhandlung zu verlesen, sofern es auf den Inhalt des Textes der Urkunde ankommt, § 249 Abs. 1 StPO. Zu den Urkunden gehören auch Vernehmungsprotokolle über bereits im Ermittlungsverfahren stattgefundene Vernehmungen eines Zeugen oder des Beschuldigten. Eine Verlesung dieser Urkunden scheidet wegen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes grundsätzlich aus.

II. Beweisantrag

Ein Beweisantrag liegt vor, wenn der Antragsteller ernsthaft verlangt, Beweis über eine bestimmt behauptete konkrete Tatsache, die die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, durch ein bestimmt bezeichnetes Beweismittel zu erheben und dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll, § 244 Abs. 3 StPO. Der Beweisantrag war bis zur Gesetzesänderung im Jahre 2019 in der StPO nicht legal definiert. Bis dahin musste auf die Definition der Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Diese wurde im Rahmen der Umsetzung des Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens mit Wirkung vom 13.12.2019 in der StPO festgeschrieben.⁴

Vom Beweisantrag ist der Beweisermittlungsantrag zu unterscheiden. Im Beweisantrag muss eine konkrete Beweistatsache und ein konkretes Beweismittel angegeben werden. Es muss deutlich gemacht werden, dass die Beweiserhebung verlangt wird und nicht in das gerichtliche Ermessen gestellt wird.⁵ Beispielsweise kann die Vernehmung eines Zeugen beantragt werden, dessen Aussage beweisen soll, dass der Angeklagte zum Tatzeitpunkt an einem anderen Ort als dem Tatort gewesen ist. Das Beweismittel wäre der Zeuge und die gewonnene

³ Meyer-Großner/Schmitt, § 261, Rn. 2, m.w.N.

⁴ Deutscher Bundestag – Drucksache 19/14747, Seite 33.

⁵ Meyer-Großner/Schmitt, § 244 Rn. 19.

Tatsache, dass der Angeklagte zum Tatzeitpunkt am anderen Ort war, die Beweistatsache.

Von der Beweistatsache ist das Beweisziel, also das begehrte Beweisergebnis zu unterscheiden.⁶

III. Beweisermittlungsantrag

Beweisermittlungsanträge dienen der Vorbereitung eines Beweisantrages und sind stets zulässig.⁷ Der Antragsteller ist noch nicht dazu in der Lage, einen Beweisantrag zu stellen, da ihm die nötigen Informationen für den zwingenden Inhalt des Beweisantrages fehlen. Ein Beweisermittlungsantrag kann beispielsweise lauten, dass die Schuldfähigkeit des Angeklagten durch einen zu bestellenden Sachverständigen geprüft werden soll. Hierbei ist weder konkretisiert, welcher Sachverständige die Untersuchung durchführen soll, noch welches Ergebnis die Untersuchung bringen wird.

IV. Beweisgrundsätze

1. Amtsermittlungsgrundsatz

Der Strafprozess ist von diversen Grundsätzen geprägt, so auch das Beweisrecht als solches. Im Folgenden werden die wichtigsten Beweisgrundsätze kurz vorgestellt. Dies vorausgeschickt, lässt sich das Prinzip und der Schutzzweck von Beweiserhebungs- und verwertungsverboten besser verstehen.

Anders als im Zivilprozess hat das Gericht von Amts wegen, das heißt unabhängig von einem Antrag eines Beteiligten, den Sachverhalt der prozessualen Tat zu erforschen. Im Zivilprozess gilt die Verhandlungsmaxime. Die Parteien bestimmen also selbst, was zum Gegenstand des Verfahrens wird, vgl. § 282 ZPO⁸.

Der Amtsermittlungsgrundsatz gilt im gesamten Strafverfahren – so hat bereits die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren den Sachverhalt zu erforschen, § 160 Abs. 1 StPO. Das Gericht hat dann im Rahmen des Hauptverfahrens selbstständig die Tatsachengrundlage des Tatvorwurfes umfassend zu untersuchen und aufzuklären, bevor es eine Entscheidung trifft, §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO.⁹

Ziel des Strafverfahrens ist es, den wahren Sachverhalt zu ermitteln, um den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen und Fehlurteile zu vermeiden.¹⁰

⁶ BGH, Urteil vom 07.09.06 - 3 StR 277/06 – juris.

⁷ Meyer-Großner/Schmitt, § 244 Rn. 25.

⁸ Zivilprozessordnung.

⁹ Eisenberg, Rn. 1.

¹⁰ a.a.O., mit Hinweis auf BVerfGE 57, 275.

2. Mündlichkeitsgrundsatz

Über das Ergebnis der Beweisaufnahmen entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung, § 261 StPO. Der Gegenstand des Urteils ist die Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt, § 264 Abs. 1 StPO. Ziel der Hauptverhandlung im Allgemeinen ist es, das Tatgeschehen zu rekonstruieren. Der Angeklagte kann selbst entscheiden, ob er zur Sache aussagen möchte. Es gilt das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit. Dem Urteil darf sodann nur der Prozessstoff zugrunde gelegt werden, der in der Hauptverhandlung mündlich vorgetragen und besprochen wurde. Der Mündlichkeitsgrundsatz spielt einerseits mit dem Grundsatz des Anspruches auf rechtliches Gehör, welcher in Art. 103 Abs. 1 GG¹¹ geregelt ist,¹² und andererseits mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit gem. § 169 GVG zusammen. *„Nur das Erfordernis des gesprochenen Wortes ermöglicht dem Zuhörenden, der [Hauptverhandlung] vollständig zu folgen.“*¹³

3. Unmittelbarkeitsgrundsatz

*„Der Grundsatz der Unmittelbarkeit besagt, dass sich das Gericht einen möglichst direkten und unvermittelten eigenen Eindruck von dem zu beurteilenden Sachverhalt verschaffen soll. Dies verlangt, dass die zur Entscheidung berufenen Richter die Beweisaufnahme selbst und in der Regel unter Verwendung der sach nächsten Beweismittel durchzuführen haben.“*¹⁴

Hierbei wird die formelle und die materielle Unmittelbarkeit unterschieden.

a) formelle Unmittelbarkeit

Die Hauptverhandlung erfolgt in ununterbrochener Gegenwart der zur Urteilsfindung berufenen Personen sowie der Staatsanwaltschaft und eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, § 226 Abs. 1 StPO. Die erkennenden Richter und Schöffen sollen einen persönlichen, unmittelbaren, eigenen sinnlichen Eindruck vom Tatgeschehen erlangen. Dabei erfordert § 226 StPO neben der körperlichen auch die geistige Anwesenheit.¹⁵ *„Der Richter bzw. die Schöffen dürfen bis zur Urteilsverkündung nicht wechseln, anderenfalls muss die ganze*

¹¹ Grundgesetz.

¹² Eisenberg, Rn. 64.

¹³ a.a.O.

¹⁴ Eisenberg, Rn. 65.

¹⁵ Meyer-Großner/Schmitt, § 226 Rn. 3.

*Hauptverhandlung wiederholt werden.*¹⁶ Gemäß § 192 Abs. 2, 3 GVG¹⁷ können jedoch präventiv Ergänzungsrichter bzw. -schöffen hinzugezogen werden. Diese treten für einen ausfallenden Richter bzw. Schöffen ein. Die Hauptverhandlung müsste nicht wiederholt werden. Der Ergänzungsrichter/-schöffe muss allerdings an der Verhandlung von Anfang an teilgenommen haben.¹⁸

b) materielle Unmittelbarkeit

*„Die materielle Komponente der Unmittelbarkeit verlangt, dass das Gericht die Tatsachen aus der Quelle selbst schöpft und sich grundsätzlich nicht mit Beweissurrogaten begnügt.“*¹⁹ Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesen des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden, § 250 StPO.

Grundsätzlich sind Urkunden im Rahmen des Strafprozesses geeignete Beweismittel. Kann jedoch der Inhalt der Urkunde auch durch die Erhebung eines Personalbeweises in die Hauptverhandlung eingeführt werden, ist der Beweis vorrangig so zu erheben.

§ 250 StPO gründet also den Grundsatz „Personalbeweis vor Urkundenbeweis“. Die originäre Vernehmung eines Zeugen trägt somit zur besseren Verschaffung des Eindruckes des Gerichtes bei.

Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen. Gesetzlich geregelte Ausnahmen finden sich in den §§ 251 ff. StPO. So kann zum Beispiel das Protokoll über die Zeugenvernehmung verlesen werden, wenn der Zeuge zwischenzeitlich verstorben ist, § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

Eine weitere Ausnahme bildet die Vernehmung des Zeugen vom Hören-Sagen.²⁰ Beispielsweise kann der Polizeibeamte vernommen werden, der die frühere Vernehmung eines Beteiligten durchgeführt hat. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz steht dem nicht entgegen, denn der Polizeibeamte selbst ist Personalbeweis.

4. In dubio pro reo

Der Grundsatz „in dubio pro reo“ - auf Deutsch: im Zweifel für den Angeklagten – ist den meisten Menschen ein Begriff. Er ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.

¹⁶ Meyer-Großner/Schmitt, § 226 Rn. 5.

¹⁷ Gerichtsverfassungsgesetz.

¹⁸ BGH, Urteil vom 12. Juli 2001, 4 StR 550/00-juris.

¹⁹ Eisenberg, Rn. 66, BVerfGE 57, 227f.

²⁰ BGH, Urteil vom 01. August 1962 – 3 StR 28/62 -, BGHSt 17, 382-388.

„Nach zumindest überwiegender Meinung beherrsche er aber den gesamten Entscheidungsprozess im Strafverfahren als ‚rechtsstaatlicher Fundamentalsatz‘.“²¹ In dubio pro reo stellt dabei keine Beweisregel in dem Sinne dar, der Grundsatz kommt erst nach dem Abschluss der Beweiswürdigung zur Anwendung.²²

V. Beweiserhebungsverbot

Beweisverbote schränken die Beweisführung und damit auch die Beweiswürdigung ein.²³ Sie stellen eine Eingrenzung der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO und der Aufklärungspflicht des Gerichtes dar. Beweisverbote lassen sich allgemein in Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote unterscheiden.

Beweiserhebungsverbote werden wiederum in vier Untergruppen gegliedert. Es gibt Beweisthemen-, Beweismittel-, Beweismethodenverbote sowie relative Beweisverbote. Im Folgenden werden diese erläutert. Zu beachten ist, dass eine Zuordnung der Beweisverbote in die jeweilige Untergruppe nicht immer einheitlich gehandhabt wird. Die Eingruppierung dient lediglich der besseren Übersichtlichkeit. Im Besonderen gibt die Eingruppierung keinen Aufschluss auf die strafprozessrechtlichen Folgen eines Verstoßes im Hinblick auf die Verwertbarkeit, Heilungsmöglichkeit oder Revisionserheblichkeit.²⁴

1. Beweisthemaverbot

Beweisthemaverbote verwehren es dem Richter, bestimmte Tatsachen aufzuklären.²⁵ Wie es die Begriffsbezeichnung bereits deutlich macht, darf ein bestimmtes Thema bzw. eine bestimmte Tatsache nicht zum Gegenstand des Beweises gemacht werden.²⁶

Ein Beispiel hierfür bildet die Aussage eines Beamten ohne entsprechende Aussagegenehmigung gemäß §§ 54 StPO i.V.m. 61f. BBG²⁷ bzw. 37 BeamtStG²⁸. Zu den Beweisthemaverboten gehören also Tatsachen, die der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterliegen.²⁹

²¹ Eisenberg, Rn. 116.

²² Eisenberg, Rn. 118 m.w.N.

²³ Pfeiffer, Einleitung, Rn. 14.

²⁴ Eisenberg, Rn. 337.

²⁵ Meyer-Großner/Schmitt, Einleitung Rn. 52.

²⁶ Pfeiffer, Einleitung Rn. 14.

²⁷ Bundesbeamtengesetz, gilt für Bundesbeamte.

²⁸ Beamtenstatusgesetz, gilt für Landesbeamte.

²⁹ Eisenberg, Rn. 338.

Ein Beamter darf vor Gericht nur dann eine Aussage über eine Angelegenheit, die seiner Dienstverschwiegenheit unterliegt, machen, wenn ihm sein Dienstherr eine Aussagegenehmigung erteilt, § 67 Abs. 3 BBG bzw. § 37 Abs. 3 BeamtStG.

Beispielsweise trifft ein Polizeibeamter aufgrund des von einem Beteiligten gewählten Notrufes am Tatort ein und macht entsprechende Beobachtungen. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens führt er dann Vernehmungen, §§ 161, 163 Abs. 3 Satz 1, 136 StPO i.V.m. § 152 GVG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 Verordnung Ermittlungspersonen Staatsanwaltschaft. Das Gericht könnte hier zum Beispiel interessieren, welche Beobachtungen der Polizeibeamte am Tatort machte oder welche Angaben der Angeklagte zum Tathergang in der Vernehmung tätigte. Die Frage, ob prozessuale Regeln bei den Ermittlungen eingehalten wurden, kann ebenfalls Thema der gerichtlichen Vernehmung sein.

Der Polizeibeamte hat grundsätzlich über die bei ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen, dienstlichen Angelegenheiten Verschwiegenheit zu bewahren, §§ 67 Abs. 1 BBG, 37 Abs. 1 BeamtStG.

Die Genehmigung wird durch den Dienstvorgesetzten erteilt und ist durch das Gericht einzuholen, Nr. 66 Abs. 1 RistBV³⁰. Sie darf nur unter engen Voraussetzungen versagt werden.

2. Beweismittelverbot

Bestimmte Beweismittel dürfen nicht zur Beweisgewinnung verwendet werden.

Wie bereits erläutert, bilden Zeugen, Urkunden, Augenschein, Sachverständige und die Vernehmung des Angeklagten im Grundsatz die zulässigen Beweismittel im Strafprozess. Es kann jedoch Umstände geben, unter denen diese Beweismittel gerade nicht zulässig sind. Beweismittelverbote schließen also bestimmte sachliche wie auch persönliche Beweismittel aus.³¹

Wird beispielsweise ein Zeuge vorgeladen, der mit dem Beschuldigten in gerader Linie verwandt ist (§ 1589 BGB³²), hat dieser gemäß § 52 Absatz 1 Nr. 3 StPO das Recht, das Zeugnis zu verweigern. Hintergrund dieser Vorschrift ist, dass sich der Zeuge bei einer Aussage gewissermaßen in einem Gewissenszwiespalt befindet: Einerseits ist er verpflichtet, die Wahrheit zu sagen, andererseits muss er befürchten, dass er durch die Aussage dem beschuldigten Angehörigen schadet.

³⁰ Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren.

³¹ Eisenberg, Rn. 348.

³² Bürgerliches Gesetzbuch.

Dem Zeugen wird somit die Möglichkeit eingeräumt, diesem Dilemma zu entfliehen.

Die Vorschrift schützt also das (familiär) persönliche Verhältnis zwischen dem Zeugen und dem Angeklagten und ist Ausprägung des nemo-tenetur-Grundsatzes. Die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes darf das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung nicht gegen den Angeklagten verwerten.³³

*„Beweismittelverbote können sich aber auch aus Beweisverwertungsverböten ergeben. Steht bereits im Zeitpunkt der Beweiserhebung fest, dass das Beweismittel einem Verwertungsverbot unterliegen würde, ist schon die Einführung in die Hauptverhandlung unzulässig.“*³⁴ Beispielsweise dürfen Tonbandaufnahmen, die die Privat- oder Intimsphäre verletzen, nicht verwendet werden, sofern die Beweisgewinnung nicht durch eine Privatperson erfolgte.³⁵

3. Beweismethodenverbot

*„Beweismethodenverböte untersagen eine bestimmte Art und Weise der Wahrheitsermittlung, wobei die Aufklärung des Beweisthemas zulässig bleibt.“*³⁶

Es dürfen bestimmte Verfahren, also Methoden, nicht verwendet werden, um den Beweis zu gewinnen. Die Beweismethodenverböte stellen praktisch die bedeutsamsten Beweisverböte dar. Ein bzw. sogar mehrere gesetzlich normierte Beweismethodenverböte sind in § 136a StPO geregelt. Die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung darf nicht durch die dort genannten Methoden eingeschränkt werden.

