

Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung: zugleich ein Beitrag zur Systematisierung der Beweisverbotslehre

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2013. "Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung: zugleich ein Beitrag zur Systematisierung der Beweisverbotslehre." *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 160 (4): 206-25.

Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung

Zugleich ein Beitrag zur Systematisierung der Beweisverbotslehre

*Von Professor Dr. Johannes Kaspar, Augsburg**

Durch neue Entwicklungen im Bereich der Wirtschaftskriminalität, insbesondere durch die Fälle des staatlichen Ankaufs illegal erlangter Steuerdaten, hat die Thematik der rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung aktuell große Bedeutung erlangt. Vielfach wird ein Beweisverwertungsverbot zumindest dann gefordert, wenn sich der private Beweisbeschaffer strafbar gemacht hat. Auf dem Boden der herkömmlichen Beweisverbotslehre sowie unter Zuhilfenahme verfassungsrechtlicher Erwägungen ist dies abzulehnen und vielmehr von der vollständigen Irrelevanz der Strafbarkeit der Beschaffung auszugehen – sofern man es tatsächlich mit rein privatem Verhalten zu tun hat. Zuvor ist die bislang noch nicht ausreichend geklärte Frage zu beantworten, unter welchen Umständen man das private Verhalten dem Staat zurechnen kann, was nach hier vertretener Ansicht nur bei bewusster und maßgeblicher staatlicher Beteiligung zu bejahen ist. In den bisher bekannt gewordenen Fällen der von Privaten beschafften Steuerdaten scheiden eine Zurechnung gegenüber dem Staat und damit ein Verwertungsverbot nach Ansicht des Verfassers daher aus.

A. Einführung und Problemstellung

I. Aktualität des Themas

Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die von Privatpersonen rechtswidrig beschafft wurden, beschäftigt Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft schon seit längerer Zeit. Heimliche private Tonbandaufnahmen haben dabei eine Rolle gespielt,¹ aber auch die Frage, ob ein entwendetes Tagebuch und dessen Inhalt im Strafprozess verwertet werden darf.² Das Thema ist aus verschiedenen Gründen zugleich von aktuellem Interesse. Zunächst haben sich die technischen Möglichkeiten für Privatpersonen, Beweismaterial zu erlangen, rasant weiter entwickelt. Hier lassen sich die Aktivitäten sog. »Hacker« einordnen, wenn sie in Datennetze eindringen und dabei Informationen sammeln. Aber auch außerhalb des Internets wirkt sich der technologische Fortschritt in dieser Weise aus. Heute können z. B. mit jedem Handy Bild- und Tonaufnahmen gefertigt, in großem Umfang gespeichert und vervielfältigt werden. Ebenfalls hierunter fällt die unternehmensinterne Überwachung von Mitarbeitern durch Datenabgleich und Videoüberwachung.³ Noch aufsehenerregender war allerdings die sog. Steuerdaten-Affäre, bei der zunächst in Liechtenstein, später auch in der Schweiz, Bankdaten von deutschen Kunden in strafbarer Weise⁴ auf Daten-CDs gespeichert und anschließend den deutschen Behörden zum Kauf angeboten wurden.⁵

* Der Beitrag ist eine leicht überarbeitete Fassung des Habilitationsvortrags, den der *Verfasser* am 28.7.2011 an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München gehalten hat.

1 Siehe BGHSt 14, 358; 36, 167; vgl. auch BVerfGE 34, 238.

2 Siehe BGHSt 19, 325.

3 S. dazu *Jahn*, FS Stöckel, 2010, 279; *Knierim* StV 2009, 324.

4 Zur Strafbarkeit der Datenbeschaffung und -veräußerung nach Schweizer Strafrecht siehe nur *Eicker Jusletter* 30 (August 2010) sowie *Ostendorf* ZIS 2010, 303.

5 Siehe statt vieler nur *Sieber* NJW 2008, 881; *Ostendorf* ZIS 2010, 301; *Satzger*, FS Achenbach, 2011, 447; jeweils mit zahlreichen w. N.

Einen weiteren Anlass zur Beschäftigung mit der Thematik liefert das Wirtschaftsstrafrecht, das sich dynamisch entwickelt. Der private Beweisbeschaffer hat hier lediglich einen neumodischen Namen bekommen: Als »whistleblower« ist er in aller Munde.⁶ Zugleich scheint sich – nicht zuletzt als Folge der Siemens-Korruptions-Affäre⁷ – eine neue Form des internen Umgangs mit Unternehmenskriminalität abzuzeichnen. Es werden verstärkt »unternehmensinterne Ermittlungen« durchgeführt, entweder durch hauseigene »Compliance«-Beauftragte oder durch externe Anwaltskanzleien.⁸ Das wirft eine ganze Reihe von Fragen auf, darunter auch die Problematik, inwiefern auf diese Weise erhobene Beweise, die möglicherweise unter Ausnutzung arbeitsrechtlicher Mitwirkungs- und Aussagepflichten erlangt wurden, in einem anschließenden Strafprozess gegen den Mitarbeiter verwertet werden dürfen.⁹ Ob diese Erscheinung tatsächlich noch weiter zunehmen wird, sich vielleicht sogar eine Art »zweite Spur« des Ermittlungsverfahrens entwickelt,¹⁰ ist noch nicht abzusehen. Sicher ist aber schon jetzt, dass hier im Gegensatz zur punktuellen privaten Ermittlung durch einzelne Personen eine systematischere und professionellere Tätigkeit im Raum steht, die strukturell den staatlichen Ermittlungen zumindest ähnelt.¹¹ Der Rechtsvorstand der Siemens-AG wird im Hinblick auf die Einrichtung einer Compliance-Abteilung bemerkenswerterweise mit folgender Äußerung zitiert: »Wir haben jetzt fast unser eigenes FBI«. ¹² Dass hier ein erhöhtes Gefahrenpotenzial auch im Hinblick auf die Grenzen des Rechts überschreitende »Ermittlungsmaßnahmen« besteht, liegt auf der Hand.¹³

Die Frage einer privaten strafbaren Beweisbeschaffung und deren strafprozessualer Folgen wird sich also, so die Prognose, in der nächsten Zeit häufiger stellen.¹⁴ Ganz folgerichtig ist die Thematik auch kriminalpolitisch in der Diskussion (vgl. auch die Strafrechtslehrertagung in Zürich im Mai 2013). So hat sich die strafrechtliche Abteilung des 67. Deutschen Juristentages bereits im Jahr 2008 u. a. mit diesem Spezialproblem der Beweisverbotslehre befasst. Dabei wurde mehrheitlich dafür plädiert, dass Erkenntnisse aus Ermittlungen von Privatpersonen nicht nur unverwertbar sind, wenn diese »unter Verletzung der Menschenwürde« erlangt wurden, sondern (ohne jede Einschränkung) auch, wenn dabei »mit strafbaren Mitteln« vorgegangen wurde.¹⁵

Diese Vorgehensweise hat den Vorteil einer vergleichsweise klaren Lösung, die in ihrer Rigidität aber kriminalpolitisch fragwürdig ist und zugleich nicht der aktuellen Rechtslage entspricht. Vielmehr hat de lege lata, so die im Folgenden näher zu entfaltende »Irrelevanzthese«, die Tatsache der Strafbarkeit des privaten Handelns auf die Frage der Verwertbarkeit im anschließenden Strafprozess überhaupt keinen unmittelbaren Einfluss.¹⁶ Entscheidend ist vielmehr stets das staatliche Handeln. Wie sich zeigen wird, lässt sich

6 Siehe dazu nur Koch ZIS 2008, 500 sowie aus kriminologischer Sicht Kölbl/Herold MSchKrim 2010, 425.

7 Siehe Knierim, FS Volk, 2009, 248.

8 Siehe nur Knierim StV 2009, 324; Theile StV 2011, 381; Wastl ZRP 2011, 57; Knauer ZWH 2012, 41 ff. sowie 81 ff.; zur Dienstleistung der »Forensic Services« siehe ausführlich Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, 15 ff.

