

Beweisverwertungsverbote im Strafprozess

– Legal – illegal – total egal? – Zur Erforderlichkeit einer rechtsstaatskonformen (Neu-) Regelung der Beweisverwertungsverbote –

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** erfolgen³, sondern nur auf dem vorgeschriebenen 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, deren Ausdruck die Beschränkungen der Strafverfolgung in der StPO sind, indem diese die Zulässigkeit bestimmter Maßnahmen (wie etwa eine Telekommunikationsüberwachung oder eine Wohnungsdurchsuchung) an die Einhaltung gesetzlicher Hürden knüpft, nur ganz rudimentäre Regelungen für bestimmte Einzelfälle (namentlich § 136a Abs. 3 S. 2 StPO im Fall der Folter). Damit überlässt das Gesetz die **Verantwortung** für die Frage, wann aus einem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften bei der Beweisgewinnung die Unverwertbarkeit dieses Beweises im Prozess folgt – mithin auf einem für den rechtsstaatlichen Strafprozess zentralem Gebiet – 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 durch die beständige

¹ Grünwald, JZ 1966, 489.

² Vgl. Grünwald, JZ 1966, 489.

³ BGHSt 14, 358.

⁴ Wohlers, StV 2008, 434.

Fortentwicklung der technischen Möglichkeiten zur Kommunikation und deren Überwachung (Man denke an den gesamten Bereich der Kommunikation über das Internet und über Mobiltelefone)) führt 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 – man könnte auch (bei weniger vornehmer Formulierung) den Eindruck gewinnen, dass im Bereich der Beweisverwertung (soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise ausdrücklich etwas anderes vorgibt, wie bei der Folter⁷) offenbar der Grundsatz gilt:

Legal – illegal – total egal.

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

II. Gegenwärtiger Rechtszustand

1. Ausdrückliche gesetzliche Regelungen

Das aktuelle Recht enthält lediglich punktuell und verstreut einige Regelungen zu Einzelfällen verbotener Beweisverwertung:

- § 136a Abs. 3 S. 2 StPO: Beweise, die unter Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden (insbes. Folter) erlangt worden sind, sind unverwertbar.

Weitere Regelungen betreffen nicht die Rechtsfolgen der rechtswidrigen Erlangung von Beweismitteln, sondern formulieren Verwertungs- oder Verwendungsverbote für bestimmte Zwecke oder in bestimmten Situationen:

- § 81c Abs. 3 S. 5 StPO: Untersuchungen an Minderjährigen, die ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgt sind, sind nur mit dessen Zustimmung verwertbar.

⁵ Vgl. bereits Grünwald, JZ 1966, 489.

⁶ Vgl. Grünwald, JZ 1966, 489.

⁷ Selbst dann fühlt sich die Rechtsprechung bisweilen zur Verwertung der Beweise berechtigt, wenn die Folter durch Dritte (etwa die CIA) erfolgte und der Betroffene den Beweis der Folter nicht führen kann.

- § 100c Abs. 5 S. 3 StPO: Erkenntnisse aus einem Großen Lauschangriff, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen, dürfen nicht verwertet werden.
- § 477 Abs. 2 S. 2 StPO: Ist eine Maßnahme nach der StPO nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so dürfen die gewonnenen personenbezogenen Daten in anderen Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Katalog-Straftaten verwendet werden.
- § 393 Abs. 2 AO: Tatsachen, die der Betroffene den Finanzbehörden in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen nicht zur Verfolgung von Taten verwendet werden, die keine Steuerstraftaten sind.
- § 3a S. 8; § 5a S. 2 G10: Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung dürfen nicht verwertet werden.

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 auch von niemandem 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 Dies ist zwar unzutreffend, 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 (§ 477 Abs. 2)) eine Regelung getroffen – hier

⁸ Heghmanns, Strafverfahren, Rn. 961.

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 Bundesgerichtshofs – ist die Annahme eines Beweisverwertungsverbots bei rechtswidriger Beweisgewinnung eine **begründungsbedürftige Ausnahme**. 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.

