

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Strikte Beweisverwertungsverbote – Ein Gebot des Rechtsstaats

Ein kriminalpolitisches Plädoyer für eine grundlegende Reform

von RA Dr. Till Müller-Heidelberg,
Wiss. Mit. Mara Kunz,
RiLG Dr. Holger Niehaus,
unter Mitarbeit
von Prof. Dr. Fredrik Roggan*

Abstract

Im Koalitionsvertrag der CDU/CSU-SPD-Regierung vom 14. März 2018 heißt es unter der Überschrift „Pakt für den Rechtsstaat“ im Unterpunkt „Verfahrensrecht“, dass die Koalitionäre „die systematische Kodifizierung der Regeln zur Zulässigkeit von Beweiserhebung und -verwertung“ prüfen wollen. In der Tat zeigt ein Blick auf den gegenwärtigen Rechtszustand, dass Reformbedarf besteht. Ob der Gesetzgeber sein anspruchsvolles Vorhaben angehen oder gar umsetzen wird, darf mit Interesse verfolgt werden.

I. Einleitung

Es ist keine neue Erkenntnis, dass auch die grundsätzlich rechtsstaatliche Ordnung eines Staates in der Praxis der Strafverfolgung Rechtsverletzungen durch Organe des Staates nicht ausschließt.¹ Das Strafprozessrecht hat deshalb neben der Funktion der Ordnung des Strafverfahrens vor allem auch die Funktion der Begrenzung der Strafverfolgung im Interesse der Rechtsstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes.² Die Erforschung des Sachverhalts und die Bestrafung des Täters soll im Rechtsstaat eben nicht um jeden Preis erfolgen,³ sondern nur auf dem vorgeschriebenen bzw. erlaubten Weg. Deshalb ist ein Angeklagter nicht nur dann freizusprechen, wenn seine Schuld (mangels Beweisen) nicht erwiesen ist, sondern auch dann, wenn der Nachweis seiner Schuld nicht auf prozessordnungsgemäßem Weg geführt werden kann, weil keine in prozessordnungsgemäßem Verfahren zustande gekommen Beweise vorliegen.⁴

Das Gesetz enthält zu dem Konflikt zwischen Strafverfolgungsinteresse und den (Grund-)Rechten des Angeklagten und aller Bürger nur ganz rudimentäre Regelungen für bestimmte Einzelfälle (namentlich § 136a Abs. 3 S. 2 StPO im Fall der Folter). Auf einem für den rechtsstaatlichen Strafprozess zentralem Gebiet überlässt das Gesetz mithin die Verantwortung für die Frage, wann aus einem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften bei der Beweisgewinnung die Unverwertbarkeit dieses Beweises im Prozess folgt, nahezu vollständig den Strafgerichten und – bis einschließlich zur Anklageerhebung – den Staatsanwaltschaften.

Das Auftreten neuer Ermittlungsmethoden (bedingt durch neue wissenschaftliche Erkenntnisse, z.B. auf dem Gebiet der DNA-Analyse) und die beständige Fortentwicklung der technischen Möglichkeiten zur Kommunikation und deren Überwachung (man denke an den gesamten Bereich der Kommunikation über das Internet und über Mobiltelefone) führen dabei auch zu neuen Rechtsfragen auf dem Gebiet der Beweisverwertung.⁵ Unabhängig von diesen Entwicklungen scheint der Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten die Sensibilität für die oben genannten Fragen nahezu vollständig abhanden gekommen zu sein (vgl. unten II. 2.). Eine Gesamtschau der jüngeren Rechtsprechung ergibt das Bild einer Verabsolutierung des Strafverfolgungsinteresses.⁶

Diese für den Rechtsstaat allgemein und für die (Grund-)Rechte der Bürger bedenkliche Entwicklung kann nur durch eine längst überfällige allgemeine gesetzliche Regelung über die Beweisverwertungsverbote in einen rechtsstaatskonformen Zustand überführt werden (unten

* Der Autor Dr. Müller-Heidelberg ist Rechtsanwalt in Bingen/Rhein; die Autorin Kunz ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin des Instituts für Kriminologie der Universität Heidelberg (Prof. Dr. Dölling); Dr. Niehaus ist Richter am Landgericht Düsseldorf; der Beitrag stellt die Ergebnisse einer aus diesen bestehenden Arbeitsgruppe der Bürgerrechtsvereinigung Humanistische Union dar; Prof. Dr. Roggan lehrt Strafrecht an der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg. Die Verfasser danken Oksan Karakus, die ebenfalls in der vorgenannten Arbeitsgruppe mitgewirkt hat.

¹ So schon Grünwald, JZ 1966, 489.

² Grünwald, JZ 1966, 489.

³ BGHSt 14, 358 (365).

⁴ Wohlers, StV 2008, 434 (442); vgl. Dencker, DAR 2009, 257 (259, dort Fn. 40); Niehaus, DAR 2009, 632 (635).

⁵ Vgl. Grünwald, JZ 1966, 489.

⁶ Vgl. bereits Grünwald, JZ 1966, 489, unter Verweis auf *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903, S. 3.

V., vgl. dazu auch die einleitend zitierte Absichtserklärung aus dem Koalitionsvertrag vom 14. März 2018).

II. Gegenwärtiger Rechtszustand

1. Ausdrückliche gesetzliche Regelungen

Das aktuelle Recht enthält lediglich punktuell und verstreut einige Regelungen zu Einzelfällen verbotener Beweisverwertung.⁷ Hierzu zählt zu allererst § 136a Abs. 3 S. 2 StPO, nach dem Beweise, die unter Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden (insbes. Folter) erlangt worden sind, unverwertbar sind. Andere Regelungen betreffen nicht die Rechtsfolgen der *rechtswidrigen* Erlangung von Beweismitteln, sondern formulieren Verwertungs- oder Verwendungsverbote für bestimmte Zwecke oder in bestimmten Situationen: Nach § 81c Abs. 3 S. 5 StPO dürfen Beweise aus Untersuchungen an Minderjährigen, die ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgt sind, nur mit dessen Zustimmung verwertet werden. Erkenntnisse aus einem Großen Lauschangriff, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen, dürfen nach § 100d Abs. 2 S. 1 StPO nicht verwertet werden. Ist eine Maßnahme nach der StPO nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so dürfen nach § 477 Abs. 2 S. 2 StPO die gewonnenen personenbezogenen Daten in anderen Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Katalog-Straftaten verwendet werden. § 393 Abs. 2 AO bestimmt, dass Tatsachen, die der Betroffene den Finanzbehörden in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, nicht zur Verfolgung von Taten verwendet werden dürfen, die keine Steuerstraftaten sind.

Und schließlich kennt auch das Geheimdienstrecht mit den §§ 3a S. 8 und 5a S. 2 G10 das Verbot, Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zu verwerten.