9 Siehe dazu Bittmann/Molkenbur wistra 2009, 373.

10 Siehe auch Jahn, Gutachten zum 67. DJT, 2008, C 100: »Parallelverfahren zur StPO«.

11 Vgl. Ambos Beweisverwertungsverbote, 2010, 127: »staatsähnliche private Ermittlungen«. Zur sich schon damals abzeichnenden »Hochkonjunktur« privater Ermittler siehe Knierim (Fn 7), 248, 253.

12 Siehe die Nachweise bei Jahn StV 2009, 41 ff.

13 Zu den Strafbarkeitsrisiken bei IT-gestützten Ermittlungen siehe Schuster ZIS 2010, 68.

14 So auch Brunhöber GA 2010, 571, 588.

15 DJT (Hrsg.), Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages, 2008, 14. Für generelle Unverwertbarkeit bei privatem Handeln auch Bockemühl Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, 125 ff.; Hassemer/Matussek Das Opfer als Verfolger, 1996, 77; Joerden JuS 1993, 927 f.; Koriath Über Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 1994, 102.

16 Siehe auch Jäger Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, 222.

ein erheblicher Teil der vermeintlich reinen »Privatfälle« durch eine Identifizierung des gleichzeitig vorliegenden möglicherweise rechtswidrigen staatlichen Akts zumindest in bekannte Bahnen lenken und dann einer Lösung zuführen. Erst nach Abschichtung der Konstellationen einer solchen »dualen Rechtswidrigkeit«,¹⁷ wie dies hier bezeichnet werden soll, stellt sich das Problem, wie die Fälle zu beurteilen sind, bei denen tatsächlich rein privates Verhalten im Raum steht.

II. Klarstellungen zur Terminologie

Dass im Folgenden überhaupt von privater »Beweisbeschaffung« oder »Ermittlung« gesprochen wird, geschieht der Anschaulichkeit halber, ist aber nicht ganz präzise. Natürlich ist rein faktisches Handeln von Privaten außerhalb eines Strafverfahrens weder eine echte (staatliche) »Ermittlung« im technischen Sinn, noch haben die dabei eingeholten Informationen oder beschafften Gegenstände den Charakter von »Beweismitteln«, den sie erst im Kontext eines staatlichen Ermittlungsverfahrens erlangen.¹⁸ Diese Klarstellung ist wichtig, weil die Begrifflichkeiten eine Nähe zum staatlichen Handeln suggerieren, die nicht per se angenommen werden kann und auch vor dem Hintergrund der jeweils unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Bindungen nicht überzeugt.

Dabei ist zunächst klarzustellen, dass auch private »Ermittlungen« erlaubt sind, solange sie nicht gegen Gesetze verstoßen. Nachforschungen des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers sind in der StPO ausdrücklich anerkannt, und zwar im Recht der Wiederaufnahme in § 364b I Nr. 1 StPO.¹⁹ Aber auch eigene Ermittlungen durch den Verletzten oder durch neutrale dritte Personen sind nicht per se rechtlich bedenklich oder gar unzulässig. Weder aus dem Legalitätsprinzip noch aus einem »staatlichen Ermittlungsmonopol« lässt sich ein pauschales Verbot von privaten Nachforschungen ableiten.²⁰ Jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG umfasst solches Handeln ohne weiteres.²¹ Es ist daher ganz überflüssig und auch irreführend, die Menschenwürde des Beschuldigten²² oder umgekehrt das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Verletzten einer Straftat²³ quasi als »Anspruchsgrundlage« zu bemühen, um hier zu einer begrenzten »Ermittlungsbefugnis« zu gelangen – zumal diese für neutrale Dritte dann gerade nicht gelten würde. Mit solchen Formulierungen wird suggeriert, als sei dem Bürger alles verboten, was nicht ausdrücklich erlaubt sei. Unter der Geltung des Grundgesetzes ist eine

17 Vgl. die von Kölbl NStZ 2008, 242 erwähnte »Doppelrechtswidrigkeit«, wobei das Verwertungsverbot dann offenbar auf beide Säulen gestützt werden soll.

18 Vgl. LG Düsseldorf NStZ-RR 2011, 84. Ähnlich aus zivilprozessualer Sicht Dauster/Braun NJW 2000, 318.

19 Vgl. den Hinweis von Brunhöber GA 2010, 574.

20 A. A. Mende Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, 2001, 154; vgl. auch Brunhöber GA 2010, 574 f.

21 Siehe auch LR-Gless, 26. Aufl. (2007), § 136a Rn 10, wonach die Handlungsfreiheit des Bürgers nicht durch das Prozessrecht begrenzt werde. Missverständlich ist dann aber die folgende Aussage, wonach die Handlungsfreiheit durch »das Grundgesetz« begrenzt werde; natürlich können, wie schon die Schrankenregelung des Art. 2 I GG zeigt, die (Grund-)Rechte Dritter hier eine Grenze ziehen, was der Staat bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung zu berücksichtigen hat. Der Private ist selbst aber gerade nicht grundrechtsgebunden, d. h. innerhalb der Gesetze darf er sich frei bewegen.

22 Brunhöber GA 2010, 571, 572 f.

23 Siehe aber die ausführliche Diskussion der »Ermittlungsbefugnis« des Geschädigten einer Straftat bei Krey Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, 1994, 38, wo u. a. das »Menschenbild des Grundgesetzes« herangezogen wird. Siehe auch Frank Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, 1996; Godenzi (Fn 8), 70 ff., die die Ableitung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ablehnt, den Bezug zur allgemeinen Handlungsfreiheit aber nicht deutlich genug herausstellt und zudem auf den (m. E. nicht entscheidenden) Gesichtspunkt der Geltendmachung zivilrechtlicher Ersatzansprüche abstellt (a. a. O., 112 f.).

derartige Auffassung jedoch nicht haltbar²⁴ und stellt die Dinge geradezu auf den Kopf: Der Bürger benötigt – im Gegensatz zu staatlichen Akteuren – für sein Handeln keine »Befugnis«. Vielmehr muss umgekehrt der Staat eine gesetzliche Regelung schaffen, wenn er ein bestimmtes privates Verhalten unterbinden will.²⁵ Entgegen *Hassemer* und *Matussek* kann man das gegenteilige Ergebnis auch nicht aus der angeblichen »Kontaminierung« des Verfahrens ableiten, wenn die so gewonnenen Beweise zum Akteninhalt werden²⁶ – dafür müsste eine entsprechende Verbotsnorm geschaffen werden. Der natürlich denkbaren Einseitigkeit privater Ermittlungstätigkeit kann und muss im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung begegnet werden, per se ausgeschlossen ist sie aber nicht.

