

## Meistbegünstigung bei "kontaminierten" Beweismitteln<sup>1</sup>

### I. Terminologie

Meistbegünstigung bei "kontaminierten" Beweismitteln ist der Arbeitstitel der Arbeitsgemeinschaft. Dieser Titel bedarf der Klärung. Im Rahmen der strafprozessualen Begriffsvielfalt erscheint der Begriff der "Meistbegünstigung" neu. Aus dem Zivilprozeßrecht ist jedoch das sog. Meistbegünstigungsprinzip bekannt. Dieses Prinzip besagt, daß gegen "formfehlerhafte Entscheidungen" sowohl das Rechtsmittel statthaft ist, das gegen die vom Gericht tatsächlich gewählte Art von Entscheidung stattfindet, wie auch das Rechtsmittel, das gegeben wäre, wenn das Gericht die zutreffende Entscheidung gewählt hätte.<sup>2</sup>

Desweiteren stellt sich die Frage, was "kontaminierte" Beweismittel sind. Von Kontamination hat man in der jüngsten Vergangenheit meistens im Zusammenhang mit Kastorentransporten gesprochen.

Im Zusammenhang mit strafprozessualen Beweismitteln ist der Begriff des kontaminierten Beweismittels ungewöhnlich, wenn auch nicht neu.<sup>3</sup>

Lassen Sie mich kurz unseren Arbeitstitel in eine bekannte Nomenklatur umformulieren. Es geht bei dem hiesigen Thema um die Frage, ob sich **Beweisverwertungsverbote als Belastungsverbote** darstellen und, anders gefragt, ob *zu Gunsten des Mandanten* - trotz eines grundsätzlich bestehenden Beweisverwertungsverbotes - Beweis mit dem bemakelten Beweismittel erhoben werden darf.

### II. Teilbereich der Beweisverbotslehre

Wir befinden uns mithin in einem Problembereich der Beweisverbotslehre. Dieselbe Fragestellung hat bereits das Strafverteidiger-Frühjahrssymposium im Jahre 1998 in Karlsruhe beschäftigt.

Zur Vermeidung von Wiederholungen - und in Absprache mit unserem Kollegen RA Lehmann - möchte ich mich im Nachfolgenden der Problematik zuwenden, wie es im Bereich der Ermittlungen Privater hinsichtlich der "Meistbegünstigung" bei "kontaminierten Beweismitteln" steht.

*Ernst Beling*, der "Erfinder" der Beweisverbotslehre hat in dem Vorwort seiner schriftlichen Ausführungen zu seiner Tübinger Antrittsvorlesung richtig festgestellt:

*“Täusche ich mich nicht, so ist die Lehre von den Beweisverboten, die bisher nirgends ex professo behandelt ist, noch bedeutender Fortentwicklung fähig”.*

Seit Belings Antrittsvorlesung im Jahre 1902 ist - lassen Sie es mich mit einem lokalen Beispiel sagen - “viel Wasser die Weser hinuntergeflossen”.

Der Ausblick von Beling gilt bis dato immer noch. Unzählige Monographien und Lehrbücher zu den Beweisverbotsproblematiken füllen ganze Bibliotheken, aber, seien wir ehrlich, auch zur Schwelle zum 21. Jahrhundert ist die Lehre von den Beweisverboten - leider - von einer einheitlichen, prozessual handhabbaren Lehre weit entfernt.<sup>4</sup>

Dieses verwundert um so mehr, nachdem Beweisverbote im deutschen Strafprozeß bereits seit Jahrhunderten bekannt sind. Lassen Sie mich insofern einen kurzen - historischen - Rückblick in das Mittelalter mit Ihnen beschreiten.

Bereits die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. (Carolina) aus dem Jahre 1532 beinhaltet ein bemerkenswertes Beweisverbot.

In Art. 20 CCC heißt es wie folgt:

*20. Item wo nit zuuor redlich anzeygen der mißthat darnach man fragen wolt vorhanden, vnnd beweist wurde, soll niemants gefragt werden, vnd ob auch gleich wol, auß der marter die missethat bekannt wurd, So soll doch der nit geglaubt noch jemants darauff verurtheylt werden. Wo auch eyniche oberkeyt oder richter in solchem überfüren, Sollen, die dem so also wider recht, on die bewisen anzeygung, gemartert wer, seiner schmach schmerzen, kosten vnd schaden, der gebüre ergetzung zuthun schuldig sein. §. Es soll auch keyn oberkeyt oder richter inn disem fall, keyn vrphede helfen, schützen oder schirmen, daß der gepeinigt sein schmach, schmerzen, kosten vnd schaden mit recht, doch alle thetliche handlung außgeschlossen, wie recht nit suchen möge.*

Dieser mittelalterliche “strafprozessuale Minnegesang” soll an dieser Stelle reichen. Eine ähnliche strafprozessuale Vorschrift finden wir auch in unserem reformierten Strafprozeß in § 136 a StPO - allerdings ohne eine im Mittelalter noch für opportun angesehene Schadenswiedergutmachung im materiellen Sinne - wieder.