Eine allgemeine Aussage darüber, ob in allen anderen Fällen des Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften die Beweisverwertung zulässig ist oder nicht, enthält das Gesetz daher nicht. Insbesondere wäre es abwegig – und wird deshalb (soweit ersichtlich) auch nicht vertreten – aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Verwertungsverbotsregelung in allen anderen Fällen rechtswidriger Beweisgewinnung außer in dem geregelten Fall des § 136a StPO zu schließen, dass das Gesetz die Verwertung mit Ausnahme der wenigen ausdrücklich geregelten Fälle zulasse. Zum Teil wird aber – umgekehrt – den jüngeren gesetzlichen Regelungen entnommen, dass der jüngere Gesetzgeber offenbar davon ausgeht, dass nach geltendem Recht die Verwertung rechtswidrig erhobener Beweise nicht schlechthin verboten sei (wie die genannten punktuellen Regelungen zeigen).

Es gebe also nach geltendem Rechtsverständnis keinen Automatismus zwischen rechtswidriger Beweiserhebung und Unverwertbarkeit des Beweises.⁸

Diese Sichtweise ist allerdings Einwänden ausgesetzt, weil – wie oben gezeigt – mit Ausnahme des seit jeher geregelten Falls des § 136a Abs. 3 S. 2 StPO die genannten Regelungen gar nicht den Fall der rechtswidrig erlangten Beweismittel regeln, sondern die Verwendung rechtmäßig erlangter Informationen beschränken. Gleichwohl zeigt diese Argumentation, dass es einer ausdrücklichen und allgemeinen gesetzlichen Regelung der Frage bedarf, in welchen Fällen aus einer rechtswidrigen Beweisgewinnung ein Beweisverwertungsverbot folgt. Denn anderenfalls wird sich derjenige, der sich auf eine solche rechtswidrige Beweisgewinnung beruft und ein Verwertungsverbot geltend macht, zunehmend dem Argument ausgesetzt sehen, der jüngere Gesetzgeber habe doch an anderer Stelle (etwa irgendwo im Rahmen einer „Dunkelnorm“ bei der DNA-Analyse oder im Datenschutzabschnitt der StPO, vgl. etwa § 477 Abs. 2 StPO) eine Regelung getroffen, hier aber gerade nicht, weshalb trotz rechtswidriger Beweisgewinnung der Beweis verwertbar sei.

2. Die Rechtsprechung zu den Verwertungsverboten

a) Die Praxis der Strafgerichte

Nach der Rechtsprechung – insbesondere des *BGH* – ist die Annahme eines Beweisverwertungsverbots bei rechtswidriger Beweisgewinnung eine begründungsbedürftige Ausnahme.⁹ Das *OLG Hamburg* meint gar, der Strafprozessordnung seien „Beweisverwertungsverbote grundsätzlich fremd“.¹⁰ Maßgebend sei eine Abwägung im Einzelfall, in deren Rahmen einerseits insbesondere das Gewicht des Verfahrensverstößes zu berücksichtigen sei, andererseits die Möglichkeit der Beweisgewinnung auf (hypothetisch) rechtmäßigem Weg und die Schwere des Tatvorwurfs.¹¹

Die dogmatische Begründung dieser „Abwägungslösung“ ist ursprünglich vor allem *Rogall* zuzuschreiben.¹² In ihrer Anwendung durch die Justizpraxis ist die Folge dieser (vermeintlichen) „Abwägung“ jedoch nahezu ausnahmslos die Annahme des vermeintlichen Überwiegens der Strafverfolgungsinteressen, so dass trotz rechtswidriger Beweiserhebung der Beweis verwertet wird, wie sich an einigen – lediglich exemplarisch ausgewählten – Beispielen zeigen lässt: So soll die Zweckentfremdung von entnommenen Körperzellen zum Zweck der DNA-Analyse in anderen Strafverfahren entgegen § 81a Abs. 3 StPO nicht zu einem Verwertungsverbot führen.¹³ Auch die Missachtung der Befristung einer Telekommunikationsüberwachung (Verstoß gegen § 100e Abs. 1 S. 4 StPO)

⁷ Vgl. auch die Überblicke bei *Heghmanns*, ZIS 2016, 404; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 24 Rn. 23 ff.; *Kudlich*, in: *MüKo-StPO*, 1. Aufl. (2014), Einl. Rn. 452; *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 61. Aufl. (2018), Einl. Rn. 55; *Beulke*, in: *SSW-StPO*, 3. Aufl. (2018), Einl. Rn. 263.

⁸ So die *hM*; vgl. etwa *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 55; *Beulke*, in: *SSW-StPO*, Einl. Rn. 264; *Fischer*, in: *KK-StPO*, 7. Aufl. (2013), Einl. Rn. 387; *Heghmanns*, Strafverfahren, 2014, Rn. 961; *ders.*, ZIS 2016, 404 ff.

⁹ *BGHSt* 44, 243 (249); 56, 127 (132 f.); vgl. auch *BVerfG*, NJW 2010, 287 und *BVerfG*, NJW 2011, 2417 (2419) – „Steuer-CD“; vgl. auch *Landau*, *NStZ* 2007, 121 (129).

¹⁰ *OLG Hamburg*, *NStZ* 2017, 726.

¹¹ Vgl. nur *BGH*, *NStZ* 2016, 551 (552 mwN).

¹² *Rogall*, *ZStW* 91 (1979), 1 (21, 29 ff.); vgl. *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (406), m.w.N.

¹³ *BGH*, NJW 2015, 2594 f.

führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.¹⁴ Die Verwertung von Erkenntnissen aus präventiv-polizeilichen Lauschangriffen soll zulässig sein.¹⁵ Sehr deutlich wird die Problematik auch in einer Entscheidung des *OLG Frankfurt a.M.* zur rechtswidrigen Delegation von Geschwindigkeitsüberwachungen auf Private.¹⁶ Das *Gericht* findet zum Gesetzesverstoß der Verfolgungsbehörden Worte, die deutlicher kaum sein könnten: Die Behörden hätten die „Fiktion einer Arbeitnehmerüberlassung konstruiert“, um „den Schein der Rechtsstaatlichkeit“ zu wahren (!). Die abschließende Entscheidung der Behörde sei nur „täuschende Fassade“ gewesen. Die Beweismittel seien „nicht auf rechtsstaatliche Weise“ erlangt worden.¹⁷ Nach diesen eindeutigen Befunden gelangt das *OLG* jedoch sodann – im Gegensatz zum *AG* als Vorinstanz – zu dem Ergebnis, dass die genannten Feststellungen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots nicht trügen. Welche Behörde soll bei einer solchen Argumentation gesetzliche Grenzen für das eigene Verhalten bei der Beweiserhebung noch ernst nehmen?