Zu erwähnen ist noch, dass im Folgenden nicht nur auf einfach »rechtswidriges Verhalten« von Privaten, sondern auf gesteigertes Unrecht i. S. strafbaren Verhaltens eingegangen wird. Wenn überhaupt, müssten Konsequenzen für die Verwertungsfrage aus der damit verbundenen besonderen Sozialschädlichkeit des Verhaltens folgen. Nicht hierunter fallen damit die Konstellationen, in denen die private Handlung nicht strafbar ist, weil ein Rechtfertigungsgrund eingreift. Die überwiegende Ansicht geht zu Recht davon aus, dass beispielsweise die heimliche Tonbandaufnahme des Telefonanrufs eines Erpressers nicht gemäß § 201 StGB strafbar ist, sondern als »kommunikative Gegenwehr« gemäß § 32 StGB gerechtfertigt ist.²⁷

B. Grundlagen der Beweisverbotslehre

Um den Sonderfall der privaten Beweisbeschaffung näher beleuchten zu können, soll im Folgenden kurz auf einige allgemeine Grundlagen der Beweisverbotslehre eingegangen werden, die im Normalfall des staatlichen Handelns gelten. Dabei stößt man auf die Schwierigkeit, dass sich in Literatur und Rechtsprechung kein einheitliches Bild abzeichnet. Kaum ein strafprozessuales Problem wird so kontrovers diskutiert wie die Reichweite und Funktion der Beweisverwertungsverbote. Daraus resultierend – eine ausführliche Auseinandersetzung würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen – kann hier nur die Darstellung einiger weitgehend konsentierter Elemente sowie der wichtigsten Theorien zu diesem Fragenkreis erfolgen. Auf dieser Grundlage wird im Anschluss die Frage der privaten Beweisbeschaffung erörtert und dabei der Versuch unternommen, in diesem Teilbereich für mehr Klarheit zu sorgen und damit zu einer ergänzenden Systematisierung der Beweisverbotslehre beizutragen.

Weitgehende Einigkeit besteht immerhin im Hinblick auf die Terminologie. Man geht im Anschluss an *Beling* überwiegend von den »Beweisverboten« als Oberbegriff aus²⁸ und unterscheidet dann weiter zwischen »Beweiserhebungsverboten« und »Beweisverwertungsverboten«.²⁹ Gängig ist weiterhin die von *Rogall* eingeführte Unterscheidung von unselbständigen und selbständigen Beweisverwertungsverboten.³⁰

Bei einem selbständigen Beweisverwertungsverbot richtet sich der Blick allein auf den staatlichen Akt der Verwertung. Auf die Rechtmäßigkeit der vorangegangenen Beweis-

24 Siehe auch *Volk* Grundkurs StPO, 7. Aufl. (2010), Rn 35, der zutreffend darauf hinweist, dass nur das materielle Recht hier eine Grenze zieht. Sofern kein Verbot existiert, ist das Verhalten somit zulässig.

25 Insofern ist auch der von *Knierer* (Fn 7), 248, 258 betonte »Vorrang des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs«, der sich auch auf das »Recht der Beweissammlung« erstreckt und nur in bestimmten Ausnahmefällen durchbrochen werde, nicht überzeugend – denn ein »Recht der Beweissammlung« benötigt nun einmal nur der Staat, aber nicht der Bürger, so dass sich die Frage des Vorrangs gar nicht stellt.

26 Siehe *Hassemer/Matussek* (Fn 15), 25.

27 Siehe nur *Amelung* GA 1982, 398 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rn 102. Weitere Beispiele bei *Brunhöber* GA 2010, 571, 579 ff.

28 *Beling* Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozeß, 1903.

29 Siehe nur *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. (2010), 112 ff.

30 *Rogall* ZStW 91 (1979), 3 f.

erhebung kommt es dagegen nicht an. Selbständige Beweisverwertungsverbote können sich aus dem Gesetz, vor allem aber unmittelbar aus der Verfassung ergeben. Dieser Hintergrund zeigt, dass es falsch wäre, aus der Rechtmäßigkeit des privaten Handelns, etwa bei Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes, automatisch auf die Verwertbarkeit des Beweises zu schließen.³¹ Gerade das Beispiel der Notwehr zeigt, dass Private teilweise weniger strengen Bindungen unterliegen als staatliche Akteure. Hier stoßen wir m. a. W. auf Fälle erlaubten privaten Verhaltens, das – als staatliches Handeln gedacht – unzulässig wäre.³²

Von unselbständigen Beweisverwertungsverböten ist dagegen bekanntlich die Rede, wenn sich das Verbot gerade aus dem Umstand der Verletzung eines Beweiserhebungsverbots ableiten soll. Ob die Rede von den »unselbständigen« Beweisverwertungsverböten überhaupt sinnvoll ist, wird in der neueren Literatur bezweifelt.³³ Zur Strukturierung der öhnehin schon recht zerfahrenen Diskussion soll im Folgenden an der hergebrachten Terminologie festgehalten werden. Man muss sich aber klar vor Augen halten, dass es hier keinen Automatismus gibt. Die Rechtsprechung und ganz h. M. in der Literatur gehen vielmehr davon aus, dass die rechtswidrige staatliche Beweiserhebung nicht zwangsläufig ein Verwertungsverbot nach sich zieht.³⁴ Als Argument wird insbesondere vorgebracht, dass nicht jeder auch nur geringfügige Verfahrensverstöß relevant werden könne, auch, weil ansonsten eine »Lahmlegung« der Justiz zu befürchten sei.³⁵

Wenn aus der Verletzung einer Beweiserhebungsnorm die Rechtsfolge der Unverwertbarkeit folgt, ist Gegenstand einer intensiven Kontroverse, die hier nicht annähernd vollständig nachgezeichnet werden kann. Die in der Literatur wohl überwiegende Ansicht folgt in verschiedenen Ausprägungen der sog. »Schutzzwecklehre«. Das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots soll davon abhängen, ob der Schutzzweck der verletzten Verfahrensregelung auch ein Verwertungsverbot gebietet.³⁶ Die Rechtsprechung favorisiert demgegenüber eine »Abwägungslösung«. Die Frage des Beweisverwertungsverbots soll hier – sofern sie nicht öhnehin wie z. B. in § 136a III StPO ausdrücklich geregelt ist – durch eine Abwägung der betroffenen Interessen entschieden werden.³⁷

Zu klären ist nun auf der Grundlage dieses grob skizzierten dogmatischen Fundaments, inwieweit die rechtswidrige Beweisbeschaffung durch Private ein unselbständiges oder zumindest ein selbständiges Beweisverbot begründen kann.

C. Unselbständige Beweisverböte nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung?

Auf den ersten Blick scheint bei der rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot nahe zu liegen. Denn gerade das vom Privaten verwirklichte strafbare Unrecht soll nach vielen Autoren und auch nach der oben erwähnten Beschlussfassung des Deutschen Juristentages zu einem Verwertungsverbot führen.

