

31 I PH M 50 - 2013 = 79.160

ISSN 0017-1956

Goldammer's Archiv für Strafrecht

Begründet 1853

Herausgegeben von

Jürgen Wolter, Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper, Michael Hettinger

2013

160. Jahrgang

Seiten 1-728



R. v. Decker



7

Strafprozessuale Verwertbarkeit digitaler Konterbande

Von Privatdozent Dr. Michael Kubiciel, Regensburg/Köln*

Weltweit ist eine verstärkte Einbindung Privater bei der Rechtsdurchsetzung im Internet zu beobachten. Zur Aufdeckung von Urheberrechtsverletzungen, Wirtschafts- oder Sexualstraftaten verletzen Unternehmen, von diesen beauftragte Agenturen und Privatpersonen nicht selten geltendes Recht. Derart erlangte Beweismittel können nach den geltenden Beweisregeln in einem Strafverfahren verwertet werden. Ausgehend von einer in den USA geführten Debatte untersucht der Beitrag, ob den Besonderheiten der Informationserlangung im Internet mit einem Beweisverwertungsverbot Rechnung getragen werden sollte, und plädiert aus rechts- und netzpolitischen Gründen für die Einführung einer gesetzlichen Sonderregelung.

A. Einführung

Das Internet verändert unsere Lebenswirklichkeit und mit dieser auch das Strafrecht. Die weltweite Vernetzung von Computern wirft zwar nur selten völlig neuartige Rechtsfragen auf. Häufig aber lässt die virtuelle Welt klassische Rechtsprobleme in einem anderen Licht erscheinen.¹ Dies gilt auch für den strafprozessualen Grundsatz, dass Informationen, die Private durch strafbare Handlungen erlangt haben, in einem Strafverfahren gegen Dritte als Beweismittel verwertet werden dürfen.² Denn dieser Verwertbarkeitsgrundsatz³ könnte unter Druck geraten, wenn sich auch hierzulande ein Phänomen ausbreiten sollte, das in der amerikanischen Rechtswissenschaft als »digitale Konterbande« bezeichnet wird.⁴ Gemeint sind damit Daten, die Unternehmen oder Privatpersonen aus fremden Computern oder Netzwerken unberechtigterweise abziehen, um sie als Beweismittel zu verwenden. Ein typisches Beispiel für ein solches Vorgehen ist das Eindringen in fremde PCs, Server oder Netzwerke, um den illegalen Besitz urheberrechtlich geschützter Filme und Musikdateien, kinderpornographischer Bilder oder fremder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nachzuweisen. Nicht nur in den Vereinigten

* Schriftliche Fassung des am 4.7.2012 an der Regensburger Fakultät für Rechtswissenschaft gehaltenen Habilitationsvortrages.

1 Vgl. zur Programmierung von P2P-Tauschbörsen als (neutrale) Beihilfe Kubiciel wistra 2012, 453; zum Verhältnis von Internetstrafrecht und allgemeinem Strafrecht Hilgendorf JZ 2012, 825, 830 ff.

2 Vgl. zu diesem Grundsatz BGHSt 36, 167, 172; LG Düsseldorf NSZ-RR 2011, 84 f.; Ambos, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 120 ff.; Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2013, Rn 478 ff.; Bockemühl, Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996, S. 126 f.; Godenzi GA 2008, 501, 502 ff.; LR-Gössel, StPO, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschnitt L Rn 112; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2010, S. 277 f.; Obo, FS Kleinknecht, 1985, S. 319, 338; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 24 Rn 65; KK-Senge, StPO, 6. Aufl. 2008, Vor § 48 Rn 52. Abweichend etwa Radtke/Hohmann-Radtke, StPO, 2011, Einl. Rn 84, der die Verwertbarkeit von einer Abwägung abhängig machen will. Zweifelfand an der h.M. auch Schroeder/Verrel, 5. Aufl. 2011, Rn 143. Vgl. zum Ganzen jetzt die vorstehende Abhandlung von Kaspar (S. 206 ff.).

3 Zum Grundsatz der Verwertbarkeit allg. 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, C 38 f.; Heine HRRS 2009, 540, 544; BGHSt 44, 243, 250; 285, 289 f.; krit. Fezer JZ 1999, 526, 527 f.; Wolter, BGH-FS, Bd. 4, 2000, 963, 989.

4 Zum Begriff und seinen Erscheinungen Adler Yale L. Journal 105 (1996), 1093, 1097.

Staaten sind solche Informationen bereits Strafverfolgungsbehörden und Gerichten zur Verfügung gestellt worden.⁵ Auch in Deutschland wird davon berichtet, dass Unternehmen der Film-, Musik- und Softwarebranche zur Verteidigung ihrer (Urheber-)Rechte mit Hilfe spezieller Software die Kommunikation in P2P-Tauschbörsen beobachten oder gar auf Netzwerke und Privatcomputer zugreifen, um Raubkopien aufzuspüren.⁶ Inzwischen ist sogar ein regelrechter Markt entstanden, auf dem Agenturen ihre als »Internetrecherche« deklarierten Dienstleistungen anbieten.⁷

Ob die Resultate strafbarer Internetrecherchen als Beweismittel in einem Strafverfahren verwendet werden dürfen, ist in der deutschen Literatur noch nicht diskutiert worden. Im Geburtsland des Internets, den USA, haben Rechtswissenschaftler hingegen ein Verwertungsverbot gefordert. Nur ein solches Beweisverwertungsverbot, heißt es, könne den massenhaften Datendiebstahl im Internet als Mittel der Privatjustiz wirksam unterbinden.⁸ Tatsächlich lassen die Möglichkeiten der Informationserlangung in Computernetzwerken die *faktischen* Geltungsbedingungen der Beweisverwertungsregeln entfallen. Im Gegensatz zum amerikanischen Strafprozessrecht ist ein Verwertungsverbot für digitale Konterbande jedoch nicht mit den *dogmatischen* Grundlagen des deutschen Strafverfahrensrechts zu vereinbaren (II.). Scheitert der Versuch, das Allgemeine – die Dogmatik des Strafverfahrensrechts – und das Besondere – die Regulierungsnotwendigkeiten des Internets – zusammenzuführen, muss die Rechtswissenschaft auf die rechtspolitische Ebene wechseln. Dort hat sie zu erörtern, ob den Problemen, welche die strafprozessuale Verwertung digitaler Konterbande aufwirft, mit Hilfe einer Gesetzesänderung abgeholfen werden kann (III.). Die Beantwortung dieser Frage setzt Klarheit darüber voraus, ob, wie und vor allem von wem Verhaltensnormen im Internet durchgesetzt werden können und sollen. Wegen der grundsätzlichen Probleme, die private oder hybride, d. h. private und staatliche Maßnahmen kombinierende, Ermittlungen bereiten, wird hier dafür plädiert, dem Staat jene rechtlichen Instrumente zur Verfügung zu stellen, die er zur Rechtsdurchsetzung im Internet benötigt. Auf dem Feld des Strafprozessrechts kann zu diesem Instrumentarium auch ein (nationales oder europäisches) Verbot der Beweisverwertung digitaler Konterbande gehören.

B. Die Dogmatik des Beweisverwertungsrechts vor neuen Herausforderungen

I. Der Grundsatz der Verwertbarkeit und seine dogmatischen Grundlagen

Die vornehmste Aufgabe des Staates besteht darin, für einen rechtlich geordneten Frieden in der Gesellschaft zu sorgen. Diesem Zweck dient auch das Strafverfahrensrecht. Es gestaltet die besondere rechtliche Beziehung aus, in der Bürger zur Aufklärung von Straftaten *staatliche* Eingriffe dulden müssen.⁹ Schon aus der

⁵ Zu diesen Fällen *Shah* Columbia L. Review 105 (2005), 262 ff.

