

**DIE LEHRE DER STRAFPROZESSUALEN
BEWEISVERWERTUNGSVERBOTE IN DEUTSCHLAND IM
KONFLIKT ZWISCHEN FREIHEIT UND SICHERHEIT**

**ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK İKİLEMİNDE ALMAN CEZA
MUHAKEMESİ HUKUKUNDA DELİL DEĞERLENDİRME
YASAKLARI ÖĞRETİSİ**

Doc. Privatdozent Dr. Joachim KRETSCHMER*

ÖZ

Ceza hukukundaki ve uygulamasındaki delil değerlendirme yasakları, hassas bir yöntemle ya da usulüne aykırı bir şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorusunu ele almaktadır. Bu bir tarafta bulunan ceza hukukunun koruyuculuğunun etkili olmasındaki kamu yararı ile diğer tarafta sanığın bireysel hak ve özgürlüklerinin korunması arasında her daim var olmuş menfaat çatışmasıdır. Ceza hukuku uygulaması pragmatik olarak orta yola yönelmekte ve bu yasağı bir istisna olarak anlamaktadır. Ancak sanığın özgürlük haklarının korunması, bu görüşün karşısında delil değerlendirme yasağı lehine yer almaktadır. Bunun dışında özel hayatın içindeki çekirdek alanda yer alan ve devletin ceza kovuşturmasına ya da tehlikenin önlenmesine ilişkin müdahalelerinde dahi dokunulması caiz olmayan bir alan vardır.

Anahtar Kelimeler: *Delillerin kullanılması yasağı, Ceza yargılamasına Dahil Olmayan Şüpheli ve Sanıklar, Menfaat Tetkiki, Özel Hayatın Dokunulmaz Çekirdek Alanı*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (kretschmer@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7255-813X

DOCTRINE OF THE EXCLUSION OF EVIDENCE IN THE CRIMINAL JUSTICE OF GERMANY - A CONFLICT BETWEEN LIBERTY AND SECURITY

ABSTRACT

In the criminal justice and in the criminal science the doctrine of the exclusion of evidence is about the issue of using evidences being sensitive to the human rights or being obtained in breach of the rules of the code of criminal procedure. The conflict between the fundamental rights of a person on the one hand and the interest in an effective criminal justice on the other hand appears in every society and in every legal system all over the world. The legal practice pragmatically follows an appreciation of values and considers the exclusion of evidence as an exception. The fundamentals rights of the accused calls for the exclusion of evidence though. Besides there is the core area of private conduct of life, the privacy issue. It is not allowed to affect this area of a person by any investigation measure. Statements concerning this area may not be used in a criminal case.

Keywords: *Exclusion of Evidence, Appreciation of Values, Core Area of Private Conduct of Life, Absolute Exclusion of Evidence, Fair Trial*

I. Die Lehre der Beweisverwertungsverbote als Teil des Grundkonflikts im Strafverfahren

Das Strafverfahren berührt als Ganzes und mit jeder einzelnen Anordnung im Verfahren die Grundrechte des Einzelnen. Das Strafverfahren ist geprägt von Eingriffen in die Grundrechte des Einzelnen, und zwar auf Seiten des Beschuldigten oder Angeklagten, des Zeugen, des Opfers. In der Achtung der Menschenrechte des Einzelnen zeigen der Staat und die Strafverfolgungsorgane, dass sie den Beschuldigten oder Angeklagten als Prozesssubjekt mit eigenen Rechten achten. Der Angeklagte ist nicht Objekt im Strafverfahren. Ein Staat und eine Strafjustiz, die die Grundrechte des Einzelnen nicht achten, betreiben eine menschenunwürdige Strafverfolgung. Auf der anderen Seite stehen das Interesse des Staates und das Interesse der Allgemeinheit, eine effektive Strafrechtspflege zu betreiben und Straftäter zu bestrafen. Jede liberale und rechtsstaatliche Gesellschaft steht vor der Aufgabe, die Grundrechte des Einzelnen und das Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege in einen gerechten Ausgleich zu bringen. In den letzten Jahren hat sich – weltweit - in der Gesellschaft und im Rechtssystem eine Tendenz gezeigt, die staatliche Überwachung zu verstärken. Der technische Fortschritt führt zu immer mehr technischen Überwachungsmaßnahmen in der Strafprozessordnung: Überwachung der Telekommunikation, Überwachung der Computerkommunikation, akustische und optische Überwachung der Wohnung und anderer Gebäude, die

Vorratsdatenspeicherung. In einem aktuellen Gesetzgebungsverfahren¹ wurde mit einem neuen § 100b StPO die Online-Durchsuchung als strafprozessuale Standardmaßnahme gesetzlich geregelt – gültig seit August 2017. Diese Maßnahmen greifen erheblich in die Freiheitsrechte des Einzelnen ein. Die Freiheitsrechte des Einzelnen sind aber auch im Strafverfahren zu achten. Auch der Verdächtige und der Angeklagte haben Menschenwürde – Art. 1 GG - und Freiheitsrechte. Diese schränken die Ermittlungsmaßnahmen ein. Die Strafrechtspflege darf nicht alles tun, um eine Straftat aufzuklären und einen Straftäter zu bestrafen. Das ist das Selbstverständnis eines liberalen und grundrechtlichen Rechtsstaats.

Dieser Konflikt zwischen den Freiheitsrechten des Einzelnen und einer effektiven Strafrechtspflege stellt sich für jede Gesellschaft und für jede Rechtsordnung. Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung und auch die Rechtswissenschaft – also wir - müssen darauf eine Antwort geben. Und in diesem Konflikt steht die Lehre der strafprozessualen Beweisverwertungsverbote. Was geschieht mit dem grundrechtlich oder strafprozessual fehlerhaft gewonnenen Beweisergebnis? In einem Beweisverwertungsverbot zeigt sich die Selbstbeschränkung staatlicher Strafrechtspflege. Oder: „Es ist kein Grundsatz der Strafprozessordnung, dass die Wahrheit um jeden Preis ermittelt werden müsste“.² Darf ein rechtlich fehlerhaft erlangtes Beweisergebnis im Strafverfahren gegen den Beschuldigten verwertet werden? Das Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege sagt „ja“. Das grundrechtliche Individualinteresse des Beschuldigten sagt „nein“. So einfach sind die Antworten im Recht und eben auch in der Strafrechtswissenschaft aber nicht.

II. Beweisverwertungsverbote sind nicht abschließend in der deutschen Strafprozessordnung geregelt

Die Antwort ist einfach, wenn der Gesetzgeber den Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit gelöst hat. So enthält die StPO einige – wenige – gesetzlich geregelte Beweisverwertungsverbote. Die §§ 100a Abs. 4, 100c Abs. 5 und 6, 136a, 160a Abs. 1, 252, 257 Abs. 3 Satz 3, 477 Abs. 2 StPO, aber auch § 393 Abs. 2 AO bilden die wichtigsten. In einem aktuellen Gesetzgebungsverfahren³ wurde der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung für die technischen Maßnahmen nach den §§ 100a bis 100c StPO in einem neuen § 100d zusammengefasst. Aus diesen gesetzlich geregelten Fällen könnte man methodengerecht die Schlussfolgerung ziehen,

¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12785 v. 20.6.2017; BGBl 2017, S. 3202.