³¹ Siehe dazu auch *Bockemühl* (Fn 15), 116 ff.

³² Eine andere Frage ist, ob der damit vor allem angesprochene weitgehende Verzicht auf Verhältnismäßigkeitserwägungen im Bereich der Notwehr legitimierbar ist, siehe dazu die berechtigten Gegenargumente von *Bilbe* GA 2011, 145 sowie demnächst meine Ausführungen in: *Kaspar Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht* (bislang unveröffentlichte Habilitationsschrift, erscheint 2013).

³³ Siehe *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. (2012), § 24 Rn 21 Fn 2.

³⁴ Siehe die zahlreichen Nachweise bei *Ambos* (Fn 11), 22 Fn 39; nach dem BVerfG gilt das selbst für eine verfassungswidrige Beweiserhebung, die nur bei schwerwiegendem oder bewusst bzw. willkürlich begangenen Handeln zu einem Verwertungsverbot führen soll, siehe BVerfG NJW 2006, 2686; nach BVerfG NJW 2009, 2686 soll es nicht einmal dann automatisch zum Verwertungsverbot kommen, krit. *Schwabenbauer* NJW 2009, 3207; *Wolter*, FS Roxin, 2011, 1263 f.

³⁵ Dies wird insbesondere im Hinblick auf die Frage einer »Fernwirkung« von Beweisverböten vorgebracht, vgl. *Roxin/Schünemann* (Fn 33), § 24 Rn 59.

³⁶ Siehe nur *Beulke* Jura 2008, 653.

³⁷ Siehe nur BGHSt 44, 243, 248 f.

Die Annahme eines solchen Beweisverwertungsverbots setzt allerdings nicht irgendein rechtswidriges Verhalten voraus, sondern gerade den Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot. Lässt sich für den Fall des privaten Handelns schon ein solcher Verstoß nicht feststellen, kann auch eine Entscheidung zwischen den eben genannten theoretischen Ansätzen unterbleiben. Es gilt also, die vom Privaten möglicherweise verletzte »Beweiserhebungsnorm« zu identifizieren.

1. Materielle Strafgesetze als Beweiserhebungsverbote?

Zunächst könnte man an die durch den Privaten verletzten materiellen Strafgesetze denken. Dafür müssten diese aber quasi einen »Doppelcharakter« als materielle Regelungen mit zugleich prozessualer Relevanz aufweisen. Ein derartiger Charakter ist schon für staatliches Handeln alles andere als unumstritten. Zwar »gelten« die Strafgesetze natürlich auch für staatliche Akteure im Rahmen ihrer Ermittlungen. Und doch ist nicht zu übersehen, dass Wortlaut, Systematik und Telos der materiellen Strafgesetze spezifische prozessuale Rechtsfolgen eines Verstoßes nicht nahelegen.³⁸ Schon deshalb erscheint es als zu pauschal, wenn vertreten wird, dass jede staatliche Beweismittelbeschaffung, bei der Strafgesetze verletzt werden, ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen soll.³⁹ So wäre etwa die fahrlässige Körperverletzung, die dem Arzt im Rahmen der ansonsten ordnungsgemäßen Entnahme einer Blutprobe unterläuft, ersichtlich kein Grund, an der Verwertbarkeit des Beweismittels zu zweifeln. Richtig erscheint dagegen die Erwägung, dass aus dem Rechtsstaatsprinzip als übergeordnetem Verfassungsgrundsatz folgt, dass staatliche Akteure sich prinzipiell an Recht und Gesetz, vor allem das Strafgesetz, halten müssen und dass daher bei einem vorsätzlichen Verstoß gegen Strafnormen unter diesem Aspekt ein Verwertungsverbot in Betracht kommt. Aber selbst dann wird man eine Abwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls einschließlich der Schwere der Straftat vornehmen müssen. Mitentscheidend muss dabei sein, ob die strafbare Handlung nur bei Gelegenheit der Beweisbeschaffung erfolgte (etwa: eine vorsätzliche Körperverletzung des Arztes im obigen Beispiel aus privaten Gründen), oder ob die Straftat final auf die Erlangung des Beweismittels gerichtet war. Das *LG Bochum* hat in seiner Entscheidung zum Fall »Liechtenstein« die Problematik nicht weiter erörtert, sondern auch bei zugrunde gelegter Annahme der Strafbarkeit der handelnden Beamten eine Abwägung vorgenommen und im Ergebnis die Verwertbarkeit der Daten bejaht, was vom *BVerfG* verfassungsrechtlich nicht beanstandet wurde.⁴⁰

Die Frage kann hier sogar offen bleiben, weil es (vorbehaltlich der Frage der Zurechnung zum Staat, die sogleich noch geklärt wird) um privates Handeln geht. Da der übergeordnete Verfassungsgrundsatz des Rechtsstaatsprinzips hier nicht unmittelbar gilt, fehlt es an der verbindenden Klammer von materiellem Strafrecht und Prozessrecht, die erst die prozessuale Relevanz der Strafrechtsverletzung herstellen kann.⁴¹ Der Private verletzt

38 Vgl. *Godenzi* (Fn 8), 236; siehe auch *Störmer* Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992, 118; *SK-Rogall*, 4. Aufl. (2010), § 136a Rn 17; *ders.* JZ 2008, 828; *Eckhardt* Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung, 2009, 12 f.

39 Siehe *Otto*, FS Kleinknecht, 1985, 338; *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), Rn 481: jede »Mitwirkung an strafbaren Handlungen« führe zum Beweisverwertungsverbot. Tendenziell auch *Roxin/Schünemann* (Fn 33), § 24 Rn 54: »alle auf strafbarem Weg erlangten Beweise« seien unverwertbar, wobei kurz zuvor die Einschränkung gemacht wird, dass nicht »zum Zwecke der Strafverfolgung« Straftaten begangen werden dürften – letzteres entspricht auch der hier vertretenen Ansicht.

40 *LG Bochum* NStZ 2010, 351 sowie *BVerfG* NJW 2011, 2417 ff. S. auch *LG Düsseldorf* NStZ-RR 2011, 84.

41 So im Ergebnis auch bereits *Kleinknecht* NJW 1966, 1542. Vgl. aus zivilprozessualer Sicht *Dauster/Braun* NJW 2000, 318; *MüKo-Prütting*, ZPO, Band 1, 3. Aufl. (2008), § 284 Rn 66 mit zutreffendem Hinweis, dass die »Einheit der Rechtsordnung« kein Gegenargument ist.

also m. a. W. nur das Strafgesetz, aber damit nicht zugleich das Rechtsstaatsprinzip, an das er nicht gebunden ist. Hinzu kommt, dass der Private sich außerhalb des Kontexts eines staatlichen Ermittlungsverfahrens bewegt, selbst also keine »Beweise erhebt« und daher auch in seiner Bindung an die strafrechtlichen Gesetze nur schwer als einem »Beweiserhebungsverbot unterliegend« angesehen werden kann. Damit scheiden die materiellen Strafgesetze bei privatem Handeln als prozessuale Beweiserhebungsnormen aus. An ihre Verletzung kann daher kein unselbständiges Beweisverwertungsverbot geknüpft werden.⁴²