⁶ Vgl. *Buermeyer* HRRS 2007, 154, 157; *Engel* International Review of Law, Computers & Technology, 2006, 1, 2; *Koch*, Strafrechtliche Probleme des Angriffs und der Verteidigung in Computernetzen, 2008, S. 193 f. – Zur Strafbarkeit eines Eindringens in eine P2P-Kommunikation nach § 202b StGB s. *Gercke*, in: *Gercke/Brunst*, Praxishandbuch Internetstrafrecht, 2009, S. 72.

⁷ *Grabosky*, in: *Schneider* (Hrsg.), Internationales Handbuch der Kriminologie, Bd. 2, 2009, S. 73, 93 f.

⁸ *Ausf. Shah* Columbia L. Review 105 (2005), 250 ff.

⁹ Vgl. die Zusammenfassung bei *Hassemer* ZStW 121 (2009), 829, 833 ff. – Das Jedermannsrecht zur Festnahme nach § 127 StPO ist eine Ausnahme, welche die Regel bestätigt: Die Festnahmebefugnis Privater erlischt zu dem Zeitpunkt, in dem Polizeibeamte eintreffen, s. *Meyer-Gößner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 127 Rn 7.

Struktur dieses institutionellen Gefüges folgt, dass die Regeln über die Beweiserhebung nur ermittelnde Beamte, nicht aber Privatermittler verpflichten.¹⁰ Umgekehrt formuliert: Das Strafprozessrecht schützt den Beschuldigten nur vor staatlichen Übergriffen.¹¹ Daher widerspräche eine generelle »Drittwirkung der Beweisverbote«¹² der institutionellen Ausgestaltung des Strafverfahrens.¹³

Gleichwohl werden von diesem Grundsatz zwei Ausnahmen gemacht – eine unechte und eine echte. Die *unechte* Ausnahme bilden Fälle, in denen ein Ermittlungsbeamter einen Bürger zur rechtswidrigen Beschaffung von Informationen anstiftet oder dessen Verhalten mitlenkt. Auch wenn hier phänomenologisch ein Privater handelt, so sind die Ermittlungsorgane aufgrund ihres Vorverhaltens für die Straftat mitverantwortlich. Normativ betrachtet liegt ein auch-staatliches Handeln vor. Daher dürfen die Resultate dieses Handelns schon nach dem oben formulierten Grundsatz nicht verwertet werden.¹⁴ Von einer *echten* Durchbrechung des Verwertbarkeitsgrundsatzes lässt sich mithin nur in Fällen sprechen, in denen die Strafverfolgungsbehörden für die Beweisbeschaffung weder direkt noch indirekt zuständig sind.¹⁵ In solchen Fällen vollzieht sich die Informationserlangung von vornherein außerhalb des institutionellen Gefüges des Strafverfahrens. Aus diesem Grund müssen Rechtspraxis und -wissenschaft auf das Verfassungsrecht zurückgreifen, um ein allgemein anerkanntes Ergebnis zu begründen: Ein Geständnis, das eine Privatperson durch Folter erpresst hat, soll wegen des im Erlangungsakt liegenden »eklatanten« Menschenwürdeverstößes unverwertbar sein.¹⁶ Hinter diesem Satz dürfte die Erwägung stecken, dass die Rechtsgemeinschaft schon um ihrer eigenen Selbstachtung willen ihr Strafrecht nicht mittels Informationen durchsetzen kann, die unter Verstoß gegen ihre verfassungsrechtliche »Grundnorm« erlangt worden sind.¹⁷ Vorstellbar ist dies jedoch nur in krassen Fällen, deren Behandlung sich systematisch isolieren lässt. Daher tangieren sie die strafprozessuale Dogmatik und den aus ihr abgeleiteten Grundsatz nicht. Dieser lautet: Die strafbare Erlangung eines Beweismittels durch einen Privaten steht einer strafprozessualen Beweisverwertung nicht entgegen.

II. Der Verwertbarkeitsgrundsatz und seine faktischen Geltungsvoraussetzungen

Konsequent umgesetzt führt der Grundsatz der Verwertbarkeit zu einer Differenzierung der Verantwortungsbereiche und Verfahren von geradezu mathemati-

10 Wenig überzeugend ist hingegen die Begründung von Keller, FS Grünwald, 1999, S. 267, 280 f., der meint, Beamte könnten einen Beschuldigten *faktisch* schwerer schädigen als Private.

11 S. nur Schroeder/Nerrel (Fn 2); LR-Gless, StPO, 26. Aufl. 2007, § 136a Rn 6.

12 Wendung: Kohlhaas DAR 1971, 62, 67.

13 I. Erg. ebenso Müssig GA 1999, 119, 138, der indes mit dem Wortlaut der Vorschriften argumentiert.

14 Ebenso Godenzi GA 2008, 500, 503. Das Erg. wird allg. geteilt, s. nur BGHSt 44, 138; 34, 362, 264; EGMR StV 2004, 1; Beulke (Fn 2), Rn 481; Bockemühl (Fn 2), S. 19, 29, 30, 127; Demko HRRS 2004, 382 ff.; Keller, FS Grünwald, S. 267, 272; Pawlik JZ 2010, 693, 698; Roxin/Schünemann (Fn 2), § 24 Rn 65; Sieber NJW 2008, 881, 886.

15 Aus (rechts-)ethischer Sicht zur indirekten Zuständigkeit Schwemmer, in: Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 4, 2004, S. 499 f.

16 Beulke (Fn 2), Rn 479; Meyer-Göfner (Fn 8), § 136a Rn 3; Roxin/Schünemann (Fn 2), § 24 Rn 65; Wolter, BGH-FS, 1008, Diff. Senge (Fn 2), Vor § 48 Rn 52; KMR-Lesch, StPO, 21. Lief. Okt. 1999, § 136a Rn 11.

17 Zur Unverfügbarkeit des Folterverbots s. nur Hassemer, FS Maihofer, 1988, S. 183, 188, 202 f.; Saliger ZStW 116 (2004), 36 ff.; Weigend ZStW 113 (2001), 271, 294.

scher Strenge. Ein Angeklagter kann auf Grundlage von Beweisen bestraft werden, die eine Privatperson auf strafbare Weise beschafft hat. Für die strafbare Erlangung der Information ist der Staat nur auf *eine* Art und Weise zuständig: Er hat ein *zweites* Strafverfahren gegen den Beweisbeschaffer einzuleiten.

Dogmatisch ruht diese Abgrenzung von Verantwortungsbereichen auf der skizzierten rechtlichen Ausgestaltung des Strafverfahrens. Doch hat der Verwertbarkeitsgrundsatz auch faktische Geltungsbedingungen. Darin unterscheiden sich die Regeln des Strafprozessrechts zwar nicht von anderen Rechtsnormen.¹⁸ Gleichwohl wird den tatsächlichen Grundlagen der Beweisverwertungsregeln nur selten Beachtung geschenkt. Dabei lassen sich zwei Geltungsbedingungen identifizieren: Zum einen setzt der Grundsatz der Verwertbarkeit voraus, dass die weit überwiegende Mehrheit der Bürger den Primat staatlicher Rechtsdurchsetzung respektiert. Handelte es sich bei strafbaren Informationsbeschaffungen durch Private nicht um seltene Ausnahmefälle, sondern um ein Massenphänomen, müsste der Staat nach Wegen suchen, wie er sein Gewaltmonopol behaupten und die Bürger vor Privatermittlungen schützen kann. Neben der Verschärfung des materiellen Rechts käme vor allem die Anordnung eines Beweisverwertungsverbotes in Betracht, nähme es den Privatermittlern doch den entscheidenden Anreiz für die strafbare Informationsbeschaffung: Wenn die Informationen nicht mehr verwertet werden dürfen, ist ihre Beschaffung zum Zweck der Rechtsverfolgung sinnlos. Die zweite tatsächliche Geltungsbedingung der strafprozessualen Folgenlosigkeit krimineller Beweiserlangung ist die Möglichkeit, den Informationsbeschaffer für sein Verhalten strafrechtlich zu verfolgen. Bestünde diese Möglichkeit nicht, müsste sich der Staat vorhalten lassen, Straftaten nicht zu ahnden, deren Früchte er in einem anderen Strafverfahren nutzt. Wird ein solches Messen mit zweierlei Maß zum System, nehmen Strafrecht und Strafverfahrensrecht jenen Schaden, der bereits in der Debatte um die gestohlenen Bankdaten aus Liechtenstein und der Schweiz beklagt worden ist.¹⁹

Die Regel, dass Informationen, die Private auf strafbare Weise erlangt haben, in einem Verfahren als Beweis verwertet werden dürfen, hat also zwei ungeschriebene Voraussetzungen: die strafbare Informationssammlung durch Private muss der *Ausnahmefall*, die Strafverfolgung des Beweisverschaffers hingegen der *Regelfall* sein.