Die Missachtung des Richtervorbehalts vor der StPO-Reform des Jahres 2017 (vgl. jetzt die Ausnahmen vom Richtervorbehalt in § 81a Abs. 2 S. 2 StPO) sollte bei der Blutprobe lediglich in „krassen Ausnahmefällen“ zu einem Beweisverwertungsverbot führen.¹⁸

Gleiches gilt bei der Verwertung von Informationen, die Dritte rechtswidrig erlangt haben: So sollen Steuer-Daten, die ein (privater) Informant unter Verstoß gegen geltendes Recht beschafft und den Verfolgungsbehörden (gegen Entgelt) zur Verfügung gestellt hat, verwertbar sein.¹⁹ Aktuell kristallisiert sich hinsichtlich der umstrittenen Frage der Verwertung von Dashcam-Videoaufzeichnungen eine herrschende Meinung heraus, welche – nach dem Vorstehenden wenig überraschend – die Verwertung solcher (unter Verstoß gegen § 4 BDSG gewonnenen) Videoaufzeichnungen im Straf-, Zivil- und sogar Ordnungswidrigkeitenverfahren zulässt.²⁰

Die Liste ließe sich fortsetzen.²¹ Die Instanzgerichte haben die „Botschaft“ offenbar verstanden. Beweisverwertungsverbote werden hier als Folge der Missachtung prozessualer Normen praktisch nur noch anerkannt, wenn es aufgrund ausdrücklicher verfassungsgerichtlicher Anordnung völlig unausweichlich ist: Das *AG Schweinfurt* etwa hat selbst noch in einem Fall einer Abstandsunterschreitung im Straßenverkehr (also einer banalen Ordnungswidrigkeit, bei welcher der Abwägungsfaktor des „Gewichts des Verfolgungsinteresses“ gewiss nicht allzu hoch zu

veranschlagen sein dürfte) trotz Rechtswidrigkeit der Verkehrs-Videoüberwachung kein Verwertungsverbot angenommen.²² Hier zeigt sich im Übrigen die Funktionsweise der „Abwägungslösung“ in der Praxis: Um wenigstens den Mindestanforderungen an die postulierte Abwägung formal gerecht zu werden, wird eine folgenlos gebliebene Unterschreitung des Sicherheitsabstands im Straßenverkehr zu einer „Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung“ stilisiert.²³

b) Die Rechtsprechung des BVerfG

Das *BVerfG* hat die oben beschriebene Praxis der Strafgerichte unbeanstandet gelassen und den Abwägungsansatz als jedenfalls nicht verfassungswidrig gekennzeichnet.²⁴ Im Jahr 2014 allerdings sah es sich in einem zunächst eher unscheinbar daherkommenden *obiter dictum* zu Ausführungen im Zusammenhang mit der Missachtung des Richtervorbehalts veranlasst: Es bestünden „aus rechtsstaatlicher (Art. 20 Abs. 3 GG) wie auch grundrechtlicher (Art. 2 Abs. 2 GG) Sicht erhebliche Bedenken an einer Praxis, die den gesetzlichen Richtervorbehalt (...) durch eine großzügige Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel flächendeckend aushebelt.“²⁵ Damit erkannte auch das *BVerfG* jedenfalls im Grundsatz an, dass die letztlich schrankenlose Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise dem Rechtsstaatsprinzip widersprechen kann, Beweisverwertungsverbote also unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips geboten sein können.

III. Kritik des judikativ geschaffenen Rechtszustandes

Wie oben anhand ausgewählter Beispiele illustriert, führt die aktuelle Rechtsprechung dazu, dass rechtswidrige Beweiserhebungen in aller Regel folgenlos bleiben. Neben der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege werden diverse Parameter in die Abwägung eingestellt, so beispielsweise das objektive Gewicht des Verstoßes gegen die Beweiserhebungsvorschrift, der Zweck der verletzten Verfahrensvorschrift, die Beeinträchtigung des Beweiswertes durch die konkrete Erhebung im Einzelfall und die Frage nach der hypothetisch rechtmäßigen Beweiserlangung. Abgesehen von der Fragwürdigkeit mancher Abwägungskriterien ist der Abwägungsprozess selten nachvollziehbar belegt.²⁶ Welchem Kriterium welches Gewicht in der Abwägung zukommen soll, ist eine Frage des Einzelfalls,²⁷ bei deren Beantwortung stets die Gefahr einer Orientierung am vermeintlich „richtigen“ Ergebnis besteht (s. o.). Es hat sich gleichsam eine Einschätzungspräroga-

¹⁴ BGHSt 44, 243 (248 f.).

¹⁵ BGH, NSStZ 1995, 601 (602) m. krit. Anm. Welp; vgl. auch BVerfGE 130, 1 (25 ff.).

¹⁶ OLG Frankfurt a.M., NSStZ 2017, 588 m. Anm. Niehaus, VRR 08/2017, 15.

¹⁷ OLG Frankfurt a.M., NSStZ 2017, 588 (589 f.).

¹⁸ OLG Düsseldorf, NZV 2010, 306.

¹⁹ BVerfG, NJW 2011, 2417 (2418).

²⁰ Vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 15.5.2018 – VI ZR 233/17 Rn. 29 ff.; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 1a; OLG Stuttgart, NJW 2016, 2280 mit abl. Anm. Cornelius sowie Niehaus, NZV 2016, 551 (insbes. 555); AG Nienburg, DAR 2015, 280; zum Problemkreis der Verwertbarkeit von durch Private erlangten Beweismitteln Roxin/Schünemann, § 24 Rn. 65.

²¹ Vgl. dazu etwa die Übersicht bei Kudlich, in: MüKo-StPO, Einl. Rn. 460 ff.

²² AG Schweinfurt, Urt. v. 31.8.2009 – 12 OWi 17 Js 7822/09 –, juris. Vgl. dazu Niehaus, DAR 2009, 632 (635).

²⁴ BVerfGE 130, 1 (25 ff.); vgl. auch BVerfG, StV 2008, 1 (4).

²⁵ BVerfG, NJW 2015, 1005 (1006) m. Anm. Niehaus, DAR 2015, 384.

²⁶ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 55a.

²⁷ Überblick bei Kudlich, in: MüKo-StPO, Einl. Rn. 456 ff.

tive der Tatgerichte etabliert, die von der StPO nicht vorgesehen ist. Die Folge ist eine Unvorhersehbarkeit²⁸ des Erfolgs der Geltendmachung von Verwertungsverböten in allen Instanzen des Strafprozesses, die zu Lasten aller Rechtsanwender, in erster Linie aber zu Lasten des Angeklagten geht. Es ist deswegen richtig, im Einzelfall vom Abwägungsprozess als „black box“ zu sprechen.²⁹ Darin liegt eine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes des Angeklagten ebenso wie ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip.