II. Beweiserhebungsvorschriften der StPO als Grenze privaten Handelns?

Denkbar wäre nun, die Beweiserhebungsnormen der StPO heranzuziehen,⁴³ insbesondere das Verbot bestimmter Vernehmungsmethoden in § 136a StPO. Solche Vorschriften begrenzen schon per definitionem die Beweiserhebung und können wie erwähnt Grundlage eines Beweisverwertungsverbotesein. Allerdings stellt sich hier die Frage der Geltung für Privatpersonen. Eine unmittelbare Geltung von § 136a StPO für Private wird vereinzelt vertreten,⁴⁴ allerdings mit durchweg nicht überzeugenden Argumenten. Wortlaut, systematische Stellung, aber auch der Sinn und Zweck der Norm sprechen deutlich dafür, dass sich der unmittelbare Geltungsbereich auf staatliche Vernehmungssituationen erstreckt, nicht aber auf Private.⁴⁵

Das schließt allerdings eine analoge Anwendung der Norm nicht aus. Dabei müssen zwei Konstellationen unterschieden werden. Zum einen geht es um die Frage, ob andere Vorgänge außerhalb echter Vernehmungen, sog. »vernehmungähnliche Situationen«, die aber doch innerhalb der staatlichen Sphäre stattfinden, einer analogen Anwendung von § 136a StPO zugänglich sind. Darauf wird sogleich bei der Erörterung der Zurechnungsproblematik zurückgekommen. Zum anderen stellt sich – noch weitergehend – die Frage, ob § 136a StPO generell auf privates Handeln anwendbar ist, wie es in der Literatur vertreten wird. § 136a StPO soll sich demnach auf Vorgänge ohne jegliche staatliche Beteiligung erstrecken, auf Vorgänge also, die deswegen auch naturgemäß keine echte »Vernehmung« sein können.⁴⁶ Genau genommen ist hier also eine »doppelte Analogie« zu begründen. Der Sache nach wird das von *Jahn* vertreten: Er bejaht eine von ihm sog. »horizontale Drittwirkung« von § 136a StPO.⁴⁷ Die dabei vorgetragenen Argumente können aber nicht recht überzeugen. Wortlaut und Systematik sprechen deutlich für eine Beschränkung auf staatliches Handeln und legen eine planwidrige Regelungslücke nicht nahe. Dass die Norm vom historischen Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Erfahrungen der NS-Zeit eingeführt wurde und dass damals auch nicht-staatliche Organisationen eine unrühmliche Rolle im Rahmen der Strafverfolgung gespielt haben,⁴⁸ ist sicher zutreffend, unterschlägt aber wohl die zumindest faktische Einbindung dieser Organisationen in den politischen Machtapparat (die dann wiederum Grundlage einer Zurechnung sein könnte). Es bleibt also dabei, dass die Beweiserhebungsnormen der StPO, einschließlich § 136a StPO, weder direkt noch analog auf rein privates Handeln anwendbar sind.⁴⁹ Erst recht gilt dies bei

42 Insofern ist es konsequent, bei einer Aussage des nach § 53 StPO Zeugnisverweigerungsberechtigten, die unter Verstoß gegen § 203 StGB vorgenommen wird, kein Verwertungsverbot anzunehmen, siehe BGHS 9, 59; *Voll* (Fn 19), § 28 Rn 17; *Meyer-Göfner*, StPO, 55. Aufl. (2012), § 53 Rn 6.

43 Dazu zählen u. a. die §§ 52 III 1, 161 a I 2, 136 I 2, 163 a IV 2 StPO.

44 *Gössel* Strafverfahrensrecht, 1977, § 23 B II c).

45 Ganz h. M., siehe nur *LR-Gleß*, § 136a Rn 6; *Brunhöber* GA 2010, 576; jeweils m. w. N.

46 Siehe *Jahn* JuS 2000, 441; *AK-Gundlach*, 1992, § 136a Rn 13.

47 *Jahn* (Fn 10), C 102.

48 *Jahn* (Fn 10), C 102.

49 H.M., siehe die Nachweise bei *Meyer-Göfner*, § 136a Rn 3; aber auch *Ambos* (Fn 11), 107 f., der zumin-

anderen Beweiserhebungsnormen der StPO:⁵⁰ Ein vom Privaten bei seinen Nachforschungen begangener Hausfriedensbruch beispielsweise ist kein Verstoß gegen die Vorschriften über die Durchsuchung gemäß den §§ 102 ff. StPO. Die Entwendung von Urkunden oder anderen Beweismitteln ist kein Verstoß gegen die Beschlagnahmenvorschriften nach den §§ 94 ff. StPO. Als Grundlage eines unselbständigen Beweisverwertungsverbots kommen die Regelungen der StPO mangels Geltung für Private daher nicht in Betracht.

III. Zurechnung des privaten Handelns zur staatlichen Sphäre

Das Ergebnis, dass das strafbare private Verhalten i. S. der bereits oben formulierten »Irrelevanzthese« unmittelbar kein Verwertungsverbot begründen kann, entspricht der wohl noch überwiegenden Ansicht im strafprozessualen Schrifttum.⁵¹ Häufig anzutreffen ist allerdings der Hinweis auf eine denkbare »Ausnahme« von diesem Grundsatz, nämlich dann, wenn das private Verhalten dem Staat zurechenbar ist. Das sei etwa bei gezielter staatlicher Veranlassung des Privaten zu einer dem Staat verbotenen Vernehmungsmethode, insbesondere bei einem durch Folter erpressten Geständnis des Beschuldigten, anzunehmen.⁵² In der Tat kann man bei Bejahung der Zurechnung ein (auch) staatliches rechtswidriges Handeln annehmen, also die oben bereits erwähnte »duale Rechtswidrigkeit«. Diese ist dann im Hinblick auf ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot nach den herkömmlichen Regeln zu würdigen. Hier ist allerdings noch vieles nicht ausreichend geklärt,⁵³ insbesondere die Frage, welche Zurechnungsmaßstäbe angelegt werden müssen, um das private Handeln als »staatliches« verstehen zu können. Nun liegt es schon terminologisch sehr nahe, die Kriterien der strafrechtlichen Lehre der »objektiven Zurechnung« heranzuziehen.⁵⁴ Die Regeln über Täterschaft und Teilnahme (§§ 25 ff. StGB) könnten ebenfalls bemüht werden, um eine »Verantwortlichkeit« des Staates für das private Handeln zu begründen.⁵⁵ Schon die unterschiedliche Ausgestaltung und Funktion von materiellem Strafrecht einerseits und Prozessrecht andererseits mahnt hier allerdings zu Zurückhaltung und Differenzierung. Dabei ist es hilfreich, die Zurechnungsfrage getrennt nach der jeweils in Rede stehenden Beweiserhebungsnorm zu beantworten.

1. Materiell-strafrechtliche Zurechnung

Zieht man die materiellen Strafnormen als denkbare Beweiserhebungsverbote heran, liegt es zugleich nahe, die Zurechnungsfrage anhand der Kategorien des materiellen Rechts zu entscheiden. Allerdings wurde oben klargestellt, dass die Strafbarkeit des Ver-

dest bei einem Verstoß gegen die Menschenwürde die Analogie zu § 136a StPO befürwortet (so offenbar auch Meyer-Gofner, § 136a Rn 3).