² So BGH v. 14.6.1960 – 1 StR 683/59, BGHSt. 14, 358.

³ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12785 v. 20.6.2017; BGBl 2017, S. 3202.

dass im Interesse der Strafrechtspflege ansonsten keine strafprozessualen Beweisverwertungsverbote gegeben sind und eben auch rechtsfehlerhaft gewonnene Beweisergebnisse im Strafverfahren im Interesse der Sachaufklärung nach § 244 Abs. 2 StPO verwertet werden dürfen. Eine solche absolute Lösung ist nicht interessengerecht.

Beispiel: An seinem ersten Arbeitstag vergisst der Staatsanwalt bei einer Beschuldigtenvernehmung die Belehrung der vernommenen Person gemäß § 163a Abs. 3 mit § 136 StPO.

Es gehört zum Kernbereich des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, dass der Beschuldigte vor seiner Vernehmung durch die Strafverfolgungsorgane über sein Schweigerecht belehrt wird. Der Grundsatz „*nemo tenetur se ipsum accusare*“ gehört zum rechtsstaatlichen Kernbereich. Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht belasten zu müssen, gehört zum Kernbereich des von Art. 6 EMRK garantierten fairen Verfahrens.⁴ Und nur wer seine Rechte kennt, kann sie ausüben. Was gilt, wenn diese Belehrung fehlerhaft ist? Die Belehrung wird absichtlich oder versehentlich vergessen. Die vernommene Person wird nicht als Beschuldigter, sondern als Zeuge vernommen, obgleich alles für die Beschuldigteneigenschaft spricht.

Im deutschen Strafprozessrecht muss jedes Strafverfolgungsorgan den Beschuldigten bei Beginn der ersten Vernehmung nach § 136 StPO belehren. Insbesondere ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz frei stehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Diese rechtsstaatliche und grundrechtliche Belehrungspflicht obliegt dem Strafrichter (§ 136 StPO), der Staatsanwaltschaft (§ 163a Abs. 3 StPO) und auch der Polizei (§ 163a Abs. 4 StPO). Leider schweigt § 136 StPO dazu, was aus einer fehlerhaften Belehrung folgt. Das ist mit Art. 158 in der Schweizer Strafprozessordnung anders. Die Schweizer Strafprozessordnung enthält mit Art. 141 auch eine gesetzliche Regelung für die Beweisverwertungsverbote und legt dabei bis auf gesetzlich geregelte Fälle eine Abwägung zugrunde. Die rechtliche Folge für ein grundrechtlich oder strafprozessual fehlerhaft gewonnenes Beweismittel lässt sich absolut in zwei Richtungen lösen: Alles, was rechtlich nicht verboten ist, ist erlaubt. Da im Gegensatz etwa zu dem gesetzlichen Beweisverwertungsverbot in § 136a StPO das

⁴ So BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112; *Beulke* Strafprozessrecht (13. Aufl., 2016) Rn. 125; *von Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 471; *Jahn*, JuS 2009, 468.

Verbot in § 136 StPO nicht geregelt ist, ist der Fehler folgenlos: Effektivität der Strafrechtspflege schlägt das grundrechtliche Interesse an der Belehrung. Oder aber man argumentiert, dass aus jedem strafprozessualen Fehler der Strafverfolgungsorgane ein Verwertungsverbot folgt. Die Strafprozessordnung legt die Spielregeln fest, die im Strafverfahren für ein faires Verfahren gemäß Art. 20 GG und Art. 6 EMRK erforderlich sind. Im Interesse des grundrechtlichen Schweigerechts folgt aus der fehlerhaften Belehrung ein Beweisverwertungsverbot. In der Rechtswissenschaft ist eine Antwort mit Absolutheitscharakter selten die interessengerechte Antwort. Im Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit kann eine absolute Antwort nie ausgleichend sein. Beide Interessen müssen in einen rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Ausgleich gesetzt werden. Die Beweisverwertungsverbote sind in der StPO nicht abschließend gesetzlich geregelt.⁵ Umgekehrt gilt, dass nicht aus jedem strafprozessualen Verfahrensfehler ein Beweisverwertungsverbot folgt.⁶ Und nun?

Die Lösung der Rechtsprechung ist praxisorientiert und kriminalpolitisch pragmatisch: „Die Entscheidung für oder gegen ein Verwertungsverbot ist auf Grund einer umfassenden Abwägung zu treffen.“⁷ Eine Abwägung birgt stets das Risiko der ergebnisorientierten Argumentation.⁸ Entscheidend ist, welche Interessen und Gesichtspunkte mit welcher Gewichtung abgewogen werden. Nach dem BGH⁹ fällt das Gewicht des Verfahrensverstößes sowie seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen ebenso ins Gewicht wie die Erwägung, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden muss. Andererseits sei zu bedenken, dass Verwertungsverbote die Möglichkeiten der Wahrheitserforschung beeinträchtigen und dass der Staat aus Verfassungsgründen eine funktions-tüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten hat, ohne die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden kann. Ein wesentlicher, vielleicht der wesentlichste Gesichtspunkt in der Abwägung ist die Frage nach dem Schutzzweck der durch die Strafverfolgungsorgane verletzen Norm. Ein Verwer-

⁵ Siehe BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214.

⁶ So OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 RVs 46/16, NStZ 2017, 177.

⁷ Siehe BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214; ebenfalls BGH v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15, NStZ 2016, 551; BGH v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06, NJW 2007, 2269; BGH v. 11.11. (!) 1998 – 3 StR 181/98, NJW 1999, 959.

⁸ Siehe *Heghmanns*, ZIS 2016, 404.

⁹ Siehe BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214; siehe auch *Jahn*, StraFo 2011, 117.

tungsverbot liegt daher nach dem BGH nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern. Der Schutzzweck der verletzten Norm ist daher für viele der vorrangige Gesichtspunkt bei der Bestimmung eines Beweisverwertungsverbots.¹⁰