4. relative Beweisverböte

Bei den relativen Beweisverböten gilt es zu beachten, dass die Beweisgewinnung nicht von jedermann, sondern nur von bestimmten Personen angeordnet oder durchgeführt werden darf.³⁷ Gemäß § 81a StPO darf eine körperliche Untersuchung oder Blutentnahme des Beschuldigten zur Feststellung von Tatsachen, die für das Verfahren von Bedeutung sind, angeordnet werden. Diese Anordnungsbefugnis steht dabei im Grundsatz nur dem Richter zu.

VI. Beweisverwertungsverbot

„Beweisverwertungsverböte haben zur Folge, dass bestimmte Informationen und Beweisergebnisse nicht in die Beweiswürdigung bzw. die

³³ BGH, Beschluss vom 02.04.1968 - 5 StR 153/68 –, juris.

³⁴ Eisenberg, Rn. 353 mit Hinweis auf BVErfg, 57, 250.

³⁵ Eisenberg, Rn. 353, 354.

³⁶ Eisenberg, Rn. 347.

³⁷ Pfeiffer, Einleitung Rn. 14.

*Entscheidungsfindung einfließen dürfen. Sie sind nicht erst bzw. nur in der Hauptverhandlung, sondern vielmehr während des gesamten Strafverfahrens von Bedeutung.*³⁸ Sie können sich dabei bereits aus der Beweiserhebung ergeben. Die so ermittelten Tatsachen dürfen nicht zum Gegenstand der Beweiswürdigung und Urteilsfindung gemacht werden.³⁹ Beachtlich ist aber, dass nicht jede rechtswidrige Beweiserhebung zwingend zu einem Beweisverwertungsverbot führen muss. In diesem Kontext werden die selbstständigen von den unselbstständigen Beweisverwertungsverboten unterschieden.

1. selbstständige Beweisverwertungsverbote

Selbstständige Beweisverwertungsverbote liegen vor, wenn eine Beweiserhebung auf ordnungsgemäßen Weg stattfand, die Verwertung des Beweises jedoch einen unbilligen Eingriff in ein zu schützendes Individualrecht des Beschuldigten/Angeklagten darstellen würde.⁴⁰ Ein geschriebenes, also gesetzlich normiertes, selbstständiges Beweisverwertungsverbot stellt § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO dar. Im Rahmen der Auskunftspflicht des Insolvenzschuldners im Insolvenzverfahren hat dieser auch Tatsachen zu offenbaren, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat herbeizuführen, § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO. Jedoch darf eine solche Auskunft in einem Strafverfahren gegen den Schuldner nur mit Zustimmung dessen verwendet werden. Andernfalls darf die Aussage nicht verwertet werden.

Ein ungeschriebenes, nicht gesetzlich normiertes, selbstständiges Beweisverwertungsverbot wird zum Beispiel aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet. Es ist ein verfassungsrechtliches Beweisverwertungsverbot.

Bei den ungeschriebenen selbstständigen Beweisverwertungsverboten wurde der Beweis grundsätzlich richtig erhoben; es stellt sich aber die Frage nach der Verwertbarkeit der erlangten Informationen. So stellte sich die Frage, ob Aufzeichnungen des Angeklagten in seinem Tagebuch verwertet werden können.: *„Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden nicht schrankenlos; Einschränkungen können im überwiegenden Allgemeininteresse erforderlich sein.*

³⁸ Eisenberg, Rn. 356.

³⁹ Meyer-Großner/Schmitt, Einleitung Rn. 55.

⁴⁰ Rössner, Seite 80.

*Das BVerfG erkennt jedoch einen letzten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung an, der der öffentlichen Gewalt - selbst bei schwerwiegenden Interessen der Allgemeinheit - schlechthin entzogen ist ([ständige Rechtsprechung]). Ob ein Sachverhalt diesem Kernbereich zugeordnet werden kann, hängt u.a. davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt, und kann nur im Einzelfall festgestellt werden“.*⁴¹

Die Aufzeichnungen sind also mit der Sphärentheorie⁴² des Bundesverfassungsgerichtes zu werten. Die komplexe Sphärentheorie soll an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden. Festzuhalten ist, dass Aufzeichnungen, die in die Intimsphäre des Angeklagten fallen, nicht verwertet werden dürfen.⁴³

2. unselbstständige Beweisverwertungsverbote

Ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot folgt aus einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.⁴⁴ Da das Verwertungsverbot nicht ohne den Verbotsverstoß existieren kann, ist es unselbstständig. Zum Beispiel schreibt § 136 Abs. 1 StPO vor, dass der Beschuldigte darüber zu belehren ist, dass es ihm freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen.

Findet eine solche Belehrung versehentlich nicht statt und der Beschuldigte sagt aus, ist zu prüfen, ob seine Aussage überhaupt verwertet werden darf. Eine gesetzliche Vorschrift, die die Verwertung verbietet, gibt es nicht. Es könnte demnach ein ungeschriebenes unselbstständiges Beweisverwertungsverbot vorliegen. Die Rechtsprechung hat hierzu zwei Prüfungsmethoden entwickelt.

a) Rechtskreistheorie

Im Beschluss vom 21.01.1958⁴⁵ hat der BGH anhand einer fehlenden Belehrung des Zeugens über sein Auskunftsverweigerungsrecht die Rechtskreistheorie entwickelt. Es muss demnach bei jeder Vorschrift geprüft werden, ob ihre

⁴¹ Aus den Entscheidungsgründen von BVerfG, Beschluss vom 14. September 1989 – 2 BvR 1062/87 -, BVerfGE 80, 367-383.

⁴² Hiernach gibt es drei Sphären: die Intim-, Privat- und Sozialsphäre.

⁴³ Vier Richter am Bundesverfassungsgericht bejahten den Bereich der Intimsphäre für Aufzeichnungen eines wegen Frauenmordes Beschuldigten über seine seelischen Spannungszustände und Schwierigkeiten mit Frauen, vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. September 1989 – 2 BvR 1062/87 –, 80, 367-383.

⁴⁴ Rössner, Seite 80.

⁴⁵ BGH, Beschluss vom 21. Januar 1958 - GSSt 4/57 -, BGHSt, 11, 213-219.

Verletzung den Rechtskreis des Angeklagten wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von untergeordneter oder von keiner Bedeutung ist. Bei dieser Untersuchung sind vor allem der Rechtfertigungsgrund der Bestimmung und die Frage, in wessen Interesse sie geschaffen ist, zu berücksichtigen.⁴⁶

Durch die Belehrung soll gegenüber dem Beschuldigten eindeutig klargestellt werden, dass es ihm freisteht, nicht auszusagen, obwohl ihn ein Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamter in amtlicher Eigenschaft befragt.⁴⁷ Das Belehrungsgebot stellt klar, dass niemand verpflichtet ist, gegen sich selbst auszusagen.⁴⁸ Die Vorschrift gründet also auf dem nemo-tenetur Grundsatz sowie dem Grundsatz des fairen Verfahrens und schützt eindeutig den Rechtskreis des Beschuldigten. Würde der Beschuldigte in Unkenntnis seines Aussageverweigerungsrechtes Angaben zum Tatgeschehen machen, würde er sich selbst belasten. Davor soll die Belehrungspflicht gerade schützen. Die Aussagen, die der Beschuldigte gemacht hat, dürfen nicht verwertet werden.⁴⁹ Es liegt also nach der Rechtskreistheorie ein Beweisverwertungsverbot vor.

Kennt jedoch der Beschuldigte sein Recht, die Aussage zu verweigern trotz fehlender Belehrung und sagt trotzdem aus, soll kein Verwertungsverbot vorliegen.⁵⁰ Der wissende Angeklagte ist nicht im gleichen Umfang schutzbedürftig wie der nichtwissende Angeklagte.

b) Abwägungslehre

„Nach der Abwägungslehre soll jeweils im Einzelfall das staatliche Interesse an der Strafverfolgung gegen das Individualinteresse des Beschuldigten auf Wahrung seiner Rechte abgewogen werden, wobei insbesondere die Schwere des Delikts und das Gewicht des Verfahrensverstößes zu berücksichtigen sein sollen.“⁵¹ Es findet also eine allgemeine Interessensabwägung statt. Sicherlich begründet der Schutzzweck der Norm und damit auch der betroffene Rechtskreis des Angeklagten stets ein Argument für das Vorhandensein eines Beweisverwertungsverbotes. Wird der Rechtskreis des Angeklagten verletzt, wird in der Regel auch der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt. Es müssen jedoch auch Argumente für die Verfolgung des staatlichen Interesses an der Strafverfolgung beachtet werden. Hierfür könnte beispielsweise die

⁴⁶ vgl. Entscheidungsgründe a.a.O.

⁴⁷ Meyer-Großner/Schmitt, § 136 Rn. 7 m.w.N.

⁴⁸ a.a.O., BGH 14, 358.

⁴⁹ so auch BGH, Beschluss vom 27. Februar 1992 – 5 StR 190/91 -, BGHSt 38, 214-231.

⁵⁰ Meyer-Großner/Schmitt, § 136 Rn. 50 m.w.N.

⁵¹ Rössner, Seite 81.

Schwerstkriminalität stehen. Abzuwägen wäre demnach, ob der Verstoß gegen eine gesetzliche Pflicht im Verhältnis mit der begangenen Straftat steht. Beachtlich ist auch, ob der Beweis auf ordnungsgemäße Weise erlangt werden könnte.

Im obigen Fall ist auch nach der Abwägungslehre ein Beweisverwertungsverbot zu bejahen.

c) Fernwirkung

„Umstritten ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen dasjenige Beweismaterial, das erst auf Grund solcher Informationen gewonnen wurde, die ihrerseits einem unverwertbaren Beweisergebnis entstammen, gleichfalls dem betreffenden Verwertungsverbot [im Sinne eines mittelbaren Beweisverwertungsverbot] unterliegt.“⁵² Gesteht beispielsweise der Angeklagte die Tat, obwohl er nicht über sein Schweigerecht gemäß § 136 StPO belehrt wurde, darf seine Aussage nach der Rechtskreistheorie nicht verwertet werden. Wird aufgrund der Angaben im Geständnis zusätzlich die Tatwaffe mit seinen DNA-Spuren gefunden, ist fraglich, ob sich das Verwertungsverbot auch auf diesen mittelbar gewonnenen Beweis erstreckt.

In Deutschland besteht, anders als in Nordamerika⁵³, grundsätzlich keine Fernwirkung. In Einzelfällen kann abhängig vom Verstoß eine Fernwirkung bejaht werden.⁵⁴

C. ausgewählte Beweisverbote der Strafprozessordnung

I. Das Täuschungsverbot des § 136a StPO

1. Regelungszweck und Anwendungsbereich des §136a StPO

„Mittels Täuschung kann ein Mensch beherrscht und zum willenlosen Objekt des Täuschenden gemacht werden.“⁵⁵

§ 136a StPO ist Ausdruck von Art. 1 GG – die Würde des Menschen ist unantastbar. Das gesamte Strafverfahren steht unter dem Leitgedanken der Rechtsstaatlichkeit. Auch im Strafprozess darf die Wahrheit nicht um jeden Preis

⁵² Eisenberg, Rn. 403.

⁵³ In Nordamerika besteht der Grundsatz der „fruit oft he poisonous tree-doctrine“, zu Deutsch: *Lehre der Früchte des vergifteten Baumes*. Demnach unterliegen auch die Beweismittel, die aus der unverwertbaren Beweiserhebung erlangt wurden, dem Verwertungsverbot. Während in Deutschland Beweiserhebungsverbote rechtsstaatlichen Charakter haben, dienen sie in Amerika zur Disziplinierung der Polizei, Meyer-Großner/Schmitt, Einleitung Rn. 57.

⁵⁴ Meyer-Großner/Schmitt, Einleitung Rn. 57.

⁵⁵ Wang, Seite 104.

erforscht werden⁵⁶, sondern vielmehr nur auf justizförmige Weise.⁵⁷ Dem Beschuldigten muss es selbst überlassen bleiben, ob und was er aussagt.

Die Regelung des § 136a StPO befindet sich nicht schon immer in der StPO, da der Gesetzgeber von 1877 dieses Vernehmungsprinzip für selbstverständlich hielt. Im Jahre 1950 wurde § 136a StPO in das Gesetz eingefügt. Hintergrund war, dass die vergangene Zeit des Nationalsozialismus deutlich machte, dass die Würde des Menschen nicht als selbstverständlich galt.⁵⁸ Es wurden verschiedene, bedenkliche Vernehmungsmethoden angewandt.

Gemäß § 136a Abs. 1 StPO darf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung nicht durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung oder Hypnose beeinträchtigt werden. Der Beschuldigte darf also durch diese Mittel nicht zu einer (konkreten) Aussage veranlasst werden.

In § 136a Abs. 3 StPO sind sodann die prozessualen Folgen geregelt – es besteht ein ausdrückliches Beweisverwertungsverbot. Die durch eine verbotene Vernehmungsmethode erlangten Beweise dürfen nicht verwertet, in der Urteilsfindung also nicht berücksichtigt werden. Gemäß § 136a Abs. 3 Satz 1 StPO hat die Einwilligung der zu vernehmenden Person keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit der verbotenen Methoden. Die Vorschrift möchte die Person also nicht davor schützen, eine (falsche) Aussage zu machen, sondern vielmehr soll die Wahrheit auch dann nicht beachtlich sein, wenn sie durch verbotene Vernehmungsmethoden ans Licht gebracht wurde.⁵⁹ Die Norm schränkt somit mögliche Methoden einer Vernehmung ein. § 136a StPO schützt unmittelbar nur bei richterlichen Vernehmungen. Für staatsanwaltschaftliche oder polizeiliche Vernehmungen gilt die Norm gemäß § 163 a Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 2 entsprechend. Die Norm ist also in allen Verfahrensstadien zu beachten.⁶⁰ Der Einfachheit halber wird in dieser Arbeit vom Beschuldigten⁶¹ gesprochen, wenngleich die Regelung auch für den Angeschuldigten und Angeklagten (je nach Verfahrensstadium) gilt.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 14. Juni 1960 – 1 StR 683/59 –, BGHSt 14, 358-366.

⁵⁷ Meyer-Großner/Schmitt, § 136a Rn. 1, BVerfG NJW 84, 428.

⁵⁸ vgl. Gau, Seite 38.

⁵⁹ BGH, Urteil vom 07. Mai 1953 – 5 StR 934/52 –, BGHSt 5, 290-291.

⁶⁰ Rogall in SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, § 136a Rn. 99.

⁶¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung personenspezifischer Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für jedes Geschlecht.

Geschützte Person ist daneben nicht nur der Beschuldigte, sondern auch Zeugen oder Sachverständige, §§ 69 Abs. 3, 72, (161 a Abs. 1 Satz 2, 163 a Abs. 5) StPO.