Die Folge dieser angeblichen „Abwägung“ ist nahezu ausnahmslos die Annahme des vermeintlichen Überwiegens der Strafverfolgungsinteressen, so dass trotz rechtswidriger Beweiserhebung der Beweis verwertet wird. Einige – lediglich exemplarisch ausgewählte – Beispiele:

- So soll die Missachtung des Richtervorbehalts bei der Blutprobe lediglich in „krassen Ausnahmefällen“ zu einem Beweisverwertungsverbot führen.⁹
- Die Zweckentfremdung von entnommenen Körperzellen zum Zweck der DNA-Analyse in anderen Strafverfahren entgegen § 81a Abs. 3 StPO führt nicht zu einem Verwertungsverbot.¹⁰
- Die Missachtung der Befristung einer Telekommunikationsüberwachung (Verstoß gegen § 100b Abs. 1 S. 4 StPO) führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.¹¹

Die Liste ließe sich beliebig fortsetzen. 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:

- In jüngerer Zeit sollen Aufzeichnungen sog. DashCams im Pkw trotz Verstoßes gegen das Datenschutzrecht verwertbar sein, weil im Rahmen einer Abwägung das Strafverfolgungsinteresse überwiege.¹²
- Das Amtsgericht Schweinfurt hat selbst noch in einem Fall einer Abstandsunterschreitung im Straßenverkehr (also einer banalen Ordnungswidrigkeit, bei

⁹ OLG Düsseldorf, NZV 2010, 306.

¹⁰ BGH, Beschluss v. 20.5.2015 – 4 StR 555/14-

¹¹ BGHSt 44, 243.

¹² AG Nienburg, DAR 2015, 280.

welcher der Abwägungsfaktor des „Gewichts des Verfolgungsinteresses“ gewiss nicht zu hoch zu veranschlagen sein dürfte) trotz Rechtswidrigkeit der Verkehrs-Videoüberwachung kein Verwertungsverbot angenommen.¹³

b) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat die oben beschriebene Praxis der Strafgerichte unbeanstandet gelassen. Dies ist als solches im übrigen nicht zu beanstanden, denn das BVerfG darf Urteile der Fachgerichte nicht auf inhaltliche Richtigkeit überprüfen, sondern nur dahingehend, ob sie spezifisches Verfassungsrecht verletzen. Da aber die Verfassung sich zur Frage von Beweisverwertungsverböten nicht verhält, kann die Notwendigkeit eines Beweisverwertungsverbötes im Normalfall nicht aus der Verfassung hergeleitet werden.

Zur Klärung, wann aus rechtswidrigen Maßnahmen der Verfolgungsbehörenden ein Verwertungsverbot folgt, sind vielmehr allein die Fachgerichte (vom Amtsgericht bis zum BGH) berufen. Es ist deshalb rechtlich unzutreffend, wenn sich die Rechtsprechung darauf zurückzieht, das Bundesverfassungsgericht habe den „Abwägungsansatz“ der Rechtsprechung nicht beanstandet. Denn zu einer solchen Beanstandung wäre das BVerfG aufgrund seines eingeschränkten Prüfungsmaßstabs gar nicht berechtigt. Wenn also das BVerfG in zahlreichen Entscheidungen den Abwägungsansatz nicht als verfassungswidrig gekennzeichnet hat, dann beschränkt sich dies auf exakt diese Aussage: Die Praxis der Rechtsprechung verstößt regelmäßig nicht gegen die Verfassung. Das heißt aber nicht, dass sie prozessrechtskonform, prozessual legitim oder auch nur strafprozessual hinnehmbar wäre.

Im Jahr 2014 hat sich das BVerfG in einem zunächst eher unscheinbar daherkommenden obiter dictum allerdings zu folgenden Ausführungen im Zusammenhang mit der Missachtung des Richtervorbehalts veranlasst gesehen:

„[Es] bestehen... **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.**“¹⁴

¹³ AG Schweinfurt – Urteil vom 31.8.2009, 12 OWi 17 Js 7822/09.

¹⁴ BVerfG, DAR 2015, 384.

III. Kritik des gegenwärtigen, durch die Rechtsprechung geschaffenen Rechtszustandes

b) Faktische Nichtabwägung / Verabsolutierung des Strafverfolgungsinteresses

Wie oben anhand ausgewählter Beispiele illustriert, führt die aktuelle Rechtsprechung dazu, dass rechtswidrige Beweiserhebungen **in aller Regel folgendlos** bleiben.

Für die von der Rechtsprechung postulierte „Abwägung“ zwischen Strafverfolgungsinteresse und Gewicht des Verfahrensverstoß gibt es im Gesetz nicht den geringsten Anhaltspunkt. Es handelt sich um eine **freie Erfindung** der Rechtsprechung ohne jeden Rückhalt im Gesetz (*praeter legem*), um die Folge, die doch ansonsten jedem Rechtsanwender und auch jedem juristischem Laien selbstverständlich ist – dass nämlich aus einer Rechtsverletzung auch eine **Konsequenz** für den Rechtsverletzer folgt, nämlich dass er zumindest die Erträge seiner Rechtsverletzung nicht behalten und verwerten darf, zu vermeiden.

