

TOBIAS SINGELNSTEIN

Unselbständige Verwertungsverbote und informationelle Selbstbestimmung

Zum Gesetzesvorbehalt in der Beweisverbotslehre
aus grundrechtlicher Perspektive

Unbedingte Unabhängigkeit und eine kritische, wissenschaftliche Distanz gegenüber seinem Forschungsgegenstand, den Organen der Strafrechtspflege und ihrer Tätigkeit. Diese beiden Eigenschaften sind dem Jubilar nicht nur als Person eigen. Sie prägten und prägen auch sein außerordentlich produktives Schaffen und sein kaum zu überblickendes wissenschaftliches Werk. Neben der Kriminologie und dem Jugendstrafrecht ist es vor allem das Strafprozessrecht, in dem Ulrich Eisenberg stets auf der Suche nach wissenschaftlicher Aufklärung und Möglichkeiten rechtlicher Einhegung ist, um wider den Zeitgeist Rechte des Einzelnen zu stärken und staatliche Befugnisse kontrollierbar und begrenzt zu halten. In diesem Sinne soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, eines der umstrittensten Gebiete des strafprozessualen Beweisrechts aus grundrechtlicher Perspektive zu beleuchten. Dies soll weniger dazu dienen, dem bunten Strauß dogmatischer Ansätze in der Beweisverbotslehre eine weitere Farbe hinzuzufügen. Vielmehr wird der Frage nachgegangen, welche Aspekte sich aus einer Perspektive informationeller Selbstbestimmung ergeben und wie sich diese mit den bestehenden Ansätzen einer dogmatischen Begründung unselbständiger Beweisverbote vertragen. Der Beitrag sei dem Jubilar in größter Hochachtung vor seinem Wirken und tiefem Dank für die stete Förderung gewidmet.

I. Einführung

Die dogmatische Begründung strafprozessualer Beweisverwertungsverbote ist seit jeher umstritten. Weniger Probleme ergeben sich heute bezüglich gesetzlich normierter bzw. selbständiger Verwertungsverbote. Der Bereich ungeschriebener, so genannter unselbständiger Verwertungsverbote hingegen ist kaum geklärt,¹ obwohl der Frage danach, welche Folgen sich aus einer fehlerhaften Be-

¹ S. zu den verschiedenen Ansätzen *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 362 ff.; *Meyer-Göfner*, StPO, 51. Aufl. 2008, Einl., Rn. 55 f. sowie zuletzt *Beulke* Jura 2008, 653 ff.; *Gless* JR 2008, 317 ff.; *Jäger* GA 2008, 473 ff.; *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; *Rogall* JZ 2008, 818 ff.; *Tiigg/Habetha* NStZ 2008, 481 ff.; *Wohlens* StV 2008, 434 ff.

weismittelgewinnung ergeben, in der Praxis größte Relevanz zukommt. Dabei dominierten bislang objektiv-rechtlich geprägte Ansätze, die die Antwort hierauf in der Dogmatik des Strafprozessrechts suchen.² So betonen verschiedene Autoren mit Blick auf § 337 StPO, dass jede rechtswidrige Beweiserhebung eine Gesetzesverletzung darstellt, die im Falle des Beruhens zur Revisibilität des Urteils und daher zur Unverwertbarkeit führe.³ Eine überwiegende Auffassung in der Literatur und die Rechtsprechung gehen indes davon aus, dass nicht aus jedem Verstoß bei der Beweiserhebung ein Verwertungsverbot folgen soll.⁴ Neben dem Schutzzweck der Norm soll danach vor allem eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall über die Verwertbarkeit entscheiden.⁵

Seit einiger Zeit ist die dogmatische Begründung dessen wieder verstärkt Gegenstand heftiger Diskussionen. Dies dürfte nicht alleine daran liegen, dass keiner der bisher vorliegenden Ansätze umfassend zu überzeugen vermag. Hinzu kommt, dass sich die Beweisbeschaffung und -verwertung im Strafverfahren in den vergangenen Jahrzehnten deutlich gewandelt hat, was Probleme und Perspektiven der Beweisverbotslehre verschiebt. Zwar ist der Zeuge nach wie vor noch das praktisch bedeutsamste Beweismittel. Jedoch haben Maßnahmen der Beweisbeschaffung massiv an Bedeutung gewonnen, die Informationen unmittelbar beim Beschuldigten erheben, wie vor allem der wachsende Bereich heimlicher Ermittlungsmaßnahmen zeigt.⁶ Vor allem die Telekommunikationsüberwachung macht dem Zeugen ernsthafte Konkurrenz.

Neuere Ansätze in der Beweisverbotslehre machen vor diesem Hintergrund subjektive Rechte der betroffenen Verfahrensbeteiligten zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen.⁷ Insbesondere Amelung hat mit seiner Arbeit über Informationsbeherrschungsrechte⁸ eine lebhafte Diskussion über eine solche Herangehensweise ausgelöst.⁹ Danach sollen sich Verwertungsverbote aus subjektiven Rechten ableiten lassen, die es den Betroffenen erlauben, bestimmte Informationen zurückzuhalten und zu verhindern, dass sie von anderen gespeichert oder verwendet werden; ihre Verletzung löse einen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch aus.¹⁰ Mit dieser „Perspektive vom Ausgangspunkt statt vom Ergebnis her“¹¹ bezieht Amelung auch die Aspekte Schutzzweck und Abwägung ein, wenn er zwischen informationellem Handlungsunrecht und Erfolgsunrecht unterscheidet.

Trotz dieser Entwicklung, die als informationsrechtliche Wende in der Beweisverbotslehre bezeichnet worden ist,¹² spielt das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bei der Frage nach der dogmatischen Begründung von Ver-

wertungsverbote derzeit nur eine untergeordnete Rolle.¹³ Für die älteren Ansätze gilt dies ohne weiteres. Aber auch die neueren, subjektiv-rechtlichen Ansätze machen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung oftmals nicht zur maßgeblichen Grundlage ihrer Überlegungen.¹⁴ Diese geringe Berücksichtigung des Grundrechts in der Beweisverbotslehre ist zum einen darin begründet, dass deren bis heute fortwirkende Grundlagen zeitlich vor dem Volkszählungsurteil gelegt wurden. Zum anderen dürfte die diesbezüglich zurückhaltende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Rolle spielen, das regelmäßig nur prüft, ob eine Beweisverwertung unabhängig von der Beweiserhebung eine selbständige Grundrechtsverletzung darstellt, etwa im Hinblick auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht oder den Kernbereich privater Lebensgestaltung.¹⁵ Die Rolle der Grundrechte ist insofern im Wesentlichen auf selbständige Verwertungsverbote beschränkt.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, welche weiterführenden Aspekte für die Beweisverbotslehre und insbesondere für den Bereich unselbständiger Beweisverwertungsverbote sich ergeben, wenn man diese ausgehend vom Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betrachtet. Ein solcher, der beschriebenen informationsrechtlichen Wende in der Beweisverbotslehre folgender Ansatz geht damit der Frage nach, inwiefern Verwertungsverbote auch unterhalb der Schwelle von Kernbereich oder Intimsphäre nicht nur im Einzelfall aus Grundrechten folgen können.¹⁶

II. Beweiserhebung und informationelle Selbstbestimmung

So genannte unselbständige Beweisverbote betreffen die Frage, wie sich eine rechtsfehlerhafte Gewinnung von Beweismitteln auf deren Verwertbarkeit auswirkt. Dementsprechend soll hier zunächst beleuchtet werden, wie sich eine fehlerhafte Beweiserhebung aus der Perspektive informationeller Selbstbestimmung darstellt.