2. Begriff und Anknüpfungspunkte der Täuschung

Der Begriff der Täuschung ist im Gesetz nicht definiert. Der Gesetzgeber überlässt die Auslegung der Begrifflichkeit der Literatur und Rechtsprechung: „*Täuschung ist die bewusste Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Beschuldigten, die einen Irrtum über erhebliche Tatsachen oder Rechtsfragen herbeiführen soll, um diesen Irrtum für Vernehmungszwecke auszunutzen.*“⁶² Dass es sich bei der Täuschung um ein schwieriges Merkmal handelt, mag daran liegen, dass sie aus rechtstaatlicher Sicht bedenklich erscheint, aber nicht direkt eine Verletzung der Menschenwürde darstellt.⁶³ Schließlich stellt das „im Dunklen tappen-lassen“ des Beschuldigten, also das nicht Offenlegen aller bereits ermittelten Tatsachen, ein bedeutsames Vernehmungsinstrument dar.

Am Täuschungsverbot wird demnach der Konflikt zwischen dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung und der Freiheitsrechte des Beschuldigten deutlich.⁶⁴ Die Abgrenzung zur kriminalistischen List ist schwierig. Es ist wohl auf das zentrale Erfordernis des § 136a StPO abzustellen – wirkt sich die Art und Weise der Vernehmung auf die Freiheit der Willensentschließung bzw. Willensbetätigung aus?⁶⁵ - Ist diese Frage zu verneinen, ist die Täuschung dem Wortlaut des Gesetzes nach nicht als absolut verboten zu erachten.⁶⁶ Das Merkmal der Täuschung ist restriktiv auszulegen, um Ergebnisse zu vermeiden, die die gesamte Ermittlungstätigkeit lahmlegen.⁶⁷

Das Täuschungsverbot ist dem deutschen Strafverfahren nicht neu. In die ursprüngliche Fassung der Strafprozessordnung wurde eine Vorschrift, die die Täuschung als Vernehmungsmethode verbietet, nicht aufgenommen. Das Verbot der Täuschung würde sich bereits aus dem Grundgedanken des fairen, rechtstaatlichen Strafverfahrens ergeben. Im Jahre 1935 wurden Täuschungen durch den Staat verboten – allerdings nicht durch ein Gesetz, sondern durch ministerielle Anweisung an die Vernehmungsbeamten. „*Die Richtlinien für das Strafverfahren bestimmten in Ziffer 70 I, dass es bei der Vernehmung des*

⁶²<https://www.strafrechtsblogger.de/der-begriff-der-taeschung-im-rahmen-der-verbotenen-vernehmungsmethoden-des-136a-stpo/2017/03/> [aufgerufen am 21.06.2022].

⁶³ Hanack in Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, § 136a Rn. 33.

⁶⁴ Wang, Seite 107.

⁶⁵ a.a.O.

⁶⁶ Wang, Seite 102.

⁶⁷ Hanack, § 136a Rn. 33.

*Beschuldigten unzulässig sei, unlautere Mittel anzuwenden, insbesondere unrichtige Tatsachen vorzuhalten.*⁶⁸ An diese Anweisung hielten sich die Polizeibeamten jedoch nicht durchgängig, sodass der Gesetzgeber im Jahr 1950 eine gesetzliche Grundlage schaffen musste. Der Beschuldigte soll in Kenntnis der Gesamtsituation bestimmen dürfen, ob er eventuell belastende Aussagen tätigt; er soll davor geschützt werden, in irriger Vorstellung auszusagen.

a) Rechtsfragen

Ein möglicher Anknüpfungspunkt der Täuschung sind Rechtsfragen. Beispielweise wird dem Beschuldigten vorgespiegelt, er würde lediglich als Zeuge vernommen oder die Tat könne allenfalls mit einer Geldstrafe geahndet werden.⁶⁹ Ein Mensch würde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eher aussagen oder die Tat sogar gestehen, wenn er weiß, dass ihm kein Freiheitsentzug droht.

b) Absichten

*„Eine unzulässige Täuschung über Absichten des Vernehmenden ist gegeben, wenn er den falschen Eindruck erweckt, er werde die Aussage in bestimmter Weise behandeln.“*⁷⁰ Beispielsweise liegt eine Täuschung über Absichten vor, wenn der Vernehmungsbeamte den Eindruck vermittelt, er würde aus den Aussagen des Beschuldigten keine für ihn nachteiligen Folgen ziehen.

Allerdings ist es nicht verboten, dem Beschuldigten eine freundliche Gesinnung vorzuspielen.⁷¹ Ein erfahrener Vernehmungsbeamter wird ohnehin versuchen, ein Gespräch mit dem Beschuldigten herbeizuführen, welches sich für ihn nicht wie eine Vernehmung im strafprozessrechtlichen Sinne anfühlt. Für den Beschuldigten ist grundsätzlich nichts Anderes zu erwarten, als dass seine Aussagen unangenehme Folgen für ihn haben können. Wird der auf dem Beschuldigten lastende psychische Druck verdrängt, in dem keine derart autoritäre und unfreundliche Gegenüberstellung mit einem Vernehmungsbeamten erfolgt, wird er sicherlich aus freien Stücken mehr zur Sache aussagen. Auch das Vorspielen von (vermeintlichen) Verständnis für die Tat, stellt keine Täuschung im Sinne der Norm dar.⁷²

⁶⁸ Wang, Seite 103.

⁶⁹ Hanack, § 136a Rn. 34.

⁷⁰ a.a.O.

⁷¹ BGH, Urteil vom 07. Mai 1953 – 5 StR 934/52 –, BGHSt 5, 290-291.

⁷² Hanack, § 136a Rn. 34.

c) Tatsachen

Zudem können Tatsachen das zentrale Thema der Täuschung sein. „Eine unzulässige Täuschung über Tatsachen liegt vor, wenn sie sich auf das Ob und Wie der Aussage auswirken kann.“⁷³ Beispielsweise wird über eine Tatsache getäuscht, wenn der Vernehmungsbeamte wahrheitswidrig behauptet, der Mittäter habe bereits gestanden.⁷⁴ Weiß der Vernehmungsbeamte, dass nach bisherigen Ermittlungen kein dringender Tatverdacht gegen den Beschuldigten besteht, kann eine Täuschung bereits in der Behauptung, dass erdrückende Beweismittel vorliegen, gesehen werden.⁷⁵

d) Verschweigen

Das Verschweigen der Rechte des Beschuldigten in einer Vernehmung wird regelmäßig nicht als Täuschung angesehen⁷⁶, wenngleich es unzulässig ist. Die Entscheidung über das Fehlen von Belehrungen ist anhand der jeweils verletzten Vorschrift unter Anwendung der Rechtskreistheorie bzw. Abwägungslehre zu beurteilen.⁷⁷ Die Prüfung, ob ein Verwertungsverbot gemäß §136a Abs. 3 Satz 2 StPO vorliegt, ist nicht mehr vorzunehmen.⁷⁸

Es ergibt sich jedoch eine Folgebesonderheit. Glaubt der Beschuldigte an eine in Wahrheit nicht bestehende Aussagepflicht, erkennt der Vernehmungsbeamte diesen Irrtum und nutzt ihn aus, liegt ein Verstoß gegen §136a StPO vor.⁷⁹ Sein Wissen über Tatsachen muss der Vernehmungsbeamte grundsätzlich nicht preisgeben. „[...] Die Vernehmung verfolgt unbeschadet des §136 Abs. 2 [StPO] nicht den Zweck, den Vernommenen davon zu unterrichten, was der Vernehmende von der Tat weiß; es ist gerade umgekehrt.“⁸⁰ Ein bestehender Irrtum des Beschuldigten über den aktuellen Ermittlungsstand muss nicht aufgeklärt werden.⁸¹ Der Vernehmende darf aber selbstverständlich keine in Wahrheit nicht vorhandenen Ergebnisse der Ermittlung vorspielen.

e) Ausnutzen von Irrtümern

Fraglich ist, ob der Vernehmungsbeamte einen erkennbaren, bereits vorhandenen Irrtum des Beschuldigten ausnutzen darf.

⁷³ a.a.O.

⁷⁴ a.a.O.

⁷⁵ BGH, Urteil vom 24. August 1988 – 3 StR 129/88 –, BGHSt 35, 328-333.

⁷⁶ BGH, Beschluss vom 07. Juni 1983 – 5 StR 409/81 –, BGHSt 31, 395-401.

⁷⁷ Ahlbrecht in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, § 136a Rn. 34.

⁷⁸ Reiche, Seite 123.

⁷⁹ Hanack, § 136a Rn. 36.

⁸⁰ Hanack, § 136a Rn. 37.

⁸¹ Reiche, Seite 122.

Im Grundsatz ist dies zu bejahen, denn §136a StPO greift grundsätzlich nur ein, wenn der Vernehmende auf einen Irrtum ursächlich hinwirkt. Der Vernehmungsbeamte darf den Irrtum aber nicht ausweiten.⁸² Zur Aufklärung von Irrtümern ist der Vernehmende nicht verpflichtet, selbst wenn er den bisherigen Ermittlungsstand betrifft. Über die Schlussfolgerungen des Vernommenen, die den Irrtum bekräftigen, braucht nicht aufgeklärt werden. Es gilt aber zu beachten, dass die irriige Annahme dessen, dass eine Aussagepflicht besteht, die in Wahrheit nicht existiert, stets durch den Vernehmenden aufgeklärt werden muss.

f) Suggestivfragen

*„Bei einer Suggestivfrage handelt es sich um ein sprachliches Mittel. Die Fragetechnik dient dazu, ein Gespräch bzw. eine Diskussion in eine bestimmte Richtung zu lenken und die vom Fragesteller vorgebrachten Argumente zu untermauern. Daher wird die Suggestivfrage bzw. die Lenkfrage meist gezielt zur Manipulation eingesetzt.“*⁸³ Ein Beispiel wäre: „Zeugen haben Sie am Tatort gesehen, wissen Sie das?“⁸⁴ Eine Ansicht sieht Suggestivfragen als unbedenklich an – schließlich wirken sie nicht unmittelbar auf die Willensfreiheit bzw. -entscheidung ein. *„Richtigerweise wird man Suggestivfragen, die systemwidrig auf eine spezielle Überrumpelung Minderbegabter hinauslaufen, im Einzelfall als unzulässige Täuschung ansehen müssen.“*⁸⁵ Eine generelle Linie, anhand derer eine Täuschung klassifiziert werden kann, ist wohl schwierig zu ziehen.

3. Entlocken eines Geständnisses durch einen Verdeckten Ermittler – ein Verstoß gegen das Täuschungsverbot?

a) Begrifflichkeit der Verdeckten Ermittlungen

Die gesetzlichen Vorschriften zu verdeckten Ermittlungen finden sich in den §§110a ff. StPO⁸⁶. Verdeckte Ermittler (VE) dürfen zur Aufklärung einer Straftat nur eingesetzt werden, wenn zureichend Anhaltspunkte vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung, beispielsweise auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs oder auf dem Gebiet des Staatsschutzes, begangen worden ist oder die Gefahr der Wiederholung der Tat

⁸² *Ahlbrecht* in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, § 136a Rn. 35.

⁸³<https://www.qualtrics.com/de/erlebnismanagement/marktforschung/suggestivfrage/> [abgerufen am 22.06.2021].

⁸⁴ Beispiel aus SIAK-Journal – Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis (4/2016), 19-28.

⁸⁵ *Hanack*, § 136a Rn. 43.

⁸⁶ Näheres regelt zudem das Sächsische Polizeigesetz des Freistaates Sachsen (insbesondere §§ 38, 39 SächPolG) und die VwV Informationspersonen vom 16.05.2018.

besteht, § 110a Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1,2, Satz 2 StPO. Das Vorgehen ist dabei nur möglich, wenn die Straftat anders nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten aufgeklärt werden kann, §110a Abs. 1 Satz 3 StPO. Hintergrund ist hierbei auch der (finanzielle) Aufwand, der hinter dem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers steckt.⁸⁷

Ein VE ist stets ein Polizeibeamter. Grund hierfür ist, dass die notwendige, straffe Führung und wirksame, disziplinarrechtliche Dienstaufsicht gewährleistet werden soll.⁸⁸ Ihm wird eine Legende, also eine auf Dauer angelegte, veränderte Identität (Legaldefinition § 110a Abs. 2 Satz 1 StPO) verliehen. In Abgrenzung dazu gibt es noch die nicht offen ermittelnden Polizeibeamten. Diese treten hingegen nur gelegentlich, zum Beispiel als Scheinkäufer bei Betäubungsmitteldelikten, auf. Der Polizeibeamte ermittelt verdeckt – das heißt, er trägt während des Einsatzes keine Polizeiuniform, sondern Zivilkleidung und legt seine wahre Identität naturgemäß nicht offen. Unter seiner Legende nimmt er ganz herkömmlich am Rechtsverkehr teil und versucht so, die Tat aufzuklären, in dem er sich dem Beschuldigten(kreis) annähert. Der VE ist Zeuge über das im Milieu Wahrgenommene.⁸⁹

Erst kürzlich konnte durch VE im Raum Kehl, Baden-Baden und Rastatt ein Drogen-Dealer-Ring aufgedeckt werden.⁹⁰

b) Vernehmungsbegriff

Zunächst müsste eine Vernehmung vorliegen. Auch, wenn § 136a StPO nicht ausdrücklich eine Vernehmung als Tatbestandsvoraussetzung vorsieht, ist zu prüfen, ob eine solche vorliegt. Das ergibt sich zum einen an der systematischen Auslegung der Norm. § 136a StPO ist im Gesetz im Abschnitt 10 „Vernehmungen des Beschuldigten“ geregelt.

Der Vernehmungsbegriff ist in der Strafprozessordnung selbst nicht legaldefiniert. Die Definition überließ der Gesetzgeber der Rechtsprechung und der Literatur. Demnach wird der formelle und funktionale Vernehmungsbegriff unterschieden.

Der BGH definiert die formelle Vernehmung als „*offene Befragung, die von einem Staatsorgan in amtlicher Funktion mit dem Ziel der Gewinnung einer Aussage durchgeführt wird.*“⁹¹ Daraus lässt sich schlussfolgern, dass eine Vernehmung

⁸⁷ Deutscher Bundestag – Drucksache 12/989.

⁸⁸ a.a.O.

⁸⁹ Keller, Seite 8.

⁹⁰<https://www.badische-zeitung.de/polizei-stoppt-drogenhandel-in-ganz-groessem-stil-verdeckte-ermittlungen-auch-in-der-ortenau--202496814.html>[aufgerufen am 22.06.2021].

⁹¹ Wang, Seite 81; BGH, Beschluss vom 13. Mai 1996 – GSSt 1/96 –, juris; BGH, Urteil vom 21. Juli 1994 – 1 StR 83/94 –, juris.

gerade nicht gegeben sein soll, wenn ein Beamter seine amtliche Eigenschaft nicht offenlegt. Diese Definition wird vor allem aus dem Normzweck des § 136 StPO hergeleitet. Demnach setzte der Gesetzgeber Unkenntnis des Beschuldigten über seine Rechte im Strafverfahren voraus. Ist dieser dann mit staatlicher Hoheitsgewalt konfrontiert, wird er sich schon des Respektes wegen zu einer Aussage verpflichtet fühlen. Dem soll die Belehrungspflicht über seine Rechte entgegenwirken.⁹² Da ein VE dem Beschuldigten nicht (beziehungsweise zumindest nicht offen) in seiner amtlichen Eigenschaft gegenübertritt, liegt laut BGH keine Vernehmung vor. §136 StPO findet keine Anwendung für verdeckte Ermittlungen.