Herauszuarbeiten ist daher der Schutzzweck der durch die Strafverfolgungsorgane im Strafverfahren verletzte Norm - teleologische Auslegung. Je bedeutsamer die grundrechtliche Bedeutung der verletzten Norm ist, desto mehr spricht für ein Beweisverwertungsverbot. Da § 136a StPO mit der Regelung der verbotenen Vernehmungsmethoden eine Ausprägung des Art. 1 GG ist,¹¹ ist die gesetzliche Regelung des Beweisverwertungsverbots in § 136a StPO zwingend. Auch ohne diese gesetzliche Anordnung folgte dieses aus Art. 1 GG. Die rechtsstaatliche Strafrechtspflege darf sich keiner Beweisergebnisse bedienen, die durch einen Verstoß gegen die Menschenwürde gewonnen sind. Oder: Der Beschuldigte ist nicht willkürliches Objekt im Strafverfahren. Er ist Prozesssubjekt mit eigenständigen Rechten. Daher liegt die Antwort bei § 136 StPO nahe, mag der BGH diese Schlussfolgerung auch erst mit BGHSt. 38, 214 im Jahr 1991 gezogen haben. Der Grundsatz, dass niemand im Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen braucht, also ein Schweigerecht hat, gehört zu den anerkannten Prinzipien des Strafprozesses, wie der BGH¹² zutreffend ausführt. Die Anerkennung des Schweigerechts entspreche der Achtung der Menschenwürde. Sie schütze das Persönlichkeitsrecht des Angeklagten und sei notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens. Und insbesondere im Stadium des Ermittlungsverfahrens ist der Beschuldigte besonders schutzwürdig.¹³ Die erste Vernehmung durch die Polizei trifft den Beschuldigten meist unvorbereitet ohne anwaltlichen Ratgeber und auch sonst von der vertrauten Umgebung abgeschnitten, nicht selten auch durch die Ereignisse verwirrt und durch die ungewohnte Umgebung bedrückt oder verängstigt. Diese Beschreibung des BGH passt perfekt auf eine polizeiliche

¹⁰ Siehe *Beulke* Rn. 458; umfassend MüKo-StPO/*Kudlich* (1. Aufl., 2014), Einleitung Rn. 453 ff., der die Lehre der Beweisverwertungsverbote als ein zentrales Problem des Strafprozessrechts bezeichnet, wobei ein stimmiges Anwendungseinfachheit und Rechtssicherheit gewährendes Konzept noch nicht gefunden ist; die Suche nach Neukonzeptionen geht weiter (siehe *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 408 ff.).

¹¹ So *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl., 2015, § 136a Rn. 1.

¹² So BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214.

¹³ Siehe BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214.

Vernehmungssituation, wenn ein Beschuldigter wegen eines Tatverdachts vorläufig festgenommen ist. Das gilt für Deutschland und die Türkei gewiss gleichermaßen.

Trotz der vom BGH vertretenen Abwägungslösung ist auf Grund der grundrechtlichen Bedeutung der Selbstbelastungsfreiheit und des Schweigerechts ein Belehrungsfehler nach § 136 StPO abwägungsfest. Menschenwürde schlägt Strafverfolgungsinteresse. Man darf daher die Schwere der Straftat nicht in relativierender Abwägung zu dem individualrechtlichen Verstoß setzen. Oder: Gerade bei schweren Straftaten sind die Strafverfolgungsorgane eventuell „versehentlich“ veranlasst, die rechtsstaatlichen Regeln der StPO nicht einzuhalten. Aber gerade in Fällen der Schwerkriminalität oder bei Staatsschutzdelikten ist auf Einhaltung rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Regeln zu achten. Hier bewährt sich der Rechtsstaat in seinem menschenrechtlichen Selbstverständnis. Daher steht fest: Eine Aussage im Strafverfahren, die in einer Beschuldigtenvernehmung ohne vorherige Belehrung nach § 136 StPO gemacht wurde, ist unverwertbar, wenn der Vernommene sein Recht, die Aussage zu verweigern, dabei tatsächlich nicht gekannt hat.¹⁴

Mit BGHSt. 38, 214 hat der BGH zugleich mit der sog. Widerspruchslösung ein Konstrukt geschaffen, das bis heute auf rechtswissenschaftlichen Widerstand¹⁵ stößt. Das Beweisverwertungsverbot aus einem Verstoß gegen § 136 StPO gilt nicht, wenn feststeht, dass der Beschuldigte sein Recht zu schweigen ohne Belehrung gekannt hat oder wenn der verteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung ausdrücklich der Verwertung zustimmt oder ihr nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen hat. Dem verteidigten Angeklagten stehe ein Angeklagter gleich, der vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs unterrichtet worden ist. Wobei zu fragen ist, welcher Angeklagte eine solche Belehrung in ihrer Bedeutung und Folge intellektuell und rechtlich wirklich verstehen kann. § 257 StPO hat gar keinen Bezug zu der Problematik um die Beweisverwertungsverbote. Aber die gesamte Dogmatik um die Beweisverwertungsverbote ist Kasuistik und Konstrukt von

¹⁴ Siehe BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112; BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 410; *KarlsruherKommentar/Diemer* (StPO, 7. Aufl., 2013) Rn. 27a zu § 136; *Münchener Kommentar-StPO/Schuhr* (1. Aufl., 2014) Rn. 55 zu § 136.

¹⁵ Siehe *Beulke*, *Strafprozessrecht* (13. Aufl., 2016) Rn. 460a; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 413 f; *Jahn*, *StraFo* 2011, 117; *Kudlich*, *JA* 2017, 390; zustimmend *Basdorf*, *NStZ* 2017, 370.

Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Der BGH gewährt bei einem Verstoß gegen § 136 StPO ein Verwertungsverbot und schränkt es gleichzeitig mit der Widerspruchslösung wieder ein. Die Widerspruchslösung wird vom BGH bei einer Vielzahl weiterer Beweisverwertungsverbote angewendet.¹⁶ Inzwischen klingen erste Bedenken in der Rechtsprechung¹⁷ selbst an. Danach soll die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge, mit der ein Beweisverwertungsverbot wegen Fehlern bei einer Durchsuchung zur Sicherstellung von Sachbeweisen geltend gemacht wird, keinen auf den Zeitpunkt des § 257 StPO befristeten Widerspruch gegen die Verwertung voraussetzen. Grund sei die fehlende Dispositionsmacht des Beschuldigten über den Sachbeweis. Hauptargument gegen das Widerspruchserfordernis ist, dass der strafprozessuale Fehler im Verantwortungsbereich der staatlichen Strafrechtspflege liegt und der Strafverteidigung auf diese Weise eine Pflicht zur Gewährleistung eines sachdienlichen Strafverfahrens auferlegt wird. Die Strafverteidigung wird in den Dienst der effektiven Strafrechtspflege gestellt. Das widerspricht fundamental ihrer Aufgabe - § 147 StPO. Ein Satz aus dem bezüglich der Widerspruchslösung skeptischen Urteil¹⁸ passt perfekt: „Versäumnisse der Verteidigung dürfen insoweit nicht dazu führen, dass an sich rechtswidrig erlangtes Beweismaterial ohne weiteres zur Grundlage einer strafrechtlichen Verurteilung des Angeklagten werden kann.“ Es ist abzuwarten, ob sich das Ende der Widerspruchslösung andeutet.

BGHSt. 38, 214 ist gleichsam die Leitentscheidung für die Lehre der Beweisverwertungsverbote: Abwägung unter besonderer Beachtung des Schutzzwecks der verletzten Norm und Widerspruchslösung. Es vergingen wieder einige Jahre, bis mit der qualifizierten Belehrung ein weiterer Schritt getan wurde: „Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsverstoßes (§ 136 I 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Aussage hinzuweisen („qualifizierte Belehrung“).¹⁹ Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht belasten zu müssen, gehören zum Kernbereich des von Art. 6 EMRK garantieren

¹⁶ Siehe bspw. BGH v. 7.3.2006 – 1 StR 316/05, NJW 2006, 1361.