Für das von der Rechtsprechung postulierte Abwägungserfordernis zwischen Strafverfolgungsinteresse und Gewicht des Verfahrensverstößes gibt es im Gesetz keinen Anhaltspunkt. Es handelt sich damit um eine *freie Erfindung (praeter legem)*. Es soll die Konsequenz eines Rechtsverstoßes – die doch ansonsten jedem Rechtsanwender und auch jedem juristischem Laien selbstverständlich ist, dass nämlich zumindest die Erträge seiner Rechtsverletzung nicht behalten und verwertet werden dürfen – vermieden werden. Die Abwägungslehre ist deshalb als eine am Gesetz gewissermaßen „vorbei“ erfolgende Einschränkung des vorgenannten Grundsatzes, dessen Grundlage das *BVerfG* zu Recht im Rechtsstaatsprinzip erkennt,³⁰ bereits in ihrem Ausgangspunkt vollständig abzulehnen.³¹

Aber selbst wenn man sich auf den (nach dem oben Ausgeführten abzulehnenden) Ansatz der Rechtsprechung einließe, wonach die Frage der Beweisverwertung von einer Abwägung im Einzelfall abhängt, zeigt eine Analyse der geltenden Rechtsprechung ein verheerendes Bild (s.o.), das sich letztlich darin zusammenfassen lässt, dass das Strafverfolgungsinteresse (und selbst das Verfolgungsinteresse bei Straßenverkehrsordnungswidrigkeiten) regelmäßig überwiegt und Rechtsverstöße der Ermittlungsbehörden daher in aller Regel folgenlos bleiben. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, welche Folgen ein solches Signal in die Praxis der Strafverfolgung ausstrahlt. Normen, deren Verletzung keine Rechtsfolgen nach sich zieht, werden nicht beachtet. Lediglich exemplarisch sei auf das vorgenannte Beispiel der Dashcam-Aufzeichnungen Bezug genommen: Was bleibt vom grundsätzlichen gesetzlichen Verbot der Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume (§ 4 BDSG), wenn dessen Missachtung keine Konsequenz für die Verwender der Videokameras nach sich zieht, diese vielmehr ihr Ziel, nämlich die Beweisführung im Straßenverkehr durch die fortlaufende Videoaufzeichnung des Geschehens für den Fall einer kritischen Verkehrssituation, im Ergebnis vollständig erreichen? Der Verweis auf die Ordnungswidrigkeit des Vor-

gehens macht den Widerspruch nur noch offensichtlicher:³² Einerseits soll der Gesetzesverstoß sanktioniert werden (Ordnungswidrigkeit), andererseits wird im benachbarten Saal desselben Gerichts das Ergebnis der Ordnungswidrigkeit durch den Staat selbst verwertet.

Wiederkehrend ist das *BVerfG* gezwungen, Hausdurchsuchungsmaßnahmen für rechtswidrig zu erklären, weil die gesetzlichen Vorgaben (unter Einschluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) nicht eingehalten wurden.³³ Der Richtervorbehalt nützt nichts, weil auch die Richter die verfassungsrechtlichen Vorgaben schlicht negieren. Bedenkt man, wie viel Zeit, Kraft und Geld es kostet, sich gegen eine unrechtmäßige Hausdurchsuchung bis zum obersten Gericht zu wehren, so wird deutlich, dass es sich bei seinen Entscheidungen lediglich um die Spitze eines Eisbergs handelt und in der Praxis eine Vielzahl von Hausdurchsuchungen rechtswidrig ist.³⁴

Dasselbe gilt für Telefonüberwachungen: Die im Auftrag der Bundesregierung durchgeführte Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg³⁵ hat ebenso wie die gleichzeitige Untersuchung von *Backes/Gusy* von der Universität Bielefeld³⁶ gezeigt, dass etwa 75% bis 90% der richterlichen Telefonüberwachungsanordnungen nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.³⁷

Die von der Rechtsprechung geforderte Abwägung stellt in der Praxis – wie schon die Dürftigkeit der Begründungen zeigt – kaum mehr als eine lästige Formalität für die Gerichte dar, sofern eine solche überhaupt noch erfolgt. Am Ende steht viel zu häufig dasselbe Ergebnis: Das Verfolgungsinteresse überwiegt – daher kein Verwertungsverbot. Damit verschleiert der als solcher positiv konnotierte Begriff der Abwägungslehre (ist stetige „Abwägung“ nicht gerade die Aufgabe der Gerichte?) in ihrer heutigen Anwendung durch die Praxis letztlich den eigentlichen Bedeutungsgehalt dieser Konstruktion: Obwohl der Gesetzgeber durch die Schaffung einschränkender Voraussetzungen die maßgeblichen Interessen bereits „abgewogen“ hat, wird der Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften für folgenlos erklärt. Völlig zu Recht weist deshalb das *BVerfG* darauf hin, dass eine Praxis, wie sie soeben beschrieben wurde, die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen auf dem Umweg über die Beweisverwertungsverbotrechtsprechung flächendeckend aushebelt.³⁸ Eben deshalb ist diese Rechtsprechung, für die das Gesetz keinerlei Grundlage bietet, abzulehnen.

²⁸ Ähnlich *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429 (431).

²⁹ *Heghmanns*, in: *Zehn Jahre ZIS*, 2018, 867 (876).

³⁰ *BVerfG*, NJW 2015, 1005 (1006).

³¹ Grundlegend *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977; *ders.*, DAR 2009, 257 (259); *Wohlens*, StV 2008, 434 (442); *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), Rn. 458; *Fezer*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. (1995), S. 220; *Niehaus*, DAR 2009, 632 (635); *ders.*, DAR 2015, 384 f.; *ders.*, in: *Burhoff*, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl. (2018), Rn. 606.

³² Vgl. *Niehaus*, VRR 01/2018, 18 (20).

³³ Exemplarisch und mit zahlreichen weiteren Nachweisen *BVerfG*, NJW 2018, 1240 ff.

³⁴ Vgl. im Einzelnen die Darstellung bei *Müller-Heidelberg*, in: *ders.* u.a., Grundrechte-Report 2009, S. 138 ff.; *ders.*, in: Grundrechte-Report 2016, S. 123 ff.

³⁵ *Albrecht/Dorsch/Kripte*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003.

³⁶ StV 2003, 249 ff.

³⁷ Zusammenfassung bei *Müller-Heidelberg*, in: *ders.* u.a., Grundrechte-Report 2004, S. 101.

³⁸ *BVerfG*, NJW 2015, 1005 (1006).

IV. Rechtslage in anderen Rechtsordnungen

Eine einheitliche Regelung der Beweisverbote findet sich auch in anderen Rechtsordnungen nicht.