### III. Private Ermittlungen

Wenden wir uns nunmehr jedoch der Problematik privater Ermittlungen<sup>5</sup> im Strafprozeß und der Verwertbarkeit der entsprechenden Ermittlungsergebnisse zu.

Nach herrschender Meinung<sup>6</sup> entfaltet § 136 a StPO keinerlei **Drittwirkung** bei Handlungsweisen Privater<sup>7</sup>. Die herrschende Meinung stützt ihre Auffassung darauf, daß die Verfahrensvorschriften der StPO sich nur an die Strafverfolgungsorgane richten.<sup>8</sup>

In der Konsequenz führt dieses dazu, daß nach herrschender Auffassung Beweise, die durch rechtswidriges Vorgehen von privater Seite erlangt wurden, grundsätzlich verwertbar sein sollen. Eine Ausnahme soll nur für Fälle extremer Menschenrechtswidrigkeit gelten. Die so erlangten Beweismittel seien unverwertbar.

In diesem Zusammenhang wird z.B. das durch qualvolle Marter erlangte Geständnis genannt.

Lassen Sie uns mit einigen **Fallgestaltungen** versuchen, daß wir uns dem Problemkreis nähern.

Kollege *Rainer Hamm* hat in seinem Vortrag auf dem Frühjahrssymposium im Jahre 1998 in Karlsruhe ein (fiktives) Horrorszenario in Orwell'scher Manier gebildet.<sup>9</sup>

Es ging hier primär um eine heimlich und durch Täuschung erschlichene Speichelprobe zum Zwecke der Erstellung eines DNA-Profiles. Lassen Sie mich diesen Fall aufgreifen und ihn in Bezug zu möglichen privaten Ermittlungen setzen.

#### **Fall 1:**

Der Privatdetektiv M. beschreitet einen ähnlichen Weg wie der Polizeibeamte in dem von Hamm gebildeten Fall. Er erschleicht sich die Speichelprobe eines "Beschuldigten" und läßt sie in einem Privatlabor analysieren.

Unser Privatdetektiv ist der Strafprozeßordnung rudimentär mächtig und erinnert sich daran, daß er an die strafprozessualen Kautelen des § 81 e StPO nicht gebunden ist. Er beauftragt das von ihm herangezogene Labor ebenfalls hier im codierenden Bereich die Probe untersuchen zu lassen.

Die Untersuchung in dem Privatlabor ergibt, daß unser "Beschuldigter" einen seltenen genetischen Defekt hat, den auch der Täter hatte. Unser Beschuldigter wird daraufhin, nachdem die privaten Recherche-Ergebnisse den Strafverfolgungsbehörden vorgelegt wurden, in Haft genommen. Unser Mandant beantragt nunmehr die von ihm genommenen und analysierten genetischen Informationen im codierenden Bereich dahingehend auswerten zu lassen, daß er aufgrund eines anderen besonderen genetischen Defektes nicht der Täter sein könne.

Will man dem Beschuldigten nunmehr den Antritt seines Unschuldsbeweises mit dem Argument verwehren, daß Untersuchungen im codierten Bereich für die staatlichen Strafverfolgungsbehörden nicht zulässig sind?

Lassen Sie uns diese Frage noch ein wenig zurückstellen und einen weiteren, zweiten Fall skizzieren:

#### **Fall 2:**

Der Mandant ist in Verdacht geraten, ein Sexualdelikt begangen zu haben. In einem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens gelingt es dem Mandanten,

einen privaten Lügendetektortest nach dem Tatwissensfragen-Modell durchführen zu lassen. Der durch einen ausgewiesenen Spezialisten durchgeführte Tatwissenstest ergibt im Ergebnis, daß der Beschuldigte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit als Täter ausscheidet. Soll dem Mandanten die Möglichkeit dieses Entlastungsbeweises verwehrt werden?

Lassen Sie mich abschließend einen dritten Fall skizzieren.

### Fall 3:

In einem kleinen Dorf ist ein Sexualmord an einer Heranwachsenden begangen worden. Der "private Verdacht" der Dorfbevölkerung kanalisiert sich schnell auf unseren Mandanten, nachdem dieser im Dorf sowieso ein Außenseiter war. Mit dieser "dünnen Verdachtslage" zieht unser Hilfssheriff los, nimmt unseren Mandanten - vermeintlich durch § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt - fest und verhört diesen in der eigens dafür eingerichteten Fragstatt. Auf dem "spanischen Esel", bei gleichzeitiger Anlegung von Daumenschrauben, gesteht unser Mandant, macht jedoch im Rahmen dieses Geständnisses (plausibel) eine Notwehrsituation geltend<sup>10</sup>.