1. Eingriff in den Schutzbereich

Dass die strafprozessuale Erhebung von Beweisen oftmals in Grundrechte eingreift, liegt auf der Hand: Die Durchsuchung von Wohnungen tangiert Art. 13 I GG, die Beschlagnahme Art. 14 I GG und die Telekommunikationsüberwachung Art. 10 I GG.¹⁷ Diese Eingriffsverbote zum Schutz von Wohnung, Eigentum und

¹³ S. aber Störmer (o. Fn. 10); zur informationellen Selbstbestimmung im Strafverfahren allg. Riepl, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998, S. 6 ff.; Weichert, Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtliche Ermittlung, 1990; Hassemer StV 1988, 267 f.

¹⁴ Kritisch dazu Rogall FS Grünwald, S. 532 ff.; dagegen Amelung FS Roxin, S. 1265 ff.

¹⁵ S. etwa BVerfGE 34, 238; 80, 367; 109, 279.

¹⁶ Für rechtswidrige Wohnungsdurchsuchungen so schon Daleman/Heuchemer JA 2003, 430 (435).

¹⁷ Zu verfassungsrechtlichen Vorgaben für heimliche Informationsbeschaffungsmaßnahmen allgemein Puschke/Singelstein NJW 2005, 3534 ff.

² S. im Einzelnen Anwk-Krekeler/Löffelmann, StPO, 2007, Einl., Rn. 146.

³ Eb. Schmidt JZ 1958, 596 ff.; Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 909 ff. m. w. N.

⁴ BGHSt 11, 213 (214); 38, 214 (219); Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 782 ff. m. w. N.; KK-Pfeiffer/Hannich, StPO, 6. Aufl. 2008, Einl., Rn. 120.

⁵ Dazu BGHSt 37, 30 (32); Eisenberg (o. Fn. 1), Rn. 367 m. w. N.; Strate HRRS 2008, 76 (79).

⁶ Dazu Eisenberg, Kriminologie, 6. Aufl. 2005, § 27, Rn. 34 ff.; s. auch Amelung FS Roxin, S. 1259 ff.

⁷ S. aber auch Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003.

⁸ Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990.

⁹ Amelung FS Bemmman, S. 505 ff.; ders. FS Roxin, S. 1259 ff.; Rogall FS Grünwald, S. 523 ff.; Weßlau StV 1995, 279 f., jeweils m. w. N.

¹⁰ Amelung (o. Fn. 8), S. 24 ff., 30 ff., 38 f.; zu Letzterem auch Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992, S. 223 ff.

¹¹ Eisenberg (o. Fn. 1), Rn. 371.

¹² Amelung FS Roxin, S. 1276 f.; Effer-Uhe Jura 2008, 335 (338).

Fernmeldegeheimnis erfassen aber jeweils nur einen Aspekt der Beweiserhebung. Darüber hinaus weist der Umgang mit Beweisen im Strafverfahren eine informationelle Komponente auf,¹⁸ denn sowohl die Erhebung, als auch die Verwertung betreffen personenbezogene Daten und daher die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG.¹⁹

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schützt in sachlicher Hinsicht das Recht des Einzelnen, selbst zu entscheiden, ob und wie persönliche Lebenssachverhalte in Form personenbezogener Daten offenbart werden oder nicht.²⁰ Damit schützt es generell vor der staatlichen Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten und macht diesbezügliche Informationseingriffe rechtfertigungsbedürftig, auch wenn sie nicht die Privat- oder Intimsphäre betreffen; ein belangloses Datum gibt es nicht.²¹ Zwar gibt es verschiedentlich Bestrebungen, diesen Schutzbereich einzuschränken.²² Diese sind jedoch insbesondere für das Strafverfahren mit seinen besonderen Verwendungszwecken abzulehnen.²³ Angesichts dessen erfasst der Schutzbereich grundsätzlich jedes Datum, das personenbezogen oder personenbeziehbar ist und durch strafprozessuale Ermittlungsmethoden erlangt wurde. Nachdem Beweismittel im Strafverfahren regelmäßig derartige Daten darstellen oder beinhalten, ist durch die Beweiserhebung im Strafverfahren grundsätzlich der sachliche Schutzbereich von Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG tangiert.

Dies gilt zunächst für die Eingriffe der §§ 81a ff. StPO oder die im Vordringen befindlichen heimlichen und technischen Möglichkeiten der Überwachung. So tangiert etwa die Telekommunikationsüberwachung nicht alleine das Fernmeldegeheimnis, sondern ebenso die Frage, was mit den daraus gewonnenen personenbezogenen Daten passiert. Vergleichbares gilt für Durchsuchung und Beschlagnahme. Wenn die Strafverfolgungsbehörden anlässlich einer Durchsuchung Wahrnehmungen machen oder Unterlagen beschlagnahmen, betrifft dies nicht nur die Unverletzlichkeit der Wohnung bzw. das Eigentum, sondern gleichfalls die dabei erhobenen personenbezogenen Daten. Denn selbst die Information bspw., dass in der Wohnung einer Person eine bestimmte Sache gefunden wurde, stellt ein personenbezogenes Datum dar, das dem Schutzbereich von Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG unterfällt. Schließlich werden auch bei der Vernehmung von Zeugen oder des Beschuldigten selbst personenbezogene Daten erhoben, sofern es nicht ausnahmsweise ausschließlich um Umstände geht, die nicht in Verbindung zu einer Person stehen.

Der persönliche Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung erfasst denjenigen, um dessen Daten es sich handelt, zu dem also ein Personenbezug besteht.²⁴ Dies ist bei der Beweiserhebung im Strafverfahren

nicht zwingend nur der Beschuldigte. Allerdings wird er in der Regel zumindest mitbetroffen sein, geht es doch darum, gegen ihn einen Tatnachweis zu führen.