50 Ein solcher Erst-Recht-Schluss zur Nichtgeltung von § 136a StPO wird angedeutet bei Krey (Fn 23), 99 f.

51 Siehe nur Meyer-Gofner, § 136a Rn 3; Beulke (Fn 39), Rn 131.

52 Meyer-Gofner, § 136a Rn 3.

53 Siehe auch Gaede StV 2004, 52; Jahn (Fn 10), C 101.

54 Den Zusammenhang stellt Godenzi (Fn 8), 172 ff. her. Siehe auch Gaede StV 2004, 51 f. auf der Grundlage der Rechtsprechung des EGMR; ebenso Wolter ZIS 2012, 240 ff.

55 Deren zumindest sinngemäße Anwendung wird von manchen Autoren zumindest angedeutet, in der Regel aber nicht näher begründet. Siehe etwa Godenzi (Fn 8), 123 (»Anstiftung« durch den Staat) sowie a. a. O., 129 (»staatliche Gehilfenschaft«). Ausdrücklich auf die »mittelbare Täterschaft« bezieht sich Bockemühl (Fn 15), 19, der in Fn 13 auf den »Täter hinter dem Täter« verweist. Es ist aber fraglich, ob hier ein »Defizit« des Vordermannes (etwa durch Bejahung eines »organisatorischen Machtapparats) begründbar ist und – noch gravierender – ob es auf ein solches »Defizit« überhaupt ankommt. Mende (Fn 20), 69 erwähnt sowohl die »Anstiftung« als auch die »mittelbare Täterschaft« des Staates. Eckhardt (Fn 38), 119 wiederum erwähnt – obwohl er die Unabhängigkeit dieser Zurechnungsfrage von den Voraussetzungen der materiellen Strafbarkeit zutreffend erkennt (a. a. O., 110 f.) – die Mittäterschaft gemäß § 25 II als Modell. Vgl. auch Wolter ZIS 2012, 242 zur »Mittäterschaft« und »qualifizierten Anstiftung oder Beihilfe«.

haltens nur bei staatlichen Akteuren überhaupt als Auslöser eines Beweisverwertungsverbots in Frage kommt. Eine originär materiell-straftrechtliche Zurechnungsfrage stellt sich daher zunächst nur in der Weise, dass danach gefragt wird, ob sich die Vertreter des Staates bei der Beauftragung des Privaten selbst strafbar gemacht haben, im Folterbeispiel also etwa wegen Anstiftung oder Beihilfe zur gefährlichen oder schweren Körperverletzung. Hier geht es also um das »staatliche Vorverhalten«. Ist dieses strafbar, kann daran angeknüpft werden und die Verwertungsproblematik anhand der allgemeinen Grundsätze gelöst werden.

Allerdings führt dieser Ansatz bei den eingangs genannten Beispielen nicht zu einem Verwertungsverbot. Bei den unternehmensinternen Ermittlungen fehlt es in der Regel schon gänzlich an einem solchen vorangegangenen Handeln des Staates, das zumindest für eine Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Teilnahme in Betracht käme. Die Beweismittel werden dem Staat hier nur ex post übergeben, was offensichtlich keine strafrechtliche Verantwortung für das vorangegangene Tun begründen kann. Und selbst wenn staatliche Behörden zu einem früheren Zeitpunkt involviert sind, wird es an einem Vorsatz hinsichtlich möglicher strafbarer Handlungen der internen »Ermittler« fehlen.

Ohne hier weiter ins Detail gehen zu können, scheidet entgegen der h. M. im Schrifttum⁵⁶ auch im Fall Liechtenstein eine Strafbarkeit der Behördenmitarbeiter durch den Ankauf der Steuerdaten aus. Insbesondere liegt kein strafbarer Verrat von Betriebsgeheimnissen gemäß § 17 UWG vor, und zwar auch dann, wenn man nicht schon ein schützenswertes »Geheimnis« wegen des Bezugs der Bankdaten zu Steuerstraftaten verneint.⁵⁷ Denn der Informant darf solche Daten in »befugter« Weise den Behörden zum Zwecke der Strafverfolgung übergeben.⁵⁸ Dass er dafür Geld fordert, macht den Vorgang zweifellos anrühlich, ist aber für das geschützte Rechtsgut des § 17 UWG völlig unerheblich und ändert daher nichts an der genannten Befugnis zur Offenbarung.⁵⁹ Mangels vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat des Informanten fehlt dann bereits die Grundlage für eine strafbare Anstiftung⁶⁰ oder Beihilfe durch die staatlichen Behördenvertreter.

2. »Prozessuale Zurechnung«

Lässt sich strafbares Verhalten nur beim Privaten feststellen, kann »duale Rechtswidrigkeit«, die sich auch auf die staatlichen Behörden bezieht, somit nur auf andere, spezifisch strafprozessuale Weise begründet werden. Hier muss letztlich eine Zuordnung des Privaten zur Sphäre der staatlichen Strafverfolgung begründet werden. Diese genuin prozessuale Frage hängt ersichtlich nicht mit der Begründung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates für ein Verhalten bzw. mit der Begründung einer Art »Sanktion« durch ein Verwertungsverbot zusammen.⁶¹ Normen wie § 136a StPO enthalten zwar

56 Siehe die Nachweise bei *Ostendorf* ZIS 2010, 301 ff. sowie *Satzger* (Fn 5), 449 ff.

57 Das ist umstritten; a. A. etwa *Möhrenschlager* in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. (2007), 821; aus jüngerer Zeit siehe auch *Engländer/Zimmermann* NZWist 2012, 328.

58 So auch *Ostendorf* ZIS 2010, 301 ff.; *Satzger* (Fn 5), 449 ff.; ähnlich *Ambos* (Fn 11), 113, der ein »Recht zur Strafanzeige« allerdings als zu konturenlos ablehnt und vielmehr eine Rechtfertigung über § 34 StGB erwägt (allerdings mit Zweifeln hinsichtlich des subjektiven Rechtfertigungselements); für eine Lösung über § 34 StGB auch *Schroth* in: *Hilpert/Schroth* (Hrsg.), *Politik-Recht-Ethik*, 2011, 186. Siehe zu Ganzen auch die unterschiedlichen Stellungnahmen von *Lüderssen* und *Ambos* FAZ v. 11.2.2010, 6.