III. Wegfall der tatsächlichen Geltungsgrundlage

In der realen Welt sind diese Voraussetzungen gegeben.²⁰ Im virtuellen Raum globaler Datennetze herrschen hingegen andere Bedingungen.²¹ Der Diebstahl von Daten ist dort ein durch den Einsatz von Software ermöglichtes Massenphä-

¹⁸ Vgl. dazu Rühers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 6. Aufl. 2011, Rn 338; Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl. 2011, S. 52 f.

¹⁹ Vgl. dazu Pawlik JZ 2010, 693, 698 ff.

²⁰ Zu diesem Befund Wölfl JA 2001, 504, 505.

²¹ Zu den regulierungsrelevanten Besonderheiten des Internets zuletzt Sieber, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, C 9 ff.

nomen.²² Begangen wird er zudem im Schutz der das Internet kennzeichnenden Anonymität,²³ die von den Strafverfolgungsbehörden nicht oder jedenfalls nicht mit den gewöhnlich zur Verfügung stehenden technischen und personellen Ressourcen aufgehoben werden kann.²⁴ Der Cyberspace versetzt Privatpersonen damit auch in die Lage, in großem Umfang Informationen zu Beweis Zwecken zu erlangen, ohne dass sie selbst mit einer Strafverfolgung rechnen müssen. Das eben gezeigte Regel-/Ausnahmeverhältnis dreht sich damit um, und die skizzierte Geltungsgrundlage des Verwertbarkeitsgrundsatzes wird brüchig.

Unter Verweis auf diese Besonderheiten haben amerikanische Rechtswissenschaftler gefordert, digitale Konterbande mit einem Beweisverwertungsverbot zu belegen.²⁵ Nur so, meint etwa *Monica Shaw*, könne verhindert werden, dass sich diese Form der Privatjustiz in der virtuellen Welt ausbreite und die Integrität des Strafprozesses beschädige. Diese Argumentation ist innerhalb der amerikanischen Rechtsprechung und Dogmatik anschlussfähig, sollen Beweisverwertungsverbote nach der in den USA h. A. doch zwei Zwecken dienen: Sie sollen zum einen Ermittlern den Anreiz für eine illegale Beschaffung von Informationen nehmen, und sie sollen zum anderen die rechtliche, ja die moralische Integrität des Strafverfahrens schützen.²⁶ *Shaw* stützt ihre Forderung nach einem richterrechtlichen Beweisverwertungsverbot für digitale Konterbande also nicht nur auf die tatsächlichen Besonderheiten der Informationsgewinnung im Internet. Sie kann zudem zeigen, dass die von ihr vorgeschlagenen rechtlichen Konsequenzen im Einklang mit allgemeingültigen dogmatischen Erwägungen stehen, kurz: Sie wendet allgemeine Grundsätze auf einen besonderen Sachbereich an – ein geradezu eleganter Begründungsweg!

C. Innerdogmatische Begründung eines Beweisverwertungsverbots?

Damit stellt sich die Frage, ob dieser Weg auch dem Anwender des deutschen Strafprozessrechts offen steht. Ist es, ließe sich fragen, deutschen Gerichten möglich, der strafbaren privaten Rechtsverfolgung im Internet mittels eines Beweis-

22 Dazu nur *Adler* Yale L. Journal 105 (1996), 1093, 1097 ff.; *Fairfield* Yale L. Journal Pocket Part 131 (2009), 131, 133 f.; *Shah* Columbia L. Review 105 (2005) 250, 257, 266 ff.; *Uthemann*, in: Sievert/Schneider (Hrsg.), Handwörterbuch der Kriminologie, Bd. 5, 1998, S. 265, 271 f.

23 Zur Anonymität als Strafverfolgungshindernis *Christiansen*, in: Oberender (Hrsg.), Wettbewerb in der Internetökonomie, 2003, S. 39, 42; *Gercke*, in: Gercke/Brunst (Fn 6), S. 20 f.; *Michels*, Straftaten und Strafverfahren im Internet, 2003, S. 24 ff.; *Katyal* University of Pennsylvania L. Review 10 (2001), 1003, 1031. *Rofsnagel* ZRP 1997, 26, 27; *Sieber* (Fn 21), C 10, 36 f. – Zu technischen Aspekten *Federrath*, in: Uerpman-Witzack (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, 2009, S. 53 ff.

24 Zu der in vielen Fällen nur theoretisch bestehenden Möglichkeit der Zurückverfolgung von Internetaktivitäten zu bestimmten Personen *Wall*, Information, Communication and Society, Bd. 11 (2008), 861, 874: »The issue is therefore not so much one of anonymity, but rather one of investigators having the human and technological resources available to follow the digital trail.«

25 Dazu und zum Folgenden *Shah* Columbia L. Review 105 (2005), 250, 275 f. Einen neuen Rechtsrahmen für die Verwendung privat gesammelter Daten fordert auch *Solove* South California L. Review 75 (2002), 1083, 1151 ff. Für die Verwertbarkeit hingegen *Clifford*, Cybercrime, 2. Aufl. 2006, S. 128.

26 So heißt es in der Leitentscheidung des U.S. Supreme Court *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 217 (1960): »[The purpose of the exclusionary rule] is to deter – to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way – by removing the incentive to disregard it.« Zudem solle dem »imperative of judicial integrity« Rechnung getragen werden. Gerichte dürften nicht zu »accomplices in the willful disobedience of a Constitution« werden. Zur »moral integrity« *Roberts/Zuckermann*, Criminal Evidence, 2004, S. 151, 157 ff. – Zum Ganzen auch *Harris* StV 1991, 313, 314; *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, 3. Aufl. 2009, S. 114; *Pitler* California L. Review 56 (1968), 581 f.; *Shah/Shah*, Criminal Law & Procedure, 6. Aufl. 2008, S. 423.

verwertungsverbots entgegen zu treten? Könnte der *BGH* der bislang einzigen echten Ausnahme vom Verwertbarkeitsgrundsatz eine zweite an die Seite stellen?

Folgt man den verbreiteten und berechtigten Klagen über das »systemlose Abwägungs-Strafprozessrecht«²⁷ und über die »Inflation der Abwägungsparameter«²⁸ scheint dies nicht ausgeschlossen. Die Rechtsprechung müsste lediglich in die Abwägung des Interesses des Beschuldigten an seiner verfahrensrechtmäßigen Behandlung einerseits mit dem Strafverfolgungsinteresse andererseits²⁹ zwei weitere Interessen einspeisen: das Interesse, Privatpersonen von kriminellen Formen der Informationsbeschaffung abzuschrecken, und das Interesse am Schutz der Integrität staatlicher Rechtsdurchsetzungsverfahren. Tatsächlich hat der *BGH* in einer jüngeren Entscheidung auf diese Aspekte abgestellt. Grobe Verstöße gegen die Strafverfahrensordnung dürften, so der *BGH*, nicht sanktionslos bleiben, weil eine prozessuale Folgenlosigkeit zu einer systematischen Missachtung der Verfahrensregeln ansporne; zudem drohten schwerwiegende Regelverletzungen das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsförmigkeit des Strafverfahrens zu beschädigen.³⁰ Wären diese Aussagen des *BGH* dogmatisch verallgemeinerungsfähig, könnten sie die Grundlage für ein richterrechtliches Verbot der Verwertung digitaler Konterbande bilden. Es ist folglich zu klären, ob die Beweisverwertungsverbote des geltenden Verfahrensrechts tatsächlich der Disziplinierung dienen und ob die Verwertung von Informationen, die Private strafbar erlangt haben, dem Zweck und der rechtlichen Integrität des Strafverfahrens zuwiderläuft.