1. Beweisverwertungsverbote im englischen Strafprozess

Großbritannien verfügt – anders als Deutschland – nicht über eine Verfassung oder ein verfassungsähnliches Dokument, welches dem Einzelnen Rechte einräumen würde und einen Gesetzesvorbehalt für Eingriffe vorsieht. Das Ermittlungsverfahren ist im Wesentlichen durch den *Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)* geregelt, so auch die Ermittlungsbefugnisse. Das Strafverfahren ist als Parteiverfahren ausgestaltet und unterliegt nicht der Prozessleitung durch das Gericht.³⁹ Beweismittel sind durch die Anklage und die Verteidigung vorzubringen. Die Beurteilung der Zulässigkeit von Beweismitteln und sonstiger Rechtsfragen obliegt hingegen dem Richter. Unabhängig von der Frage, ob die Beweiserhebung rechtmäßig oder rechtswidrig war, sind grundsätzlich alle Beweise verwertbar, sofern sie für die Entscheidungsfindung des Gerichts Relevanz besitzen. Da jedoch der Richter den Ablauf eines fairen Verfahrens zu garantieren hat, sind bestimmte Beweise auszuschließen, so dass allein die Verfahrensfairness und nicht die Art der Beweiserhebung Anknüpfungspunkt für einen Beweisausschluss ist. Gesetzlich geregelt ist der zwingende Ausschluss von Geständnissen, die durch Zwang erlangt wurden (Section 76 [2 a] PACE). Die Tatsache, dass ein Geständnis ausgeschlossen wird, hat allerdings keinen Einfluss auf die mittelbar durch die Aussage erlangten Beweise. Diese Ermittlungsergebnisse/Beweise sind nach den Absätzen 4–6 der Vorschrift in begrenztem Umfang zugelassen. Section 78 PACE sieht hingegen vor, dass die Zulassung/Ausschluss jedes Beweismittel im Ermessen des entscheidenden Richters steht, wenn die Zulassung unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich der Umstände, unter denen die Beweismittel erhoben wurden, das faire Verfahren beeinträchtigen würde. Hierunter fallen insbesondere Verstöße gegen den PACE selbst.

2. Beweisverbote im U.S.-amerikanischen Strafprozessrecht

Im U.S.-amerikanischen Strafprozessrecht besteht der Sinn und Zweck der Beweisverbote darin, Strafverfolgungsorgane und einzelne Polizisten zu disziplinieren. Der Ausschluss von rechtswidrigen Beweisen erfolgt nicht selbständig durch das Gericht, sondern muss von dem Beschuldigten bzw. dem Verteidiger als Partei beantragt werden.

Der *Supreme Court* hat in seinen wegweisenden Entscheidungen die Integrität der Justiz und den Schutz der Privatsphäre bei der Herleitung der Verwertungsverbote zwar erwähnt, gleichwohl ist der Zweck der Sicherung der Integrität der Justiz im Laufe der Zeit in den Hintergrund getreten. Und der Schutz der Privatsphäre dient lediglich zur Bestimmung, welches Verhalten der Polizeibeamten

bei Ermittlungen zulässig ist.

Bei den zahlreichen Beweisverboten, die nur schwer zu systematisieren sind, kann eine grobe Differenzierung vorgenommen werden zwischen Beweisverboten, deren primärer Sinn und Zweck es ist, die Jury möglichst bei der Entscheidungsfindung unbeeinflusst zu lassen, sowie Beweisverboten, bei denen eher die Rechtsverletzung bei der Beweiserhebung im Vordergrund steht. Beweisverbote der zweiten Gruppe beruhen auf einer Verletzung von Rechten des Beschuldigten, die sich in der Regel unmittelbar aus den Zusatzartikeln der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika ableiten lassen.

Die „due process“-Regel in Art. 14 der Verfassung enthält das Recht auf ein ordnungs- und rechtmäßiges Gerichtsverfahren. Beweismittel, die von der Polizei in Überschreitung ihrer Ermittlungsbefugnisse beschafft wurden, dürfen nicht verwertet werden.

Als bedeutendste Ausschlussregel gilt die Verletzung des 4. Zusatzartikels über die Einschränkung von Durchsuchungen. 1914 führte der *Supreme Court* die „exclusionary rule“ ein, wonach unrechtmäßig erlangte Beweise von der weiteren Verwendung in einem Prozess ausgeschlossen werden. In der Entscheidung „*Mapp v. Ohio*“ entschied der *Supreme Court* ferner, dass dieser Verfassungszusatz bedeutungslos wäre, wenn nicht seiner Verletzung ein Beweisverwertungsverbot folge. In dieser Entscheidung wurde die Regelung auch für einzelstaatliche Verfahren für anwendbar erklärt und ist gesicherte Regel des Strafprozessrechts auf Bundesstaatsebene.

Eine Durchbrechung dieser Regelung, die heute noch hauptsächlich als Disziplinierungsmittel gegen Polizeibeamte dient, die unrechtmäßige Durchsuchungen und Beschlagnahmen durchführen wollen, etablierte der *Supreme Court* 1984 in der Entscheidung „*United States v. Leon*“ die sog. „good faith rule“ als Ausnahme zur „exclusionary rule“. Beweise, die von Polizeibeamten im berechtigten Vertrauen auf den Bestand eines erlassenen Durchsuchungsbefehls, der später für unwirksam erklärt wurde, beschlagnahmt wurden, konnten nunmehr in einem späteren Prozess zugelassen werden.

Eine der wohl der bekanntesten gewohnheitsrechtlichen Regeln im amerikanischen Strafprozess für Beweisverbote ist die unter dem Stichwort „fruit of the poisonous tree doctrine“ bekannte Fernwirkung.⁴⁰ Erstmals anerkannt wurde dieser Grundsatz in der Entscheidung „*Silverthorne Lumber Co v. United States*“. Der „vergiftete Baum“ ist eine Metapher für das unmittelbare Beweismittel, das durch eine rechtswidrige Handlung – sei es eine unzulässige Verhaftung, Durchsuchung oder Vernehmung durch die Polizei – erlangt wurde. Die „Frucht des vergifteten Baumes“ ist das Beweismittel, das später aufgrund der Kenntnis aus der rechtswidrigen Ermittlungstätigkeit erlangt wird, also das mittelbare Beweismittel. Im Sinne des „erst recht Schlusses“ sind sowohl „der vergiftete Baum“ als auch seine „Früchte“ von der Verwertung

³⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden etwa Kühne, *Strafprozessrecht*, 9. Aufl. (2015), S. 736 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu auch Beulke, in: SSW-StPO, Einl. Rn. 279.

im Strafprozess ausgeschlossen. Wenn sich bereits die Anklage auf auszuschließende Beweise stützt, entfällt die Anklage, es sei denn, die „übrig gebliebenen Beweise“ sind ausreichend, und die Anklage kann beweisen, dass sie ohne den inkriminierten Beweis zu denselben Erkenntnissen gekommen wäre („clean path“). Allerdings ist auch dieser Grundsatz mit zahlreichen Ausnahmen belegt, die trotz einer formalen Rechtswidrigkeit nicht zu einem Ausschluss des betroffenen Beweises führen.