59 A. A. *Spatschek*, FS Volk, 780.

60 Diese bejahend *Schünemann* NStZ 2008, 308; ablehnend *Ostendorf* ZIS 2010, 304 f.

61 Zutreffend daher *Eckhardt* (Fn 38), 112, wonach es hier nicht um eine Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung ins Strafprozessrecht gehe. Zumindest missverständlich (da an die Frage der materiellen Strafbarkeit erinnernd) ist dann aber die an früherer Stelle verwendete Formulierung, wonach die Behörden für das zurechenbare private Verhalten »zur Verantwortung gezogen« werden könnten (a. a. O., 99).

einen »Tatbestand« und eine »Rechtsfolge« für den Fall des Verstoßes – damit sind die Gemeinsamkeiten zur materiellen Strafnorm aber auch schon weitgehend erschöpft.⁶² So wäre es sehr untypisch, wenn das Fehlverhalten einzelner Personen (rechtswidrige staatliche Beweiserhebung) mit einer Maßnahme (Beweisverwertungsverbot) »sanktioniert« würde, die gar nicht diese Personen, sondern (als denkbare Verhinderung der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs) die Allgemeinheit trifft.⁶³

Was hier also nötig wäre, ist eine Art prozessuale Zurechnungslehre für Verstöße gegen Beweiserhebungsnormen, die bislang kaum näher entfaltet wurde.⁶⁴ Zumeist wird nur schlagwortartig – inhaltlich durchaus überzeugend – auf den gezielten Einsatz von Privaten hingewiesen.⁶⁵ Auch der damit verbundene Aspekt der drohenden »Umgehung« prozessualer Normen wird in diesem Zusammenhang erwähnt.⁶⁶ Ansätze zu einer etwas fundierteren Lösung der Problematik lassen sich zunächst der Rechtsprechung zum Einsatz von V-Leuten im Rahmen der Untersuchungshaft entnehmen.

a) Rechtsprechung zu den Untersuchungshaftfällen

Diese Rechtsprechung bietet allerdings kein einheitliches Bild. So wurde beim gezielten Einsatz eines Mitgefangenen als »Lockspitzel«, um dem Zellengenossen in der Untersuchungshaft ein Geständnis zu entlocken, die Zurechenbarkeit und damit die Analogie zu § 136a StPO bejaht, so dass gemäß Absatz 3 dieser Vorschrift ein Verwertungsverbot angenommen wurde.⁶⁷ Dabei wurde allerdings entscheidend auf die Ausnutzung der Zwangslage der Untersuchungshaft abgestellt. In einer weiteren Entscheidung ging es um eine weibliche Gefangene, die schon mehrfach mit den Strafverfolgungsbehörden kooperiert hatte. Sie suggerierte der mit ihr in einer Zelle untergebrachten Beschuldigten, dass sie als Wahrsagerin übersinnliche Kräfte habe, und verabreichte ihr darüber hinaus Haschisch.⁶⁸ Über das auf diese Weise erzielte Geständnis der Beschuldigten informierte sie umgehend die Strafverfolgungsbehörden. Auch hier nahm der *BGH* ein Verwertungsverbot in Analogie zu § 136a StPO an, und zwar auch für den Fall, dass die »Wahrsagerin« nicht ausdrücklich und gezielt auf die Beschuldigte angesetzt worden sei. Innerhalb des »besonderen Gewaltverhältnisses« der Untersuchungshaft treffe den Staat, so der *BGH*, eine Fürsorgepflicht gegenüber den Insassen, so dass er sich massive Übergriffe auf deren Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde zurechnen lassen müsse.⁶⁹

Das ist im Ergebnis überzeugend, aber nicht in der Begründung. Vor allem bleibt die Bedeutung der – für sich genommen rechtmäßigen⁷⁰ – Zwangssituation der Untersuchungshaft für die Zurechnungsfrage unklar.⁷¹ Mit der Betonung des »Zwangs« scheint schon eine Subsumtion unter § 136a StPO analog zu erfolgen, noch bevor die logisch vorrangige Frage der Zurechnung zum Staat beantwortet ist. Auch der in der zweiten Entscheidung zusätzlich herangezogene Schutz- und Fürsorgeaspekt kann die Zurechnung

62 Siehe aber auch die Autoren, die einen stärkeren Zusammenhang andeuten, etwa *Wolter*, Festgabe 50 Jahre BGH, Band IV, 2000, 963, 981 (Strafverfolgungsorgane als »prozessuale Täter« von rechtswidrigem Verhalten, das mit einem Beweisverwertungsverbot »sanktioniert« wird); aber auch *ders.*, FS Roxin, 2001, 1162 f.

63 Vgl. zur damit verbundenen Frage, ob den Beweisverwertungsverböten eine »Disziplinierungsfunktion« zukommt *Roxin/Schünemann* (Fn 33), Rn 27.

64 Siehe allerdings die weiterführenden Überlegungen von *Eckhardt* (Fn 38), 79 ff.

65 *Beulke* Jura 2008, 662; *Volk* (Fn 24), § 28 Rn 36.

66 Er wird auch vom EGMR im Hinblick auf die EMRK bemüht, siehe *Gaede* StV 2004, 50.

67 BGHSt 34, 362; siehe auch BGH NSTz 1989, 33.

68 BGHSt 44, 129.

69 BGHSt 44, 129, 136 f.

70 Das wird auch von *Eckhardt* (Fn 38), 171 betont.

71 Siehe *Roxin* NSTz 1999, 150. Gegen deren Relevanz für das von ihm befürwortete »Ausforschungs- und Umgehungsverbot« auch *Wolter* (Fn 62), 976.

für sich genommen nicht begründen. Das zeigt eine leichte Abwandlung der erwähnten Fälle: Betätigt sich ein Mitinsasse im Rahmen der Untersuchungshaft aus gänzlich eigenem Antrieb und ohne jegliche staatliche Beteiligung als privater »Ermittler«, lässt sich weder per se eine Verletzung der staatlichen Schutz- und Fürsorgepflicht noch eine Zurechnung dieses dann rein privaten Verhaltens gegenüber dem Staat begründen.⁷² Allein der räumliche Aspekt, dass das private Verhalten im Vollzug der Untersuchungshaft und damit innerhalb der staatlichen Sphäre erfolgt, genügt dafür nicht.⁷³

b) Maßgebliche staatliche Beteiligung als Zurechnungskriterium

Entscheidend ist nach hier vertretener Auffassung der auch in der Rechtsprechung des EGMR betonte Aspekt der maßgeblichen staatlichen Beteiligung.⁷⁴ Dafür muss eine (zumindest konkludente) Beauftragung⁷⁵ oder eine Förderung des privaten Handelns gegeben sein.⁷⁶ Beide Varianten setzen entsprechendes Bewusstsein der staatlichen Vertreter von der ungefähren Art der konkreten Aufgabenerfüllung durch den Privaten voraus, ohne dass damit notwendigerweise die Voraussetzungen eines Anstifter- oder Gehilfenvorsatzes erfüllt sein müssten. Weiterhin muss der staatliche Beteiligungsakt zwangsläufig schon vor oder während der Tätigkeit des Privaten erfolgen.⁷⁷ Nur auf diese Weise lässt sich auch der oben erwähnte weitere Aspekt der »Umgehung« von strafprozessualen Bindungen überzeugend integrieren. Denn eine solche »Umgehungsstrategie« durch »Instrumentalisierung« von Privaten setzt schon begrifflich die Kenntnis der Behörde ex ante und nicht nur ein Profitieren ex post voraus. Folgt man dem, lässt sich in den Untersuchungshaftfällen eine Zurechnung bejahen. In beiden Fällen lag eine hinreichend konkretisierte staatliche Beauftragung vor, und zwar auch – zumindest in konkludenter Form – im »Wahrsagerinnen-Fall«. Denn aufgrund der Vorgeschichte konnten die Behörden auch in diesem Fall damit rechnen, dass die Informantin nach ihrer Verlegung in die Zelle der Beschuldigten erneut auf eine bestimmte vorhersehbare Weise agieren würde.⁷⁸

72 Vgl. *Rovin* NStZ 1999, 148; *Schneider* NStZ 2001, 10; siehe auch BGH NStZ 1989, 32, wo der Mitgefangene ohne behördlichen Auftrag aktiv wurde. A. A. *Sachs*, Verfassungsrecht II, 2. Aufl. (2003), 107 mit dem wenig trennscharfen Argument, wonach der Staat in den Untersuchungshaftfällen der Störung näher stehe als der in seinem Grundrecht betroffene Bürger.