¹⁷ Siehe BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NJW 2017, 367.

¹⁸ BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NJW 2017, 367.

¹⁹ So BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112; auch MüKo-StPO/Schuh, Rn. 29 zu § 136.

fairen Verfahrens.²⁰ Daher muss nach dem BGH die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form der qualifizierten Belehrung treffen, die verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zustande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können.²¹ Nur eine solche qualifizierte Belehrung stellt die menschenrechtliche und verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten wieder her und hebt die Fortwirkung des Beweisverwertungsverbots auf.

Diese rechtsstaatliche Stärkung der Beschuldigtenrechte mit Anerkennung der qualifizierten Belehrung wird durch den BGH²² jedoch erneut relativiert,²³ indem das Gericht beim Unterbleiben der qualifizierten Belehrung im Gegensatz zu BGHSt. 38, 214 trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall für verwertbar hält. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses sei maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können. Damit gibt der BGH der originären Belehrung nach § 136 StPO und der qualifizierten Belehrung einen unterschiedlichen Schutzgrad bei der Beurteilung eines Beweisverwertungsverbots. Das überzeugt nicht. Wenn die Selbstbelastungsfreiheit zum Kernbereich des rechtsstaatlichen Verfahrens gehört und gar – wie BGHSt. 38, 214 zutreffend sagt – in Art. 1 GG wurzelt, ist eine Belehrungspflicht, die diesen rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Schutzzweck hat, abwägungsfest. Das muss dann auch für die qualifizierte Belehrung gelten.²⁴

III. Kernbereich – ein neues Zauberwort

Der Grundsatz des *nemo-tenetur-se-ipsum-accusare* gehört zum Kernbereich des rechtsstaatlichen und fairen Strafverfahrens. Das belegen in

²⁰ So BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112; von *Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 471; *Jahn*, JuS 2009, 468.

²¹ Für § 136a StPO lässt BGHSt. 53, 112 die Frage offen. Die Antwort kann nur „ja“ lauten.

²² So BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112.; zustimmend *Karlsruher Kommentar/Diemer* Rn. 27a zu § 136.

²³ Kritisch *Jahn*, JuS 2009, 468.

²⁴ So *Roxin*, HRRS 2009, 186.

allen Konsequenzen auch die sog. Polizeispitzel-Fälle. Das Stichwort Kernbereich erscheint auch in der deutschen Strafprozessordnung als Rechtsbegriff. Es geht um den unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung.

1. Rechtsstaatlicher Kernbereich

Aus der Vielzahl der Sachverhalte soll der sog. Bandido-Fall²⁵ als *Beispiel* dienen:

Der Angeklagte saß wegen versuchter Anstiftung zur Tötung seiner Ehefrau in Strafhaft und traf im Strafvollzug den S. Dieser gab dem Angeklagten gegenüber mit seinem teilweisen erfundenen kriminellen Hintergrund – Fremdenlegion, Rockermilieu – an. S. unterbreitete dem Angeklagten, für 150.000 EUR durch seine Leute außerhalb der Haftanstalt dessen Ehefrau töten zu lassen. Der Angeklagte nahm dieses Angebot ernst. Noch am selben Tag berichtete S. dem für ihn zuständigen Gruppenleiter in der JVA, dass ihn ein anderer Gefangener um die Vermittlung eines Auftragsmordes gebeten hätte und erklärt sich zur Zusammenarbeit mit der Polizei bereit und "verpetzte" den Angeklagten namentlich. In der Folgezeit ergriffen die Ermittlungsbehörden verschiedene Ermittlungsmaßnahmen, um im letzten Schritt folgendermaßen vorzugehen: "Zur Verbesserung der bisherigen Beweislage ist von hier aus vorgesehen, dass ein nicht offen ermittelnder Polizeibeamter den Beschuldigten in der JVA besucht (Besucherraum) und diesem unter der Vorgabe einer Legende zwei Bilder (eines mit der Ehefrau des Beschuldigten in ihrem Pkw sitzend und eines mit einer Frau vergleichbaren Alters, in bauähnlichem Pkw sitzend) vorlegt, um von diesem zu erfahren, welche der beiden Frauen die zu tötende sei." Dieses Vorgehen wurde von Staatsanwaltschaft und Polizei ohne Einbezug des Ermittlungsrichters vereinbart. POK H. suchte den Angeklagten unter einem Vorwand im Besuchsraum der JVA auf. Wie es anschaulich im Urteil heißt, hätte dieser auf Grund seiner langen Haare und Tätowierungen dem äußeren Erscheinungsbild nach glaubhaft als Rocker auftreten können. Dieser stellte sich dem Angeklagten als "Micha" vor und erklärte, dass er von S. käme. Er behauptete ihm gegenüber, dass es Probleme mit der Identifizierung der Ehefrau gebe. Er legte ihm die beiden Fotos vor. "Micha" = POK H. erklärte, dass vor den beiden Häusern der beiden abgebildeten Frauen seine Männer stünden, und fragte den Angeklagten, ob er seine Frau anhand körperlicher Merkmale beschreiben könne.

²⁵ BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 5/10, BGHSt. 55, 138; dazu auch *Jahn*, StraFo 2011, 117.

H. erklärte weiterhin, dass notfalls auch beide Frauen weggemacht werden könnten. Der Angeklagte reagierte aufgebracht und ablehnend. Schließlich fragte H. ihn, ob es denn richtig sei, dass sie seine Frau wegmachen sollten. Darauf nickte der Angeklagte. Um die Verwertung dieses Gesprächs zwischen dem Angeklagten und "Micha" = POK H. im Strafverfahren wegen § 30 Abs. 2 StGB geht es.

Das Vorgehen verstieß nach zutreffender Ansicht des BGH gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Die Aushorchung des Angeklagten unter Ausnutzung der besonderen Situation seiner Inhaftierung begründe von vornherein Bedenken gegen die Zulässigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme. Nicht weniger als in anderen von der Rechtsprechung des BGH beanstandeten Fällen heimlicher Informationsgewinnung unter Ausnutzung begleitender belastender Haftsituationen lägen auch hier Umstände vor, die zur Bewertung des Vorgehens als unfaire Vernachlässigung der zu achtenden Selbstbelastungsfreiheit führten. So sieht der Senat durch die Anwendung von Zwang den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten als verletzt an. Zwar sind Verdeckte Ermittler berechtigt, unter Nutzung einer Legende selbstbelastende Äußerungen eines Beschuldigten entgegenzunehmen und an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten. Sie sind aber nicht befugt, in diesem Rahmen den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen zu drängen. Es ist dann nur konsequent, wenn der BGH ein Beweisverwertungsverbot annimmt. In Fällen von Aussagezwang werde in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten ohne Rechtsgrundlage eingegriffen. Der gravierende Rechtsverstoß kann nach Ansicht des BGH²⁶ nicht anders als durch Nichtverwertung des hierdurch gewonnenen Beweismittels geheilt werden.