I. Beweisverwertungsverbote als Mittel der Abschreckung?

Dass faktisch die Notwendigkeit bestehen kann, (staatliche und private) Ermittler zu disziplinieren, verdeutlicht der Umgang von Polizisten und Staatsanwälten mit dem Grundsatz, der für eine Wohnungsdurchsuchung eine richterliche Anordnung verlangt (§ 105 I 1 Alt. 1 StPO): Er wurde über viele Jahrzehnte hinweg systematisch missachtet. Ermittlungsbeamte behaupteten regelmäßig, es sei Gefahr im Verzug, bei der eine Durchsuchung ausnahmsweise auch ohne richterliche Prüfung zulässig ist (§ 105 I 1 Alt. 2 StPO). Diesem »beinahe einhundert Jahre praktizierten Rechtsbruch«³¹ ist das *BVerfG* bekanntlich erst im Jahr 2001 mit einem Beweisverwertungsverbot entgegengetreten³² – vierzig Jahre nach einer ähnlichen Entscheidung des U.S. Supreme Court.³³

27 Wendung und Kritik: *Wolter*, 2. FS Roxin, 2011, S. 1245 ff. – Krit. ferner *Amelung* GA 1996, 332, 334; *Jahn* (Fn 3), C 20; *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote, 2003, S. 2; *Lesch*, FS Volk, 2009, S. 311, 312; *Roxin*, in: Jauernig/Roxin (Hrsg.), 40 Jahre Bundesgerichtshof, 1991, S. 66 f.; *Wolter*, 1. FS Roxin, 2001, S. 1141.

28 *Jahn* (Fn 3), C 47 f.

29 S. zu diesem Abwägungsprozedere nur *BVerfG* StV 2008, 1. 4; BGHSt 19, 325, 329; 51, 285, 290; *Beulke* (Fn 2), Rn 458; *KMR-Eschelbach*, 39. Lfg. Mai 2005, Einl. 22; *Jäger* (Fn 27), S. 4 ff., 67; *Krey*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Bd. 2, 2007, Rn 1105; *Meyer-Göfner* (Fn 9), Einl. Rn 55 a; *KK-Nack* (Fn 2), Vor § 94 Rn 9; *Pawlik* JZ 2010, 693, 698; *Rogall* ZStW 91 (1979), 1 ff., insbes. 31.

30 So für den Fall einer nicht richterlich angeordneten Wohnungsdurchsuchung durch Polizeibeamte BGHSt 51, 285, 290, 296.

31 So *Amelung* NStZ 2001, 337.

32 *BVerfGE* 103, 142 ff. Zu dieser Entscheidung *Amelung/Wirth* StV 2002, 161; *Gusy* JZ 2001, 1034. Zum Beweisverwertungsverbot bei Umgehung des Richtervorbehalts *Roxin* NStZ 2007, 616; *Schroeder* JuS 2004, 858. Zum Disziplinierungsansatz *Achenbach* ZStW 87 (1957), 74, 88; *Baumann* GA 1959, 33, 36; *Grünwald* JZ 1966, 488, 499; *Mueller*, Beweisverbote im Strafprozeß, Gutachten des 46. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Teil 3A, 1966, S. 37, 49 ff.; *Nüse* JR 1966, 281, 284; *Ransiek* StV 2002, 565, 567 f.

33 Grundlegend zur Disziplinierung durch Beweisverwertungsverbote *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206,

Das Beispiel zeigt zweierlei: Zum einen steigt der Druck auf die Rechtsprechung, die Einhaltung der Verfahrensregeln durch das Aufstellen von Beweisverwertungsverboten zu erzwingen, in dem Maße, in dem die Rechtstreue der ermittelnden Personen abnimmt. Zum anderen gibt die Rechtsprechung diesem Druck nur sehr zögernd nach – Letzteres mit Recht. Denn die Strategie, Beweisverwertungsverbote als Mittel der Disziplinierung einzusetzen, begegnet einer Vielzahl von Einwänden.³⁴ Der gewichtigste Einwand stellt darauf ab, dass das Beweisverwertungsverbot nach dem Disziplinierungsansatz eine *prozessuale Wirkung* zu einem *außerprozessualen Zweck* entfalten soll.³⁵ Damit aber verbinde man, moniert Jäger mit Recht, inkonexe Sachverhalte.³⁶ Tatsächlich stellt das Beweisverwertungsverbot in der Logik des Disziplinierungsgedankens keinen Ausgleich für einen Verfahrensverstöß dar, der den Beschuldigten in seinen Rechten verletzt hat.³⁷ Das Verwertungsverbot begünstigt ihn vielmehr, um Dritte in künftigen Verfahren zu schützen. Dem Beschuldigten wird also eine Rechtswohltat zuteil, die ihren Grund in einer Verbindung und Verrechnung separater Verfahren hat.³⁸ Noch in einer weiteren Hinsicht führt der Disziplinierungsansatz zusammen, was nicht zusammen gehört: Er belastet nicht die für den Regelverstoß Verantwortlichen, d. h. die Ermittler, sondern die für den Regelverstoß nicht zuständige Rechtsgemeinschaft, die an der Durchsetzung ihres Strafanspruchs gehindert wird.³⁹ Auf die Durchsetzung von Regeln in dem einen Fall zu verzichten, um in anderen Fällen ein regelkonformes Verhalten zu erzwingen, ist freilich hochgradig rechtfertigungsbedürftig. In der konsequentialistischen Logik, die dem Abschreckungsdenken zugrunde liegt, kann diese Rechtfertigung nur unter einer Bedingung gelingen: Der mit einem Beweisverwertungsverbot einhergehende Strafanspruchsverzicht muss von den Vorteilen der Disziplinierung aufgewogen werden. Daran fehlt es zumindest dann, wenn regelmäßig schwere Straftaten ungepönt bleiben, um vergleichsweise leichte Verfahrensverstöße zu verhindern.

Schon aus diesen Gründen kann die Disziplinierung kein genereller Zweck der Beweisverwertungsverbote sein. Hinzu kommt, dass der Disziplinierungsansatz im Widerspruch zu anderen Regeln des Beweisrechts steht. So dürften, machte man mit der Abschreckung ernst, Beweisverwertungsverbote nicht nur das unmittelbar erlangte Beweisstück erfassen. Sie müssten vielmehr auch jede weitere Information erfassen, die bei der Verfolgung der bemakelten Spur entdeckt worden ist, und zwar unabhängig von der hypothetischen Möglichkeit ihrer rechtmäßigen

217 (1960); *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974); *Gardner/Anderson*, Criminal Evidence, 7. Aufl. 2010, S. 180 ff.; *LaFave/Israel/King* (Fn 26), S. 113 ff. – Zur Fernwirkung grundlegend *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 341; *Pitler California L. Review* 56 (1968), 581 f.; *Harris StV* 1991, 313, 314 ff.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, 2003, S. 387 f. Zum Erfolg dieser Strategie *Shab/Shab* (Fn 26), S. 422: »In New York City, for example, in the year preceding *Mapp*, police officers had not bothered to obtain a single search warrant. In the year following *Mapp*, they obtained more than eight hundred.«

34 Ausf. *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S. 52 ff.; *Jäger* (Fn 27), S. 69 ff.

35 Zur Differenzierung dieser prozessualen und außerprozessualen Dimensionen s. *Pawlik JZ* 2010, 693, 699.

36 *Jäger* (Fn 27), S. 70.