Offen ist alleine die auf der Ebene der Grundrechtskonkurrenzen zu verortende Frage, ob man die informationelle Komponente der Beweisbeschaffung als unselbständigen Bestandteil des ggf. vorliegenden Eingriffs in ein anderes Grundrecht begreift²⁵ – wie etwa Art. 10 I, 13 I GG – oder ob es sich um einen parallelen Eingriff in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG handelt. Sofern es sich um einen einheitlichen und nicht um zwei aufeinander folgende Eingriffe handelt, werden grundsätzlich beide Schutzbereiche betroffen sein, womit sich die Frage stellt, ob Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG im Wege der Spezialität verdrängt wird oder Idealkonkurrenz vorliegt.²⁶ Eine generelle Antwort hierauf kann nicht gegeben werden, nachdem die Erhebungseingriffe ganz unterschiedlich sein können und (nur) manche der angesprochenen Grundrechte Überschneidungen mit dem Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung aufweisen. Auch können unterschiedliche persönliche Schutzbereiche betroffen sein. Wenn etwa bei einem abgehörten Telefonat personenbezogene Daten über einen Dritten ausgetauscht werden, so sind hinsichtlich des Fernmeldegeheimnisses vorrangig die am Gespräch beteiligten Personen betroffen, während die informationelle Komponente auch den Dritten betrifft. Die Frage des Konkurrenzverhältnisses kann an dieser Stelle aber dahinstehen, da es zunächst nur darauf ankommt, ob die informationelle Komponente einen Eingriff in Grundrechte bedeutet. Insofern reichen die spezielleren Grundrechte aus Art. 10 I, 13 I GG mindestens genauso weit wie dasjenige aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG. Welches Grundrecht genau betroffen ist, wird erst auf der Ebene der Rechtfertigung relevant, sofern die Grundrechte verschiedene Anforderungen für diese aufstellen.²⁷

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt vor, wenn ohne Einwilligung des Betroffenen personenbezogene Daten erhoben, gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden. In Betracht kommen sowohl rechtliche Verpflichtungen als auch faktische Einwirkungen.²⁸ Angesichts der Weite des Schutzbereichs informationeller Selbstbestimmung wird nicht ausnahmslos jeder staatlichen Datenverarbeitung Eingriffsqualität zukommen. Jedoch sind für das Strafverfahren auch an dieser Stelle dessen besondere Zwecke und Eingriffsformen zu berücksichtigen, die der informationellen Selbstbestimmung konträr gegenüberstehen.²⁹ Vor diesem Hintergrund und unter Heranziehung der für die Beurteilung der Eingriffsqualität vorgeschlagenen Kriterien³⁰ kann davon ausgegangen werden, dass die Erhebung personenbezogener Daten im Strafverfahren grundsätzlich einen Eingriff in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG bedeutet. Ausnahmen könnten sich insoweit höchstens im Einzelfall bei offenen Maßnahmen ohne Zwang zur Datenherausgabe ergeben. Mithin ist die strafprozessuale Beweisbeschaffung grundsätzlich ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung, soweit dabei personenbezogene Daten erhoben werden und sich der Betroffene nicht einverstanden erklärt.³¹

¹⁸ S. auch *Ransiek* StV 2002, 565 (568).

¹⁹ BVerfG NJW 2005, 1917 (1918); *Jahn/Dallmeyer* NSStZ 2005, 297 (303).

²⁰ BVerfGE 65, 1 (41 f.).

²¹ BVerfGE 65, 1 (45); *Jarass/Pieroth*, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 2, Rn. 44; von Münch/Kunig-Kunig, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 2, Rn. 38, 41.

²² Dazu *Ernst*, Verarbeitung und Zweckbindung im Strafprozess, 1993, S. 45 ff.

²³ *Puschke*, Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung, 2006, S. 64 ff. m. w. N.; anders *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, 1992, S. 47 ff.

²⁴ Vgl. § 3 I BDSG.

²⁵ *Ame lung/Mittag* NSStZ 2005, 614 (615).

²⁶ S. allg. *Jarass/Pieroth* (o. Fn. 21), Vorb. vor Art. 1, Rn. 17 f.

²⁷ Dazu von Münch/Kunig-von Münch (o. Fn. 21), Vorb. Art. 1–19, Rn. 43.

²⁸ *Jarass/Pieroth* (o. Fn. 21), Art. 2, Rn. 53 f.; *Schoch* Jura 2008, 352 (356 f.).

²⁹ *Riepl* (o. Fn. 13), S. 1 f.

³⁰ Dazu *Puschke* (o. Fn. 23), S. 72 ff.

³¹ *Petri*, in: *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Rn. 18 f.; *Puschke* (o. Fn. 23), S. 71 ff.; s. auch *Ernst* (o. Fn. 22), S. 67 ff.; s. aber *Rogall* (o. Fn. 23), S. 56 ff.

2. Rechtfertigung

Als Grundrechtseingriff bedarf die Erhebung personenbezogener Daten zu Beweiswecken im Strafverfahren einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Dies erfordert hinsichtlich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung – das im Vergleich zu den ggf. betroffenen spezielleren Grundrechten eher geringere Anforderungen aufstellt – insbesondere, dass die Erhebung im überwiegenden Allgemeininteresse liegt und auf einer hinreichend bestimmten, bereichsspezifischen Rechtsgrundlage beruht.³² Während die erste Anforderung regelmäßig durch das Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege erfüllt wäre, scheidet die Rechtfertigung in der vorliegenden Konstellation am Gesetzesvorbehalt. Zwar ist mit den Eingriffsnormen der StPO zur Beweiserhebung eine Rechtsgrundlage vorhanden, die auch die informationelle Komponente des Eingriffs abzudecken vermag.³³ Im Bereich unselbständiger Beweisverbote ist es aber gerade so, dass deren Voraussetzungen nicht eingehalten worden sind, sodass die Beweiserhebung rechtswidrig erfolgte. Die jeweilige Norm kann also nicht für eine Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs herangezogen werden, womit eine Grundrechtsverletzung vorliegt.³⁴

Dabei spielt es keine Rolle, ob formelle oder materielle Grenzen der Eingriffsbefugnis nicht beachtet wurden.³⁵ In diesem Sinne scheidet eine Rechtfertigung bei Zwangs- oder Überwachungsmaßnahmen bspw., wenn die Anordnungsbefugnis nicht beachtet wurde oder Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt waren. Im Fall von Vernehmungen kann etwa die Verletzung von Belehrungs- oder Benachrichtigungspflichten zum Ausfall der Rechtfertigung führen.³⁶ Sobald die Grenzen der Eingriffsbefugnis, innerhalb derer eine Grundrechtsbeeinträchtigung nur zulässig ist, nicht eingehalten wurden, ist sie nicht mehr in der Lage, den Grundrechtseingriff zu rechtfertigen.³⁷ Dies betrifft nicht alleine das ggf. primär betroffene Schutzgut, wie etwa das Eigentum bei der Beschlagnahme, sondern in gleicher Weise die informationelle Komponente. Denn ebenso, wie die jeweilige Eingriffsnorm geeignet sein kann, diesen Bestandteil des Grundrechtseingriffs zu legitimieren, versagt diese Möglichkeit, wenn die Voraussetzungen der Norm nicht vorliegen, weshalb ebenso im Hinblick auf die informationelle Selbstbestimmung eine Verletzung vorliegt.