Will man allen Ernstes nunmehr unserem Mandanten die Verwertung dieses von ihm erfolgten Geständnisses und der daran geltend gemachten Notwehrsituation mit dem Hinweis darauf verbauen, daß sein Geständnis auf Marter und Folter beruhte?

Fallkonstellationen mit Involvierung von Privaten ließe sich endlos weiter fortführen. Probleme der Fernwirkung, der *Drittbezogenheit* und des *Einsatzes von technischen Mitteln* durch Private ergänzen das Spektrum.

Die Einbeziehung von Privatleuten in den Vorgang der strafprozessualen Wahrheitsfindung ist mannigfach darstellbar. Sei es in der Form der "Beauftragung" durch die Strafverfolgungsbehörden, sei es durch Zurverfügungstellung von Beweisgegenständen durch Privatleute, die Ausnutzung von "privaten Dritthandlungen" durch die Strafverfolgungsbehörden oder durch die Einbringung von Beweisen durch einen Zeugen im Strafprozeß.<sup>11</sup>

Die **Zulässigkeit privater Ermittlungstätigkeit** wird nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt.<sup>12</sup> Private Ermittlungstätigkeit ist als Ausprägung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Artikel 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Ausdruck der Subjektstellungen des Bürgers im (Straf-) Verfahren.<sup>13</sup> Weder die *Offizialmaxime* noch die umfassende Ermittlungs- und Aufklärungspflicht der Staatsanwaltschaft und der Gerichte können ein privates Ermittlungsrecht negieren.<sup>14</sup>

Allerdings besteht das grundsätzliche Ermittlungsrecht Privater nicht schrankenlos. Durch Ermittlungstätigkeit des Verletzten, des Beschuldigten oder auch durch die jeweils beauftragten Rechtsanwälte, Detektive und Sachverständige werden Rechte der **Betroffenen** tangiert. Hier bestehen **Gegeninteressen** des jeweils Betroffenen,

welche in Einzelfällen zur Rechtswidrigkeit der privaten Ermittlungshandlungen führen können. Solche Gegeninteressen des Betroffenen, welche die Ermittlungskompetenz von Privatleuten beschneiden können, sind sowohl im materiellen Recht, als auch im Verfassungsrecht und im Falle der Einschaltung von Rechtsanwälten auch im Standesrecht zu finden.<sup>15</sup>

Nachdem die strafprozessualen Kautelen nach einhelliger Meinung nicht für Privatleute Wirkung entfalten<sup>16</sup>, richtet sich die Verantwortlichkeit von Privatleuten für Ihre Handlungsweisen ausschließlich nach dem materiellen Recht; mithin nach den Vorschriften des StGB, den strafrechtlichen Nebengesetzen und dem Grundgesetz.<sup>17</sup>

Die Rechtswidrigkeit privater Ermittlungen kann sich jedoch darüber hinaus aus verfassungsrechtlichen Schranken namentlich der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG und der Wesensgehaltsgarantie der weiteren Grundrechte ergeben.<sup>18</sup>

Zwar entfalten die Grundrechte nach herrschender Auffassung keine unmittelbare Drittwirkung auf Private, jedoch ergibt sich für die Menschenwürde und dem Menschenwürdegehalt der Grundrechte aus der Schutzfunktion des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG eine vollkommene unmittelbare Drittwirkung.<sup>19</sup> Dieses war auch von den "Vätern des Grundgesetzes" so intendiert. Nach Auffassung des Verfassungskonvents sollte Art. 1 GG "auch Privatpersonen verpflichten".<sup>20</sup>

Auf der Grundlage der durch das Bundesverfassungsgericht entwickelten Sphärentheorie ergibt sich dann, daß private Ermittlungshandlungen nicht nur strafrechtswidrig sein können, sondern auch mit dem Makel der Rechtswidrigkeit behaftet sind, wenn die Ermittlungshandlungen in die Menschenwürde bzw. den Menschenwürdegehalt der einzelnen Grundrechte eingreifen.