37 Auf den fehlenden Zusammenhang zwischen dem Unrecht der dem Beschuldigten zur Last gelegten Tat und dem Unrecht der Ermittler *John* (Fn 3), C 50; *Jäger* (Fn 27), S. 251; *Rogall ZStW* 91 (1979), I, 15.

38 Krit. dazu *Jäger* (Fn 27), S. 70; *Pawlik JZ* 2010, 693, 699.

39 *Amelung NSZ* 2001, 337, 341 f.

Erlangung.⁴⁰ Anders gewendet: Wenn Ermittler wirksam von Regelbrüchen abgeschreckt werden sollen, kann die Fernwirkung von Verwertungsverboten nicht die Ausnahme, sondern muss – wie in den USA – die Regel sein.⁴¹ Schließlich verträgt sich der Disziplinierungsansatz auch nicht mit der strafprozessualen Widerspruchsregel. Nach dieser Regel kommt ein im Verfahren schwebendes Beweisverwertungsverbot nur zur Geltung, wenn der (verteidigte) Angeklagte der Verwertung widerspricht.⁴² Widerspricht er nicht, kann das Beweismittel verwendet werden. Dient Beweisverwertungsverbote aber dem überindividuellen Interesse, die Rechtmäßigkeit der Ermittlungen zu erzwingen, dürfte ihre Geltung nicht vom Willen des Beschuldigten abhängen: Über Interessen der Rechtsgemeinschaft kann der einzelne Angeklagte nicht verfügen.

Der Disziplinierungsgedanke führt mithin inkonexe Sachverhalte zusammen, weist innere Widersprüche auf und ist mit der beschränkten Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten sowie mit der Widerspruchslösung nicht zu vereinbaren. Die Disziplinierung kann daher lediglich eine Folge, nicht aber der Zweck der Beweisverwertungsverbote sein.⁴³

II. Schutz der rechtlichen oder moralischen Integrität des Strafverfahrens?

Die Kritik an der Verwendung von Beweisverwertungsverboten zu außerprozessualen Zwecken legt es nahe, nach ihrer innerprozessualen Funktion zu fragen. Nicht wenige Autoren verbinden diese unmittelbar mit der Funktion des Strafverfahrens. Nach ihrer Auffassung sollen Beweisverwertungsverbote sicherstellen, dass der Zweck des Strafverfahrens nicht frustriert wird.⁴⁴ Sie dienen, anders gewendet, der Sicherung der Bedingungen, unter denen ein Strafverfahren die ihm zugeschriebenen Aufgaben erfüllen kann.

Nach h. M. besteht der Zweck des Strafverfahrens darin, den durch den Verdacht einer Straftat beeinträchtigten Rechtsfrieden wiederherzustellen.⁴⁵ Manche verstehen den Rechtsfrieden, den das Verfahren wiederherstellen soll, als eine empirisch-sozialpsychologische Größe.⁴⁶ In diesem Fall zielt das Strafverfahren auf die Beruhigung der über den Verdacht einer Straftat empörten Rechtsgemeinschaft, bestenfalls auf die Stärkung der von der Straftat angegriffenen Werte der Gesellschaft.⁴⁷ Diese Ziele, heißt es weiter, sei-

40 Zur Relevanz der Fernwirkung und des hypothetischen Ermittlungsverlaufs *Beulke* (Fn 2), Rn 233 a ff.; *Engländer*. Examensrepetitorium Strafprozessrecht. 5. Aufl. 2011, Rn 261; *Kühne*, Strafprozessrecht. 8. Aufl. 2010, S. 558; *Radtke* (Fn 2), Einl. Rn 81, der die Verwertbarkeit von einer Abwägung abhängig machen will; *Volk*, Grundkurs StPO, 7. Aufl. 2010, § 28 Rn 43; *Wolter*, BGH-FS, 1004 ff.; Alternativentwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), § 150e–Entwurf, Begr. S. 68 ff.

41 Dazu, dass trotz des verschiedenartigen Regel-/Ausnahmeverhältnisses in den USA und Deutschland die in beiden Ländern gefundenen Ergebnisse nicht weit von einander entfernt sind, s. *Kühne* (Fn 40), S. 557.

42 Zur Widerspruchslösung BGHSt 38, 214, 225; 42, 15, 22; 51, 1, 3 f.; *Beulke* (Fn 2), Rn 117, 475; *Heinrich* ZStW 112 (2000), 398 ff.; *Kühne* (Fn 40), S. 556 f.

43 So auch *Jahn* (Fn 3), C 58. Ähnlich *Ambos* (Fn 2), S. 19 f.

44 *Amelung*, FS Bemmman, 1997, S. 505, 508; *Freund* GA 1992, 49, 60; *Schneider* NSZ 2001, 8, 13.

45 So (wenn auch mit unterschiedlichen Nuancierungen) *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 73 f.; *Duttge* ZStW 115 (2003), 539, 546 f.; *Geppert*, GS Schlüchter, 2002, S. 43, 47; *Kruck*, Die Rehabilitation des Beschuldigten im Strafverfahren, 2002, S. 46; *Murmann* GA 2004, 65, 74, 79; *Kleszczewski* ZStW 123 (2001), 737, 759; *Radtke* GA 2012, 187; *Sternberg-Lieben* ZStW 108 (1996), 721, 725 ff.; *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 184 ff.; *ders.* ZStW 113 (2001), 271, 277; *Weflauer*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?, 2002, S. 119.

46 Vgl. etwa *Maiwald* GA 1970, 33, 36.

47 S. etwa *Dencker* (Fn 34), S. 59 ff., 65; *Ranft*, FS Spindel, 1992, S. 719, 724 f. Vgl. ferner *Sieber*, FS

en aber nur in einem Verfahren zu erreichen, das von der Allgemeinheit als »faire Auseinandersetzung um Recht wahrgenommen« werde.⁴⁸ Daran soll es fehlen, wenn in einem Strafverfahren Beweismittel verwendet werden, die Privatpersonen durch strafbares Verhalten erlangt haben. Zuletzt sind diese Einwände in der Debatte um die Verwendung entwendeter Bankkundendaten aus der Schweiz und Liechtenstein geltend gemacht worden: Der Staat gebärde sich als Beweishehler,⁴⁹ er untergrabe seine sittliche Überlegenheit,⁵⁰ kurz: er konterkariere den Zweck des Strafverfahrens, die Gesellschaft in ihrem Glauben an die Geltung des Rechts zu bestärken. Jedoch verdeutlicht gerade die Verwertung entwendeter Bankkundendaten in einem Steuerstrafverfahren die offene Flanke eines Ansatzes, der Beweisverwertungsfragen mit Blick auf die sozialpsychologische Anschlussfähigkeit des Urteils beantworten will: Die Verwendung der Kundendaten kann man nicht nur als verwerfliche Staatshehlerie auffassen; viele werden darin vielmehr ein adäquates Mittel gegen Steuerhinterziehung sehen, das zwar mit einem formalen Fehler behaftet sei, nicht aber die materielle Berechtigung der Strafe ausschließe.⁵¹ Wie das Beispiel zeigt, divergieren die tatsächlichen Ansichten über die Berechtigung eines Strafverfahrens und die Angemessenheit der verwendeten Mittel zu stark, als dass sich aus ihnen rechtliche Vorgaben für die Verwertbarkeit eines Beweismittels entnehmen ließen.⁵²

Diese Schwierigkeiten vermeidet jene neuere Strömung in der Strafprozessrechtswissenschaft, die den Grundgedanken des sozialpsychologischen Ansatzes aus seiner empirischen Einkleidung löst und ihn in eine normativierende Konzeption überführt.⁵³ Das Ziel des Strafverfahrens sei nicht die Beruhigung der über die Straftat empörten Rechtsgemeinschaft, sondern eine symbolische Erklärung, der zufolge die Rechtsgemeinschaft ungeachtet der angeklagten Straftat an der Geltung der Strafnorm festhalte.⁵⁴ Eine solche symbolische Garantieerklärung setze freilich voraus, dass das Strafverfahren selbst nicht grundlegenden Rechtsprinzipien und Rechtsregeln einer Gesellschaft zuwider laufe.⁵⁵ Aus dieser straftheoretischen Prämisse wird sodann ein Beweisverwertungsverbot für Informationen abgeleitet, weil die strafprozessuale Verwendung die angestrebte Garantieerklärung konterkariere.⁵⁶