Insbesondere kommt es nicht in Betracht, anstelle der verletzten speziellen Eingriffsbefugnis auf eine allgemeine Norm zurückzugreifen, um zumindest die informationelle Komponente des Eingriffs zu rechtfertigen. Zum einen handelt es sich um einen einheitlichen Eingriff, der sich nicht teilweise rechtfertigen lässt, und begegnet es grundlegenden Einwänden, eine solche Maßnahme auf verschiedene Rechtsgrundlagen zu stützen.³⁸ Zum anderen kommen hier regelmäßig nur die Generalklauseln der §§ 161 I, 163 I StPO in Betracht, die allenfalls niedrigschwellige Grundrechtsbeeinträchtigungen zu rechtfertigen vermögen.³⁹

III. Beweisverwertung und informationelle Selbstbestimmung

Bezüglich unselbständiger Verwertungsverbote stellt sich damit die Frage, welche Folgen sich aus der gegebenen Grundrechtsverletzung für die Verwertbarkeit im Strafverfahren ergeben.

1. Folgen der Grundrechtsverletzung bei der Erhebung

Allgemein besehen steht dem Betroffenen zunächst ein Abwehrensanspruch gegen die rechtswidrige Erhebung aus dem Grundrecht zu. Auf einfach-rechtlicher Ebene kann sich aus öffentlich-rechtlicher Perspektive außerdem ein Folgenbeseitigungsanspruch bezüglich der tatsächlichen Folgen ergeben, wenn der rechtswidrige Zustand noch fortduert, die Folgenbeseitigung tatsächlich möglich, rechtlich zulässig und zumutbar ist.⁴⁰ Dieser Gedanke wird von Amelung für eine Begründung unselbständiger Beweisverbote in der Weise herangezogen,⁴¹ dass bei Vorliegen des Anspruchs eine Verwertung der bemakelten Daten ausscheiden soll, wenn eine Entfernung der Daten aus den Akten als Konsequenz nicht ausreicht.⁴²

Darüber hinausgehend könnte sich eine Begründung von unselbständigen Verwertungsverböten aber auch unmittelbar aus einem in die Zukunft gerichteten grundrechtlichen Abwehrensanspruch ergeben.⁴³ Zwar betrifft der Abwehrensanspruch zunächst die in der Vergangenheit liegenden Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung und ggf. andere Schutzgüter durch die Erhebung der Daten, die oftmals abgeschlossen sein werden. Jedenfalls hinsichtlich der informationellen Komponente ergibt sich abweichend davon aber zum einen die Besonderheit, dass der Eingriff durch die Speicherung der Daten fortwirkt. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Verwertung der bemakelten Daten noch aussteht. Diese tangiert ebenso wie die Erhebung den Schutzbereich des Grund-

³² BVerfGE 65, 1 (44); von Münch/Kunig-Kunig (o. Fn. 21), Art. 2, Rn. 42 f.

³³ Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 10, Rn. 17.

³⁴ Schroth JuS 1998, 969 (974); zum hypothetischen Ermittlungsverlauf bei Wohnungsdurchsuchungen Dalemán/Heuchemer JA 2003, 430 (434 f.).

³⁵ SK StPO-Wolter, Stand: Dezember 2007, vor § 151, Rn. 194; s. zum Richtervorbehalt Wohlers StV 2008, 434 (440).

³⁶ S. im Einzelnen Störmer (o. Fn. 10), S. 226 ff., der indes bei formellen Fehlern differenzieren will.

³⁷ Etwas anderes könnte höchstens gelten, wenn der jeweiligen Voraussetzung bzw. Regelung ausnahmsweise kein grundrechtsschützender Charakter zukommt, was bei den in Rede stehenden Konstellationen indes nur selten der Fall sein dürfte, nachdem Grenzen der Eingriffsbefugnisse alleine wegen ihres Eingriffe limitierenden Charakters grundrechtsschützend für den Betroffenen wirken.

³⁸ Vgl. Eisenberg/Singelstein NSStZ 2005, 62 (66).

³⁹ S. unten III.2.b).

⁴⁰ S. Maunz/Dürig-Di Fabio, GG, 50. Lfg. Juni 2007, Art. 2 I, Rn. 180: Folgenbeseitigungsneben Unterlassungsanspruch.

⁴¹ Kritisch Rogall FS Grünwald, S. 532 ff., der in der Übertragung des Folgenbeseitigungsanspruchs aus dem öffentlichen Recht die Eigenständigkeit des Strafverfahrensrechts missachtet sieht.

⁴² Amelung (o. Fn. 8), S. 38 ff.; so auch Störmer (o. Fn. 10), S. 235.

⁴³ S. Riepl (o. Fn. 13), S. 289 ff.; Störmer (o. Fn. 10), S. 222 f.: allgemeiner öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch; anders wohl Amelung (o. Fn. 8), S. 37 f.

rechts auf informationelle Selbstbestimmung bzw. der ggf. betroffenen spezielleren Grundrechte.⁴⁴ Insofern wirkt die erfolgte Grundrechtsverletzung nicht nur einfach fort, sondern aktualisiert sich in der Verwertung und wird ggf. in Anklage und/oder Urteil perpetuiert.⁴⁵

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Qualität der Verwertung bemakelter Daten bezüglich der informationellen Selbstbestimmung zukommt, die neben der Kenntnisaufnahme personenbezogener Daten auch die Verarbeitung, Nutzung und Übermittlung umfasst. Für die Beantwortung dieser Frage ist wesentlich, ob das Schutzgut der informationellen Selbstbestimmung in anderer Intensität oder Art und Weise betroffen ist, als bereits bei der Erhebung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die personenbezogenen Daten bis zum Zeitpunkt der Verwertung nur den Organen der Strafrechtspflege bekannt waren, während sie jedenfalls in der grundsätzlich öffentlichen Hauptverhandlung einem breiteren Personenkreis zur Kenntnis gebracht werden. Darüber hinaus – und damit auch nicht-öffentliche Verhandlungen, das Strafbefehlsverfahren u. Ä. betreffend –, bedeutet die in der Beweisverwertung liegende Nutzung der Daten im Hinblick auf die einschneidenden Folgen, die ggf. mit einer Verwertung verbunden sind, eine gegenüber der Erhebung deutlich gesteigerte Qualität, sofern der Beschuldigte der Betroffene ist. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Beweisverwertung jedenfalls als Vertiefung und nicht alleine als bloße Folge der bereits mit der Erhebung gegebenen Grundrechtsverletzung dar,⁴⁶ die bei entsprechender Intensität einem eigenständigen Grundrechtseingriff gleichkommt.⁴⁷