„Der funktionale Vernehmungsbegriff basiert auf dem Bedenken, dass unter dem formellen Vernehmungsbegriff bei der Vernehmung des Beschuldigten die beschuldigtenfreundlichen Vorkehrungen umgangen und missachtet werden müssten, damit sich die staatlich veranlasste scheinbar private Gesprächssituation der Bindung an die für „Vernehmungen“ zugeschnittenen betroffenen Regelungen entziehen könnte [...]. [Eine Vernehmung] umfasst daher jede Aussage, die durch ein Strafverfolgungsorgan auf gezielte Weise direkt oder indirekt herbeigeführt wird.“⁹³ Die Rechtsprechung lehnt den funktionalen Vernehmungsbegriff ab.⁹⁴ Auf den Anwendungsbereich des §136 StPO mag dies auch wegen des Sinns und Zwecks der Belehrungspflichten zutreffen, es ist jedoch fraglich, ob für § 136a StPO ebenfalls nur der formelle Vernehmungsbegriff Anwendung finden kann.

Wang geht davon aus, dass das Gebot zur Rechtsbelehrung gegenüber dem Beschuldigten und das Verbot der die Willensfreiheit des Beschuldigten beeinträchtigenden Mittel nicht dasselbe ist, besteht zwischen §136 und §136a StPO doch eine unterschiedliche Geltungssituation.⁹⁵ Grundsätzlich muss der Begriff der Vernehmung für beide Normen gleich definiert sein. Eine unmittelbare Anwendung des §136a StPO auf die Befragung durch einen VE ist wegen der vom BGH entwickelten formellen Definition nicht gegeben. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass eventuell eine analoge Anwendung des §136a StPO auf vernehmungähnliche Situationen stattfinden kann. Es ist schließlich nicht verständlich, warum der Beschuldigte in einer offenen Vernehmung mehr Schutz

⁹² vgl. Wang, Seite 82.

⁹³ Wang, Seite 83.

⁹⁴ BGHSt 42, 139. In den Entscheidungsgründen wird der funktionale Vernehmungsbegriff im Rahmen von Verdeckten Ermittlungen für den §136 StPO ausdrücklich abgelehnt. Es widerspräche dem Sinn und Zweck der §§110a ff. StPO. Dem ist zuzustimmen, da der Verdeckte Ermittler bei einer ordnungsgemäßen Belehrung naturgemäß seine wahre Identität offenbart bzw. seine Legende zumindest fragwürdig erscheinen lässt.

⁹⁵ Wang, Seite 84.

erfahren soll, als in einer verdeckten. Insoweit entsteht eine Umgehungsgefahr der gesetzten strafprozessualen Schranken, wenn eine Befragung außerhalb einer Vernehmung stattfindet, etwa durch ein Gespräch mit einem VE.⁹⁶ Schließlich dürfen die verbotenen Vernehmungsmethoden des §136a StPO weder durch das Strafverfolgungsorgan selbst, noch durch andere (was bei Verdeckten Ermittlungen wiederum gar nicht der Fall ist, weil die Vernehmung durch einen Polizeibeamten geführt wird) angewendet werden.⁹⁷

*„Die Notwendigkeit, die Geltung von §136a durch Analogie auf [...] vernehmungähnliche Situationen zu erstrecken, liegt also geradezu auf der Hand.“*⁹⁸ Da die Analogie auch zugunsten des Beschuldigten sein würde, bestehen keine Bedenken gegen die Möglichkeit einer Analogie.⁹⁹

Zunächst müsste hierfür eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzgebers vorliegen. Eine planwidrige Regelungslücke läge nicht vor, wenn der Gesetzgeber eine vernehmungähnliche Situation bei Schaffung des §136a StPO bewusst nicht regeln wollte. Dies ist wohl zu verneinen, da *„der Gesetzgeber vom Jahr 1950 für die Möglichkeit von verdeckten Ermittlungen nur ein begrenztes Problembewusstsein hatte. Deshalb kann man kaum annehmen, er habe in bewusster rechtspolitischer Absicht nur die offene Vernehmung als die rechtlich zulässige Form der Befragung regeln wollen.“*¹⁰⁰

Weitere Voraussetzung für eine Analogie ist, dass eine vergleichbare Interessenslage besteht, für die der Schutzzweck des §136a StPO gelten soll. Die Norm ist, wie vorstehend bereits erläutert, grundrechtlicher Natur. Die Menschenwürde soll im Rahmen der Vernehmung geschützt werden. Es ist nicht ersichtlich, warum die Menschenwürde in einer vernehmungähnlichen Situation weniger Schutz erfahren soll, als in einer Vernehmung. *„Auf vernehmungähnliche Situationen ist §136a StPO analog anzuwenden, da eine Umgehung grundrechtlicher Schutzvorschriften verboten ist. [...] Staatliche Befragungen ‚verdeckt‘ statt ‚offen‘ vorzunehmen, ist gleich geeignet, den Beschuldigten zu ungewollten belastenden Äußerungen zu veranlassen.“*¹⁰¹ Zum Teil lässt sich auch aus der Rechtsprechung des BGHs erkennen, dass eine analoge Anwendbarkeit des §136a StPO auf vernehmungähnliche Situationen möglich ist¹⁰²: *„Zwar gelten*

⁹⁶ a.a.O.

⁹⁷ Meyer-Großner/Schmitt, §136a Rn. 2.

⁹⁸ Wang, Seite 87, m.W.N.

⁹⁹ Wang, Seite 88.

¹⁰⁰ Wang, Seite 89.

¹⁰¹ a.a.O.

¹⁰² a.a.O.

*die genannten Vorschriften unmittelbar nur für Vernehmungen. Sie sind aber entsprechend auch auf den Fall anzuwenden, daß Strafverfolgungsbehörden mit verbotenen Mitteln auf den Beschuldigten einwirken, damit er gegenüber einer Privatperson, die dann als Zeuge vernommen werden soll, bestimmte Angaben zu einer - im Zeitpunkt der Äußerung bereits abgeschlossenen - Tat macht.*¹⁰³

Wang führt an, dass dieses Ergebnis den §§110a ff. StPO nicht widerspricht. Die analoge Anwendung der Norm ist nämlich nur dann geboten, wenn der VE aktiv auf eine Äußerung des Beschuldigten hinwirkt. Befragungen, die niemanden speziell ansprechen oder nicht zielgerichtet sind, fallen nicht unter den Begriff der vernehmungähnlichen Situation.¹⁰⁴

c) Verstoß?

Zu untersuchen ist, ob das Entlocken eines Geständnisses durch einen VE dem Täuschungsverbot des §136a StPO unterliegt. Schließlich führen sie zu einer irrumsbedingten Selbstbelastung des Beschuldigten.

Im Urteil vom 26.07.2007¹⁰⁵ kam die grundlegende Position des Bundesgerichtshofes zu diesem Thema im Rahmen der verdeckten Befragung durch VE zum ersten Mal zum Ausdruck.¹⁰⁶ *„Ein Verdeckter Ermittler darf einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht berufen hat, nicht unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängen und ihm in einer vernehmungähnlichen Befragung Äußerungen zum Tatgeschehen entlocken. Eine solche Beweisgewinnung verstößt gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten, und hat regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.“*- Leitsatz

Das Täuschungsverbot greift, wenn dessen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Grundsätzliche Voraussetzung für das Greifen des § 136a StPO ist das Vorliegen einer Vernehmungssituation. Der BGH stellte in dem Urteil nicht fest, dass §136a StPO analog auf verdeckte Ermittlungen anzuwenden ist. Dafür gibt es Kritik: *„Dabei hätte zunächst die Frage beantwortet werden müssen, ob §136a StPO überhaupt analog anwendbar ist, da bei einer verdeckten Befragung ja keine Vernehmung im formellen Sinne vorliegt. Tatsächlich scheint der BGH in [diesem Urteil] bei der Prüfung von §136a jedoch die Tragweite seiner Argumentation nicht zu erkennen, da er – ohne das Vorliegen einer vernehmungähnlichen Situation*

¹⁰³ BGH, Urteil vom 28. April 1987 – 5 StR 666/86 –, BGHSt 34, 362-365.

¹⁰⁴ a.a.O.

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 – 3 StR 104/07 -, BGHSt 52,11.

¹⁰⁶ Wang, Seite 114.

*als Vorfrage festzustellen – geradewegs den Täuschungsbegriff [...] erörtere.*¹⁰⁷

Daraus, dass aber der Täuschungsbegriff diskutiert wurde, lässt sich schließen, dass der BGH im Urteil das Vorliegen einer vernehmungähnlichen Situation zumindest angenommen hat. Das dem Sachverhalt zugrunde liegende „*Gespräch war in einer Weise intensiv, dass sich – in den Worten des europäischen Gerichtshofes – ‚das Gespräch als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung darstellt.*“¹⁰⁸ Der VE hat im der Entscheidung zugrunde liegenden Fall in Kenntnis des vom Beschuldigten ausgeübten Schweigerecht das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und ihm derart ausgenutzt, dass dem Beschuldigten Aussagen entlockt wurden, die er in einer gängigen Vernehmung nicht getätigt hätte.

Der BGH führt in den Entscheidungsgründen allerdings auch aus, dass verdeckte Ermittlungen nicht per se gegen das Täuschungsverbot verstoßen: „*Dieser [der Ermittler] hat sich nicht darauf beschränkt, das zwischen ihm und dem Angeklagten geschaffene Vertrauen dafür zu nutzen, Informationen aufzunehmen, die der Angeklagte von sich aus zum Tatgeschehen oder ermittlungsrelevanten Umständen machte. Gegen eine Verwertung solcher Erkenntnisse werden in der Regel auch dann keine Bedenken bestehen, wenn der Beschuldigte sich vorher ausdrücklich für das Schweigen entschieden und dies erklärt hat. Da ein solches Vorgehen von den gesetzlichen Vorschriften über den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers gedeckt ist, berührt die mit ihr verbundene Täuschung das nemo-tenetur-Prinzip nicht in relevanter Weise.*“¹⁰⁹

Diese Auffassung, die auf einer restriktiven Auslegung des Täuschungsbegriffes basiert, ist umstritten. „*Der Ansicht des [BGHs], im Einsatz eines VE zur Erlangung eines Geständnisses keine Täuschung [...] zu erblicken, ist [...] zurecht zu widersprechen. Der Beschuldigte, der sich gegenüber einem VE zur Sache einlässt, irrt über die Person des verdeckten Ermittlers und über dessen Absichten. Dieser Irrtum ist beabsichtigt. Mithin wird der Beschuldigte von dem VE getäuscht.*“¹¹⁰ Die Beeinträchtigung der Willensfreiheit ist auch erheblich, da es an einer freien Einlassung fehlt.¹¹¹

Der BGH stellt in der Entscheidung zwei Kriterien auf, die bei Erfüllung zur Unverwertbarkeit des Geständnisses vor einem Verdeckten Ermittler führen. Zum einen soll die Aussage nicht verwertbar sein, wenn der Beschuldigte bereits im

¹⁰⁷ Wang, Seite 115.

¹⁰⁸ BGH, Urteil vom 26.Juli 2007 – 3 StR 104/07 -, juris.

¹⁰⁹ a.a.O.

¹¹⁰ Wang, Seite 118 m.w.N.

¹¹¹ a.a.O.

Vorhinein von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat.¹¹² Zum anderen muss das Geständnis in einer Art psychischen Zwangslage abgegeben worden sein. Diese Kriterien rühren aus dem sogenannten Allan-Urteil^{113, 114}

Der BGH stellt in den Entscheidungsgründen ausdrücklich klar, dass kein Verwertungsverbot gemäß § 136a StPO vorliegt. *„[...] Seine Angaben gegenüber dem Verdeckten Ermittler [sind] auch nicht nach § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO unverwertbar. In der das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckenden Befragung durch den Verdeckten Ermittler liegt kein Verstoß gegen die - unmittelbar oder entsprechend angewandte - Regelung der §§ 163 a Abs. 3, 136 a Abs. 1 StPO. Das ergibt sich aus einer systematischen, die anderen in § 136 a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Mittel berücksichtigenden Betrachtung. Mit der Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei lässt sich eine verdeckte Befragung des Beschuldigten nicht vergleichen.“*¹¹⁵ Vielmehr wird der nemo-tenetur Grundsatz und die Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zugrunde gelegt. *„Dementsprechend bleibt hierbei leider weiterhin die Frage offen, ob nicht auch eine Subsumtion unter § 136a StPO – und damit eine eigene Lösung innerhalb des deutschen Rechtes – möglich gewesen wäre.“*¹¹⁶

In der Literatur werden verschiedene Meinungen vertreten. Die eine Meinung schließt sich der des BGHs an, die andere ist der Auffassung, dass für einen Verdeckten Ermittler das Täuschungsverbot analog angewendet werden muss.¹¹⁷ Es wird vertreten, dass die Belehrungspflicht des §136 Abs. 1 Satz 2 StPO eine Ausprägung der Selbstbelastungsfreiheit enthält und vor „staatlich manipulierter irrumsbedingter Selbstbelastung schützen solle. *„[Die Zielsetzung passt] eher zur Ratio des Täuschungsverbotes.“*¹¹⁸ Das Argument, der §§ 136, 136a StPO würde nur für Vernehmungen im formellen Sinn greifen, schließt die Anwendbarkeit auf eine Befragung durch einen verdeckten Ermittler, die eben wohl nur eine vernehmungähnliche Situation darstellt, von Vorhinein aus.

Eine andere Auffassung schließt die Anwendbarkeit des Täuschungsverbotes aus, da die §§ 110a ff. StPO VE ausdrücklich erlauben. Eine weitere Begründung wird nicht vorgetragen. Es wird sich allein auf das Vorhandensein der Regelungen

¹¹² BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 – 3 StR 104/07 -, juris.

¹¹³ EGMR StV 2003, 257, 259 - Fall Allan v. Großbritannien.

¹¹⁴ Wang, Seite 120.

¹¹⁵ BGH, Beschluss vom 13. Mai 1996 – GSSSt 1/96 -, juris.

¹¹⁶ Wang, Seite 121.

¹¹⁷ Wang, Seite 122.

¹¹⁸ Wang, Seite 123.

berufen. Daraus ließe sich schlussfolgern, dass eine solche Vorgehensweise den Tatbestand der Täuschung nicht erfüllen kann.¹¹⁹

Die Literatur nimmt jedoch auch zum Teil eine kritischere Auseinandersetzung des Verhältnisses des Täuschungsverbotes und der §§ 110a ff. StPO vor. So wird vertreten, dass die §§ 110a ff. StPO eine zulässige gesetzliche Ausnahme des Täuschungsverbotes darstellen, sofern die Voraussetzungen für das Einsetzen eines VE vorliegen. Diese Ausnahme soll sich aber nur auf das Auftreten unter einer Legende beziehen, nicht auf darüberhinausgehende Täuschungen.¹²⁰ Das bedeutet, dass die Täuschung über die Person des VE als Legende das Täuschungsverbot nicht greift, insbesondere weil die Willensfreiheit nicht beeinträchtigt ist. Es steht dem Beschuldigten frei, sich zu äußern.¹²¹ Allerdings darf der verdeckte Ermittler keine weiteren Täuschungen (Beispiele siehe oben) vornehmen; insoweit hat auch er §136a StPO zu beachten. Auch diese Meinung steht unter Kritik. *„Das [...] Ausnahmmodell vermag indes nicht zu erklären, warum der Gesetzgeber befugt sein sollte, eine solche ‚Ausnahmeerlaubnis‘ für verdeckte Befragungen in einem Ermittlungsverfahren zu schaffen, wo doch dem Beschuldigten – allgemein anerkannt – das rechtsstaatliche Verfassungsrang einnehmende Schweigerecht zugestanden wird. [...] Auf den Schutz der Aussagefreiheit, die von der Selbstbelastungsfreiheit umfasst wird, darf angesichts schwerster Kriminalität aus Gründen der Strafverfolgung verzichtet werden. Dies zöge durchaus unerträgliche Konsequenz nach sich, dass letztlich dem durch §§110a ff. StPO vertretenen Strafverfolgungsinteresse absoluter Vorrang gegenüber der Menschenwürde-Klausel, die die Aussagefreiheit des Beschuldigten garantiert, nämlich § 136a StPO, zukommen würde.“*¹²²

Insoweit ist festzustellen, dass es sich derzeit noch keine einhellige Auffassung zur Frage, ob ein Geständnis, das durch einen verdeckten Ermittler entlockt wurde, herauskristallisiert hat. Der BGH hat seine Rechtsprechung im Jahre 2011 bestätigt.¹²³

¹¹⁹ a.a.O.