Diese Ermittlungsmaßnahmen in den absolut geschützten Kernbereich sind gänzlich unzulässig und rechtswidrig. Im Bereich der offenen, sowie nicht durch Technik gestützten Ermittlungen ist außerhalb des Kernbereiches nach Abwägungsgesichtspunkten die Rechtswidrigkeit zu bestimmen. Hingegen sind heimliche, technikgestützte Ermittlungen durch Privatpersonen diesen grundsätzlich entzogen und mithin rechtswidrig, da die Vorschriften der StPO - aufgrund der schwereren Eingriffstiefe technikgestützter Ermittlungen<sup>21</sup> - insofern eine abschließende Regelung darstellen und dieser Bereich mithin privaten Ermittlungen gänzlich entzogen ist.<sup>22</sup>

#### **IV. Beweisverwertungsverbote**

Mit dem Verdikt der Rechtswidrigkeit der jeweiligen privaten Ermittlungen ist jedoch nur der "halbe Weg" beschritten. Die Frage der Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit der so erlangten Beweismittel im Strafprozeß ist jedoch von der rechtswidrigen Erhebung der Beweise zu scheiden.

## a. Eingreifen eines Beweisverwertungsverbotes; Abwägungslehre

Die Frage, ob einem Beweiserhebungsverbot **stets** ein Beweisverwertungsverbot folgt, wird in der Literatur zurecht verneint.<sup>23</sup>

Bei der Frage nach dem Eingreifen eines Beweisverwertungsverbotes ist insbesondere der Frage nachzugehen, inwieweit die Rechtswidrigkeit der Beweismittelerlangung durch die Privatpersonen auf die Verwertung im Prozeß durchschlägt.

In den Worten von *Ernst Beling* stellt sich die Frage, wann ein Beweisergebnis als "selbst geschaffenes Hemmnis"<sup>24</sup> den staatlichen Strafverfolgungsbehörden im Prozeß nicht mehr zur Verfügung steht.

Die Frage ist "seit Erfindung der Beweisverbotslehre" heftigst diskutiert worden. Verschiedenste Theorien wurden entwickelt. Es sei hier nur an die Rechtskreistheorie des Bundesgerichtshofes, an die verschiedenen Spielarten der Schutzzwecklehren und an die Abwägungslehre erinnert.<sup>25</sup>

Eine dezidierte Auseinandersetzung mit den verschiedenen - zur Begründung eines Verwertungsverbotes - herangezogenen Theorien kann an dieser Stelle nicht erfolgen.<sup>26</sup>

Vorzugswürdig erscheint ein "globaler Ansatz", der die Lösung der Frage nach dem Beweisverwertungsverbot gesondert durch eine Analyse der jeweiligen verschiedenen Interessenlagen versucht zuzuführen.<sup>27</sup>

Die sog. **Abwägungslehre** kommt dadurch, da sie Schutzzwecküberlegungen, Individualrechtsüberlegungen, die Frage der disziplinierenden Wirkung von Beweisverwertungsverböten und unter Berücksichtigung der Sphärentheorie zu angemessenen Ergebnissen kommt.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß die Abwägungslehre ein "frei floatendes Richterrecht" nicht verhindern würde.<sup>28</sup> Der Vorwurf von *Hamm* wiegt schwer, jedoch hat *Hamm* hier an gleicher Stelle aufgezeigt, woran die Praktikabilität - zum momentanen Zeitpunkt - noch scheitert. Es gibt keinen "Katalog der Abwägungskriterien". Auch insofern hat *Beling*<sup>29</sup> Recht behalten, wenn er ausführt:

*Aber freilich wird es noch lange wissenschaftlicher Arbeit bedürfen, bis an Stelle der Kasuistik feste allgemeine Grundsätze zur Lösung der Frage getreten sein werden, inwieweit das Staatsinteresse an Erforschung der vollen Wahrheit im Strafprozeß von anderen widerstreitenden Staats-, Kommunal-, Privatinteressen überwogen wird.*

Es ist richtig, daß die Abwägungslehre eine Wertung - und mithin eine subjektive Entscheidung - des jeweiligen Rechtsanwenders notwendig macht. Dieses ist jedoch bei der Frage nach dem Eingreifen eines Beweisverwertungsverbotes der Problematik inhärent. Auch andere Ansätze kommen augenscheinlich nicht mit einer vorzunehmenden Wertentscheidung aus.

Fehlende Wertentscheidungen des Gesetzgebers sind durch Auslegung, respektive durch eine Abwägung zu schließen. Nur durch einen "offenen Katalog" kann man der Gefahr begegnen, daß neuere "bedenkliche Praktiken durch die Lücke des Kataloges schlüpfen können"<sup>30</sup>. Die gesetzgeberische Wertentscheidung kann nur rudimentär die Richtung aufzeigen. Die Weiterentwicklung und einzelfallorientierte Bildung von Kategorien der Beweisverwertungsverbote ist Aufgabe der Rechtsprechung und der Lehre.<sup>31</sup>

Wenden wir uns nunmehr den anfangs geschilderten Fällen zu.