3. Beweisverbote im französischen Strafprozessrecht

Im französischen Strafprozessrecht bestimmen verfassungsrechtliche Schranken, wann eine Beweiserhebung unzulässig und der Beweis unverwertbar ist.⁴¹ Beweise sind in der Regel unzulässig, wenn dadurch die Würde des Gerichts, die Grundwerte der Zivilisation oder das Recht des Einzelnen verletzt würden, so z.B. bei erzwungenen oder erschlichenen Aussagen des Beschuldigten. Bestimmte Beweiserhebungen sind hingegen nichtig, wenn hierbei Vorgaben des Strafprozessrechts (des Code de Procédure Pénale) oder anderer Gesetze nicht beachtet wurden und damit die Interessen der Beteiligten berührt sind. Ähnlich wie die „fruit of the poisonous tree doctrine“ gibt es das von der Rechtsprechung entwickelte Institut „nullité“,⁴² d.h. rechtswidrig erlangte Beweise werden für nichtig erklärt. Auf Antrag des Beschuldigten müssen dann alle Resultate der Beweiserhebung aus der Akte entfernt werden. Das „nullité“ – Prinzip gilt aber nicht universell, sondern lediglich für Hausdurchsuchungen und für die körperliche Untersuchung. Es gilt auch nicht, wenn die Beweise rechtswidrig durch Privatpersonen erlangt wurden.

V. Rechtsstaatliche Beweiserhebung und -verwertung – Alternativen zur gegenwärtigen Rechtsprechung

In den Kapiteln I bis III wurde dargelegt, dass die gegenwärtige Situation der Rechtslage zu den Beweisverwertungsverboten unbefriedigend und eines Rechtsstaats nicht würdig ist. Das Gesetz verhält sich zu den Beweisverboten lediglich bruchstückhaft und unsystematisch, die praktische Handhabung in der Rechtsprechung ist ebenso unsystematisch, am Einzelfall orientiert und nicht voraussehbar.⁴³ Die unbefriedigende Rechtsprechung gipfelt in der verfassungsrechtlich unhaltbaren Position, dass nicht etwa die Verwertung unrechtmäßig erlangter Beweise nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage bedarf, sondern dass umgekehrt ein Verwertungsverbot für unrechtmäßig erlangte Beweise einer gesetzlichen Grundlage bedürfe. Völlig zu recht führt dagegen in jüngerer Zeit das *LG Memmingen* (bezeichnenderweise in einem Urteil in einer Zivilsache) aus, dass unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips das Gegenteil richtig ist: „Verbotswidrig er-

langte Beweismittel sind nur ausnahmsweise verwertbar“.⁴⁴

Der Hinweis, dass im Rahmen einer „funktionstüchtigen Rechtspflege“ die „unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung anerkannt (und) das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess betont“ werden müsse,⁴⁵ ist eine unzulässige Verkürzung der verfassungsrechtlichen Gebote. Ein Rechtsstaat darf eben nicht Interesse haben „an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung“, sondern an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung *nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften*. Es wird *Burkhard Hirsch* die rhetorische Frage zugeschrieben, was denn die gesamte Strafprozessordnung anderes als eine Ansammlung von Hindernissen und Hemmnissen für die Strafverfolgungsbehörden sei – im Interesse des ja lediglich Beschuldigten und somit bis zur rechtskräftigen Verurteilung Unschuldigen?⁴⁶

1. Die von der Rechtsprechung geforderte Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess und dem Schutz des Beschuldigten vor Eingriffsmaßnahmen hat nicht durch die Straferichte zu erfolgen bei der Frage, ob rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess verwertet werden dürfen. Vielmehr wurde diese Abwägung bereits durch den Gesetzgeber – für die Rechtsprechung verbindlich – vorgenommen: Indem er gesetzlich festgelegt hat, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Beweismittel gewonnen werden dürfen, weil dies das öffentliche Interesse an der Wahrheitserforschung erfordert, hat er damit gleichzeitig festgelegt, dass immer dann, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, das Interesse des Beschuldigten und/oder das Interesse der Allgemeinheit, in deren Interesse die verletzte Norm besteht, Vorrang haben muss. Eine weitere Abwägung im Einzelfall im Strafprozess ist damit unvereinbar.

Um sicherzustellen, dass die vom Gesetzgeber beschlossenen Voraussetzungen und Einschränkungen der Ermittlungsmaßnahmen eingehalten werden, die in der Strafprozessordnung (und in den Polizeigesetzen) ihren Niederschlag gefunden haben, muss verhindert werden, dass ungesetzlich erlangte Beweismittel dennoch verwertet werden. Dies gilt auch für eine Nutzung von rechtswidrig erlangten Erkenntnissen als sog. „Spurenansatz“:⁴⁷ Verstöße gegen Beweisverbotverbote müssen eine Fernwirkung entfalten.⁴⁸ Namentlich hat dies auch bei Verletzungen des besonderen Schutzes von Kontakten mit Berufsheimnisträgern zu gelten.⁴⁹

Wie im Kapitel IV über die Rechtsvergleichung für die USA und Frankreich dargelegt wurde, ist das Verbot der Verwertung unrechtmäßig erlangter Beweismittel erforderlich, um die Strafverfolgungsbehörden zu disziplinieren, damit sie sich an die gesetzlichen Vorgaben halten.⁵⁰

⁴¹ Vgl. den Überblick bei *Kühne*, S. 756 f.

⁴² *Kühne*, S. 757.

⁴³ Vgl. *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (406).

⁴⁴ *LG Memmingen*, Urt. v. 14.1.2016 – 22 O 1983/13, BeckRS 2016, 01288 m. Anm. *Niehaus*, VRR 05/2016, 9 ff.

⁴⁵ Vgl. etwa BVerfGE 33, 367 (378).

⁴⁶ Vgl. *Prantl*, Deutschland – leicht entflammbar, 1995, S. 164.

⁴⁷ Zu diesem Problembereich näher *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 59 ff.

⁴⁸ Zum Diskussionsstand vgl. *Heghmanns*, in: *Zehn Jahre ZIS*, 2018, S. 867 (888 ff.); *Beulke*, in: *SSW-StPO*, Einl. Rn. 280; zum Streitstand bei der Verwertung von TK-Daten vgl. stellvertretend für viele *Gercke*, in: *HK-StPO*, 5. Aufl. (2012), § 100a Rn. 44.

⁴⁹ In diesem Sinne etwa *Zöller*, in: *HK-StPO*, § 160a Rn. 12.

⁵⁰ Dagegen *Beulke*, in: *SSW-StPO*, Einl. Rn. 260 („Nebenfunktion“).

Wie *Jahn* in seinem Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag ausführt, haben „wirkräftige Beweisverwertungsverbote eine disziplinierende Wirkung, da sie den Ermittlungsbeamten den Anreiz für die Nicht- oder Geringschätzung von Verfahrensvorschriften nehmen können“.⁵¹ Die gegenwärtige, durch die Rechtsprechung geprägte Rechtslage, die Beweisverwertungsverbote nur in wenigen Fällen anerkennt, führt dazu, dass in der Praxis die in der Strafprozessordnung vorgesehenen Voraussetzungen und Einschränkungen von Ermittlungsmaßnahmen nicht nur vereinzelt nicht beachtet werden (Bsp.: Richtervorbehalt) und dies folgenlos bleibt.