¹²⁰ Wang, Seite 125.

¹²¹ Ahlbrecht in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, § 136a Rn. 38.

¹²² Wang, Seite 125.

¹²³ BGH, Beschluss vom 31.März 2011 - 3 StR 400/10 -, juris.

II. Anwendung eines Polygraphen – eine unzulässige Beweiserhebungsmethode des § 136a StPO (analog)?

„*Amtsgericht Bautzen: Freispruch im Lügendetektor-Prozess*“¹²⁴ – so lautete die Überschrift eines Artikels der Lausitzer Rundschau im Oktober 2017. Im Rahmen eines Strafverfahrens wurde von einem Polygraphen, umgangssprachlich besser bekannt als „Lügendetektor“, Gebrauch gemacht. Den Durchschnittsbürger dürfte eine solche Vorgehensweise nicht verwundern. Schließlich wird zum Beispiel in Krimiserien oder gar Kinderspielen¹²⁵ die unbedenkliche Anwendbarkeit eines Lügendetektors seit jeher vermittelt.

Eine tiefgründigere Beschäftigung mit der Problematik, lässt schnell auf Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofes oder des Bundesverfassungsgerichtes, die die Anwendbarkeit von Polygraphie im Strafverfahren grundsätzlich untersagen bzw. als ungeeignetes Beweismittel deklarieren, stoßen. Früher wurde die Anwendung des Polygraphen in entsprechender Anwendung des § 136a Abs. 1 StPO als unzulässig angesehen.¹²⁶ Umso überraschender ist es, dass gegenwärtig von diesem Beweismittel Gebrauch gemacht wird. Das Urteil des Schöffengerichts am Amtsgericht Bautzen wühlte das Thema rund um den Lügendetektor nochmals auf und bietet Anlass, sich erneut mit dieser Problematik zu beschäftigen - Ist der Polygraph tatsächlich eine unzulässige Beweiserhebungsmethode?

1. Klassifizierung als Beweismittel

Zunächst sei der Polygraph der richtigen Beweismittelgruppe zuzuordnen. Der Polygraph ist als eigenständiges Beweismittel nirgends in der StPO genannt. Nahe liegt es, den Lügendetektor als „Vernehmung“ einzustufen. Bei einer Vernehmung möchte man jedoch Informationen des Beschuldigten durch Aussagen erlangen. Bei der Polygraphie geht es vielmehr darum, Informationen aus körperlichen Veränderungen des Befragten zu schließen. Eine Vernehmung im klassischen Sinne liegt somit nicht vor, wenngleich die Methode vernehmungähnlich einzustufen ist.

Anhand des Graphen wird ein Gutachten erstellt, welches durch den

¹²⁴<https://www.lr-online.de/lausitz/hoyerswerda/amtsgerecht-bautzen-freispruch-im-luegendetektor-prozess-37932130.html> [aufgerufen am 03.05.2021].

¹²⁵ „Geheimnis-Detektor“, IMC Toys https://www.mytoys.de/imc-toys-geheimnis-detektor-11291601.html?sku=11291601&mc=deu_mts_onl_sea_google_mytoys-shopping-spieleundpuzzle_spielefamilie_imctoys-11291601&gclid=EAlalQobChMlvNqApYKy8AIVy-3mCh2UYQmtEAQYASABEGkjdPD_BwE [aufgerufen am 03.05.2021].

¹²⁶ Meyer-Großner/*Schmitt*, § 136a Rn. 24.

Sachverständigen ausgewertet wird. Die Vorgehensweise hat also Elemente aus beiden Kategorien.¹²⁷ *„Richtigerweise lässt sich der Test [...] als Sachverständigengutachten erfassen, das Aussagen darüber trifft, ob der Beschuldigte im Hinblick auf bestimmte Fragen die Wahrheit sagt. [...] Es ist nicht die Aussage des Beschuldigten selbst, die als Beweis dient, sondern es sind die Schlussfolgerungen, die ein Sachverständiger daraus zieht und in einem Gutachten zusammenfasst.“*¹²⁸

2. Vorgehensweise

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, einen Lügendetektortest durchzuführen. Die bekanntesten zwei Methoden sind der Kontrollfragen- und der Tatwissenstest. Bei beiden Methoden kommt es nicht auf das äußere Erscheinungsbild des zu Vernehmenden an. Kriterien zur Prüfung der Glaubwürdigkeit stellen also nicht etwa schwitzende Hände, Erröten oder der Versuch jeglichen Augenkontakt zu unterbinden dar.

Polygraph bedeutet ins Deutsche übersetzt „Vielschreiber“ (poly= griechisch viel, graph= schreiben). Dieser ist mit Sensoren ausgestattet, welche auf der Haut des Beschuldigten befestigt werden und dafür bestimmt sind, Veränderungen des Blutdruckes, der Atem- und Herzschlagfrequenz sowie der elektrischen Leitfähigkeit der Haut (die sogenannten vier Bio-Signale)¹²⁹ zu messen und graphisch darzustellen.¹³⁰ Man geht davon aus, dass im menschlichen Nervensystem beim Aussprechen einer Lüge nicht sichtbare Veränderungen bzw. körperliche Reaktionen stattfinden. Diese Veränderungen sind nicht beeinflussbar, sie geschehen automatisch. *„Man nimmt an, dass jeder für einen Menschen persönlich bedeutsamer Reiz zu unkontrollierbaren Veränderungen in seinem Nervensystem führt.“*¹³¹ Anhand dieser unwillkürlichen Reaktionen sollen, abhängig von der Testart, Rückschlüsse auf die Täterschaft oder verstecktes Wissen zur Tat gezogen werden.

Bei einem leugnenden Täter wird erwartet, dass dieser körperlich anders auf bestimmte Fragen oder Vorwürfe reagiert, als ein Unbeteiligter.¹³² Dabei geht es nicht im Vordergrund darum, unmittelbar auf eine Lüge zu schließen, sondern ausschließlich um das Messen von physiologischen Veränderungen. Die

¹²⁷ Wagner, Seite 48.

¹²⁸ Wagner, Seite 49.

¹²⁹https://www.wz.de/wirtschaft/luegendetektor-schuld-oder-unschuld-auf-millimeterpapier_aid-26286193 [abgerufen am 22.06.2021].

¹³⁰ Seiterle, Seite 23.

¹³¹ a.a.O.

¹³² a.a.O.

körperlichen Veränderungen werden von dem Polygraphen durch eine Grafik, ähnlich eines EKGs¹³³, dargestellt.

Der Blutdruck wird während der Befragung kontinuierlich mit einer Blutdruckmanschette gemessen.¹³⁴ Der Blutdruck steigt an, sobald der Täter eine emotionale Verbindung zur Frage verspürt bzw. sie bewusst falsch beantwortet. Bei einem Tatunbeteiligten dürfe eine solche Frage keine körperlichen Reaktionen auslösen, da dieser dem Tatgeschehen neutral gegenübersteht.

Der Puls wird mithilfe eines Fingerclips gemessen. Da der Puls im engen Zusammenhang mit dem Blutdruck steht, erhöht sich dieser, sobald der Blutdruck erhöht ist. Im Umkehrschluss kann auch hier bei erhöhtem Puls auf eine tiefgründigere Verbindung zur gestellten Frage geschlossen werden. Diese Parameter werden stark kritisiert.

Die Atembewegung des Probanden wird mit einem Atemschlauch gemessen, der am Brustkorb befestigt wird.¹³⁵ Der Atem wird schneller, sobald der Mensch aufgeregt ist.¹³⁶ Dieser Parameter lässt sich letztlich durch den Vernommenen selbst leicht manipulieren, denn die Atmung kann er steuern.

Das Messen der elektrischen Leitfähigkeit – der elektrodermalen Aktivität – der Haut bezeichnet die Beurteilung der Tätigkeit der Schweißdrüsen. *„Deren Messung erfolgt über zwei Metallplättchen, die am Zeigefinger und Ringfinger der linken Hand angebracht werden. Und schließlich wird die Blutverteilung im Körper registriert, indem dem Probanden eine Klammer an der Fingerspitze angebracht wird.“*¹³⁷ Dabei geht man davon aus, dass bei einer emotionalen Erregung die Schweißproduktion zunimmt. Anhand der Messungen wird ein Sachverständigengutachten erstellt und dieses ausgewertet.

a) Kontrollfragentest (KFT)

Bei dem Kontrollfragentest, kurz KFT, werden dem Probanden Fragen aus 3 verschiedenen Kategorien gestellt.

Die erste Kategorie bezieht sich auf die begangene Tat, zum Beispiel *„Haben Sie das Designerkleid aus der Boutique gestohlen?“*¹³⁸ Die zweite Kategorie bilden sogenannte Kontrollfragen. Diese betreffen zwar nicht direkt die Tat, jedoch

¹³³https://www.wz.de/wirtschaft/luegendetektor-schuld-oder-unschuld-auf-millimeterpapier_aid-26286193 [abgerufen am 22.06.2021].

¹³⁴ a.a.O.

¹³⁵ a.a.O.

¹³⁶ <https://www.karstennoack.de/luegen-erkennen-berlin/> [aufgerufen am 22.06.2021].

¹³⁷https://www.wz.de/wirtschaft/luegendetektor-schuld-oder-unschuld-auf-millimeterpapier_aid-26286193 [aufgerufen am 22.06.2021].

¹³⁸ *Seiterle*, Seite 25.

ähnliche emotionale Situationen der Vergangenheit des Probanden.¹³⁹ Ein Beispiel hierfür wäre „Haben Sie während Ihrer Jugendzeit jemals etwas gestohlen?“. In der dritten Fragekategorie finden sich belanglose Fragen, die weder mit der Tat zu tun haben, noch in anderem emotionalen Zusammenhang stehen, zum Beispiel „Heißen Sie Müller?“. Die Kontrollfragen werden anhand eines Vorgesprächs entwickelt. In dem Vorgespräch wird der Proband auf die Treffsicherheit des Tests und die Wichtigkeit der Kontrollfragen hingewiesen.¹⁴⁰ Es wird ihm suggeriert, dass er ohne Verneinung dieser Fragen zu keiner positiven Beurteilung gelange. Gleichzeitig sind diese aber so zu stellen, dass sie „*ein Durchschnittsmensch kaum ohne schlechtes Gewissen verneinen kann*“.¹⁴¹ Dem Probanden wird verständlich gemacht, dass diesem, sollte er die Kontrollfragen mit „Ja“ beantworten, beziehungsweise überhaupt starke Reaktionen auf die Kontrollfrage zeigen¹⁴², die eigentliche Tat zugetraut wird. „*Man provoziert damit das Verneinen [Lügen bei der Beantwortung] der Kontrollfrage. Ist der Tatverdächtige resistent und beantwortet die Kontrollfragen bejahend, so muss diese Frage solange umformuliert werden, bis die Testperson diese verneint.*“¹⁴³ „*Dadurch soll die Aufmerksamkeit eines Nicht-Täters ganz darauf gelenkt werden, dass seine Reaktion auf die Kontrollfragen ein (falsches) belastendes Ergebnis zu Tage bringen könnte – und somit von den Tatfragen ablenken.*“¹⁴⁴

Bei den Kontrollfragen werden dabei bewusst inhaltlich so lange Zeiträume gewählt, dass sich der Proband nicht sicher sein kann, ob er diese Frage verneinen muss. Der Unschuldige soll sich bei der Beantwortung unsicher sein, weil er fürchtet, dass seine Antworten auf die Kontrollfragen seine Glaubwürdigkeit mindern oder durch seine körperlichen Reaktionen als Verdächtigter zu gelten. Die tatsächlich relevanten Fragen kann er somit problemlos und ohne starke körperliche Reaktionen wahrheitsgemäß verneinend beantworten. Für den Täter treten die Kontrollfragen hinsichtlich ihrer Bedeutsamkeit in den Hintergrund. Für ihn sind die relevanten Fragen von Bedeutung, da er diese wahrheitswidrig beantworten müsse.¹⁴⁵

Im eigentlichen Testvorgang werden dem Probanden dann abwechselnd Fragen aus allen drei Kategorien gestellt. „*Die Anhänger des Kontrollfragentests erwarten nun, dass der Organismus eines Unschuldigen auf die Kontrollfragen stärker*

¹³⁹ Wagner, Seite 23.

¹⁴⁰ Seiterle, Seite 25.

¹⁴¹ Wagner, Seite 23.

¹⁴² Seiterle, Seite 25.

¹⁴³ Wagner, Seite 23.

¹⁴⁴ Seiterle, Seite 25.

¹⁴⁵ Wagner, Seite 24.

*reagiert, weil sie ihn emotional stärker belasten oder er sich wenigstens mit höherem Ausmaß kognitiv mit ihnen auseinandersetzt als mit den Fragen nach der Tat, die er [...] nicht begangen hat – während vom Täter oder Tatbeteiligten angenommen wird, dass die Ausschläge jeweils bei den tatbezogenen Fragen stärker sind“.*¹⁴⁶

Der KFT ist eine direkte Testmethode, da untersucht wird, ob der Proband auf tatbezogene oder Kontrollfragen stärker reagiert.

b) Tatwissenstest (TWT)

In Abgrenzung dazu stellt der Tatwissenstest, kurz TWT, eine indirekte Testmethode dar. Er zielt nicht darauf ab, herauszufinden, ob der Proband zumindest Tatbeteiligter ist. Es soll vielmehr herausgefunden werden, ob der Proband verheimlichtes Tatwissen hat.¹⁴⁷ Es werden mittels Multiple-Choice-Test, ohne vorheriges Gespräch, Fragen gestellt, die die Umstände der Tat betreffen. Dabei beschreibt nur eine Antwort die tatsächlichen näheren Umstände, während alle anderen Antworten unzutreffend sind, zum Beispiel *„Wo befand sich die gestohlene Uhr? A) im Schrank, B) in der Schublade etc.“*¹⁴⁸ Alle Antwortmöglichkeiten sollen verneint werden. Mit dem Polygrafen werden bei der Beantwortung der Fragen die oben genannten Parameter gemessen. Sodann wird verglichen, ob die Reaktionen des Probanden bei den „richtigen“ tatrelevanten und irrelevanten Fakten voneinander abweichen.¹⁴⁹

Der „Unwissende“ dürfte bei keiner Antwortmöglichkeit auffällige körperliche Reaktionen zeigen, während bei einem „wissenden“ Probanden bei den richtigen Antwortmöglichkeiten Veränderungen der Parameter auftreten dürften.¹⁵⁰ *„Da es mehrere Frageblöcke gibt, lässt sich [...] mit großer Wahrscheinlichkeit ausschließen, dass ein Unschuldiger bei allen Fragen zufällig bei der richtigen Antwort die stärkste Reaktion zeigt.“*¹⁵¹ Im Vergleich zum KFT ist hier die *„Bedeutsamkeit von relevanten und irrelevanten Antwortmöglichkeiten für Personen mit und ohne Tatwissen von Anfang an gegeben.“*¹⁵²

¹⁴⁶ Seiterle, Seite 26.