Die verschiedenen Polizeispitzel-Fälle sind Varianten des Ursprungfalls aus BGHSt. 34, 362: Einem Untersuchungsgefangenen wurde ein anderer Häftling auf die Zelle gelegt. Dieser hatte sich zuvor zur Zusammenarbeit mit den staatlichen Strafverfolgungsorganen erklärt und sollte unter deren Anleitung den Verdächtigen über dessen vermeintliche Raubtat aushören. Das tat er auch erfolgreich, so dass zum einen die Aussage des

²⁶ So BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 5/10, BGHSt. 55, 138; auch *Jahn*, JuS 2010, 832 mit Bezug auf § 136a StPO analog.

„Polizeispitzels“ als auch weiteres auf diesem Weg gefundenes Beweismaterial – Fernwirkung? - zur Verurteilung des Angeklagten verwertet werden sollte. In dieser Entscheidung als auch in BGHSt. 55, 138 stellt der BGH auf einen unzulässigen Zwang ab. Der BGH:²⁷ „Das an sich unzulässige Zwangsmittel der U-Haft wurde so zu einem prozessordnungswidrigen Zweck ausgenutzt. Das ist eine Zwangswirkung auf den Gefangenen, die vom Strafverfahrensrecht nicht mehr gedeckt und deshalb unzulässig ist.“ Das überzeugt in der Begründung nicht. Die Untersuchungshaft war in allen Fällen rechtmäßig. Es ist die stete Frage, ob der verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit allein vor unzulässigem Zwang oder auch vor Täuschung als staatlich inszenierte irrtumsbedingter Selbstbelastung schützt. Der 3. Senat des BGH²⁸ stellt den Konflikt im Inhalt des nemo-tenetur-Grundsatzes klar: "Nach der Rechtsprechung des BGH schützt er nur vor Zwang; der EGMR dehnt ihn auf alle Fälle der Beeinträchtigung der Aussagefreiheit aus.“ Die Rechtsprechung des EGMR weist zutreffend einen weiten Schutzzweck auf. Der EGMR:²⁹ "Der Anwendungsbereich des Schweigerechts und des Schutzes vor Selbstbelastung ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Beschuldigte Zwang widerstehen musste oder in denen der Wille des Beschuldigten in irgendeiner Weise direkt überwunden wurde. Das Recht, das zum Kernbereich des fairen Verfahrens gehört, dient prinzipiell der Freiheit einer verdächtigten Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen will oder schweigen will." Und dann heißt es weiter, dass eine solche freie Entscheidung unterlaufen wird, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich in der Vernehmung für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten. Es sind zwei maßgebende Aspekte, die nach dem EGMR für die Verletzung des Schweigerechts nach Art. 6 EMRK sprechen: (1) Das Handeln des Informanten muss den Strafverfolgungsorganen zuzurechnen sein. (2) Der Informant muss dem Beschuldigten die Äußerung entlockt haben.

In einer vernehmungähnlichen Situation - das Handeln und Aushorchen sind den Strafverfolgungsorganen zurechenbar - stehen Zwang und Täuschung gleich und nehmen dem Beschuldigten als Prozesssubjekt die

²⁷ BGH v. 28.4.1987 – 5 StR 666/86, BGHSt. 34, 362.

²⁸ Siehe BGH v. 26.7.2007 – 3 StR 104/07, NStZ 2007, 714.

²⁹ EGMR v. 5.11.2002 – 48539/99, StV 2003, 257.

Freiheit und die Selbstverantwortung. Beide Handlungsweisen der Strafverfolgungsorgane machen den Beschuldigten zum Objekt des Strafverfahrens gegen sich selbst. Das ist anders, wenn sich der Beschuldigte im Rahmen eines „echten“ Privatgesprächs eigenverantwortlich selbstbelastend äußert. Das ist auch der Fall, wenn er eigenverantwortlich einem Mitgefangenen vertraut, der ihn dann verpetzt.³⁰ Es verwirklicht sich das allgemeine Lebensrisiko. Natürlich ist die Grenzziehung tatsächlich und rechtlich nicht einfach. Aber was ist im Recht schon einfach? In einer staatlich inszenierten Gesprächssituation zwecks Strafverfolgung liegt kein Privatgespräch. Dem allgemeinen Lebensrisiko wird die Geschäftsgrundlage entzogen. Die Selbstbelastungsfreiheit schützt daher nicht allein vor Zwang, sondern eben auch vor einer staatlich manipulierten irrumsbedingten Selbstbelastung.³¹ In einem rechtsstaatlichen Strafverfahren, das die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten und insbesondere die des Beschuldigten als freiheitliches und eigenverantwortliches Prozesssubjekt achtet, darf der strafverfolgende Staat bei aller erlaubten Heimlichkeit nicht zu Mitteln des Täuschens, Lügens und Manipulierens greifen, welche die eigenverantwortliche Freiheit des Beschuldigten missachten.³² Zwang und Täuschung nehmen dem Beschuldigten die Freiheit. Das kennen wir im materiellen Recht aus der mittelbaren Täterschaft. In selbstverständlicher Einigkeit gelangt man bei der Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit als Kernbereich des rechtsstaatlichen Strafverfahrens zu einem strafprozessualen Beweisverwertungsverbot.³³ Das entspricht der Wertung des § 136a StPO. Und das entspricht der Verankerung in Art. 20 GG und vor allem in Art. 1 GG. Einer Abwägung bedarf es nicht.

2. Kernbereich der privaten Lebensgestaltung

Es gibt Sachverhalte, die unglaublich erscheinen, wenn man sich diese ausdenken würde. Und dann kommt das wahre Leben. Ein solcher Sachverhalt ist der sog. Krankenzimmer-Fall des BGH.³⁴

³⁰ Dazu und so *Schneider*, NStZ 2001, 8.

³¹ So *J. Kretschmer*, HRRS 2010, 143; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (26. Aufl., 2009) § 24 Rn. 11.

³² Siehe *Bosch*, JA 2010, 754; *J. Kretschmer*, HRRS 2010, 143.

³³ Siehe BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 5/10, BGHSt. 55, 138; BGH v. 26.7.2007 – 3 StR 104/07, NStZ 2007, 714; *Bosch*, JA 2010, 754; *Jahn*, JuS 2010, 832; *MüKo-StPO/Schuhr* Rn. 81 zu § 136a.

³⁴ BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt. 50, 206; zustimmend *Valerius*, JA 2006, 15.