Daraus folgt für den Betroffenen, dass ihm ein grundrechtlicher Abwehranspruch nicht nur hinsichtlich der in der Vergangenheit liegenden Erhebung zusteht, sondern ebenso für die noch in der Zukunft liegende Verwertung.⁴⁸ Will man die Verwertung als eigenständigen Grundrechtseingriff ansehen, der selbst einer Rechtfertigung bedürfte, ergibt sich dies unmittelbar daraus. Betrachtet man die Verwertung als Vertiefung der ursprünglichen Grundrechtsverletzung, wirkt der diesbezügliche Abwehranspruch fort, der auch fortdauernde Eingriffe erfasst⁴⁹ und sich somit auch auf die weitere Verwendung bezieht. Steht dem Betroffenen dieser Abwehranspruch tatsächlich zu, wäre eine Verwertung der rechtswidrig erhobenen Daten unzulässig. Sie hätte zu unterbleiben, ohne dass dies – anders als wohl bei einem Folgenbeseitigungsanspruch⁵⁰ – besonders geltend gemacht werden müsste.

⁴⁴ BVerfG NJW 2000, 55 (57).

⁴⁵ Vgl. *Jahn/Dallmeyer* NStZ 2005, 297 (303).

⁴⁶ *Schroth* JuS 1998, 969 (974); *Störmer* (o. Fn. 10), S. 223.

⁴⁷ Etwas komplizierter stellt sich die Situation im Fall einer rechtswidrigen Erlangung von Beweismitteln durch Private dar, da in diesem Verhältnis die Grundrechte nicht unmittelbar gelten. Jedoch ist auch dort zu fragen, wie sich im Hinblick auf die informationelle Selbstbestimmung die Rechtswidrigkeit der Erlangung auf eine Verwertung durch staatliche Stellen auswirkt.

⁴⁸ S. auch *Ransiek* StV 2002, 565 (569).

⁴⁹ Von *Münch/Kunig-Kunig* (o. Fn. 21), Art. 2, Rn. 40.

⁵⁰ *Weyßlau* StV 1995, 278 (279).

Angesichts dessen ist es nur von relativer Bedeutung, wer in seinem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen ist. Zwar könnte dem Beschuldigten ein eigener Abwehranspruch nur zustehen, so weit er selbst in seinem Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG betroffen ist, die Daten also einen Personenbezug zu ihm aufweisen. Die Organe der Strafrechtspflege sind jedoch aus dem Rechtsstaatsprinzip verpflichtet, auch Grundrechtsverletzungen gegenüber Dritten zu unterlassen.⁵¹ Ob sich der Beschuldigte hierauf berufen kann, sei an dieser Stelle dahingestellt.⁵² Daher wäre es ausreichend, wenn (nur) ein Dritter in seinem Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG betroffen ist oder nur ihm gegenüber die Rechtfertigung des Erhebungseingriffs misslingt, wenigstens dies nicht ohne Einfluss auf die Voraussetzungen bleiben würde, die an eine spätere Verwertung zu stellen sind.

2. Voraussetzungen einer Verwertung

Wenn die Verwertung rechtswidrig erhobener personenbezogener Daten eine Vertiefung des bereits gegebenen Grundrechtseingriffs bzw. einen neuerlichen Eingriff darstellt, ergeben sich hieraus besondere Voraussetzungen für die Verwertbarkeit.

a) Allgemeines

Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Verwertung der in der beschriebenen Form bemakelten Daten ist zunächst stets zu berücksichtigen, dass bereits eine Grundrechtsverletzung vorliegt, die nicht rückgängig zu machen ist. Hieraus folgt zum einen, dass eine solche Verwertung den allgemeinen Anforderungen an eine Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen genügen muss, denn der erfolgte Eingriff ist – wie ausgeführt – bislang nicht gerechtfertigt.⁵³ Somit müsste die Verwertung auf einer hinreichend bestimmten, bereichsspezifischen Rechtsgrundlage beruhen, im überwiegenden Allgemeininteresse liegen sowie verhältnismäßig sein.⁵⁴

Außerdem folgt aus der vorliegenden Grundrechtsverletzung, dass an die Zulässigkeit der Verwertung strenge Anforderungen zu stellen sind, da die spätere Verwertung die informationelle Selbstbestimmung umso stärker beeinträchtigt, je intensiver bereits der Erhebungseingriff ist. Eine Verwertung unter diesen Vorzeichen könnte bspw. zulässig sein, wenn die bemakelten Daten legalisiert würden.⁵⁵ Dies würde erfordern, dass der Fehler bei der Erhebung der Daten nachträglich kompensiert wird.⁵⁶ In diesem Sinne sieht etwa das VwVfG in den §§ 45, 46 für bestimmte formelle Fehler beim Erlass von Verwaltungsakten Heilungsmöglichkeiten vor, die aber voraussetzen, dass tatsächlich eine Heilung erfolgt, also insbesondere die unterlassene Handlung nachgeholt wird, oder dass kein

⁵¹ Vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 454.

⁵² Zur personellen Reichweite von Verwertungsverböten *Meyer-Göfner* (o. Fn. 1), Einl., Rn. 57 b; aus Sicht der Informationsbeherrschungsrechte *Amelung* (o. Fn. 8), S. 91 f.

⁵³ S. auch *Störmer* (o. Fn. 10), S. 62 ff.

⁵⁴ Dies ergibt sich bereits aus den Schranken der Grundrechte, vgl. *Puschke* (o. Fn. 23), S. 99 ff.; zu den Anforderungen im Einzelnen *Petri* (o. Fn. 31), Rn. 25 ff.; ähnlich *Jahn* (o. Fn. 1), S. 67 f. m. w. N.

⁵⁵ S. *Weichert* (o. Fn. 13), S. 219.

⁵⁶ Aus revisionsrechtlicher Sicht *Kühme* (o. Fn. 3), Rn. 909.2.