So überzeugend dieser Satz zunächst klingt – in ihm klafft eine Begründungslücke. Er lässt nämlich offen, aus welchem Grund der Staat *seiner* Garantieerklärung für strafrechtliche Normen widerspricht, wenn er Beweise verwendet, die *Private* auf strafbare Weise erlangt haben. Mehr noch: Das Ergebnis – Beweisverwertungsverbot – ist schwerlich mit der Ausgangsprämisse vereinbar, dass das Strafverfahren nicht den grundlegenden Prinzipien und Regeln der Gesellschaft widersprechen dürfe. Denn zu den Regeln einer funktional differenzierten Gesellschaft gehören auch Zurechnungsregeln. Weil nicht jeder für alles zuständig ist, bedarf es einer Begründung, weshalb sich die Strafverfolgungsbehörden das strafbare Vorverhalten von Informationszuträgern zurechnen lassen sollen. Wenn

Spendel, S. 756, 767; *Streng* ZStW 101 (1989), 273, 288 ff.; *Württemberg*, FS Peters, 1974, S. 209, 212 f.

48 *Weßlau* (Fn 45), S. 116 (unter Bezugnahme auf *Weigend* [Fn 45], S. 194 f., s. auch ebd., S. 215).

49 *So Beulke* Jura 2008, 653, 664; *Heine*, FS v. Büren, 2009, S. 917, 938; *Jahn* FAZ v. 9.4.2008, S. 23; *Schünnemann* NSTZ 2008, 305, 308 f.

50 *So Hoff* FAZ v. 22.2.2008, S. 40; s. auch *Sieber* FAZ v. 31.3.2008, S. 8.

51 *Ähnlich Jäger* (Fn 27), S. 76; *Rogall* ZStW 91 (1979), I, 14; *Wohlers* StV 2008, 434, 440.

52 Mit Recht empirisch zweifelhafte Vermutungen ablehnend *Rogall* ZStW 91 (1979), I, 14; krit. auch *Bockemühl* (Fn 2), S. 102; *Mueller* (Fn 32), S. 49.

53 *S. Krack* (Fn 45), S. 34; *Schmidhäuser*, FS Eb. Schmidt, 1974, S. 511, 516.

54 Dazu und zum Folgenden *Müssig* GA 1999, 119, 122. Ähnlich *Deiters* (Fn 45), S. 79.

55 *Müssig* GA 1999, 119, 123; ihm folgend *Lesch*, FS Volk, S. 319.

56 *So Müssig* GA 1999, 119, 138 f. S. auch *Lesch* GA 2000, 355, 371.

sie das strafbare Vorverhalten nicht auf *strafrechtlich* zurechenbare Weise veranlasst haben, muss es einen *strafprozessualen* Zurechnungsgrund geben, der die Ermittlungsbehörden für die strafbare Informationserlangung mitzuständig macht und die Erkenntnisse aus dem Strafverfahren ausschließt. Tatsächlich sehen einige Autoren in der Einführung der Information als Beweismittel einen solchen strafprozessualen Zurechnungsgrund: Mit der Einbringung in das Verfahren machten sich die Ermittlungsbehörden nicht nur den Inhalt der Information, sondern auch die Art und Weise ihrer Erlangung zu eigen; daher werde der Makel der Rechtswidrigkeit, welcher der Information seit der Straftat anhafte, mit der Übernahme als Beweismittel perpetuiert.⁵⁷ Der Perpetuierungsthesse liegt indes eine Überbewertung des kommunikativen Gehalts einer Beweisaufnahme zugrunde: Präsentiert die Staatsanwaltschaft in einem Strafverfahren beispielsweise Falschgeld als Beweismittel, ist dies ein schlichter Akt der Bestandsaufnahme.⁵⁸ Als solcher impliziert er nicht die Aussage, man dürfe Falschgeld herstellen. Folglich hat auch die Einführung digitaler Konterbande in ein Strafverfahren nicht die Bedeutung, die strafbare Beweiserlangung sei materiellrechtlich anerkennungswürdig.⁵⁹

III. Zwischenergebnis

Eine normativierende Betrachtung kann nicht über die geltenden Zurechnungsregeln hinweggehen. Diese sprechen gegen die Annahme, dass sich der strafende Staat mit der Verwendung digitaler Konterbande in einen Selbstwiderspruch verwickelt, der die Erreichung des Zwecks des Strafverfahrens – die Herstellung des Rechtsfriedens in einem normativen Sinn – ausschließt. Weil sich ein Verwertungsverbot für digitale Konterbande auch nicht mit dem Disziplinierungsgedanken begründen lässt, scheidet hierzulande aus, was in den USA möglich ist: das Allgemeine, die Dogmatik des Strafverfahrensrechts, und das Besondere, die Regulierungsnotwendigkeiten des Internets, zusammenzuführen.

D. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Lässt sich ein tatsächliches Problem nicht innerhalb des geltenden dogmatischen Rahmens bewältigen, muss die Rechtswissenschaft rechtspolitische Empfehlungen formulieren.⁶⁰ Hier hat sie die Frage zu beantworten, ob der Gesetzgeber ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot für digitale Konterbande schaffen sollte, falls die Fälle illegaler privater Rechtsdurchsetzung im Internet zunehmen sollten. Die Antwort hängt davon ab, welche Strategie dem Gesetzgeber zur Durchsetzung strafrechtlich abgesicherter Normen im Internet zu empfehlen ist.

⁵⁷ Dazu *Koriath*, Über Beweisverbote im Strafprozeß, 1994, S. 101 f. Ähnlich *Bienert*, Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote, 1997, S. 92 f.; *Sydow*, Kritik der Lehre von den Beweisverboten, 1976, S. 116.

⁵⁸ *Jäger* (Fn 27), S. 224.

⁵⁹ Vgl. *Godenzi* GA 2008, 508 f.; *Pawlik* JZ 2010, 693, 701; *Rogall* JZ 2008, 508 f.; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992, S. 118.

⁶⁰ Zur Trennung von dogmatischer und rechtspolitischer Arbeit *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 195; *Mecke* ARSP 95 (2009), 540, 558. Zur Aufgabe der Rechtswissenschaft bei der Fortentwicklung des Rechts *Frisch*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2008, S. 156, 176 ff.

1. Hybride Rechtsdurchsetzung im Internet durch die Einbindung Privater

Erstaunlicherweise ist diese Grundlagendiskussion nicht weit gediehen. Aufgeflammt ist sie bereits zu Beginn des Siegeszugs des Internets Mitte der 1990er Jahre, als Internetaktivisten forderten, die Staaten sollten das Internet sich selbst überlassen.⁶¹ Rechtswissenschaftler unterstützten diese Forderung mit der Annahme, im Internet könne auch ohne formelle staatliche Regeln eine »spontane Ordnung« entstehen.⁶² Dieser Einschätzung hätte der Schöpfer der Wendung von der spontanen Ordnungsbildung, der Sozialphilosoph und Nobelpreisträger für Wirtschaftswissenschaft *Ferdinand August von Hayek*,⁶³ freilich widersprochen. *v. Hayek* betont in seiner grundlegenden Schrift zur Ordnungsbildung zwar, dass ein Großteil der Ordnungen einer Gesellschaft ungeplant und spontan entstehe.⁶⁴ Er lässt aber keinen Zweifel daran, dass auch die Entstehung einer solchen spontanen bzw. polyzentrischen Ordnung eines Regelrahmens bedarf.⁶⁵ Diese Regelordnung könne zwar keine sozialen Endzustände dekretieren, müsse aber eine Handlungsordnung setzen. Zu dieser Handlungsordnung gehören neben informellen Gewohnheits- und Moral- auch formelle Rechtsregeln. Das Recht solle vor allem dort zum Einsatz kommen, wo der Einzelne zur Regeltreue »bewogen« werden müsse, weil es in seinem kurzfristigen Interesse wäre, die Regel zu umgehen.⁶⁶ Auch im Cyberspace lässt sich nur dort eine spontane Regelbildung und freiwillige Regelbefolgung feststellen, wo die Internetnutzer gemeinsame Interessen teilen, namentlich im Hinblick auf jene technischen Regeln, die sog. »Codes«, welche die Kommunikation in Datennetzen zu allererst ermöglichen. Andere Regeln hingegen, etwa jene des Urheberrechts, müssen (auch) zwangsweise durchgesetzt werden, weil ihre Verletzung dem (kurzfristigen) Vorteilsstreben rational-nutzenmaximierender Individuen entspricht.