Die Abwägungslehre ist deshalb am Gesetz vorbei erfolgende Einschränkung des o.g. Prinzips, dessen Grundlage das BVerfG zu Recht im Rechtsstaatsprinzip erkennt, schon vom Ansatz her vollständig abzulehnen.¹⁵

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 **immer** überwiegt und Rechtsverstöße der Ermittlungsbehörden daher in aller Regel folgenlos bleiben.

Es bedarf keiner Erwähnung, welche Folgen ein solches Signal in die Praxis der Strafverfolgung ausstrahlt. Normen, deren Verletzung keine Rechtsfolgen nach sich zieht, werden nicht beachtet. Die Folgen sind etwa beim Richtervorbehalt des § 81a StPO täglich zu erkennen.

Die von der Rechtsprechung geforderte Abwägung stellt in der Praxis – wie schon die Dürftigkeit der Begründungen zeigt – kaum mehr als lästige Fingerübung für die Gerichte dar, sofern eine solche nach Absonderung des oben genannten O-

¹⁵ BVerfG, DAR 2015, 384.

bersatzes überhaupt noch erfolgt. Am Ende steht immer dasselbe Ergebnis: Das Verfolgungsinteresse überwiegt – daher kein Verwertungsverbot.

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 Beweisverwertungsverbotsrechtsprechung **flächendeckend aushebelt**. Eben deshalb ist diese Rechtsprechung, für die das Gesetz keinerlei Grundlage bietet, abzulehnen.

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. 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 die 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 Beweisverbote, die nur schwer zu systematisieren sind, kann eine grobe Differenzierung 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 stehen, vorgenommen werden.

Beweisverbote der zweiten Gruppe beruhen auf eine 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, die unrechtmäßige Durchsuchungen und Beschlagnahmen durchführen wollen, dient etablierte der Supreme Court 1984 in der Entscheidung „United States v. Leon“ 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 unwirk-

sam erklärt wurde, beschlagnahmt wurden, konnten nunmehr in einem späteren Prozess zugelassen werden.

Eine wohl der bekanntesten gewohnheitsrechtlichen Regeln im amerikanischen Strafprozess für Beweisverbote ist die unter dem Stichwort „fruit of the poisonous tree doctrine“ bekannte Fernwirkung. 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 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. 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 Procédure Penal) 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“, 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 und II ist dargelegt worden, dass die gegenwärtige Situation der Rechtslage zu den Beweisverwertungsverböten völlig unbefriedigend und für einen Rechtsstaat nicht erträglich ist. Das Gesetz verhält sich zu den Beweisverboten lediglich bruchstückhaft und unsystematisch, die praktische Handhabung aufgrund der Rechtsprechung ist ebenso unsystematisch, am Einzelfall orientiert und nicht voraussehbar. Insbesondere hat die Rechtsprechung keine klaren Regelungen entwickeln können, da sie letztlich immer eine Abwägung vornimmt zwischen dem Strafverfolgungsinteresse des Staates und seinem Anspruch auf Wahrheitserforschung und dem Recht des Beschuldigten, dass gegen ihn nur mit rechtmäßigen Ermittlungsmethoden ermittelt wird. Am Ende steht immer eine Verhältnismäßigkeitsabwägung, deren Ergebnis zum einen nicht absehbar ist und die zum zweiten fast immer dem Strafverfolgungsinteresse den Vorrang gibt. 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. Dies ist eine verfassungsrechtlich unzulässige Umkehr des rechtsstaatlichen Vorbehalts des Gesetzes.

Der Satz des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 33, 367, Rand-Ziffer 41), 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, ist eine unzulässige Verkürzung der verfassungsrechtlichen Gebote. Ein Rechtsstaat darf eben nicht Interesse haben „an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung“, sondern er hat ein Interesse lediglich „an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften“. Burkhard Hirsch hat einmal zu Recht sinngemäß gesagt: Was ist denn die gesamte Strafprozessordnung anderes als eine Ansammlung von Hindernissen und Hemmnissen für die Strafverfolgungsbehörden – im Interesse des ja lediglich Beschuldigten und somit bis zur rechtskräftigen Verurteilung Unschuldigen. Bestände im Rechtsstaat uneingeschränkt ein „öffentliches Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung“, so wäre als erstes die gesamte Strafprozessordnung abzuschaffen.