¹⁴⁷ Seiterle, Seite 27.

¹⁴⁸ a.a.O.

¹⁴⁹ vgl. a.a.O.

¹⁵⁰ vgl. <https://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/tatwissenstest/15319> [aufgerufen am 22.06.2021].

¹⁵¹ Seiterle, Seite 28.

¹⁵² a.a.O.

3. Kritik an den Testmethoden

a) Kontrollfragentest

Beide eben erläuterten Testmethoden sind stark umstritten.

Beim Kontrollfragentest werden vor allem die hohen psychologischen Anforderungen an den Vernehmenden kritisiert. Eine Objektivität des Interviewers ist nicht unbedingt gewährleistet. Er selbst formuliert die Fragen nach seiner eigenen, subjektiven Vorstellung. *„Dabei könnten sogenannte ‚interpersonal expectations‘, also persönliche Erwartungen an das Testergebnis dazu führen, dass der Untersuchende unbewusst versuche, seine vorab gebildete Meinung über die Schuld oder Unschuld des Beschuldigten, in seine Handlungen einfließen zu lassen, um so zum von ihm erwarteten Ergebnis zu gelangen.“*¹⁵³

Das Ergebnis hängt also zusammenfassend stark von der Auffassung des Interviewers – und auch der auswertenden Person ab. Kritisiert wird hier vor allem, dass es keine klaren Auswertungsrichtlinien gebe.

Andererseits stehen die Kontrollfragen in der Kritik. Oftmals ließen sich diese nicht hundertprozentig von den relevanten Fragen unterscheiden. *„Deshalb sei es auch kaum überprüfbar, woher erhöhte physiologische Reaktionen kämen, da auch Unschuldige verstärkt auf für sie bedrohliche Fragen reagieren könnten. Es könne demnach nicht nur der Schuldige verdächtig wirken, sondern auch der Unschuldige, der Angst vor einem falschen Ergebnis habe – denn die Quelle der Angst, sei es nur die Angst, entdeckt zu werden oder fälschlich verdächtig zu werden, sei nicht konkret zuordenbar.“*¹⁵⁴

Es ist wohl kaum anzunehmen, dass ein Mensch, der mit der Straftat nichts zu tun hat, bei einem solch aufwendigen Testverfahren Ruhe bewahren kann. Auch wenn er innerlich darauf vertrauen kann, dass er mit der Sache nichts zu tun hat, wird eine innere Unruhe bleiben. Schließlich liegt die Auswertung des Testes, die ihn unter Umständen verdächtig erscheinen lässt, nicht in seinen Händen. Die Urangst vor einem Fehlurteil wird bleiben. Insoweit wird aber das Ergebnis verfälscht, da die ausgeschütteten Reize und Veränderungen im peripheren Nervensystem fehlgedeutet werden könnten.

„Zusammenfassend lässt sich daraus also schließen, dass nicht das Lügen an sich die ausschlaggebende physiologische Reaktion ist, die benötigt wird, um einen Test mit einem für den Beschuldigten ungünstigen Ergebnis zu gelangen, sondern

¹⁵³ Wagner, Seite 25.

¹⁵⁴ Wagner, Seite 26.

*die Furcht, beim Lügen erwischt zu werden.*¹⁵⁵ „Die vorliegenden Studien lassen den Schluss zu, dass beim KFT die Wahrscheinlichkeit irrtümlich positiver Befunde (also die Klassifizierung von Nichttätern als ‚Täter‘) höher ist als die irrtümlich negativen Befunde.“¹⁵⁶

Weiterhin ist anzumerken, dass es viele Manipulationsmöglichkeiten gibt. Man unterscheidet hierbei die physischen von den mentalen Manipulationsmöglichkeiten. Beispielsweise kann die Reaktion auf die tatrelevanten Fragen verringert werden, damit ein Vergleich mit den Kontrollfragen erschwert wird. Das Ergebnis lässt sich durch mentale Ablenkung erreichen: der Vernommene löst die Gedanken von der Fragestellung, in dem zum Beispiel Rechenaufgaben gelöst werden.¹⁵⁷ Andererseits könnte der Proband dauerhaft an ihn emotional erregende Momente der Vergangenheit zurückdenken, sodass permanent erhöhte Reize ausgeschüttet werden. „Ähnlich sollen auch die physischen Manipulationen, wie Muskelkontraktionen (beispielsweise das Drücken der Füße gegen den Boden) [...] funktionieren.“¹⁵⁸

Die starke Kritik an der Vertrauensweise dieses Testes war für den BGH der Grund, den Kontrollfragentest als ungeeignetes Beweismittel zu klassifizieren.

b) Tatwissenstest

Vorteil des Tatwissenstests ist die Objektivität – hier gibt es keinen Interviewer. Die Fragen werden ohne Vorgespräch zusammengestellt. Die Testart eignet sich vor allem im Ermittlungsverfahren, da der Beschuldigte zu diesem Zeitpunkt noch kein vermitteltes (sondern nur eigenes) Tatwissen hat.¹⁵⁹ Je weiter das Verfahren fortschreitet, desto mehr Wissen erlangen auch Tatunbeteiligte, beispielsweise werden durch die Medien Tatdetails bekannt gegeben. Dies kann dann wiederum bei der Beantwortung der Fragen falsche Ergebnisse liefern. Verneint der Proband die Antwort, obwohl ihm (aus den Medien) die Antwort als wahr bekannt ist, kann dies eine innere Aufgeregtheit hervorrufen. Aufgrund dieser schlägt der Polygraph aus und das Ergebnis könnte fehlgedeutet werden.

*„Weiters wird kritisiert, dass die Anwendung des TWT auf jene Fälle begrenzt sei, in denen die Tatbeteiligung schon als solche fraglich ist. Gehe es aber um die genauen Umstände (liegt beispielsweise eine Einwilligung des Opfers vor), die insbesondere für die rechtliche Bewertung von Bedeutung sind, versage er.“*¹⁶⁰

¹⁵⁵ Wagner, Seite 27.

¹⁵⁶ Seiterle, Seite 26.

¹⁵⁷ Wagner, Seite 28.

¹⁵⁸ Wagner, Seite 29.

¹⁵⁹ Wagner, Seite 31.

¹⁶⁰ a.a.O.

Auch bereits genannte Manipulationsmöglichkeiten sind nicht auszuschließen. *„Die entsprechenden Studien zeigen, dass beim TWT im Gegensatz zum KFT einerseits die Verlässlichkeit positiver Befunde sehr hoch ist, weil diejenigen Untersuchten bei denen das Testergebnis angibt, dass sie „Tatwissen“ haben, auch mit sehr großer Wahrscheinlichkeit tatsächlich Tatwissen haben. Jedoch besteht beim TWT eine erhöhte Wahrscheinlichkeit dafür, dass diejenigen, die tatsächlich Tatwissen haben, irrtümlich als ‚unschuldig‘ klassifiziert werden.“*¹⁶¹

Der BGH hat den TWT für das Hauptverfahren als nicht geeignetes Beweismittel deklariert.¹⁶²

4. Entscheidungshergang des Bundesgerichtshofes

a) Urteil vom 16.02.1954

Der Bundesgerichtshof hat sich in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder mit der Zulässigkeit des Polygraphen als Beweismittel im Strafprozess auseinandergesetzt. Im Wesentlichen gibt es zwei signifikante Urteile des BGHs, die sich mit dem Lügendetektor kritisch auseinandersetzen. *„Die Untersuchung mit dem "Polygraphen" (Lügendetektor) verletzt die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten und ist daher im Strafverfahren wie in den Vorermittlungen ohne Rücksicht auf sein Einverständnis unzulässig.“*¹⁶³ – so lautet der Leitsatz der ersten Grundsatzentscheidung des BGHs zur Problematik des Lügendetektors.

Der Antrag zur Einholung des Sachverständigengutachtens auf der Grundlage von Polygrafie wurde in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht Zweibrücken von der Staatsanwaltschaft gestellt. Das Testergebnis belastete den Angeklagten (anders im Fall des Amtsgerichts Bautzen).¹⁶⁴ Die Entscheidung stützte der BGH in den Gründen weder auf die Unverlässlichkeit des Polygraphen, noch auf dessen Brauchbarkeit. Der Entscheidung wurden vielmehr rein rechtliche Grundsätze zu Grunde gelegt. *„Der Beschuldigte sei Beteiligter und nicht Gegenstand des Verfahrens, und nur innerhalb dieses Rahmens sei er bestimmten Untersuchungen und Beschränkungen unterworfen, wie z.B. in §§ 81, 81a StPO festgelegt. Die in Art. 1 Abs. 1 GG und § 136a StPO geschützte ‚Entschließungsfreiheit des Beschuldigten für seine Einlassung‘ bleibe hingegen in*

¹⁶¹ Seiterle, Seite 28.

¹⁶² BGH, Urteil vom 17.12.1998, BGHSt, 44 S. 308, 327.

¹⁶³ BGH, Urteil vom 16.02.1954, BGHSt 5, 332-338.

¹⁶⁴ Seiterle, Seite 33.

jeder Verfahrensphase unangetastet.“¹⁶⁵

„Die Untersuchung mit dem Polygraphen gewähre jedoch einen ‚Einblick in die Seele‘ des Beschuldigten. Der Beschuldigte, der sich einem solchen Test unterziehe, verliere also die Freiheit seiner Willensentschließung und Willensbetätigung; denn im Gegensatz zur Vernehmung, bei der es dem Angeklagten überlassen bleibe, über das Ob und Wie der Beantwortung jeder Frage zu entscheiden, stehe ihm diese Entscheidung bei der Befragung mit einem Polygraphen nicht mehr zu. Es antworte immer auch das Unbewusste des Untersuchten, ohne dass dieser das verhindern könne.“¹⁶⁶

Der BGH argumentiert hier also vorwiegend mit grundrechtlichen Erwägungen. Dem Beschuldigten steht es grundsätzlich frei, sich selbst zu belasten. Verwende man jedoch einen Polygraphen, kann es dazu kommen, dass sich der Proband unbewusst selbstbelastet. Die Veränderungen von Blutdruck, Puls oder den anderen Messparametern liegt nicht im Steuerungsbewusstsein der getesteten Person. Insoweit kann der Grundsatz nicht mehr gewahrt werden. Der BGH beschreibt das Testvorgehen als Einblick in die Seele – die Veränderungen des peripheren Nervensystems fallen in den *„lebensnotwendigen und unverzichtbaren seelischen Eigenraum“*¹⁶⁷ und müssen unangetastet bleiben. Das Bundesverfassungsgericht teilte im Jahr 1981 die Bedenken des BGHs. Allerdings stützte es seine Entscheidung nunmehr auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁶⁸ Durch die Aufzeichnungen der Veränderungen des Nervensystems würde der Beschuldigte zum „bloßen Anhängsel“ des Apparates.¹⁶⁹ *„Obwohl das Gericht von einer Trefferquote von 90 Prozent ausgeht und es immerhin eine ‚geringe Aussagekraft‘ des Polygraphentests nicht ausschließt, stehe die Bedeutung dieser möglichen Aussagekraft in keinem Verhältnis zur Schwere des erforderlichen Eingriffs“.*¹⁷⁰

Zusammenfassend ist festzustellen, dass in der Rechtsprechung zu diesem Zeitpunkt die Polygraphie als Verstoß gegen die Menschenwürde, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und somit den § 136a Abs. 1 StPO angesehen wurde.¹⁷¹ Der § 136a StPO wurde dabei analog angewandt, schließlich ist und war der Lügendetektor bis dato nicht in der Vorschrift aufgeführt.

¹⁶⁵ a.a.O., BGHSt 5, S. 332,334,335.

¹⁶⁶ a.a.O.

¹⁶⁷ BGHSt 5, S. 332, 335, 336.

¹⁶⁸ BVerfG, NJW 1982, 375.

¹⁶⁹ a.a.O.

¹⁷⁰ Seiterle, Seite 34; BVerfG; NJW 1982, 375.

¹⁷¹ Seiterle, Seite 32.

b) Urteil vom 17.12.1998

In der Zwischenzeit befasste sich das Bundesverfassungsgericht in den Jahren 1997 und 1998 erneut mit der Problematik. Im Jahre 1997 ließ die Kammer *„ausdrücklich dahingestellt, ob die bisherige Rechtsprechung im Strafprozess, insbesondere unter Berücksichtigung der Fortentwicklung der Untersuchungstechnik, [...], weiter Bestand haben kann.“*¹⁷² Dieser Beschluss wurde gewissermaßen als Wende angesehen.

*„[Das Urteil des BGHs vom 17.12.1998] bedeutete eine Wende, was die Beurteilung des Polygrapheneinsatzes im Strafverfahren betrifft, denn dieser wurde nun für rechtlich zulässig erachtet. Andererseits blieb es für den BGH im Ergebnis bei der Unzulässigkeit des Einsatzes, denn sowohl der KFT als auch der TWT seien, letzterer zumindest im Hauptverfahren, ungeeignete Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 4 StPO.“*¹⁷³ Der BGH sah in der Entscheidung keinen Verstoß mehr gegen die Menschenwürde. Es wurde die Ansicht, dass Polygrafie einen Einblick in die Seele des Beschuldigten darstellt, verworfen.

*„Nach einhelliger, wissenschaftlicher Auffassung ist es nicht möglich, eindeutige Zusammenhänge zwischen bestimmten kognitiven und emotionalen Zuständen und hierfür spezifischen Reaktionsmustern im vegetativen Nervensystem zu erkennen. Dies gilt insbesondere für mit der unwahren Beantwortung von Fragen in Verbindung stehende Reaktionen ("no specific lie response"). Umgekehrt läßt sich nicht nachweisen, daß sich ein bestimmter Außenreiz auf eine gemessene körperliche Veränderung ausgewirkt hat, da es dafür vielfältige, nicht eingrenzbar Ursachen geben kann. Dies liegt daran, daß die verschiedenen Komponenten des vegetativen Systems eines Menschen zwar miteinander in Beziehung stehen, deren jeweilige Ausgestaltung aber nicht klar zu bestimmen ist. Unter Einsatz des polygraphischen Verfahrens kann also namentlich nicht gemessen werden, ob der Untersuchte die Wahrheit sagt. [...] Allerdings ist es richtig, daß bei der Untersuchung auch solche körperlichen Vorgänge der Messung unterliegen, die willentlich nicht unmittelbar zu beeinflussen sind. Jedoch dürfen vom Gericht auch sonst vom Willen nicht steuerbare Ausdrucksvorgänge eines Beschuldigten, die es ohne technische Hilfsmittel wahrnehmen kann (z.B. starke Schweißbildung, Erröten, Sprechstörungen oder andere Orientierungs-, Anstrengungs- und Verlegenheitsreaktionen), verwertet werden.“*¹⁷⁴

Dabei stellt der Umstand, dass der Beschuldigte an ein Messgerät angeschlossen

¹⁷² BVerfG StraFO 1998, S. 16.

¹⁷³ Seiterle, Seite 38.