Beispiel: Der Angeklagte war wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Nach den Feststellungen der Schwurgerichtskammer gingen dieser Tat Querelen unter Landwirten voraus. In deren Verlauf hatte A dem späteren Tatopfer F mit einem Holzknüppel gedroht und dabei gerufen: „Dich erschlag ich noch!“ Tatsächlich wurde F mit einem massiven, kantigen Werkzeug im Schlaf erschlagen. Die Tatwaffe konnte jedoch nicht sichergestellt werden; die Ermittlungen wurden eingestellt. A erlitt Jahre später einen Arbeitsunfall. Bei den Ermittlungen wegen dieses Vorfalls fand die Kriminalpolizei im Wohnhaus des A einen Schlagstock, der als Tatwaffe des Tötungsdelikts in Betracht kam. Im Rahmen der wieder aufgenommenen Ermittlungen kam es zu einer richterlich gestatteten akustischen Überwachung des Krankenzimmers des A, in dem sich dieser zur Rehabilitation aufhielt. Im Rahmen dieser Abhöraktion wurde auch ein Selbstgespräch des A aufgezeichnet, das im Anschluss an ein Telefonat des A mit einer Arbeitskollegin stattfand. In diesem Telefonat berichtete die Kollegin, sie sei von der Polizei danach gefragt worden, ob A seine Hasen selbst schlachte und ob er Rechts- oder Linkshänder sei. Im direkten Anschluss an dieses Telefongespräch führte der A in seinem Krankenzimmer ein erregtes Selbstgespräch mit folgendem Inhalt: „Sehr aggressiv, sehr aggressiv, sehr aggressiv! In Kopf hätt i eam schießen sollen, in Kopf hätt i eam schießen sollen, selber umgebracht“. Das Gericht hat hieraus den Schluss gezogen, der Angeklagte habe sich Gedanken über eine alternative Tötungsart gemacht, die den Verdacht weniger auf seine Person gelenkt hätte.

Entscheiden Sie selbst, ob Sie das Selbstgespräch unabhängig von seinem Beweiswert für die Schuldfeststellung im Strafverfahren verwerten wollen und können. Oder besteht ein Beweisverwertungsverbot?

Ein gesetzlich geregeltes Beweisverwertungsverbot ist § 100c Abs. 5 StPO – jetzt unter § 100d Abs. 2 StPO. Danach dürfen Äußerungen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die bei einer akustischen Wohnraumüberwachung gewonnen wurden, nicht verwertet werden. Es ist das Bundesverfassungsgericht³⁵, das diese Rechtskonstruktion erfunden hat. Das war eine wichtige Neuerung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafprozessrecht. Meiner Ansicht nach war das die wichtigste Neuerung des Bundesverfassungsgerichts im Strafprozessrecht, die es überhaupt jemals gemacht hat. Die Grundrechte des Beschuldigten im Strafverfahren sind gestärkt worden. Dadurch wird die Menschenwürde

³⁵ BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279.

gestärkt. Der Einzelne hat einen Bereich, in dem er frei ist von staatlichen Zwangsmaßnahmen. In der heutigen Zeit des Sicherheitsdenkens und der zunehmenden Zwangsmaßnahmen ist das ein wichtiges Signal an den Staat und an die Gesetzgebung und an die Rechtsprechung, die Grundrechte und die Menschenwürde des Beschuldigten und des Angeklagten zu achten. Der Staat darf nicht alles tun, um Verbrechen aufzuklären oder zu verhindern. Der Einzelne hat einen Bereich der Intimsphäre und der Privatsphäre, der absolut frei sein muss von Zwang und Überwachung. In diesem absoluten Bereich der Privatsphäre darf der Staat durch keine Maßnahme eingreifen. Wenn dieser Bereich durch eine staatliche Zwangsmaßnahme berührt wird und wenn dadurch Erkenntnisse gewonnen werden, die zu diesem Bereich gehören, greift ein absolutes Beweisverwertungsverbot. Es gibt, und das ist wichtig, keine Abwägung mit dem Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege. Wenn die Strafrechtspflege keine anderen Beweise gegen den Beschuldigten hat, muss er aus der Haft entlassen oder freigesprochen werden.

Inzwischen ist der Schutz und die staatliche Selbstbeschränkung in viele Gesetze niedergelegt worden. In der StPO findet er sich auch in § 100a StPO – jetzt § 100d³⁶ und er beschränkt in vielen Polizeigesetzen des Bundes und der Bundesländern die Maßnahmen zur Gefahrenabwehr. Als Element des Art. 1 GG gilt der Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung natürlich im gesamten Strafverfahren. Der BGH³⁷ hatte einige Jahre nach dem „Krankenzimmer-Fall“ über ein Selbstgespräch in einem Auto zu entscheiden. Die rechtliche Grundlage ist § 100f StPO. Dieser enthält keine Kernbereichsklausel. Der BGH begründet den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zutreffend unmittelbar aus der Verfassung: „Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar, da es dem durch Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist.“ Der deutsche Gesetzgeber ist aufgefordert, den menschenrechtlichen Kernbereichsschutz umfassend für alle Ermittlungsmaßnahmen als Schranke zu verankern.³⁸ Ein absolutes Beweisverwertungsverbot ist zwingend – Art. 1 GG.

³⁶ Eine aktueller Gesetzentwurf fasst den Kernbereichsschutz in einem neuen § 100d StPO zusammen (Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12785 v. 20.6.2017); wirksam seit August 2017 (BGBl 2017, 3202).

³⁷ BGH v. 22.12.2011 – 2 StR 509/10, BGHSt. 57, 71; dazu *Mitsch*, NJW 2012, 1486.

³⁸ *Mitsch*, NJW 2012, 1486 schlägt als Ort den § 160a StPO vor.

Das Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege streitet gegen eine Einschränkung der Beweisverwertung. Aber in einem grundrechtlichen Rechtsstaat gibt es eben keine Wahrheitserforschung um jeden Preis. Es gibt in einem liberalen Rechtsstaat einen menschenrechtlichen Freiraum, der für den Staat unantastbar ist – den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Die abwägungsfeste Intimsphäre aus der Menschenwürde steht gegen die allgemeine Persönlichkeitssphäre. Dahinter steht die sog. Sphärentheorie zur Begründung verfassungsrechtlicher Beweisverwertungsverbote: Intimsphäre – allgemeine Persönlichkeitssphäre – Sozialsphäre.³⁹ Der theoretische Begriff als staatliche Selbstbeschränkung muss sich in der Praxis bewähren. Wie ist das daher mit dem selbstbelastenden Selbstgespräch im Krankenzimmer? Gehört das aus räumlichen oder sachlichen Gründen zum unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung aus Art. 1 GG? Oder ist das noch der Bereich der allgemeinen Persönlichkeitssphäre aus Art. 2 GG, der in Abwägung zu setzen ist zum rechtsstaatlichen Interesse der effektiven Strafrechtspflege?

Wie stets im Recht ist die Antwort nicht eindeutig und gibt es mehrere vertretbare Lösungen. Das Landgericht hat das aufgezeichnete Selbstgespräch als Belastungsindiz gewertet. Der BGH ist zutreffend anderer Ansicht: „Ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch des Angeklagten ist zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar, soweit es dem durch Art. 13 Abs.1 GG i. V. mit Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 geschützten Kernbereich zuzuordnen ist.“ Dafür spricht nach Ansicht des BGH zum einen mit dem Krankenzimmer die Art der Räumlichkeit, dem der BGH in seiner Funktion als Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung wie einer Privatwohnung die grundrechtliche Qualität einer Wohnung nach Art. 13 GG zuspricht. Zum anderen sprächen Art und Inhalt der Äußerung für den absolut geschützten Kernbereich. Das Gespräch mit sich selbst sei gekennzeichnet durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte und habe persönliche Erwartungen, Befürchtungen, Bewertungen, Selbstanweisungen sowie seelisch-körperliche Gefühle und Befindlichkeiten zum Inhalt. Das Selbstgespräch habe somit ausschließlich höchstpersönlichen Charakter und berühre aus sich heraus nicht die Sphäre anderer oder der Gemeinschaft. Dem ist nichts hinzuzufügen, eher verwundert die gegenteilige Rechtsansicht der landgerichtlichen Vorinstanz.