Die durch den Privatdetektiv M. heimlich erschlichene Speichelprobe unseres Mandanten wurde aufgrund von Täuschung erlangt. Genaugenommen stellt sich die Frage, ob hier ein Beweismittel im Sinne der Strafprozeßordnung erst durch die Übergabe der Analyseergebnisse an die Strafverfolgungsbehörden gegeben ist.<sup>32</sup> Einer Verwertung der Analyseergebnisse steht ein Beweisverwertungsverbot entgegen. Dieses ergibt sich zum einen daraus, daß die Laboranalyse an und für sich schon in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des "Beschuldigten" eingreift. Eine weitere Spielart der Unverwertbarkeit ergibt sich insofern, daß hier aufgrund der Tatsache, daß die Analyse auch den codierenden Bereich der DNA betraf, hier der Menschenwürdekern originär betroffen ist. Mithin ist entsprechend der Sphärentheorie des Bundesverfassungsgerichtes eine Abwägung nicht möglich. Das Beweismittel ist unverwertbar.

Dieses Ergebnis gilt auch absolut.

Auch hypothetische Ermittlungsverläufe hätten nicht zu diesem Analyseergebnis führen können, nachdem es den Strafverfolgungsbehörden zum einen verboten ist, sich Grundsubstanzen für eine DNA-Analyse durch Täuschung zu verschaffen und zum anderen eine Analyse im codierenden Bereich den Ermittlungsbehörden verwehrt ist.<sup>33</sup> Auf das Analyseergebnis kann mithin weder ein Urteil, noch im konkreten Fall hier der Haftbefehl gestützt werden.

Bilden wir unseren Fall jedoch so, daß die von unserem Kollegen *Hamm* skizzierte Angst eines floatenden Richterrechtes Platz greift und der Haftbefehl trotz Verwertungsverbot aufrecht erhalten bleibt.

#### **b. Kein Menschenwürdeschutz auf Kosten der Menschenwürde**

Es stellt sich dann in concreto die Frage, ob es - und nunmehr lassen Sie mich auf den Ausgangsfall zurückgreifen - unserem Mandanten verwehrt werden kann, hier, nachdem ein Rechtsverstoß bereits vorlag, das Beweisverwertungsverbot absolut eingreift.

Sie werden mir nunmehr grundsätzlich zu recht entgegenhalten, daß die Menschenwürde bzw. der Menschenwürdekern der einzelnen Grundrechte nicht

verzichtbar ist.<sup>34</sup> Allerdings stehen sich im konkreten Fall zwei Menschenwürdegehaltspeditionen gegenüber: Der Eingriff in den codierenden Bereich der DNA unseres Mandanten, sowie die einzige Möglichkeit seine Unschuld zu beweisen.

*Nack* hat diese Problematik zutreffend umschrieben als die Frage, "ob der Angeklagte zum Schutze seiner Menschenwürde unschuldig hinter Gitter muß".<sup>35</sup>

Stehen sich zwei Menschenwürdepositionen diametral gegenüber, so ist die Möglichkeit einer Abwägung eröffnet. In diesem Fall ist ein Verzicht auf die Menschenwürde (hier: Untersuchung im codierenden Bereich) zu Gunsten einer anderen Menschenwürdeposition (hier: Antritt des Unschuldsbeweises) möglich. Insofern besteht in diesen Fällen das Beweisverwertungsverbot lediglich als **Belastungsverbot**. Es gibt keinen Schutz der Menschenwürde auf Kosten einer (anderen) Menschenwürdeposition.

Unser zweiter Fall - nämlich der Lügendetektortest nach dem Tatwissensfragen-Modell - betrifft auch die Frage der Verwertbarkeit von privaten Ermittlungshandlungen.

Eine Menschenwürdeverletzung ist in einem privat durchgeführten Lügendetektortest auf Veranlassung des Beschuldigten nicht zu erblicken. Der Beschuldigte wird hier nicht zum "Objekt des staatlichen Verfahrens". Dieses hat der 1. Senat in seinem Beschluß vom 17.12.98<sup>36</sup> zutreffend ausgeführt.

Will man dieses anders sehen, so stehen sich wiederum zwei Menschenrechtspositionen gegenüber, die "der Abwägung zugänglich sind".

In unserem dritten Fall (Marter/Folter) stellt sich die Situation vergleichbar dar. Dieses erfolgte Geständnis unseres Mandanten ist aufgrund des "Lehrbuchbeispiels" der herrschenden Meinung herbeigeführt worden.<sup>37</sup> Es liegt ein Fall vor, in dem die herrschende Meinung die Unverwertbarkeit des so erlangten Beweismittels annimmt. Dieses ist konsequent. Ein "Vertröstung" des Beschuldigten mit dem Argument, daß die Handlungen der Privatleute durch das materielle Strafrecht sanktioniert sind, würde im vorliegenden Fall selbstredend zu kurz greifen. Für die Frage der Verwertbarkeit des durch private Ermittlungshandlungen erfolgten Geständnisses ist hier zweigeteilt zu würdigen.