Die von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht geforderte Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess und dem Schutz des Beschuldigten vor Eingriffsmaßnahmen hat nicht durch die Strafgerichte zu erfolgen bei der Frage, ob rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess verwertet werden dürfen, sondern diese Abwägung **hat bereits der 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 eben gleichzeitig festgelegt, dass in allen den Fällen, wo diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, das Interesse des Beschuldigten Vorrang haben muss. Eine weitere Abwägung im Einzelfall im Strafprozess ist somit unzulässig.

Um sicherzustellen, dass die vom Gesetzgeber beschlossenen Voraussetzungen und Einschränkungen der Ermittlungsmaßnahmen auch wirklich eingehalten werden, die in der Strafprozessordnung (und in den Polizeigesetzen) ihren Niederschlag gefunden haben, muss verhindert werden, dass ungesetzlich erlangte Beweismittel dennoch verwertet werden.

Wie oben im Kapitel über die Rechtsvergleichung für die USA und Frankreich dargelegt worden ist, ist das Verbot der Verwertung unrechtmäßig erlangter Beweismittel erforderlich, um die Strafverfolgungsbehörden zu disziplinieren, damit sie sich an die gesetzlichen Vorgaben halten. Wie Jahn in seinem Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag ausführt, haben „wirkkräftige Beweisverwertungsverbote eine disziplinierende Wirkung, da sie den Ermittlungsbeamten den Anreiz für die Nicht- oder Geringachtung von Verfahrensvorschriften nehmen können“.¹⁶ Die gegenwärtige Rechtslage, die Beweisverwertungsverbote nur in wenigen Fällen anerkennt, führt dazu, dass in der Praxis die in der Strafprozessordnung vorgesehenen Voraussetzungen und Einschränkungen von Ermittlungsmaßnahmen weitgehend nicht beachtet werden und dies folgenlos bleibt.

Jedes Jahr erneut ist das Bundesverfassungsgericht gezwungen, Hausdurchsuchungsmaßnahmen für rechtswidrig zu erklären, weil die gesetzlichen Vorgaben nicht eingehalten wurden. Der Richtervorbehalt nützt nichts, weil auch die Richter die verfassungsrechtlichen Vorgaben schlicht negieren. Bedenkt man, wieviel Zeit, Kraft und Geld es kostet, sich gegen eine unrechtmäßige Hausdurchsu-

¹⁶ Matthias 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, Seite 55.

chung bis zum Bundesverfassungsgericht zu wehren, so wird deutlich, dass es sich bei den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts lediglich um die Spitze eines Eisbergs handelt, eine Vielzahl von Hausdurchsuchungen rechtswidrig ist (vgl. im einzelnen die Darstellung mit Belegen bei Müller-Heidelberg, Richterliche Rechtsblindheit, in Grundrechte-Report 2009, S. 138).

Dasselbe gilt für Telefonüberwachung. Die im Auftrage der Bundesregierung durchgeführte Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg hat ebenso wie die gleichzeitige Untersuchung von Backes/Gusy von der Universität Bielefeld gezeigt, dass etwa 75% bis 90% der angeordneten Telefonüberwachungsmaßnahmen nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen, trotz Richtervorbehalt (vgl. Müller-Heidelberg, Deutschlands „Überwachungskultur“, in Grundrechte-Report 2004, S. 101). Die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Staat verfassungsrechtlich verpflichtet ist, für eine ausreichende Gerichtsorganisation – auch nachts – zu sorgen, dass gem. § 81a StPO bei Alkoholverdacht Blutproben nur vom Richter angeordnet werden dürfen (während in der Praxis darauf verzichtet wird, weil bekannt sei, dass ohnehin kein Richter zu erreichen sei), nützt nichts, solange Gerichte wie das OLG Düsseldorf (NStZ-RR 2011, 196) die unrechtmäßig entnommenen Blutentnahmen dennoch für verwertbar und die Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte darauf aufbauend die Entziehung der Fahrerlaubnis für rechtmäßig halten. In einem neuen Beschluss vom 28. Juni 2014 – Az. 1 BVR 1837/12 (NJW 2015, 1005) – hat das Bundesverfassungsgericht „erhebliche Bedenken gegen eine Praxis, die den gesetzlichen Richtervorbehalt für den Bereich verwaltungsbehördlicher Eingriffsmaßnahmen durch eine großzügige Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel flächendeckend aushebelt.“ Dasselbe gilt etwa im Polizeirecht für die immer wieder anlässlich von Demonstrationen polizeilich angeordneten „Kessel“, deren Rechtswidrigkeit seit dem „Hamburger Kessel“ feststeht und Jahr für Jahr bundesweit immer wieder von Verwaltungs- und Zivilgerichten (wegen Schadensersatz) bestätigt wird, die aber dennoch regelmäßig immer wieder von der Polizei aus vermeintlich taktischen Gründen angeordnet werden – ihre Rechtswidrigkeit hat ja keine Konsequenzen (Müller-Heidelberg, Kein Kraut gewachsen gegen vorsätzlich rechtswidriges Handeln der Polizei, in Grundrechte-Report 2007, S. 124).