Einfluss auf die Sachentscheidung gegeben ist. Analog hierzu wäre denkbar, dass etwa formelle Fehler bei der Beweiserhebung durch Nachholung geheilt werden können, wenngleich dabei die faktische Wirkung problematisch ist, die sich daraus ergibt, dass die Daten bereits vorliegen.⁵⁷

Will man darüber hinausgehend annehmen, dass eine Verwertung trotz der erfolgten Grundrechtsverletzung auch ohne Heilung in Betracht kommen kann und nicht generell ausgeschlossen ist,⁵⁸ so müssten hierfür doch besondere Anforderungen gelten. Die eine solche Verwertung gestattende Rechtsgrundlage müsste mit konkreten, einschränkenden Voraussetzungen dem Umstand Rechnung tragen, dass bereits ein besonders intensiver Erhebungseingriff in Form einer Grundrechtsverletzung vorliegt. Der Maßstab hierfür bestimmt sich auch danach, ob der Beschuldigte selbst oder nur ein Dritter in seinem Grundrecht verletzt ist.

b) Gesetzesvorbehalt

Grundlegende Voraussetzung für eine Verwertung bzw. Heilung wäre zunächst, dass diese aufgrund einer hinreichend bestimmten, bereichsspezifischen Rechtsgrundlage erfolgt. Als solche kommen im Normalfall die speziellen Eingriffsbefugnisse der StPO in Betracht, die eine Erhebung personenbezogener Daten zu Beweis Zwecken regeln. Wenn man davon ausgeht, dass diese Regelungen in Verbindung mit dem Aufklärungsgrundsatz grundsätzlich auch die Verwertung der erhobenen Beweise in dem jeweiligen Strafverfahren erlauben,⁵⁹ können sie in der vorliegenden Konstellation einer rechtswidrigen Erhebung gleichwohl nicht als Rechtsgrundlage herhalten.⁶⁰ Schließlich sind ihre Voraussetzungen nicht eingehalten worden, weshalb sie bereits den Erhebungseingriff nicht zu rechtfertigen vermochten.

Daher stellt sich die Frage, ob aus der StPO sonstige Regelungen als Rechtsgrundlage für den Verwertungseingriff herangezogen werden können. Im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz müsste eine solche Rechtsgrundlage durchaus konkrete Regelungen enthalten.⁶¹ Dies gilt nicht alleine, weil die Bedeutung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts diesbezüglich nicht nur geringe Anforderungen stellt,⁶² sondern auch, da die Eingriffstiefe in diesem Zusammenhang von Bedeutung ist.⁶³ Angesichts der Grundrechtsverletzung beim Erhebungseingriff stellt die Verwertung der bemakelten Daten – wie beschrieben – einen vergleichsweise intensiven Eingriff in die informationelle

⁵⁷ Zum ähnlich gelagerten Problem der Fortwirkung *Meyer-Göbner* (o. Fn. 1), Rn. 57a.

⁵⁸ S. *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 330.

⁵⁹ S. zur Frage der Rechtsgrundlage die Darstellung bei *Rogall* JZ 2008, 818 (824 ff.).

⁶⁰ S. *Ernst* (o. Fn. 22), S. 182; *Jahn/Dallmeyer* NStZ 2005, 297 (304); vgl. zur Bedeutung der Erhebungsbefugnisse für die Frage der Verwertbarkeit *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 26 f.

⁶¹ Allg. *Puschke* (o. Fn. 23), S. 110.

⁶² BVerfGE 65, 1 (45 f.); von Münch/Kunig-Kunig (o. Fn. 21), Art. 2, Rn. 42.

⁶³ BVerfGE 100, 313 (359 ff.); 110, 33 (52 ff.); *Puschke/Singelstein* NJW 2005, 3534 (3535).

Selbstbestimmung dar. Eine diesen Eingriff rechtfertigende Norm müsste danach zumindest speziell die Heilung bzw. Verwertung rechtswidrig erhobener Beweise regeln und konkrete Voraussetzungen hierfür aufstellen, die eine Differenzierung zwischen verschiedenen Fehlern bei der Beweiserhebung ermöglichen. Eine solche Regelung ist der StPO jedoch fremd, beruht die Diskussion um die unselbständigen Verwertungsverbote doch gerade darauf, dass es keine gesetzliche Regelung gibt.

Die teilweise vorhandenen speziellen Verwendungsregelungen⁶⁴ betreffen nur besondere Konstellationen und äußern sich nicht zur Frage der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten enthalten sodann die §§ 474 ff. StPO bereichsspezifische Regelungen, die allerdings weder unmittelbar die Verwertung oder eine Heilung betreffen, noch spezielle Regelungen über rechtswidrig erhobene Daten enthalten. Nichts anderes gilt für die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161 I, 163 I StPO bezüglich Polizei und Staatsanwaltschaft, die bestimmte Beweiserhebungen zulassen und ebenso deren Verwertung abdecken mögen, aber angesichts ihrer weiten Fassung generell nur geeignet sind, niedrighschwellige Grundrechtsbeeinträchtigungen zu rechtfertigen.⁶⁵ Übrig bliebe somit nur ein Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen über die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung⁶⁶ bzw. den Grundsatz der freien Beweiswürdigung,⁶⁷ die indes den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG bzw. einschlägigen spezielleren Grundrechten nicht genügen. Zwar ergibt sich aus § 244 I, II StPO, dass eine Beweisaufnahme erfolgt, in der Beweismittel verwertet werden und bestimmt § 261 StPO, dass das Gericht dabei nicht an feste Beweisregeln gebunden ist. Über die Verwertbarkeit gerade *rechtswidrig erhobener* Beweise lässt sich aber auch diesen Regelungen nichts Konkretes entnehmen. Sie erfüllen daher nicht die genannten, sich aus dem Bestimmtheitsgebot und dem vorliegenden Grundrechtseingriff ergebenden Anforderungen,⁶⁸ selbst wenn man davon ausgeht, dass sie für den Normalfall eine Befugnis zur Verwertung beinhalten.⁶⁹

Damit fehlt es an einer Rechtsgrundlage, die eine Heilung des Rechtsverstößes oder eine Verwertung rechtswidrig erhobener personenbezogener Daten gestatten würde. Hierüber vermögen auch das Rechtsstaatsprinzip bzw. das Prinzip materieller Wahrheit oder der Amtsermittlungsgrundsatz nicht hinwegzuhelfen,⁷⁰ selbst wenn man sie als grundlegende Prinzipien der Verfahrensordnung der StPO heranzieht, denn als gegenläufige Interessen können sie nur berück-

⁶⁴ S. im Einzelnen *Eisenberg* (o. Fn. 1), Rn. 358 f.

⁶⁵ *Eisenberg/Singelstein* NStZ 2005, 62 (64); *Hilger* NStZ 2001, 561 (563 f.).

⁶⁶ So *Jahn* (o. Fn. 1), S. 68 ff. m. w. N., der für die sonstigen Verfahrensstadien auf §§ 152 II, 160 I, 203 StPO verweist.

⁶⁷ S. *Rogall* JZ 2008, 818 (822, 825) m. w. N.

⁶⁸ Ablehnend zu § 244 II StPO auch *Beulke* Jura 2008, 653 (656); *Rogall* JZ 2008, 818 (825) m. w. N.

⁶⁹ Zu dieser Frage *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. 2008, S. 66 f., 123 ff.