¹⁷⁴ BGH, Urteil vom 17.12.1998, 1 StR 156/98, BGHSt 44, 308-328.

sei, keine Verachtung der Menschenwürde dar. Es mache ihn nicht zu einem Objekt an einem apparativen Vorgang. Hingegen bleibt er bei Erklärung seines Einverständnisses in seiner Stellung als Subjekt unangetastet.¹⁷⁵

Einen Verstoß gegen § 136a StPO sieht der BGH nicht (mehr). Die polygraphische Untersuchungsmethode ist nicht in der Vorschrift genannt; deren Durchführung stellt weder eine Täuschung im Sinne der Norm, noch einen Zwang für den Betroffenen, der Untersuchung zuzustimmen, dar.¹⁷⁶ *„Auch die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift liegen nicht vor, wenn der Beschuldigte einer Untersuchung mittels des Polygraphen zustimmt, weil es dann an der für eine Analogie erforderlichen Vergleichbarkeit der Fallgestaltungen fehlt.“*¹⁷⁷ Der Polygraph sei mit dem Schweregrad, beispielsweise der Narkoanalyse¹⁷⁸, auf welche § 136a StPO entsprechend angewendet wird, nicht vergleichbar. Der BGH sieht die Polygrafie jedoch als völlig ungeeignetes Beweismittel an. Im Urteil wird dabei in den KFT und den TWT unterschieden: Das Kontrollfrageverfahren würde *„in den maßgebenden Fachkreisen“* nicht *„allgemein und zweifelsrichtig als richtig und zuverlässig“*¹⁷⁹ angesehen werden. Man kann nicht davon ausgehen, dass sich bestimmte emotionale Erregungen in klassischen Verhaltensmustern zeigen. *„Zwar erscheint es auf den ersten Blick plausibel, dass ein Täter auf die direkt die Tatbegehung betreffenden Fragen aus Furcht vor Bestrafung mit stärkerer Erregung reagieren soll als auf die Kontrollfragen, während sich dies beim Nichttäter umgekehrt verhalten soll. Dabei wird aber verkannt, daß der zu Unrecht Beschuldigte in gleichem oder noch stärkerem Maße befürchten kann, das gegen ihn geführte Verfahren werde strafrechtliche und sonstige Folgen (z.B. Verlust des Arbeitsplatzes, Entzug des Sorgerechts für die Kinder) nach sich ziehen.“*¹⁸⁰ Weiterhin bestünde ein Risiko bei der Erstellung der Kontrollfragen. So könnte es sein, dass dem Unschuldigen fehlerhaft vermittelt wird, dass die relevanten Fragen für ihn größere Bedeutung haben, als die eigentlichen Kontrollfragen.¹⁸¹ *„Schließlich versagt der BGH dem*

¹⁷⁵ a.a.O.

¹⁷⁶ a.a.O.

¹⁷⁷ a.a.O.

¹⁷⁸ Bei der Narkoanalyse wird eine Substanz (sogenanntes Wahrheitsserum) verabreicht, die enthemmend wirkt und Gesprächsbarrieren beseitigt. Die Person kann nicht mehr mit eigener Willenskraft entscheiden, ob bzw. was sie sagt. In der Psychologie wurde diese Behandlungsmethode durchgeführt, um ein möglichst umfassendes, tiefschichtiges Bild des Patienten im Rahmen der Anamnese zu erlangen, vgl. <https://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/narkoanalyse/10302> [aufgerufen am 18.04.2021].

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 17.12.1998, 1 StR 156/98, BGHSt 44, 308-328.

¹⁸⁰ a.a.O.

¹⁸¹ a.a.O.

KFT selbst jeden ‚indiziellen Beweiswert‘, weil es nicht einmal eine ausreichende Datenbasis für die Hypothese gebe, dass ein Verhalten, in diesem Fall ‚wahre oder unwahre Äußerung‘, und die daraufhin gemessenen Körperreaktionen in hohem Maße zusammenhängen. Die teilweise gemessenen Trefferquoten von 70 bis 90 Prozent begegneten so schweren Bedenken, dass der KFT selbst als noch so schwaches Indiz nichts taue.“¹⁸²

Zum TWT musste der BGH im Urteil nicht groß Stellung nehmen, da er nur die Zulässigkeit der Polygraphie im Hauptverfahren zu beurteilen hatte. Zu diesem Zeitpunkt hat der Angeklagte schon zu viele, im Rahmen des Ermittlungsverfahrens und der Anklage durch Dritte vermittelte, Informationen. Aus diesem Grund erachtet der BGH auch den TWT – zumindest im Hauptverfahren – ebenfalls als völlig ungeeignetes Beweismittel.¹⁸³

Das Urteil wurde von der Literatur wegen der verfassungsrechtlichen und strafprozessrechtlichen Aspekte größtenteils begrüßt, vereinzelt gab es auch Kritik.¹⁸⁴ *„Insgesamt [...] scheint die vor dem Urteil sehr lebhaft Diskussions, ob der Polygrapheneinsatz gegen den Menschenwürdeschutz, das Persönlichkeitsrecht oder § 136a StPO verstößt oder nicht, nunmehr weitgehend zum Erliegen gekommen zu sein. [...] [Es sei] bereits angemerkt, dass [sich] der BGH mit einigen rechtlichen Aspekten der Zulässigkeit nicht oder nur an der Oberfläche auseinandersetzt. Nur beispielhaft sei [...] erwähnt, dass die Erwägungen des Gerichts zu § 136a StPO zum Teil sehr knapp ausfallen.“¹⁸⁵*

III. § 252 StPO

1. Bedeutung und Reichweite als Beweisverbot

In den ursprünglichen Entwürfen zur StPO ist eine Norm, die dem heutigen § 252 StPO entspricht, nicht zu finden. *„Zu dem Antrag auf Einführung des § 252 StPO heißt es in dem Bericht der Kommission: ‚Das Recht zur Ablehnung der Aussage, welches der Zeuge in der Hauptverhandlung geltend machen kann, würde illusorisch sein, wenn dessen ungeachtet die von ihm früher erstattete Aussage, bei welcher er vielleicht noch nicht die Tragweite seines Zeugnisses zu erkennen vermochte, in der Hauptverhandlung zur Verlesung gebracht würde.“¹⁸⁶* Die Regierungskommissare hatten dem erfolglos entgegengebracht, dass die

¹⁸² Seiterle, Seite 42.

¹⁸³ a.a.O.

¹⁸⁴ Seiterle, Seite 43.

¹⁸⁵ Seiterle, Seite 43.

¹⁸⁶ Velten in SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, § 252 Rn.1.

Regelung nicht dazu führen dürfe, dem Gericht die früher freiwillig getätigte Aussage zu entziehen; umso mehr würde man auch dem Angeklagten einen möglichen Entlastungsbeweis entziehen.¹⁸⁷ Es sei jedoch der Sinn und Zweck der Vorschrift zu respektieren. Die Vorschrift wurde als § 213a StPO, später als § 251 StPO und schlussendlich als § 252 StPO in das Gesetz aufgenommen.

Sinn der Vorschrift ist es also, dem zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten, „die Möglichkeit zu sichern, die endgültige Entscheidung über die Zeugnisverweigerung erst in der Hauptverhandlung zu treffen.“¹⁸⁸ „§ 252 StPO gewährt dem angehörigen Zeugen nicht nur die Möglichkeit, von einer wahrheitsgemäßen belastenden Aussage Abstand zu nehmen, sondern auch die Option, eine unwahre entlastende Aussage zu revidieren, ohne nachteilige Folgen befürchten zu müssen.“¹⁸⁹ In der Hauptverhandlung hat der Zeuge also die Möglichkeit, eine etwa bereits im Ermittlungsverfahren bzw. vor der Hauptverhandlung abgegebene Aussage, die den Angeklagten belastet und einen Familienkonflikt mit sich ziehen würde, zu umgehen. Die Vorschrift wäre besser in dem Kontext der §§ 52ff. StPO aufgehoben, da es vorwiegend um die Reichweite eines Zeugnisverweigerungsrechtes geht – nicht um die Konkurrenz zweier Beweismittel.¹⁹⁰

Im Grundsatz verbietet § 252 StPO jegliche Reproduktion von Aussagen, die der Zeuge, der sich in der Hauptverhandlung auf sein Verweigerungsrecht beruft, im Vorfeld gemacht hat. Dabei kämen als Reproduktionsmöglichkeiten zum Beispiel das Verlesen eines Vernehmungsprotokolls, die Vernehmung des Vernehmungsbeamten als Zeuge vom Hörensagen oder das Abspielen einer Bild-Ton-Aufnahme in Betracht. Einer Ansicht nach ergäbe sich dieses Reproduktionsverbot bereits aus dem § 250 S. 2 StPO bzw. aus dem Umkehrschluss des § 251 StPO (dort ist eine solche Reproduktionsweise nicht aufgeführt); § 252 StPO stelle nur noch eine Bekräftigung dieses Gedankens dar.¹⁹¹ Nach der herrschenden Meinung haben beide Normen allerdings nicht so weit reichende Rechtsfolgen wie der § 252 StPO. § 252 StPO stellt ein Verlesungs- und ein Verwertungsverbot dar.¹⁹² „Die Wendung ‚darf nicht verlesen werden‘ spricht zwar, auf den ersten Blick betrachtet, für die Ansicht, dass § 252 StPO nur die Verlesung zum Zwecke des Urkundenbeweises verbieten will. [...] Die Strafprozessordnung geht jedoch, wie § 249 StPO erkennen lässt, davon aus,

¹⁸⁷ a.a.O.

¹⁸⁸ BGH, Urteil vom 15. Januar 1952 – 1 StR 341/51 –, BGHSt 2, 99-110.

¹⁸⁹ Velten, § 252 Rn. 2.

¹⁹⁰ a.a.O., andere Auffassung: RGSt 5, 144.

¹⁹¹ so Velten, § 252 Rn. 3, m.w.N.

¹⁹² BGHSt 2, 99.

*dass Urkunden in der Weise in der Hauptverhandlung als Beweismittel verwertet werden, dass sie verlesen werden. Es widerspricht also nicht dem Sprachgebrauch der StPO, wenn man in dem Verlesungsverbot des § 252 StPO ein Verbot sieht, die Niederschrift über die frühere Vernehmung in irgendeiner Form zu verwerten.*¹⁹³

a) Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 StPO

Es stellt sich die Frage, für welche Verweigerungsrechte die Vorschrift greift. Insbesondere ist fraglich, ob auch die Norm des § 55 StPO umfasst ist, schließlich wird in dessen Wortlaut nicht von einem Zeugnisverweigerungs- sondern von einem Auskunftsverweigerungsrecht gesprochen. Sowohl nach dem Wortlaut der Norm als auch nach historischer Auslegung und Sinn und Zweck findet § 252 StPO auf das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO Anwendung.

Das Zeugnisverweigerungsrecht soll dem Zeugen ermöglichen, einen familiären Konflikt zu umgehen. Gemäß § 52 StPO steht das Zeugnisverweigerungsrecht dem Verlobten, dem (ehemaligen) Ehegatten bzw. dem Lebenspartner des Beschuldigten und einem Angehörigen, der mit dem Beschuldigten in gerader Linie verwandt oder verschwägert ist sowie einem Angehörigen, der mit dem Beschuldigten in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist, zu. Der Loyalität gegenüber Angehörigen ist Vorrang vor der Loyalität gegenüber dem Staat zu gewähren.¹⁹⁴ Der Zeuge soll davor geschützt werden, eine für den Beschuldigten belastende Aussage zu tätigen; gleichwohl soll aber verhindert werden, dass er eine unwahre entlastende Aussage tätigt.¹⁹⁵ Dem Zeugen wird mithin der Gewissenszwiespalt abgenommen: einerseits muss er befürchten, wenn er eine Aussage tätigt, die den Beschuldigten belastet, einen familiären Konflikt bspw. wegen Verrates einzugehen; andererseits möchte er zur Wahrheitsfindung beitragen. Umgekehrt möchte er den Beschuldigten entlasten und lügt für diesen, weil er den Beschuldigten gar schützen möchte. Allerdings würde er sich gemäß § 153 StGB wegen falscher uneidlicher Aussage strafbar machen. *„Aus diesem Grundgedanken ergeben sich Anhaltspunkte für die Reichweite des § 252 [StPO]: Dem Zeugen soll die Rolle als Werkzeug der Strafverfolgungsbehörden erspart werden, nicht nur, um ihn vor dem Zwiespalt in der Aussagesituation selbst zu schützen, sondern weil er nicht Instrument der Ermittlungsbehörden sein soll, indem mit seiner Hilfe der Binnenraum Familie aufgebrochen wird, und damit er sich nicht selbst Vorwürfe*

¹⁹³ BGH, Urteil vom 15. Januar 1952 – 1 StR 341/51 –, BGHSt 2, 99-110.

¹⁹⁴ vgl. *Velten*, § 252 Rn. 7.

¹⁹⁵ vgl. *Meyer-Großner/Schmitt*, § 52 Rn.1.

wegen seines Prozessverhaltens machen muss. Es geht nicht darum, zu verhindern, dass der Zeuge gegen seinen Willen aussagt, sondern dass er gegen seinen Willen einen Beitrag zur Verurteilung leistet. Deshalb soll er über seinen Beitrag zur Verurteilung bis zur Kenntnis durch das Gericht frei entscheiden können.“¹⁹⁶ Das Verwertungsverbot des § 252 StPO wirkt dabei auch, falls es mehrere Angeklagte wegen eines sachlich untrennbaren Vorwurfes gibt, für die Angeklagten, die in keinem Verwandtschaftsverhältnis mit dem Zeugen stehen.¹⁹⁷

b) Zeugnisverweigerungsrechte gemäß §§ 53, 53a StPO

§§53,53a StPO regeln das Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsheimnisträger und denen gleichgestellten Personen. Dies gilt zum Beispiel für den Verteidiger des Beschuldigten über das, was ihm in dieser Eigenschaft anvertraut wurde oder bekannt geworden ist, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO. § 252 StPO gilt nach seinem Wortlaut, aber auch nach seinem Sinn und Zweck für dieses Zeugnisverweigerungsrecht. § 53 StPO schützt vornehmlich denjenigen, der die Hilfe eines Berufsheimnisträgers in Anspruch genommen hat, vor der öffentlichen Kenntnismahme des Geheimnisses. Die Verletzung des geschützten Interesses geschieht hier also durch die Preisgabe im Strafverfahren, nicht unbedingt durch die Verwertung im Urteil.¹⁹⁸

§ 252 StPO ist in diesen Fällen allerdings nur dann anwendbar, wenn schon bei einer früheren Vernehmung ein Zeugnisverweigerungsrecht bestand.¹⁹⁹ Nach der Rechtsprechung des BGH bleiben die Aussagen allerdings verwertbar, wenn der Geheimnisträger zum Zeitpunkt der früheren Vernehmung von der Schweigepflicht entbunden war.²⁰⁰ „Macht ein Arzt als Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht aus StPO § 53 Abs 1 Nr. 3 Gebrauch, das Zeugnis zu verweigern, so darf über den Inhalt einer Aussage, die er früher vor dem Untersuchungsrichter gemacht hat, dieser jedenfalls dann vernommen werden, wenn der Arzt bei der früheren Aussage gemäß StPO § 53 Abs 2 von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden war.“²⁰¹ In einer solchen Konstellation gebe es, so der BGH, keine Pflichtenkollision, vor der § 252 StPO schützen möchte. „Es [kommt] nicht auf den Pflichtenwiderstreit der Vertrauensperson selbst an, weil

¹⁹⁶ Velten, § 252 Rn. 7.