Wenn es zu den aus der Verfassung abgeleiteten Aufgaben des Staates gehören soll, im Strafprozess die vollständige Wahrheitsfindung zu ermöglichen, so gehört es sicherlich noch mehr zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Rechtsstaat, dafür zu sorgen, dass seine Gesetze eingehalten werden – gerade auch von seinen eigenen Ermittlungsorganen. Da dies offensichtlich in der gegenwärtigen Praxis nicht hinreichend erfolgt, hilft lediglich ein uneingeschränktes Verbot der Verwertung von Beweismitteln, die der Staat auf nicht rechtmäßigem Wege erlangt hat.

2. Dieses Konzept uneingeschränkter Beweisverwertungsverbote für staatliches rechtswidriges Handeln muss auch gelten, wenn deutsche Strafverfolgungsbehörden Beweismittel verwerten wollen, die sie von *Drittstaaten* (und deren Geheimdiensten) erhalten haben. Hat der ausländische Staat die Beweismittel unrechtmäßig nach seinen eigenen Vorschriften erlangt (Geständnisse aus den USA unter Verstoß gegen das auch nach der amerikanischen Verfassung geltende Folterverbot), so sind diese Beweismittel staatlich rechtswidrig erlangt und damit auch in einem deutschen Strafprozess nicht verwertbar. Dasselbe muss gelten, wenn der Drittstaat die Beweismittel zwar nach seinem nationalen Recht rechtmäßig erlangt hat, die Art und Weise der Erlangung aber nach deutschen Rechtsvorschriften rechtswidrig gewesen wäre. Es darf nicht sein, dass der deutsche Staat – möglicherweise sogar gezielt – ihm verbotene Ermittlungsmethoden Drittstaaten überlässt und dann die Ergebnisse verwertet. Deswegen ist auch die strafprozessuale Nutzung von Dateien, in die auch Erkenntnisse von ausländischen Geheimdiensten eingespist werden, abzulehnen.⁵²

Das *OLG Hamburg* entschied im Jahr 2005 zwar, dass grundsätzlich bereits nach geltender Rechtslage auf derartige Fälle eine analoge Anwendung des § 136a StPO möglich sei, jedoch legte es den Maßstab, der an das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots anzulegen sei, falsch

an: Im beschriebenen Fall ging es um die Frage der Verwertung von Aussagen dreier Zeugen im Fall *El Motassadeq*, bei denen Anhaltspunkte dafür sprachen, dass sie von den USA entführt und ihre Aussagen unter Folter durch U.S.-Beamte gewonnen wurden. Der *Senat des OLG Hamburg* befand, dass einer Verwertung der Aussagen weder Art. 15 VN-Anti-Folter-Übereinkommen noch § 136a StPO in entsprechender Anwendung entgegenstünden, „weil eine Anwendung von Folter oder sonstige besonders gravierende Verstöße gegen die Menschenwürde nicht bewiesen sind.“⁵³ Und: „An dem Erfordernis des – vollen – Nachweises der das Beweisverbot begründenden Umstände ist auch bei schwieriger Beweislage festzuhalten.“⁵⁴ Zur Begründung für die Erforderlichkeit des Nachweises der Folter führte der *Senat* aus, dass „auf der Grundlage der gerichtlichen Verpflichtung zur Wahrheitserforschung die Nichtverwertbarkeit gegebener Beweismittel die Ausnahme sein muss und nicht zum Regelfall erhoben werden darf“⁵⁵ und § 136a StPO Verfahrensverstöße regele, die, wie grundsätzlich alle Verfahrensvoraussetzungen und -hindernisse, zu ihrer Berücksichtigung erwiesen sein müssten. Damit bürdet das Gericht dem Angeklagten eine Beweislast auf, der nachzukommen im Einzelfall unmöglich sein kann. Denn wie soll ein Angeklagter Entführungen und Folterungen im Ausland nachweisen, wenn dies selbst staatlichen Stellen und Organisationen mit personellen und finanziellen Ressourcen kaum möglich ist?⁵⁶ Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Garantie eines effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG muss daher vielmehr gelten: Bei tatsächlichen Anhaltspunkten für eine Verletzung des § 136a StPO in analoger Anwendung durch Drittstaaten ist eine Verwertung der betreffenden Beweismittel ausgeschlossen.⁵⁷

Im Fall *El Motassadeq* kam es letztlich für eine Verurteilung nicht auf die Verwertung der genannten Aussagen an, dennoch sei zur Illustration der Maßstäbe für eine Verwertung auf die zeitlich auf den Beschluss des *OLG Hamburg* nachfolgenden Erkenntnisse verwiesen: *Ramzi Bin al-Shibh* wurde unter anderem mit Schlaf- und Nahrungsentzug und Schlägen malträtiert, auch nachdem feststand, dass er keine nützlichen Informationen besitzt. Im April 2005 wurde durch einen CIA-Psychologen festgestellt, dass *Shibh* zu dem Zeitpunkt „bis zu zweieinhalb Jahre“ in „sozialer Isolation“ verbracht habe – mit gravierenden psychischen Folgen. *Khalid Sheikh Mohammed* wurde im

⁵¹ *Jahn*, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag 2008, S. 55.

⁵² Ausf. dazu *Roggan*, in: GS Weßlau, 2016, S. 269 ff.

⁵³ *OLG Hamburg*, NJW 2005, 2326 (2327, 4. LS).

⁵⁴ *OLG Hamburg*, NJW 2005, 2326 (2327, 5. LS); vgl. zur Problematik der Verwertung von Informationen aus Vernehmungen in Foltergefängnissen auch ECCHR (Hrsg.), *Folter und die Verwertung von Informationen bei der Terrorismusbekämpfung*, ECCHR-Studie, Juli 2011, S. 82 ff., www.ecchr.eu/de/dokumente/publikationen/ecchr-publikationen/articles/folter-und-die-verwertung-von-informationen-in-der-terrorisusbekampfung.html (zuletzt abgerufen am 6.7.2018).

⁵⁵ *OLG Hamburg*, NJW 2005, 2326 (2329 f.).

⁵⁶ Zu diesem Problemkreis vgl. etwa *Knierim*, StV 2008, 599 (601).

⁵⁷ Vgl. dazu ausführlich ECCHR (o. Fn. 47); vgl. auch *Roggan*, in: GS Weßlau, S. 269 (288 ff.) zur Dateinutzung.