So gesehen war die »Unabhängigkeitserklärung des Internet«⁶⁷ theoretisch viel zu schwach fundiert, als dass sie die Staaten hätten ernst nehmen müssen.⁶⁸ Stattdessen nehmen sie wie selbstverständlich an, das staatliche Recht gelte im Internet »wie überall sonst«.⁶⁹ Zur Durchsetzung dieses Anspruchs hat der Staat zwei Optionen.⁷⁰ Zum einen kann er selbst mittels seiner Strafverfolgungsorgane für die Rechtsdurchsetzung sorgen. Dies setzt freilich neben erheblichen personellen und technischen Ressourcen⁷¹ auch die notwendigen Ermittlungsrechte im Internet voraus, namentlich die Möglichkeit, die Internetkommunikation zwischen Verdächtigen und ihren Datentransfer nachzuvollziehen. Unerlässlich dafür ist beispielsweise, dass die Verbindungsranddaten, insbesondere die (temporären)

61 Unter Verweis auf die »Unabhängigkeitserklärung des Internets« durch *John Barlow* im Jahr 1996 *Gless ZStR* 130 (2012), 3.

62 Aus der deutschen Literatur etwa *Kaiser*, FS Winkler, 1997, S. 397 ff.; s. ferner *Deppenheuer* *ATP* 1997, 669, 670 f.; *Sandbothe* *CR* 1998, 311 ff. Zur amerikanischen Literatur s. nur *Lessig*, *Harvard L. Review* 113 (1999), 501, 505 f.; *Radin/Wagner* *Chicago-Kent L. Review* 73 (1998), 1295, 1296 f., jeweils mit weiteren Nachweisen.

63 S. v. *Hayek*, *Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 2003, S. 15 ff.

64 v. *Hayek* (Fn 63), S. 16, 95.

65 Dazu und zum Folgenden v. *Hayek* (Fn 63), S. 23 f., 27.

66 v. *Hayek* (Fn 63), S. 23.

67 Fn 61.

68 *Konkize Schmölzer* *ZStW* 123 (2011), 709: Die Frage, ob das Internet ein rechtsfreier Raum sei, sei »passé«.

69 S. den Koalitionsvertrag *CDU/CSU/FDP*, Wachstum, Bildung, Zusammenhalt – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, 2009, S. 101.

70 S. die *konkize Analyse* bei *Brenner* *Journal of Technology Law and Policy* 5 (2004), 1, 21 ff. sowie *Birnback/Elkin-Koren* *Virginia Journal of Law and Technology* 8 (2003), 1, 3 ff.

71 Vgl. *Sieber* (Fn 21), C 39.

IP-Adressen und deren Nutzer, gespeichert und Ermittlungsbehörden zugänglich gemacht werden können.

Nicht zuletzt wegen der großen Widerstände, die Internetaktivisten und Lobbyisten solchen Maßnahmen entgegenbringen, setzen die Staaten zunehmend auf den privaten Sektor.⁷² Privatpersonen und Unternehmen sollen ihre Rechte im Internet selbst durchsetzen und sich erst am Ende der Aufklärungs- und Rechtsverfolgungskette staatlicher Institutionen bedienen.⁷³ Der Medienrechtler *Roßnagel* hat für die Aktivierung der Privaten zur eigenen Rechtsdurchsetzung bereits vor 15 Jahren die theoretische Grundlage geliefert. Unter Berufung auf keinen geringeren als *Thomas Hobbes* meint er, die private Rechtsdurchsetzung im Internet sei nicht nur unausweichlich, sondern legitim. Verfüge der Staat nicht über die notwendigen Mittel für den Gesetzesvollzug im Internet, könne er seinem »fundamentalen Zweck« – dem Schutz privater Rechte – nicht nachkommen.⁷⁴ Angesprochen ist damit die grundlegende Relation von Schutz und Gehorsam, die *Hobbes* auf die berühmte Formel brachte: »Der Zweck des Gehorsams ist Schutz.«⁷⁵ In dieser Logik entfällt die Pflicht, dem staatlichen Friedensgebot zu gehorchen, wenn der Staat seine Bürger nicht mehr zu schützen vermag.⁷⁶ Zu dieser Konsequenz passt auch die verbreitete Rede vom Internet als »Wildem Westen«⁷⁷ bzw. als »electronic frontier«.⁷⁸ Gemeint ist damit jener Grenzbereich, in dem es einem Staat an innerer Souveränität fehlt,⁷⁹ weil er Rechtsregeln nicht hinreichend durchsetzen kann, und in dem die Einzelnen daher zu Selbstschutzmaßnahmen greifen.⁸⁰ Überträgt man diesen Ansatz auf die hier erörterte Frage, heißt das: Der Staat muss Informationen, die Private rechtswidrig erlangt haben, als Beweismittel zulassen, wenn er seine Strafverfolgungsbehörden nicht in die Lage versetzt, die Informationen in rechtsförmiger Art zu erlangen.

72 Vgl. dazu *Sieber* (Fn 21), C 52.

73 Mit Beispielen *Albrecht*, in: *Gayken/Kurz* (Hrsg.), 1984.exe, S. 129, 131; *Grabosky*, in: *Schneider* (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Kriminologie*, Bd. 2, 2009, S. 73, 93 f. Zum neuen französischen »Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet«, das Privatleuten und Unternehmen quasi-polizeiliche Überwachungsmöglichkeiten einräumt, *Altwegg* FAZ v. 26.1.2010.

74 So *Roßnagel* ZRP 1997, 26, 28 ff. (der ausdrücklich als praktische Konsequenz dieses Ansatzes jedoch nur die Gestattung passiver Schutzvorkehrung nennt); auf *Roßnagel* zustimmend Bezug nehmend *Trute* VVDStRL 57 (1998), 216, 263.

75 *Hobbes*, *Leviathan*, 1970, 21. Kapitel, S. 197. Zur Wendung »Relation von Gehorsam und Schutz« *C. Schmitt*, *Der Leviathan in der Staatslehre von Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag*, 1983, S. 113. S. ferner *Kersting*, *Thomas Hobbes zur Einführung*, 2. Aufl. 2002, S. 156 f., 201 f.; *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962, S. 118.

76 Dass die Verpflichtung der Bürger gegenüber dem Staat nur so lange dauern kann, »als dieser imstande ist, die Bürger zu schützen« (*Hobbes*, Fn 75), zeigt das Notwehrrecht: Dort, wo staatliche Institutionen den Schutz des Einzelnen nicht gewährleisten können, darf der Einzelne selbst, freilich rechtlich eingeebnet, seine Rechte verteidigen. Vgl. *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, S. 159 ff.; *Sengbusch*, *Subsidiarität der Nothwehr*, 2008, S. 112 ff.