¹⁹⁷ Meyer-Großner/Schmitt, § 252 Rn. 2 m.w.N.

¹⁹⁸ Velten, § 252 Rn. 8.

¹⁹⁹ Meyer-Großner/Schmitt, § 252 Rn. 3 m.w.N.

²⁰⁰ Velten, § 252 Rn. 8; BGHSt 18, 146, 148.

²⁰¹ BGHSt, 18, 146, 148, Leitsatz.

*nicht deren Interesse an einem reinen Gewissen geschützt ist, sondern allein auf die zugrunde liegenden Interessen des Geheimnisträgers.*²⁰²

c) Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 54 StPO

Wie bereits dargestellt, bedürfen Polizeibeamte für die Informationen, die sie im Rahmen des Dienstes erlangt haben, eine Aussagegenehmigung, um zu dieser Thematik vernommen zu werden. § 252 StPO erfasst auch den Anwendungsbereich des § 54 StPO. So dürfen Äußerungen aus dem Vorverfahren nicht verlesen oder anderweitig in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Dabei ist nicht nur der Fall erfasst, dass der Zeuge bei der Aussage irrig angenommen hat, er sei nicht schweigepflichtig oder ihm sein eine Aussagegenehmigung erteilt, sondern auch der Fall des Widerrufs der Aussagegenehmigung für die Hauptverhandlung.²⁰³

d) Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO

Fraglich ist, ob § 252 StPO auch für das Recht des § 55 StPO greifen kann – ist das Recht nach Wortlaut doch kein Zeugnis-, sondern ein Auskunftsverweigerungsrecht. Die Vorschrift dient dem Schutz des Zeugen selbst.²⁰⁴ *„Eine Einbeziehung des § 55 [StPO] in den Anwendungsbereich des §252 [StPO] lässt sich insbesondere dann rechtfertigen, wenn man die verfahrenssichernde Funktion des § 55 [StPO] berücksichtigt: Die entscheidende Frage ist – unter teleologischen Aspekten - auch hier, ob dasjenige Interesse, dessen Schutz § 55 [StPO] dient, durch Reproduktion der im Ermittlungsverfahren getätigten Zeugenaussagen im Fall der Auskunftsverweigerung nach §55 überhaupt tangiert werden kann.*²⁰⁵ Dies wird von der Rechtsprechung zurückgewiesen, da die Norm den Zeugen lediglich vor Selbstbelastung schütze.²⁰⁶ Eine Verwertbarkeit der Aussage gegen eine andere Person als den Zeugen sei nicht gehindert. Folglich findet §252 StPO nach der herrschenden Meinung keine Anwendung auf das Auskunftsverweigerungsrecht.

2. Vernehmung der richterlichen Verhörsperson

Wie eben dargestellt, dürfen Aussagen eines Zeugen, der sich im Nachgang auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, in keiner Weise reproduziert und in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Von diesem Grundsatz macht der BGH

²⁰² *Velten*, § 252 Rn. 8.

²⁰³ *Velten*, § 252 Rn. 9 m.w.N.

²⁰⁴ *Meyer-Großner/Schmitt*, § 55 Rn. 1.

²⁰⁵ *Velten*, § 252 Rn. 10.

²⁰⁶ *Meyer-Großner/Schmitt*, § 252 Rn. 5 m.w.N.

jedoch eine Ausnahme – die Vernehmung der richterlichen Verhörsperson. Diese Vorgehensweise ist an enge Voraussetzungen geknüpft.

Zum einen muss ein Zeuge vernommen werden, nicht der Beschuldigte. Das Zeugnisverweigerungsrecht muss zum Zeitpunkt der Vernehmung schon Bestand haben – der Zeuge ist über das Recht durch den Richter ordnungsgemäß zu belehren.²⁰⁷ Sodann muss der Zeuge in Kenntnis dessen eine Aussage tätigen. Nach der Rechtsprechung ist nur die Vernehmung des Richters zulässig, nicht jedoch einer anderen in der Vernehmung anwesenden Person, wie beispielsweise des Protokollführers oder eines anderen anwesenden Prozessbeteiligten.²⁰⁸ Der BGH begründet dies mit der Unzuverlässigkeit dieser Zeugen.²⁰⁹ Inwieweit dieses Argument gerechtfertigt ist, ist strittig. Auch die ergänzende Vernehmung einer anwesenden Person ist nicht zulässig. Soll die anwesende Person beispielsweise nicht konkret die gemachte Aussage betreffende Angaben machen, sondern den erlangten Gesamteindruck verlautbaren, ist dies ebenfalls nicht zulässig. In der Vernehmung muss der Richter den Zeugen nicht auf die eventuelle Verwertbarkeit der richterlichen Zeugenaussage hinweisen.²¹⁰

Zu dem darf der Vernehmung des Richters kein weiteres Verwertungsverbot entgegenstehen.

Dem Richter darf bei seiner Vernehmung auch ein Vorhalt zur Gedächtnisstütze aus dem Vernehmungsprotokoll gemacht werden.²¹¹ Dasselbe gilt für polizeiliche Vernehmungsprotokolle, die Bezug auf das Protokoll der Vernehmung vor dem Richter nehmen.²¹² Nach den allgemeinen Grundsätzen ist jedoch nur das daraufhin Gesagte verwertbar.

²⁰⁷ Meyer-Großner/Schmitt, § 252 Rn. 14a.

²⁰⁸ BGH 13, 394, 398 = JR 60, 225.

²⁰⁹ Veltens, § 252 Rn. 27; BGHSt 13, 394 (396); 46, 189.

²¹⁰ BGH NJW 17, 94 [GSSt].

²¹¹ Veltens, § 252 Rn. 29.

²¹² a.a.O.

Schlusswort

Ziel der Diplomarbeit war es, einen Überblick über Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote zu schaffen und vereinzelte Thematiken schwerpunktmäßig näher zu beleuchten.

Nach der Klärung der allgemeinen Begrifflichkeiten wurde auf das Täuschungsverbot des § 136a StPO eingegangen. Hierbei ist zu beachten, dass dieses Merkmal restriktiv auszulegen ist. Ob das Entlocken eines Geständnisses durch einen Verdeckten Ermittler gegen das Täuschungsverbot verstößt, hat der Bundesgerichtshof nicht geklärt. Vielmehr soll ein solches Vorgehen nicht mit den Tatbestandsmerkmalen der Norm harmonisieren, da dieses schlichtweg nicht mit den dort genannten Vernehmungsmethoden zu vergleichen ist. Eine Subsumtion des Sachverhaltes unter dem Täuschungsverbot wurde in der Entscheidung jedoch nicht vorgenommen. Allerdings verstößt das Vorgehen in dem konkreten, der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt, gegen das Gebot der Selbstbelastungsfreiheit, weshalb eine Verwertung der Aussage durch den Bundesgerichtshof untersagt wurde. Per se verstoßen Verdeckte Ermittlungen allerdings nicht gegen das nemo-tenetur-Prinzip.

Es ist wohl auch anzunehmen, dass Verdeckte Ermittlungen nicht gegen das Täuschungsverbot des §136a StPO verstoßen. Sicherlich mag der Vernommene darüber im Irrtum sein, gegenüber wem er eine Aussage trifft. Allerdings schreibt die StPO ein solches Vorgehen ausdrücklich vor; es wäre inkonsequent, wenn Erkenntnisse aus Verdeckten Ermittlungen dann nicht verwertet werden könnten. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ist nachvollziehbar. Verdeckte Ermittlungen sind eine zulässige Ausnahme vom Täuschungsverbot. Zudem ist zu betonen, dass Verdeckte Ermittlungen nicht zur Aufklärung von Straftaten jeder Art dienen. Das Gesetz schreibt abschließend vor, dass eine Straftat erheblicher Bedeutung vorliegen muss. Insoweit kann auch kein Missverhältnis zwischen der staatlichen Aufklärungspflicht von Straftaten und dem Recht zur Selbstbelastungsfreiheit gesehen werden.

Sodann wurde untersucht, ob Polygrafie unter analoger Anwendung des §136a StPO eine unzulässige Vernehmungsmethode darstellt.

Zu dieser Problematik gibt es im Wesentlichen zwei Grundsatzentscheidungen des BGH, die näher erläutert wurden. Bis zum Jahr 1998 verstand der BGH unter Polygrafie eine unzulässige Vernehmungsmethode. Polygrafie verstoße gegen die Freiheit zur Willensentschließung und -betätigung. Durch das Vorgehen blicke man in die Seele des Vernommenen ein, was mit unter grundgesetzlichen

Aspekten unzulässig ist. In der Entscheidung im Jahr 1998 hielt der BGH nicht weiter an seiner bisherigen Auffassung fest. Polygrafie sei zulässig; die Testmethoden stellen jedoch völlig ungeeignete Beweismittel dar.

Unabhängig von den unterschiedlichen Entscheidungen des BGH ist es richtig, dass Polygrafie keine übliche Beweisgewinnungsmethode ist. Welcher Meinung man sich anschließen mag – der von 1954 oder 1998 – mag von untergeordneter Bedeutung sein. Es kann nicht richtig sein, dass aus körperlichen Reaktionen des Vernommenen Schlüsse gezogen werden. Wie bereits dargestellt, gibt es zahlreiche Manipulationsmöglichkeiten. Darüber hinaus kann auch einfache Aufregung dazu führen, dass das Testergebnis verfälscht wird. Es kann nicht sein, dass unkontrollierbare Veränderungen im peripheren Nervensystem dazu führen, dass sich ein Mensch im Strafprozess selbst belastet, wenn doch ein Gebot der Selbstbelastungsfreiheit besteht. Der Wille des Menschen muss entscheiden, ob eine Äußerung stattfindet. Durch Polygrafie wird aber genau diese Freiheit der Willensentschließung eingeschränkt, wenn nicht sogar in Gänze aufgehoben. Genau das möchte das Grundgesetz und der darauf beruhende §136a StPO schützen.

Zuletzt wurde auf die Thematik des §252 StPO eingegangen und die zulässige Ausnahme der Vernehmung eines Ermittlungsrichters erläutert. Die Ausnahme erscheint schlüssig und ist sicherlich auch von hoher praktischer Bedeutung. Gerade in Fällen von häuslicher Gewalt mag diese Ausnahmeregelung bedeutende Wirkung haben. Oftmals kommt es vor, dass Betroffene kurz nach dem Tatgeschehen umfassend bei der Polizei aussagen. Bis zur mündlichen Strafverhandlung haben sie sich meist schon längst mit dem Täter versöhnt und berufen sich dann auf ihr Schweigerecht. Die Aussage kann daher im Grundsatz nicht mehr verwertet werden. Schlussendlich mag dann die Vernehmung eines Ermittlungsrichters trotzdem zur Überführung des Täters führen.

Literaturverzeichnis

BZ-Redaktion, Polizei stoppt Drogenhandel in ganz großem Stil – verdeckte Ermittlungen auch in der Ortenau, <https://www.badische-zeitung.de/polizei-stoppt-drogenhandel-in-ganz-groessem-stil-verdeckte-ermittlungen-auch-in-der-ortenau--202496814.html>, aufgerufen am 22.06.2021.

Dietrich, Steffen, Der Begriff der Täuschung im Rahmen der verbotenen Vernehmungsmethoden des § 136a StPO, <https://www.strafrechtsblogger.de/der-begriff-der-taeschung-im-rahmen-der-verbotenen-vernehmungsmethoden-des-136a-stpo/2017/03/>, aufgerufen am 21.06.2021.

Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 8. Auflage, München, 2012.

Gau, Patrick Jürgen, Die rechtswidrige Beweiserhebung nach § 136a StPO als Verfahrenshindernis, Juristische Reihe TЕНEA, Bd. 118, 2006, abrufbar unter https://download.jurawelt.com/download/dissertationen/tenea_juraweltbd118_gau.pdf [aufgerufen am 27.06.2021].

Gercke, Julius, Temming, Zöller, Strafprozessordnung, 6. Auflage, 2019.

Kurz, Peter, Lügendetektor – Schuld oder Unschuld auf dem Millimeterpapier, https://www.wz.de/wirtschaft/luegendetektor-schuld-oder-unschuld-auf-millimeterpapier_aid-26286193, aufgerufen am 22.06.2021.

Lausitzer Rundschau Online, Amtsgericht Bautzen Freispruch im Lügendetektor-Prozess, <https://www.lr-online.de/lausitz/hoyerswerda/amtsgericht-bautzen-freispruch-im-luegendetektor-prozess-37932130.html>, aufgerufen am 03.05.2021.

Lexikon der Psychologie, Narkoanalyse, <https://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/narkoanalyse/10302>, aufgerufen am 18.04.2021.

Lexikon der Psychologie, Tatwissenstest, <https://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/tatwissenstest/15319>, aufgerufen am 22.06.2021.

Meyer-Großner, Lutz; Schmitt, Bertram, Becksche Kurzkommentare, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Band 6, 63. Auflage, München, 2020.

Noack, Karsten, Lügner und ihre Lügen erkennen,
<https://www.karstenoack.de/luegen-erkennen-berlin/>, aufgerufen am
22.06.2021.

Pfeiffer, Gerd, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage, München, 2005.

Qualtrics.xm, Die Suggestivfrage – ein sprachliches Mittel der Manipulation,
<https://www.qualtrics.com/de/erlebnismangement/marktforschung/suggestivfrage/>,
aufgerufen am 22.06.2021.

Reiche, Felix, Das Täuschungsverbot des § 136a StPO – ein objektiv-
überindividueller Bestandteil des Beweisrechtes, Kiel, 1999.

Reinhold, Sandra, Suggestion. Die Bedeutung des Phänomens im Rahmen
polizeilicher Vernehmungen, SIAK-Journal – Zeitschrift für Polizeiwissenschaft
und polizeiliche Praxis (4/2016), 19, 28.

Rieß, Peter (Hrsg.); Krause, Daniel; Schäfer, Gerhanf; Hübner, Hans; Hanack,
Ernst-Walther, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz,
Band 2, 25. Auflage, Berlin, 1996.

Rössner, Dieter, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2007.

Seiterle, Stefan, Hirnbild und „Lügendetektion“ zur Zulässigkeit der
Glaubwürdigkeitsbegutachtung im Strafverfahren mittels hirnbildgebender
Verfahren, Berlin, 2010.

Wagner, Michaela, Polygraphie im Strafverfahren, Ein Plädoyer gegen die
prozessuale Zulässigkeit des Lügendetektors, 1. Auflage, Wien, 2012.

Wang, Shih-Fan, 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, 1. Auflage, Zürich, 2015.

Wolter, Jürgen (Hrsg.); Rudolphi, Hans-Joachim; Schlüchter, Ellen; Fritsch,
Wolfgang; Rogall, Klaus; Degener, Wilhelm; Deiters, Mark; Frister, Helmut; Jäger,
Christian; Greco, Luis; Meyer, Frank; Paeffgen, Hans-Ullrich; Velten, Petra;
Wesslau, Edda; Wohlers, Wolfgang, SK-StPO Systematischer Kommentar zur
Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Bände II und V, 5. Auflage, 2016.

Eidesstattliche Versicherung

Ich, Michelle Nicole Lieschke, erkläre an Eides statt, dass ich die Diplomarbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe, dass Quellen oder indirekt übernommene Gedanken als solche kenntlich gemacht sind, dass die Diplomarbeit in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt wurde und dass die gedruckte und die digitalisierte Form der Diplomarbeit identisch sind, § 24 Abs. 4 FHMeißen-GO



Bautzen, 02.07.2021

Michelle Nicole Lieschke