März 2003 allein in der „Detention Site Cobalt“ in Afghanistan 183-mal dem Waterboarding unterzogen.⁵⁸ Mohamedou Ould Slahi veröffentlichte das „Guantanamo Diary“. Dort beschreibt er regelmäßige körperliche Gewalt, Zwangsernährung, Verbot der Gebetspflicht, Drohungen, der Familie etwas anzutun, sexuelle Belästigung, Schlafentzug und weitere Foltermethoden, deren Opfer er wurde.⁵⁹ Nach der Rechtsprechung des *OLG Hamburg* sind die Aussagen dieser drei Personen zum damaligen Zeitpunkt verwertbar gewesen.

3. Auch die Verwertung *privater* Beweismittel, die rechtswidrig erlangt worden sind, muss aus Rechtsstaatsgründen ausgeschlossen sein. Insoweit ist auf die Rechtsprechung des *BVerfG* zum Datenschutz zurückzugreifen. Nach dieser Rechtsprechung bedeutet jeder einzelne Schritt der Datenerfassung, -speicherung, -verarbeitung, -verwertung, -weitergabe jeweils einen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG.⁶⁰ Entsprechendes muss gelten bei der Verwertung privater rechtswidrig erlangter Beweise im staatlichen Prozess. Denn auch die Verwertung dieser privaten rechtswidrigen Beweise ist ein neuer eigenständiger Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen durch den Staat,⁶¹ so dass auch hier das Beweisverwertungsverbot greifen muss.

4. Erforderlich ist also eine Generalklausel in der Strafprozessordnung, wonach *ohne Ausnahme* Beweismittel, die durch rechtswidrige staatliche Maßnahmen erlangt worden sind, nicht verwertbar sind. Dieser Grundsatz der Unverwertbarkeit folgt aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und steht folglich auch nicht zur Disposition des betroffenen Beschuldigten. Der Beschuldigte – bzw. im späteren Verfahren der Angeklagte – kann daher auch nicht auf das Verbot der Beweisverwertung verzichten und sich mit der Beweisverwertung einverstanden erklären.⁶² Daraus folgt weiter, dass das Verbot der Beweisverwertung im Strafprozess auch nicht davon abhängig sein kann, dass der Beschuldigte/Angeklagte bzw. sein Verteidiger im Ermittlungsverfahren oder im Hauptverfahren ausdrücklich der Verwertung der unzulässig gewonnenen Beweise widerspricht⁶³ – vielmehr ist die Unverwertbarkeit unzulässig gewonnener Beweise objektives Recht und nicht ein subjektives Recht des Angeklagten. Erst recht vermag es nicht zu überzeugen, dass ein Tatgericht bei fehlendem Widerspruch verpflichtet sein soll, ein rechtswidrig gewonnenes Beweismittel bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen.⁶⁴

VI. Konsequenzen/Ergebnis

Nach Auffassung der *Verf.* folgt dieses Beweisverwertungsverbot rechtswidrig erlangter Beweismittel aus dem Rechtsstaatsgebot und entspricht somit schon jetzt *de lege lata* der aktuellen Rechtslage, wie dies auch das *BVerfG* in seiner Entscheidung vom 28. Juni 2014⁶⁵ zumindest angedeutet hat. Da allerdings die Rechtsprechung dies ignoriert, ist eine klare Gesetzesregelung nötig.

In eine solche Generalklausel muss der Vollständigkeit halber – auch wenn dies von der Praxis bereits praktiziert wird – eine ebenso generell gültige Regelung aufgenommen werden, dass dann, wenn bestimmte Ermittlungsmaßnahmen nur für einen bestimmten Straftatenkatalog zulässig sind – wie etwa Überwachung der Telekommunikation nach § 100a Abs. 2 StPO nur für dort genannte besonders schwere Straftaten –, die Ergebnisse dieser Ermittlungsmaßnahme auch nur für die Verfolgung des genannten Straftatenkatalogs verwertet werden dürfen und nicht etwa auch für andere dabei bekannt gewordene Straftaten. Denn wenn der Gesetzgeber in der Strafprozessordnung diese Ermittlungsmaßnahme nur bei besonders genannten schweren Straftaten für angemessen hält, bei anderen – leichteren – Straftaten hingegen nicht, so bedeutet dies eben, dass mit für solche leichteren Straftaten verbotenen Ermittlungsmaßnahmen gewonnene Erkenntnisse nicht für die Verfolgung dieser leichteren Straftaten verwertet werden dürfen.⁶⁶

VII. Regelungsvorschlag

§ 244a StPO Beweisverwertungsverbote

(1) Ist eine Beweiserhebung oder die Art ihrer Durchführung ohne Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen oder des gesetzlich zulässigen Umfangs erfolgt, so dürfen ihre Ergebnisse in keiner Weise für das Strafverfahren verwandt oder verwertet werden. Dies gilt auch für Ermittlungsergebnisse, die Straftaten betreffen, die nicht von einem gesetzlichen Straftatenkatalog erfasst werden, für den eine Ermittlungsmaßnahme zugelassen ist.

(2) Absatz 1 gilt auch dann, wenn der Beschuldigte oder Angeklagte der Verwertung zustimmt.

⁵⁸ *Pitzke*, Spiegel-Online, www.spiegel.de/politik/ausland/cia-folterbericht-so-wurden-vier-maenner-von-der-cia-gefoltert-a-1007575.html (zuletzt abgerufen am 6.7.2018).

⁵⁹ Vgl. *Hintermeier*, FAZ vom 20.1.2015, www.faz.net/aktuell/feuilleton/tagebuch-des-guantanamo-gefangenen-mohamedou-ould-slahi-13379358.html (zuletzt abgerufen am 12.7.2018).

⁶⁰ *BVerfGE* 65, 1 (41 ff.).

⁶¹ Ebenso *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429 (430); *Niehaus*, NZV 2016, 551 (552).

⁶² Dagegen aber *Wohlers*, GS Weßlau, S. 427 (440); *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 29; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (406); vgl. auch die Nachweise bei *Schmitt*, in: Meyer-Göfner/Schmitt, Einl. Rn. 55a.

⁶³ *Beulke*, in: SSW-StPO, Einl. Rn. 277 mwN; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (414); *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2016), § 257 Rn. 22 f.; dagegen BGHSt 38, 214 (225 f.); *BGH*, NSTZ 1996, 291 (293); *BGH*, StV 2001, 545; vgl. aber nunmehr *BGH*, NSTZ 2017, 376 (368 f.) – unselbständige Beweisverwertungsverbote.

⁶⁴ Zutreffend *Beulke*, in: SSW-StPO, Einl. Rn. 277 mwN.

⁶⁵ *BVerfG*, NJW 2015, 1005 f.

⁶⁶ Krit. allerdings insgesamt zum Potential der vom Gesetzgeber praktizierten Straftatenkatalog-Technik, Grundrechtseingriffe zu legitimieren *Niehaus*, Katalogtatensysteme als Beschränkungen strafprozessualer Eingriffsbefugnisse, 2001.