Es liegt unzweifelhaft ein Verstoß gegen die Menschenwürde des Betroffenen vor. Diese gilt - was oben bereits ausgeführt wurde - unmittelbar unter den Bürgern selbst.<sup>38</sup> Mithin ist es versagt, die Tatsache des erfolgten Geständnisses von dem Sexualmord hier **zu Lasten** des Mandanten zu verwerten. Die originäre Beweisquelle, nämlich das Geständnis des Beschuldigten ist nicht verwertbar. Allerdings - und das ist die zweite Seite der Medaille - gilt für den Fall, daß die Strafverfolgungsbehörden aufgrund anderer (sauberer) Beweismittel die Täterschaft des Beschuldigten respektive Angeklagten nachweisen können, daß dem Angeklagten hier nicht das Berufen auf



die in dem erfolgten Geständnis geschilderte Notwehrsituation verwehrt werden darf.

Wiederum betrifft dieser Fall die einzige Möglichkeit des Angeklagten seine Unschuld - da gerechtfertigt - zu beweisen.

Es würde sich wiederum um einen "ungerechtfertigten Schutz"<sup>39</sup> der Menschenwürde handeln.

Insofern ist - vom Ergebnis her - der Entscheidung des 5. Strafsenates, BGHSt 42, 191, uneingeschränkt Zustimmung zu gewähren.

Sowohl Schutzzwecküberlegungen, der Disziplinierungsgedanke und ein verfassungsrechtlicher Ansatz gebieten, daß sich **Beweisverwertungsverbote immer als Belastungsverbote** darstellen.

Dieses gilt zumindest immer dann, wenn Beweisergebnisse durch Eingriffe Privater in den absoluten Kernbereich der Grundrechte bzw. der Grundrechtspositionen erlangt wurden und das Interesse des Beschuldigten an der Verwertbarkeit ebenfalls Menschenwürdegehalt besitzt.

### c. **Beweisinteresse unterhalb des Menschenwürdegehaltes und Drittinteressen**

Damit sind jedoch noch nicht diejenigen Fälle angesprochen, in denen das **Interesse des Angeklagten an einer Verwertung unterhalb dieses Kernbereiches** liegt oder z. B. durch den Ermittlungs-Eingriff der Privatperson **Interessen Dritter** verletzt wurden.

Hier liegen die Interessen des Betroffenen an einer Verwertung trotz Rechtswidrigkeit der Beweismittelerlangung durch Private unter dem Menschenwürdegehalt. Es stehen sich mithin nicht zwei Menschenwürdepositionen zur Disposition gegenüber. Es liegt dann eben kein Fall vor, in dem die Menschenwürde um der Menschenwürde willen geopfert wird.

Die Frage, ob sich ein Verwertungsverbot dann auch als Belastungsverbot darstellt, ist in diesen Fällen im Wege einer abermaligen Abwägung vorzunehmen, nachdem die Abwägungslehre nicht nur in Individualrechtsschutz intendiert, sondern auch Disziplinierungsgedanken in den Prozeß der Abwägung mitaufnimmt.

Nachdem in den - schwerlich zu bildenden Fällen - hier nicht menschenrechtswürdige Gegeninteressen fungieren, entfalten die Verwertungsverbote hier in der Regel eine absolute Wirkung.

Wenden wir uns nunmehr der Frage nach der Behandlung derjenigen Fälle zu, in denen **Drittinteressen** verletzt wurden. Ich möchte hierfür einen von Herrn Kollegen *Steffen Stern* im Rahmen des Frühjahrssymposiums 1998 geschilderten<sup>40</sup> Fall umwandeln.

#### Fall 4

Ein Zeuge wird durch eine Privatperson menschenrechtswidrig gefoltert. Im Rahmen dieser erfolgten Zeugenaussage entlastet er unseren späteren Mandanten und belastet weitere Personen. Die Staatsanwaltschaft erhebt auch gegen unseren Mandanten Anklage. Im Rahmen der Hauptverhandlung bleibt der Zeuge bei der belastenden Aussage gegenüber den Mitangeklagten, belastet allerdings nunmehr ebenfalls unseren Mandanten.