⁷⁰ So auch *Weichert* (o. Fn. 13), S. 219 f.; zu letzterem *Geppert* Jura 2003, 255; s. aber BGHSt 35, 32 (34); 37, 30 (32).

sichtigt werden, soweit eine Rechtsgrundlage im Sinne des Gesetzesvorbehalts gegeben ist. Für eine Abwägung oder anderweitige Berücksichtigung öffentlicher Belange ist angesichts dessen ebenso wenig Raum, wie für die Frage nach Schutzzweck oder Rechtskreis.⁷¹ Die Verwertung rechtswidrig gewonnener Beweise stellt sich danach *de lege lata* grundsätzlich als Vertiefung der vorliegenden Verletzung bzw. als neuerliche Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung dar.

c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Vorausgesetzt, es gäbe eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage, müsste die Heilung oder Verwertung rechtswidrig erhobener personenbezogener Daten darüber hinaus im Einzelfall verhältnismäßig sein, wobei ein strikter Maßstab anzusetzen ist.⁷² Diese Abwägung begegnet im Normalfall eher selten Bedenken, wenn dem Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege sowie der Pflicht zur Wahrheitserforschung ein gerechtfertigter Eingriff in Grundrechte gegenübersteht. Bei der hier behandelten Konstellation ist indes zu berücksichtigen, dass die Beweiserhebung mit einer Grundrechtsverletzung einherging, deren Wirkungen sich durch die Verwertung vertiefen. Dementsprechend erhöhen sich die Anforderungen an die andere Seite. Dabei ist erneut von Gewicht, um welche Art von Daten es sich handelt und welcher Art der Rechtsfehler bei der Beweiserhebung war, wobei die Sphärentheorie und die Kriterien der Abwägungslehre zur Orientierung herangezogen werden könnten.

3. Ergebnis

Da es derzeit an einer hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage fehlt, die eine Heilung bzw. Rechtfertigung der Verwertung rechtswidrig erhobener personenbezogener Daten ermöglichen würde, bedeutet eine Verwertung solcher Beweise eine Vertiefung der bereits gegebenen bzw. eine neuerliche Grundrechtsverletzung. Hiergegen steht dem jeweils Betroffenen ein grundrechtlicher Abwehranspruch zu, der nicht nur auf die Beseitigung von Folgen, sondern auch auf Unterlassen gerichtet ist, und von den Organen der Strafrechtspflege ohne weiteres berücksichtigt werden muss. Für die Frage unselbständiger Verwertungsverbote folgt daraus, dass Beweismittel, die unter Verletzung der Grenzen der jeweiligen Eingriffsbefugnis erhoben worden sind, derzeit eigentlich unverwertbar sind, sofern der Betroffene nicht einwilligt.⁷³ Sollte eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage geschaffen werden, müsste diese, wie auch die Verwertung im Einzelfall, den genannten besonderen Anforderungen genügen.

Die zurückhaltende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener Beweise steht diesen Befunden nicht entgegen. Zwar betont das Gericht regelmäßig, dass es keinen Rechtssatz gäbe, wonach rechtsfehlerhaft erhobene Beweise stets unverwertbar sind.⁷⁴ Es schließt aber auch nicht aus, dass bei rechtswidrigen Beweiserhebungen aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG weitergehende Beweisverwertungsverbote folgen können.⁷⁵ Dass sich hierzu kaum Entscheidungen finden, dürfte vor allem darin begründet sein, dass das Gericht in derartigen Fällen hohe Anforderungen an die Begründung von Verfassungsbeschwerden stellt, die es oftmals als nicht erfüllt ansieht. Verlangt wird nicht nur die Darlegung, warum die Beweiserhebung rechtswidrig war, sondern auch, warum ein Verwertungsverbot verfassungsrechtlich geboten und eine anderweitige Kompensation des Verfahrensfehlers nicht ausreichend ist.⁷⁶

IV. Fazit

Den hier angestellten Überlegungen zufolge sind Grundrechte nicht nur für den Bereich selbständiger Verwertungsverbote von grundlegender Relevanz. Vielmehr ergibt sich im Fall einer rechtswidrigen Erhebung personenbezogener Daten zu Beweis Zwecken aus der Perspektive informationeller Selbstbestimmung auch unterhalb der Schwelle von Intimsphäre oder Kernbereich grundsätzlich ein insofern unselbständiges Verwertungsverbot. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn eine Heilung bzw. Gestattung der Verwertung in Form der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung aufgrund einer hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage gelingt. Nur wenn eine solche Rechtsgrundlage vorläge und deren Voraussetzungen gegeben wären, entsteht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall der Raum für die Berücksichtigung der Kriterien der Abwägungslehre⁷⁷ sowie der Aspekte des hypothetischen Ermittlungsverlaufs und des Schutzzwecks der Norm. In dieser Perspektive ist also das in der Praxis gängige Prinzip unselbständiger Verwertungsverbote im Fall personenbezogener Daten umzukehren. Zu prüfen ist nicht, ob im Einzelfall ein Verwertungsverbot bezüglich rechtsfehlerhaft erhobener Beweise besteht, sondern ob eine Verwertung trotz rechtswidriger Beweiserhebung ausnahmsweise in Betracht kommt.⁷⁸

Nichtsdestotrotz befindet sich dieser Ansatz, der die Rechte des Betroffenen zum Ausgangspunkt für die Frage nach dem Vorliegen eines unselbständigen Verwertungsverbots macht,⁷⁹ weniger weit von sonstigen Lösungsansätzen zur Frage unselbständiger Verwertungsverbote entfernt, als es auf den ersten Blick

⁷¹ Vgl. *Amelung* (o. Fn. 8), S. 57 ff.; *ders.* FS Roxin, S. 1275.

⁷² BVerfGE 65, 1 (43 ff.); 78, 77 (85 ff.); *Jarass/Pieroth* (o. Fn. 21), Art. 2, Rn. 60; vgl. *Jahn* (o. Fn. 1), S. 70 ff.

⁷³ S. bereits *Sydou*, Kritik an der Lehre von den Beweisverboten, 1976, S. 5 ff.; so auch *Riepl* (o. Fn. 13), S. 290 f.; *Weichert* (o. Fn. 13), S. 218 ff. sowie *Daleman/Heuchemer* JA 2003, 430 (434 f.), die auf Basis der Abwägungslehre zu ähnlichen Ergebnissen kommen; detailliert *Dallmeyer* (o. Fn. 69), S. 32 ff.

⁷⁴ S. zuletzt BVerfG NJW 2000, 3557; NStZ 2006, 46 f.

⁷⁵ BVerfG NJW 2005, 1917 (1923).

⁷⁶ S. etwa 2 BvR 2017/94 vom 1. 3. 2000; 2 BvR 2307/07 vom 21. 1. 2008.

⁷⁷ S. *Hellmann* (o. Fn. 4), Rn. 784.