³⁹ Dazu MüKo-StPO/Kudlich, Einleitung Rn. 474 f.

Zu beachten ist im Kernbereichsschutz die Absolutheit des Verwertungsverbots. Die §§ 100a Abs. 4 und 100c Abs. 5 StPO – jetzt § 100d Abs. 2 - verbieten jede Verwertung kernbereichsrelevanter Erkenntnisse. Das gilt natürlich erst recht für den unmittelbar aus Art. 1 GG begründeten Kernbereichsschutz. Das gilt dann für jedes Verfahrensstadium – Ermittlungsverfahren und Hauptverfahren - und auch als Spurenansatz ist die Verwertung untersagt.⁴⁰

IV. Beweisverwertungsverbote nach dem BGH die Ausnahme

1. Beweisverwertungsverbote nur bei schwerwiegenden oder willkürlichen Verstößen

Nach den vorherigen Bemerkungen mag der Eindruck entstehen, dass trotz der von der Rechtsprechung propagierten Abwägungslehre zur Herleitung eines Beweisverwertungsverbots ein solches die Regel ist. Dieser Eindruck trügt. Er ist darin begründet, dass die betreffenden Maßnahmen der Strafverfolgungsorgane mit der Menschenwürde und der Selbstbelastungsfreiheit Kernbereiche des grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Selbstverständnisses berührten. Das ist nicht die Regel. Vielmehr ist nach der Rechtsprechung ein Beweisverwertungsverbot in der Einschränkung effektiver Strafrechtspflege die Ausnahme.⁴¹ Im Vordergrund stehen in diesem Ausnahmeverständnis der Sicherheitsgedanke und die Effektivität der Strafrechtspflege. Die Strafverteidigung sieht das anders. Sie betont den Freiheitsgedanken und den Schutz der Individualrechte des Betroffenen.

*Beispiel.*⁴² Die Staatsanwaltschaft beabsichtigt eine Durchsuchung nach § 102 StPO. Telefonisch wird der richterliche Bereitschaftsdienst erreicht. Die zuständige Richterin lehnt den Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses ohne Vorlage der Akte ab. Daraufhin beruft sich der Staatsanwalt auf Gefahr in Verzug nach § 105 StPO.

⁴⁰ Siehe BGH v. 20.12.2011 – 2 StR 509/10, BGHSt. 57, 71; KarlsruherKommentar/Bruns, § 100d Rn. 28; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100c Rn. 17; Mitsch, NJW 2012, 1486.

⁴¹ BGH v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06, NJW 2007, 2269; OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 Rv 46/16, NStZ 2017, 177; zustimmend Heghmanns, ZIS 2016, 404, 409; MüKo-StPO/Miebach (StPO, 1. Aufl., 2016) Rn. 136 zu § 261.

⁴² BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 mit Anm. Basdorf; auch Kudlich, JA 2017, 390.

Gefahr in Verzug ist gegeben, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg einer Durchsuchung gefährdet hätte.⁴³ Aus grundrechtlichen Gründen, vor allem auch wegen Art. 13 GG, ist das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Anordnungskompetenz in der Rechtspraxis zu achten. Im Richtervorbehalt bei den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen zeigt sich der präventive Grundrechtsschutz. Gefahr in Verzug darf daher nicht vorschnell angenommen werden. Regelmäßig ist der Versuch zu unternehmen, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Und dann kommt das Entscheidende: „Haben die Ermittlungsbehörden den zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichter mit der Sache befasst, ist für ihre Eilkompetenz kein Raum mehr.“ Mit der Befassung des Eilrichters ende die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden; es sei nunmehr Sache des Ermittlungsrichters, über den beantragten Eingriff zu entscheiden. Mit der Befassung des Richters ist die nichtrichterliche Eilkompetenz gesperrt. Die Verantwortung für Verzögerungen trifft jetzt den zuständigen Richter.

Es gilt jedoch, dass nicht aus jedem strafprozessualen Verfahrensfehler ein Beweisverwertungsverbot folgt. § 105 StPO ist „nur“ eine formale Zuständigkeitsregel. Gericht wie Staatsanwaltschaft sind Organe der Rechtspflege. Dennoch:⁴⁴ „Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei den die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden, geboten.“ Dieser Maßstab enthält ein gewisses Maß an Unbestimmtheit und betont den Ausnahmecharakter solcher Verbote. Der BGH gelangt jedoch im vorliegenden Fall zu einem zutreffenden Ergebnis. Er sagt „ja“ zu einem Beweisverwertungsverbot. Der BGH entkräftet noch einen steten Einwand gegen ein Beweisverwertungsverbot. Da die materiellen Voraussetzungen der §§ 102 ff. StPO vorgelegen haben, hätte der Richter die strafprozessuale Maßnahme sowieso angeordnet. Es fehlte daher am Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen dem Verfahrensfehler und dem gewonnenen Beweisergebnis. Der BGH:⁴⁵ „Dem Aspekt eines möglichen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kommt bei grober Verkennung des Richtervorbehalts ohnehin keine Bedeutung zu.“ Der Einwand des hypothetisch rechtmäßigen Verlaufs als Gegenmoment gegen ein Beweisverwertungsverbot ist nach

⁴³ So BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367.

⁴⁴ So BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367; ebenso OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 Rv 46/16, NStZ 2017, 177; so auch *Heghmanns*, ZIS 2016, 404.

⁴⁵ So BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367.

der Abwägungslösung des BGH nur ein Teilmoment in der Gesamtabwägung. Bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen hat er keine Wirkung. Das ist nach dem BGH⁴⁶ anders, wenn der Richtervorbehalt von den Ermittlungsbeamten nicht bewusst missachtet wurde. Letztendlich ist es der Schutzzweck des präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richtervorbehalt, der nicht unterlaufen und relativiert werden darf. Das spricht dafür, jede Form der Verletzung des Richtervorbehalts, ob bewusst, willkürlich oder eben nur versehentlich, losgelöst von einem relativierenden höchstwahrscheinlichen⁴⁷ hypothetischen Verlauf im Sinne eines Beweisverwertungsverbot gleich zu behandeln.