Mangels Anwendbarkeit von § 136 a StPO auf Ermittlungshandlungen von Privaten ist hier das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes wiederum im Wege der Abwägung zu ermitteln. Es liegt ein Verstoß gegen die Menschenwürde des Zeugen vor.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob es aus Sicht unseres Angeklagten nicht opportun sein kann, die damalige erfolgte Vernehmung bezüglich der in Hinblick auf unseren Mandanten entlastenden Momente diesen vorzuhalten und mit dem Widerspruch zur nunmehrigen Aussage zu konfrontieren.

Will man dem Angeklagten die Einführung der Angaben des früheren Zeugen verwehren?

Ich meine, daß in diesem Fall auch die Abwägungslehre eine befriedigende Antwort auf die Problematik gibt.

Der Vorhalt ist meines Erachtens uneingeschränkt zulässig und die frühere Aussage des Zeugen insofern auch verwertbar. Die Handlungen, die von privater Seite unserem Zeugen angetan worden sind, sind strafrechtlich sanktioniert.

Damit sind die Individualrechte unseres Zeugen ausreichend geschützt. Eines weiteren formal rechtlichen Schutzes im Rahmen seiner nunmehrigen Zeugenposition bedarf der Zeuge nicht. Die Aussage ist zumindest *im Strafverfahren gegen unseren Angeklagten* verwertbar. Meines Erachtens ist dieser Fall auch auf der Grundlage der Rechtskreistheorie - und an dieser Stelle sei angemerkt, daß selbstverständlich auch im Rahmen der Abwägungslehre Rechtskreisüberlegungen in die Abwägung einfließen - gleichermaßen zu lösen. Durch die Folter von privater Seite wird zwar der Rechtskreis des Zeugen verletzt. Aus Sicht des Angeklagten würde jedoch eine Nichtverwertbarkeit der Aussage seinen Rechtskreis betreffen. Um dem zu begegnen ist die Aussage zu verwerten.

Wir haben es also wieder mit einer - möglicherweise - gespaltenen Verwertbarkeit zu tun. In einem möglichen Strafprozeß gegen den Zeugen wegen des Verdachts der falschen uneidlichen Aussage in dem Prozeß gegen unseren Angeklagten wäre die Vernehmung des Zeugen selbstredend in toto nicht verwertbar.

Ausgeklammert blieben die Problempunkte der Meistbegünstigung bei kontaminierten Beweismitteln, wenn Privatleute auf Geheiß der Strafverfolgungsbehörden tätig geworden sind. Hierbei handelt es sich auch nicht um private Ermittlungen im engeren Sinne, sondern, nachdem die Handlungsweisen der Privaten den staatlichen Strafverfolgungsbehörden zuzurechnen sind, um staatliche Strafverfolgungen.<sup>41</sup>

Lassen Sie mich kurz zusammenfassen:

1.

Die Frage der Verwertbarkeit privater Ermittlungen ist aufgrund einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung zu ermitteln. Hierbei ist - ausgehend von der Sphärentheorie des Bundesverfassungsgerichtes - das privat erlangte Beweismittel grundsätzlich dann absolut unverwertbar, wenn es in den Menschenwürdegehalt der einzelnen Grundrechte oder die Menschenwürde eingreift.

Im Bereich unterhalb der Menschenwürde ist der Erlass eines Beweisverwertungsverbotes durch die oben skizzierte Interessenabwägung zu prüfen.

2.

Die Frage der Verwertbarkeit **zu Gunsten** des Betroffenen bei grundsätzlich unverwertbaren Beweismitteln richtet sich wiederum nach Abwägungsgesichtspunkten.

Sind die bestehenden Gegeninteressen des Betroffenen an einer Verwertung im Bereich der Menschenwürde oder des Menschenwürdegehaltes der Grundrechte anzusiedeln, stellen sich die Beweisverwertungsverbote als **Belastungsverbote** dar.

Grundsätzlich ist jedoch zu konstatieren, daß *Beling* in seiner 1902 geäußerten Befürchtung recht behalten hat, daß "es noch langer wissenschaftlicher Arbeit" im Bereich der Beweisverbotslehre bedarf. Dieses gilt insbesondere für den im Rahmen dieser Arbeitsgruppe gestellten Themenkreis. Ich maße mir nicht an Ihnen mit meinen kurzen Ausführungen hier den "Stein der Weisen" vorgetragen zu haben. Ich hoffe jedoch, daß die Arbeitsgruppe des diesjährigen Strafverteidigertages zu einer Bereicherung der Lehre von den Beweisverboten beitragen kann.