77 So etwa *Picot/Heger*, in: *Oberender* (Fn 23), S. 39.

78 Zur sozialwissenschaftlichen und historischen Bedeutung des »Frontier«-Begriffs *Waechter*, *Die Entdeckung des Amerikanischen Westens*, 1996, S. 100 ff. Grundlegend für die Übertragung des Begriffs auf das Internet *Healy*, in: *Porter* (Hrsg.), *Internet Culture*, 1996, S. 55 ff.

79 So im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung im Internet *Schoch* VVDStRL 57 (1998), 158, 181.

80 Zu diesen Merkmalen der »Frontier« *Osterhammel*, *Die Verwandlung der Welt*, 2011, S. 468 ff., 531 ff.

II. Gefahren

Die Einbindung des Privatsektors in die Rechtsdurchsetzung mag politisch opportun und finanziell günstig erscheinen.⁸¹ Doch wer – pointiert gesprochen – den Einsatz eines »Bundestrojaners« ablehnt und stattdessen auf den »Bürgertrojaner« setzt, fördert eine Entwicklung, die der Geltung des Rechts mehr schadet als nützt.⁸² Daher liegt auch *Hobbes'* rechtstheoretische Pointe in der Annahme, dass das Recht in einem vollwertigen Sinn nur im Staat und durch den Staat garantiert werden kann.⁸³ Aus gutem Grund beschränkt *Hobbes* denn auch das Notwehrrecht im Staat auf Fälle, in denen »unser Leben in Gefahr ist.«⁸⁴ Schon die Parteilichkeit des Einzelnen macht es nämlich nach Auffassung von *Hobbes'* Zeitgenossen *John Locke* »sehr wahrscheinlich«, dass der Einzelne die Durchsetzung seiner eigenen Sache mit Leidenschaft und Eifer betreibe, während er fremden Angelegenheiten mit Nachlässigkeit und Gleichgültigkeit begegne.⁸⁵ Tatsächlich besteht die Gefahr, dass insbesondere Rechercheagenturen aus finanziellem Eigeninteresse bei der Aufklärung von Urheberrechtsverletzungen Rechte verletzen, indem sie in großem Ausmaß P2P-Kommunikation, Netzwerke und fremde PCs durchsuchen. Ein solches Vorgehen destabilisiert nicht nur die Geltung des Rechts im Internet. Es bringt auch die staatliche Rechtsdurchsetzungsverfahren in Misskredit, die sich die Früchte eines solchen Vorverhaltens zu Nutze machen. Außerdem lässt sich bei einem Privaten, der *seine* Rechte durchsetzen will, leichter die Authentizität der von ihm beschafften Informationen bezweifeln als bei einem Tätigwerden objektiv ermittelnder Behörden.⁸⁶ Wie sicher ist es, könnte ein Beschuldigter einwenden, dass die Daten, die ein unbekannter Privater der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stellt, tatsächlich auf seinem PC gefunden worden sind?⁸⁷

III. Rechts- und netzpolitische Opportunität eines Beweisverwertungsverbots

All dies sind gute Gründe dafür, auch in der virtuellen Welt an der *communis opinio* neuzeitlichen Rechtsdenkens festzuhalten, dass zuvorderst der Staat berufen ist, die Rechte der Bürger zu sichern.⁸⁸ Ihm sind daher die Mittel zu gewähren, derer er zur Durchsetzung des Rechts im Internet bedarf.⁸⁹ In dem Maß aber, in

81 *Christiansen* (Fn 23), S. 43, 49; *Roßnagel* ZRP 1997, 26, 28 ff. – Allgemein zur Notwendigkeit einer neuartigen Verantwortungsteilung zwischen Staat, Bürgern und Gesellschaft bei der Regulierung des Internets *Schoch* VVDStRL 57 (1998), 158, 163; *Thiel*, Die »Entgrenzung« der Gefahrenabwehr, 2011, S. 18 ff.

82 Vgl. auch die Warnungen vor den Gefahren einer Privatisierung der Rechtsdurchsetzung im Internet bei *Katyal* Yale L. Journal 112 (2003), 2261, 2281 ff.

83 *Hobbes* (Fn 75), S. 151 ff..

84 *Hobbes* (Fn 75), S. 249.

85 *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, hrsg. v. Euchner, 1977, 2. Abhandlung, § 124 (S. 278 f.). Vgl. dazu *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2007, S. 204 f.

86 Zu den Gefahren durch ein Tätigwerden interessengeleiteter Privater statt objektiv ermittelnder Behörden auch *Sieber* (Fn 21), C 100.

87 Vgl. dazu *Gercke*, in: *Gercke/Brunst* (Fn 6), S. 38 f.

88 Zu diesem Ausgangspunkt *Kleszczewski* ZStW 123 (2011), 737, 757.

89 Umfassend zu (existierende und zu schaffenden) Ermittlungsbefugnissen *Kudlich* GA 2011, 193, 198 ff.; *Sieber* (Fn 21), C 103 ff. Zum Zugriffsrecht auf Bestands-, Verkehrs- und Inhaltsdaten *Gercke* GA 2012, 474, 481 ff.

dem der Staat die Verantwortung für die Rechtsdurchsetzung übernimmt, kann er die Privaten aus dem Bereich der Rechtsverfolgung und -durchsetzung zurückdrängen. Ein deutliches Zeichen dafür wäre die Schaffung des Beweisverwertungsverbots für digitale Konterbande. Es zeigte nicht nur, dass der Staat seine Schutzverantwortung ernst nimmt. Es machte auch deutlich, dass der Staat Rechtsverletzungen weder auf Seiten der Inhalteanbieter noch auf Seiten der Inhaltenutzer toleriert und die Geltung strafrechtlich abgesicherter Verhaltensnormen in jedem Fall garantiert. Vor allem aber könnte sich eine Diskussion um ein solches Verwertungsverbot als rechtspolitisch ratsam erweisen. Denn in der Diskussion ließe sich klar herausstellen, vor welcher Wahl die Internet-Community letztlich steht: Sie kann die formellen staatlichen Rechtsdurchsetzungsmaßnahmen ablehnen, muss dann aber in Kauf nehmen, dass sich die Musik- und Filmindustrie bzw. die von ihr beauftragten Agenturen mit zweifelhaften und weitgehend unkontrollierten Methoden wehren. Wer dies nicht will, sollte mehr Zutrauen in den grundrechtsgebundenen und demokratisch legitimierten Rechtsstaat haben und ihn mit den erforderlichen Mitteln zur Rechtsdurchsetzung ausstatten.

Sollte der Zeitpunkt kommen, in dem die Einführung eines Beweisverwertungsverbots wegen der Zunahme digitaler Konterbande kriminalpolitisch notwendig und aus den genannten Gründen netzpolitisch opportun erscheint, ist zu entscheiden, wer eine entsprechende Regel schafft. In der Vergangenheit war es nicht selten die Rechtsprechung, die rechtspolitische Versäumnisse des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts auszugleichen hatte. Eine richterrechtliche Lösung drohte freilich die oben betonte dogmatische Alleinstellung eines Verwertungsverbots als Folge einer Straftat Privater zu verschleiern. Der Sonderfall, der – wie wir gesehen haben – nicht auf allgemeingültigen dogmatischen Grundsätzen ruht, erschiene wie das Ergebnis einer Anwendung geltender dogmatischer Regeln. Will man dies mitsamt den oben gezeigten systematischen Friktionen verhindern und stattdessen die Exzeptionalität eines Beweisverwertungsverbots als Folge einer Straftat von Privaten herausstellen, sollte der Gesetzgeber tätig werden;⁹⁰ idealerweise nicht der deutsche, sondern der europäische. Für die Schaffung einer solchen Regelung verfügt die EU nicht nur über eine formelle Kompetenz – eine supranationale Vorschrift hätte auch eine materielle Berechtigung.

⁹⁰ Es könnte ein Baustein einer umfassenderen Anpassung der StPO an die Herausforderungen der Informationstechnik sein, deren Fehlen Sieber (Fn 21), C 66, mit Recht konstatiert.