Wenn es schon 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 erfolgt, hilft lediglich – wie in den USA und Frankreich – ein uneingeschränktes Verbot der Verwertung von Beweismitteln, die der Staat auf nicht rechtmäßigem Wege erlangt hat.

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. 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. An dem Erfordernis des - vollen - Nachweises der das Beweisverbot begründenden Umstände ist auch bei schwieriger Beweislage festzuhalten.“ (OLG Hamburg, Beschluss vom 14. Juni 2005 · Az. 2 BJs 85/01 - 2 StE 4/02 - 5 - IV - 1/04, 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., im Internet abrufbar unter: <http://www.ecchr.eu/de/dokumente/publikationen/ecchr-publikationen/articles/folter-und-die-verwertung-von-informationen-in-der-terrorismusbekaempfung.html>). 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“ 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 geradezu unmöglich ist. 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? 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 (vgl. dazu ausführlich ECCHR, aaO). 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-Psychologe festgestellt, dass Shibh zu dem Zeitpunkt "bis zu zweieinhalb Jahre" in "sozialer Isolation" verbracht habe, mit gravierenden psychischen Folgen. Khalid Sheikh Mohammed wurde im März 2003 allein in der "Detention Site Cobalt" in Afghanistan 183-mal dem Waterboarding unterzogen (Quelle: Spiegel Online Bericht vom 10.12.2014, „US-Folterbericht: "Nashiri reagiert gut auf harte Behandlung““, basierend auf dem offiziellen CIA-Folterbericht des US-Senats ‚Committee Study of the Central Intelligence Agency’s Detention and Interrogation Program‘, veröffentlicht im Dezember 2014). Mohamedou Ould Slahi veröffentlichte Anfang 2015 das von den amerikanischen Behörden zuvor teilweise zensierte Tagebuch „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 (vgl. bspw. Guantánamo-Tagebuch, Aufzeichnungen aus einem Totenhaus, FAZ vom 20.01.2015). Alle drei sind bis heute in Guantanamo inhaftiert, bislang ohne Urteil. Nach der Rechtsprechung des OLG Hamburg sind die Aussagen dieser drei Personen zum damaligen Zeitpunkt verwertbar gewesen.

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. Daraus folgt weiter, dass das Verbot der Beweisverwertung im Strafprozess auch nicht davon abhängig sein kann (entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BGHSt. 38, 214; BGH NStZ 1996, 291; BGH StV 2001, 545), dass der Beschuldigte/Angeklagte bzw. sein Verteidiger im Ermittlungsverfahren oder im Hauptverfahren ausdrücklich der Verwertung der unzulässig gewonnenen Beweise widerspricht – vielmehr ist die Unverwertbarkeit unzulässig gewonnener Beweise objektives Recht und nicht ein subjektives Recht des Angeklagten.

In diese Generalklausel muss auch aufgenommen werden eine ebenso generell gültige Regelung, 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 für etwa 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 nicht, dann bedeutet dies eben, dass mit für solche leichteren Straftaten verbotenen Ermittlungsmaßnahmen gewonnene Erkenntnisse nicht für die Verfolgung dieser leichteren Straftaten verwertet werden dürfen.

VI. Alternativvorschlag

§ 244a StPO Beweisverwertungsverbot

1. Ist eine Beweiserhebung ohne das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen erfolgt oder wurden bei der Durchführung der Beweiserhebung gesetzliche Vorschriften verletzt, so dürfen ihre Ergebnisse im Strafverfahren nicht verwertet werden.
2. Unverwertbar sind auch Ergebnisse aus Ermittlungsmaßnahmen, die nur für bestimmte Straftaten zugelassen sind (Katalogtaten), wenn sie Straftaten betreffen, die nicht in dem gesetzlichen Straftatenkatalog enthalten sind.