2. Keine Fernwirkung

In dem Ausnahmecharakter der Beweisverwertungsverbote ist auch die Ablehnung zur Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote begründet. Was ist damit gemeint? Auf der Grundlage unverwertbarer Beweisergebnisse werden weitere Beweismittel gefunden. Dürfen diese weiteren Beweismittel verwertet werden oder gilt eine Fernwirkung – „fruits of the poisonous tree – doctrine“? Wie ist die rechtliche Lage im türkischen Strafprozessrecht? Es wird jetzt nicht überraschen, dass die deutsche Rechtsprechung pragmatisch und kriminalpolitisch gegenüber einer solchen Fernwirkung skeptisch ist. Ein Verfahrensfehler dürfe nicht dazu führen, dass das gesamte Strafverfahren lahmgelegt werde.⁴⁸ Der BGH betont die wirksame Verbrechensbekämpfung. Eine solche Begrenzung der Auswirkung eines Verfahrensfehlers sei zu einer solchen und auch deshalb erforderlich, weil sich kaum jemals feststellen lasse, ob die Polizei den Zeugen ohne den Verstoß nicht auch gefunden hätte. Das klingt sehr pauschal. Es war zuletzt das OLG Düsseldorf, das eine erfreuliche Ausnahme zuließ⁴⁹ und Neuland⁵⁰ betrat: In einem engen zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit einer rechtswidrigen Durchsuchung wurde der Beschuldigte an Ort und Stelle unter dem Eindruck der fehlerhaften Durchsuchung und der dabei in unzulässiger Weise gewonnenen Erkenntnisse – es wurden uner-

⁴⁶ BGH v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15, NStZ 2016, 551 mit Anm. *H. Schneider*.

⁴⁷ Siehe *H. Schneider*, NStZ 2016, 553.

⁴⁸ So BGH v. 28.4.1987 – 5 StR 666/86, BGHSt. 34, 362; OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 Rv 46/16, NStZ 2017, 177.

⁴⁹ OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 Rv 46/16, NStZ 2017, 177.

⁵⁰ So *Radtke*, NStZ 2017, 180, der das Ergebnis aber kritisch betrachtet; *Jahn*, JuS 2016, 1138 begrüßt das Ergebnis.

laubt angebaute Marihuanapflanzen gefunden – nach Belehrung vernommen. Der sich offensichtlich als überführt ansiehende Angeklagte habe keinen Anlass gehabt, von seinem Recht auf Schweigen Gebrauch zu machen, zumal er nicht wissen könnte, dass die vorgefundenen Beweismittel unverwertbar wären. Der fortwirkende Eindruck der verbotenen Durchsuchung nahm dem Beschuldigten scheinbar die Selbstbelastungsfreiheit. Zumindest in den Fällen, in denen die Strafverfolgungsorgane den Kernbereich der rechtsstaatlichen Prinzipien oder der privaten Lebensgestaltung – die Menschenwürde – mit ihren Strafverfolgungsmaßnahmen beeinträchtigt haben, ist eine Fernwirkung anzunehmen. Das gilt vor allem – aber nicht nur - bei § 136a StPO.⁵¹ Es geht um das rechtsstaatliche Selbstverständnis der Strafverfolgung.

V. Schlusswort

Wenn die Frage eines möglichen Beweisverwertungsverbots auf einem von den Strafverfolgungsbehörden begangenen formellen oder materiellen Verfahrensfehler beruht, ist darauf zu achten, dass die tatsächliche und normative Verantwortung beim Staat liegt. Sollen solche „bemakelten“ Beweisergebnisse dennoch im Interesse der Strafrechtspflege verwertet oder verwendet werden, liegt die Begründungslast bei den Strafverfolgungsorganen. Die Beweisverwertung trotz verfahrensfehlerhafter Vorgehensweise ist die Ausnahme und nicht umgekehrt.⁵² Freiheit gegen Sicherheit, Effektivität der Strafrechtspflege gegen die Individualrechte des Beschuldigten – auf der Suche nach einem Ausgleich sollen und müssen die Freiheit und die Grundrechte im Vordergrund stehen. Allein diese Wertung steht im Einklang mit einem liberalen und grundrechtlichen Strafverfahren eines Rechtsstaates.

⁵¹ So *Beulke* Rn. 482; *MüKo-StPO/Schuh*, § 136a Rn. 98.

⁵² *Anders Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 409.

ÖZET

Ceza yargılamasının amacı, adil bir yargılamada sanıkların özgürlüklerine saygı göstererek adaleti ve hakikati korumaktır. Ceza yargılamasında delillerin kullanılması yasağı kavramı, ceza adalet sisteminin etkinliği ile sanığın temel haklarının- güvenliğinin ve özgürlüğünün- göz önünde bulundurulması arasındaki çatışmada yer almaktadır. Özellikle delil olarak kullanma yasağı, Alman, Türk veya diğer herhangi bir ceza muhakemesi kanununun ihlal edilmesiyle elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı sorusuyla ilgilidir. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda delillerin kullanılmasına ilişkin yasaklar kapsamlı bir şekilde düzenlenmemiştir. En iyi bilinen düzenleme Ceza Muhakemesi Kanunu madde 136a (§ 136a StPO)'dır. Belirtilmesi gerekir ki, her usule aykırılık delil olarak kullanma yasağına sebebiyet vermemektedir. Aksi takdirde bu tür bir mutlak sonuç, ceza adalet sistemine hakim olan hukukun üstünlüğü kuralını -hukuki güveni- zayıflatacaktır. Alman içtihatları, delil olarak kullanma yasağının değerlendirilmesinde bir ölçü uygulamaktadır. Bu kapsamda delil olarak kullanma yasağına ilişkin uygulama geliştirilmiştir. İhlal edilen usuli normun anayasal önemi ve söz konusu ihlalin ciddiyeti, delil olarak kullanma yasağının gündeme gelmesine yol açmaktadır. Özellikle kasıtlı ve keyfi ihlallerde, delillerin kullanımının yasaklanması kabul edilmelidir. Genel olarak içtihat, delillerin kullanılmasının yasaklanması yönünde oldukça kısıtlayıcıdır. Diğer yandan, sanıkların özgürlük hakları böyle bir yasağın kabulünü savunmaktadır. Dahası, özel hayatın dokunulmaz çekirdek alanı bulunmaktadır ve bu alan devlet yetkilileri için tamamen dokunulmazdır. Sebebi ise insan haysiyetinin Anayasa'nın 1. maddesine (Art. 1 GG) göre korunmasıdır. Buna ilişkin olarak günlük kararları ve kendi kendine yapılan konuşmaların kullanılamazlığı hakkındaki kararlar, örnek kararlar niteliğindedir. Ceza Muhakemesi Kanununda, özel hayatın çekirdek alanı şu anda § 100d StPO'da gösterilmiştir.

Delillerin kullanılması yasağı doktrini, hukukta ve her şeyden önce günlük hukuk uygulamasında özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin bir göstergesidir. Mutlak bir çözüm demokratik ve liberal hukuk kurallarına aykırıdır. Delillerin kullanılmasına ilişkin olası bir yasak sorusu, kolluk kuvvetleri yetkilileri tarafından yapılan şekli veya maddi usule ilişkin bir hataya dayanıyorsa, fiili ve normatif sorumluluğun devlete ait olmasına dikkat edilmelidir. Böyle elverişsiz bir delilin yine de ceza adalet çıkarları için incelenmesi veya kullanılması durumunda, gerekçelendirme yükü kovuşturma makamlarına aittir. Usul hatalarına rağmen delil kullanımı kural değil, aksine istisnadır.