- 1 Der Vortragsstil des am 13.03.1999 gehaltenen Referats wurde weitgehend beibehalten, allerdings um zahlreiche Fußnoten, Fundstellenangaben und Querverweise ergänzt.
- 2 Vgl. MüKo ZPO **Rimmelspacher** vor § 511 ZPO Rn 49
- 3 Vgl. **Nack** StraFo 1998, 366, 368
- 4 Kleinknecht/**Meyer-Goßner**, StPO, 44. Auflage 1999, Einl. Rn 55

- 5 Teilweise wird vertreten, bei ermittelnder Tätigkeit durch Personen, die nicht zu den Strafverfolgungsbehörden zählen, nicht den Terminus "Ermittlungen" zu verwenden, da diesen gerade keinerlei Zwangsbefugnisse zustehen; so **Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer** Thesen zur Strafverteidigung, 53; **Dahs** Handbuch des Strafverteidigers, 6. Aufl. 1999, Rn 285; beide für: "Erhebungen des Strafverteidigers". Zur Vermeidung einer unnötigen Begriffsvielfalt soll hier jedoch weiterhin von privaten *Ermittlungen* gesprochen werden.
- 6 AA **Gössel** Strafverfahrensrecht, 1977, 192; **Rogall** ZStW 91 [1979], 41
- 7 Vgl. Kleinknecht/**Meyer-Goßner**, StPO, 44. Auflage 1999, § 136 a Rn 3 mN
- 8 Vgl. **Roxin** Strafverfahrensrecht, § 24 D VI. Rn 48
- 9 Vgl. die schriftliche Fassung **Hamm** StraFo 1998, 361 ff
- 10 Vgl. hierzu **Nack** StraFo 1998, 368
- 11 **Bockemühl** Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996, 17 ff
- 12 **Dahs** Handbuch des Strafverteidigers, 6. Aufl. 1999, Rn 285 mN; **Baumann** Eigene Ermittlungen des Verteidigers, 1999, 37ff; **Bockemühl** Handbuch des Fachanwalts Strafrechts, 2000, Teil B Kap. 1 Rn 82
- 13 **Bockemühl** Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996, 32 ff
- 14 **Bockemühl** Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996, 33 f; ebenso **Krey** Zur Problematik privater Ermittlungen des durch die Straftat Verletzten, 1994, 31
- 15 **Bockemühl** Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996, 49 ff
- 16 Einzige Ausnahme ist der "Jedermann-Paragraph" des § 127 Abs. 1 StPO.
- 17 LR-**Hanack**, § 136 a Rn 9; **Bockemühl** Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996, 50
- 18 **Bockemühl** Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996, 52 ff
- 19 Vgl. nur SK-StPO-**Wolter** vor § 151 Rn 116, 137; allgemein zur Achtungs- und Schutzpflicht der staatlichen Gewalt aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG v. Münch/**Kunig-Kunig**, GG, Art. 1 Rn 25, 30
- 20 Nachweis bei BK-**Zippelius**, GG, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn 35 bei Fußn. 51
- 21 Vgl. nur SK-StPO-**Wolter** vor § 151 Rn 44, 115
- 22 **Bockemühl** Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996, 82 ff, 86
- 23 HM vgl. nur **Kelnhöfer** Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, 1994, 49 ff; **Roxin** Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 24 Rn 18; aA AK-StPO-**Kühne** vor § 48 Rn 52 a
- 24 **Beling** Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, 3
- 25 Vgl. insbesondere auch **Amelung** Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990,

passim; ders. Meistbegünstigung bei kontaminierten Beweismitteln, 23. Strafverteidiger-  
tag in Bremen, in diesem Tagungsheft

- 26 Einen Überblick gibt Kleinknecht/**Meyer-Goßner** StPO, 44. Aufl. 1999, Einl. 55
- 27 Vgl. ebenso **Roxin** Strafverfahrensrecht, § 24 Rn 23; **Beulke** Strafprozeßrecht, 3. Auflage, Rn 458
- 28 So **Hamm** StraFo 1998, 363
- 29 **Beling** Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, 33
- 30 So **Kohlhaas** DRiZ 1966, 287
- 31 Vgl. **Rogall** Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeß, 1992, 55
- 32 Vgl. in diesem Zusammenhang **Grünwald** Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, 162 f
- 33 SK-StPO-**Wolter** vor § 151 Rn 129
- 34 Vgl. insgesamt zur Problematik "Unverzichtbares im Strafprozeß" SK-StPO-**Wolter** vor § 151 Rn 129 ff
- 35 **Nack** StraFo 1998, 369
- 36 **BGH** NJW 1999, 657, 659
- 37 Vgl. oben III.
- 38 Vgl. oben III.; Nachweis bei Fußn. 18
- 39 So **BGH** NJW 1999, 657, 659 mN
- 40 Der Fall ist skizziert bei **Hamm** StraFO 1998, 361, 365 Fußnote 11
- 41 Vgl. hierzu **Bockemühl** Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996, 17 ff, 31