⁷⁸ So auch *Jahn* (o. Fn. 1), S. 50 f., 68 f.; anders *Rogall* (o. Fn. 23), S. 98 f. sowie die Rechtsprechung, s. *Trüg/Habetha* NStZ 2008, 481 (482).

⁷⁹ S. auch *Amelung* (o. Fn. 8), S. 24 ff.; *Störmer* (o. Fn. 10), S. 203 ff.

scheint. Mit den revisionsrechtlichen bzw. von den gesetzlichen Beweiserhebungsvorschriften ausgehenden Herangehensweisen hat er die Folgerung gemein, dass der Gesetzgeber mit den strafprozessualen Regelungen zur Beweiserhebung eine ausdrückliche Wertung getroffen hat, neben der für eine allgemeine Abwägung ohne weiteres kein Raum ist.⁸⁰ Die Kriterien der Abwägungslehre hingegen wären einerseits bei der Schaffung einer Rechtsgrundlage für den Verwertungseingriff durch den Gesetzgeber relevant,⁸¹ andererseits können sie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall Bedeutung erlangen.

Die zentrale Folgerung der hier aufgezeigten Perspektive – dass für die Heilung bzw. Verwertung eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage erforderlich ist – betrifft das grundlegende Problem der Lehre von den unselbständigen Verwertungsverboten, dass die Kriterien für die Entscheidung über die Verwertung von ihrem Gewicht her schwer zu bestimmen und nicht von vornherein zu erkennen sind.⁸² Der im Rahmen der Entscheidung über die Verwertbarkeit notwendige Interessenausgleich ist so zwar nicht hergestellt, sondern das Problem nur auf die Ebene des Gesetzgebers verschoben. Damit befindet es sich jedoch an der Stelle, wo die grundlegenden Regelungen darüber zu treffen sind,⁸³ wann eine Verwertung rechtswidrig gewonnener Beweise als Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung zulässig sein soll. Würde diese abstrakte Entscheidung durch die Schaffung einer entsprechenden Rechtsgrundlage vorgenommen, wäre jedenfalls ein verbindlicher Ausgangspunkt für Entscheidungen im Einzelfall erreicht. Hiervon ausgehend könnte der dann mögliche Rückgriff auf die vergleichsweise gefestigten Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie des Schutzbereichs informationeller Selbstbestimmung zu einer klareren Konturierung der für die Entscheidung im Einzelfall maßgeblichen Gesichtspunkte beitragen. Zugleich würde auf diesem Wege eine weitergehende Klärung des Verhältnisses von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten möglich.⁸⁴

Zusammenfassend besehen macht die hier aufgezeigte Perspektive deutlich, dass das Strafverfahrensrecht heute weder den Anforderungen informationeller Selbstbestimmung gerecht wird,⁸⁵ noch der informativen Wende des Strafverfahrens mit den sich verändernden Formen und Möglichkeiten der Beweisbeschaffung,⁸⁶ die insbesondere im Bereich heimlicher Maßnahmen zu immer intensiveren Grundrechtseingriffen führt.⁸⁷

⁸⁰ *Beulke* (o. Fn. 51), Rn. 458; *Kühne* (o. Fn. 3), Rn. 909 ff.; *Stare* HRRS 2008, 76 (79 f.).

⁸¹ *Schroth* JuS 1998, 969 (973).

⁸² So *Kühne* (o. Fn. 3), Rn. 908.3.

⁸³ So auch *Gössel* NStZ 1998, 126 (130); anders *Rogall* JZ 2008, 818 (830).

⁸⁴ Zu diesbezüglichen Defiziten *Gössel* NStZ 1998, 126 (129 f.).

⁸⁵ So bereits *Zöller*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 463 ff.

⁸⁶ Hierzu *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2008, S. 74 ff.

⁸⁷ *Roxin* (o. Fn. 33), § 10, Rn. 17.

THOMAS WEIGEND

Unmittelbare Beweisaufnahme – ein Konzept für das Strafverfahren des 21. Jahrhunderts?

I. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz – unzeitgemäßer Luxus?

Über den „Grundsatz der Unmittelbarkeit“ schreibt der Jubilar, dem diese Zeilen in Hochachtung und kollegialer Verbundenheit zugeeignet sind, in seinem ebenso umfassenden wie in seiner intellektuellen Dichte beeindruckenden Werk „Beweisrecht der StPO“ Folgendes: „Der Grundsatz der Unmittelbarkeit besagt, dass sich das Gericht einen möglichst *direkten* und *unvermittelten eigenen Eindruck* von dem zu beurteilenden Sachverhalt verschaffen soll. Dies verlangt, dass die zur Entscheidung berufenen Richter die Beweisaufnahme selbst und idR unter Verwendung der sach nächsten Beweismittel durchzuführen haben.“¹ Damit fasst *Eisenberg* in wenigen Worten die Zielsetzung und auch zwei meist getrennt behandelte Aspekte des Unmittelbarkeitsgrundsatzes prägnant zusammen. Der Grundsatz – der sich in §§ 250 und 261 StPO verankert oder zumindest angedeutet findet – besagt zunächst, dass die Richter des erkennenden Gerichts alle Beweise, die dem Urteil zugrunde liegen, selbst zur Kenntnis nehmen müssen; und er verlangt darüber hinaus (in seinem häufig als „materielle Unmittelbarkeit“ bezeichneten inhaltlichen Aspekt), dass das Gericht die Beweismittel nicht nach seinem Belieben auswählen darf, sondern dass es unter mehreren erreichbaren Beweismitteln dasjenige verwenden muss, das dem Beweisthema „am nächsten“ ist.²

Dieses Prinzip ist als eine Errungenschaft der Strafverfahrensrechtsreformen des 19. Jahrhunderts grundsätzlich in den meisten europäischen Rechtsordnungen anerkannt³ und auch – jedenfalls in einem bestimmten Aspekt – in der Europäischen Menschenrechtskonvention angesprochen.⁴ Das Unmittelbarkeitsprinzip ist allerdings in der Diskussion um das „richtige“ Strafverfahren neuerdings von mehreren Seiten her unter Beschuss geraten. Zum einen widerspricht

¹ *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 65.

² *Eisenberg* (o. Fn. 1) Rn. 66 formuliert dies als die Forderung, dass „das Gericht die Tatsachen aus der Quelle selbst schöpft“.

³ Siehe *Dannecker* Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 97 (1998) S. 407, 409, 436.

⁴ Art. 6 III (d) EMRK gewährt dem Angeklagten u. a. das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Dieses Recht kann der Angeklagte insbesondere dann ausüben, wenn der Belastungszeuge in der Hauptverhandlung erscheint und aussagt. Zum Zusammenhang zwischen dem in Art. 6 III (d) EMRK gewährleisteten Konfrontationsrecht und dem Unmittelbarkeitsgrundsatz siehe noch unten III.2.