73 So auch *Eckhardt* (Fn 38), 56 f. Anders offenbar *Godenzi* (Fn 8), 132, nach der allein schon die Haftsituation eine »staatliche Beteiligung« bewirken soll, die eine rein private Ermittlung ausschließt.

74 Zum EGMR siehe näher unten cc). Vgl. ähnlich *Eckhardt* (Fn 38), 116, der auf die tatsächliche staatliche Einflussnahme abstellt, wobei unklar ist, was gemeint ist, wenn ein »gegenüber dem Normalfall erheblich gesteigertes Maß« dieser Einflussnahme verlangt wird.

75 SK-Rogall, § 136a Rn 12; *Schroth* JuS 1998, 970; *Beulke* Jura 2008, 661. Ähnlich *Godenzi* (Fn 8), 127, wo das Element des staatlichen Auftrags oder der staatlichen Weisung genannt wird. Später wird dann aber allgemeiner von »Veranlassung«, »Steuerung« und »Beteiligung« gesprochen (a. a. O., 129). Siehe aber auch *Wolter* (Fn 62), 1008, der zwischen »staatlicher Veranlassung« und »Zurechnung« unterscheidet. Welche inhaltlichen Kriterien für letztere gelten sollen, wird dort aber nicht näher ausgeführt (vgl. jetzt aber auch *Wolter* ZIS 2012, 240 ff., 245). Auch in BGH StV 2000, 57, 61 wird die Zurechnung des Einsatzes eines V-Mannes bejaht, wenn ein staatlicher Auftrag vorliegt und sein Handeln vorhersehbar und vermeidbar war; insoweit zustimmend *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114, 115. Siehe auch *Ambos* (Fn 11), 106, der die »staatlich veranlasste« Ermittlungstätigkeit nennt, unmittelbar im Anschluss auch den »amtlichen Auftrag«. *Keller*, FS Grünwald, 1999, 272, spricht im Anschluss an *Beulke* (Fn 39), Rn 481, von der gezielten Motivation zu rechtswidrigem Verhalten, was als »Absichtserfordernis« aber deutlich zu hohe Hürden für eine Zurechnung errichtet.

76 Vgl. LR-Gleß, § 136a Rn 10.

77 Das wird vielfach anders gesehen und eine »Zurechnung« auch bei bloßem nachträglichen Ausnutzen angenommen, siehe etwa LR-Gleß, § 136a Rn 13.

78 Zutreffend *Rovin/Schünemann* (Fn 33), § 24 Rn 65: neben einem »speziellem Auftrag« könne auch die »längere Übung« genügen. Siehe auch *Rovin* NStZ 1999, 150. Denkbar wäre auch die Annahme eines Unterlassens des Staates im Hinblick auf die fehlende Unterbindung der Einwirkung auf die Beschuldigte. Bei Annahme einer aus der Situation der Untersuchungshaft entspringenden Fürsorgepflicht kann dies die Anwendung von § 136a StPO genauso eröffnen, siehe (in etwas anderem Zusammenhang) *Erb*, FS Otto, 2007, 874.

Weder kommt es auf eine »Steuerung« i. S. mittelbarer Täterschaft an,⁷⁹ noch muss ein »gemeinsamer Tatentschluss«⁸⁰ hinsichtlich arbeitsteiligen Vorgehens i. S. der Regeln über die Mittäterschaft vorliegen.

c) Normative Grundlagen für das Kriterium der maßgeblichen staatlichen Beteiligung

Worauf lässt sich das Kriterium der maßgeblichen staatlichen Beteiligung normativ stützen?

aa) Materielle Kriterien des Amtsträgerbegriffs, § 11 I Nr. 2c) StGB

Zumindest das Kriterium der »Beauftragung« lässt sich der Definition des Amtsträgerbegriffs in § 11 I Nr. 2c) StGB entnehmen. Danach ist Amtsträger i. S. des StGB, wer »sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle, oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen«. Hier findet sich das Element der Beauftragung sowie auch – etwas versteckt – die Umgehungsproblematik, indem die »Organisationsform« ausdrücklich für irrelevant erklärt wird. Dabei soll es um die Verhinderung der »Flucht ins Privatrecht«⁸¹ gehen, im hiesigen Kontext könnte man von der zu verhindernden »Flucht zur Privatperson« im Rahmen der Strafverfolgung sprechen. Die Rechtsprechung hat im Kontext von § 11 I Nr. 2c) StGB die Metapher vom Privaten entwickelt, der als »verlängerter Arm« des Staates tätig wird,⁸² und nicht zufällig findet sich genau diese Formulierung auch bei der Erörterung der strafprozessualen Zurechnungsfrage.⁸³ Der »verlängerte Arm« muss aber, um im Bild zu bleiben, bereits zu Beginn seiner Aktivität mit dem Rest des Körpers verbunden sein und von dort den Impuls erhalten, sich zu betätigen.

bb) Eingriffsdogmatik des Verfassungsrechts

Als Begründung des Zurechnungskriteriums des bewussten staatlichen Handelns ex ante bietet es sich darüber hinaus an, die verfassungsrechtliche Dogmatik zum Grundrechtseingriff heranzuziehen. Während nach dem klassischen, engen Eingriffsverständnis nur ein finaler, unmittelbar beeinträchtigender, imperativer staatlicher Akt mit hoheitlicher Zwangswirkung gemeint war, wird heute von einem weiteren Eingriffsbegriff ausgegangen, der z. B. auch unbeabsichtigte Nebenfolgen staatlichen Handelns umfasst.⁸⁴ Als Mindestvoraussetzung wird man fordern müssen, dass zumindest eines dieser klassischen Kriterien vorliegt, um einen Eingriff zu begründen.⁸⁵ Fehlt es wie hier beim Einsatz eines Privaten an einer unmittelbaren Beeinträchtigung mit imperativem Zwang, lässt sich daraus schließen, dass auf das Element des finalen staatlichen Handelns nicht

79 Vgl. den Hinweis von *Gaede* StV 2004, 51 mit Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR: die »freie private Ausübung« sei irrelevant für die Frage der Verantwortlichkeit des Staates. So mit Bezug auf die verfassungsrechtliche Eingriffsproblematik bei »Drittbeeinträchtigungen« auch *Sachs* GG, 6. Aufl. (2011), vor Art. 1 Rn 90. Es ist daher weder erforderlich noch inhaltlich überzeugend, hier die Figur des »Täters hinter dem Täter« bzw. die »Tatherrschaft kraft eines organisatorischen Machtapparates« zu bemühen. Am ehesten tragfähig wäre hier noch die Fallgruppe des »tatbestandslosen« Werkzeugs, da der Private, wie gezeigt, nicht direkt gegen die Beweiserhebungsnormen der StPO verstoßen kann. Zusätzlichen Erkenntnisgewinn bringt das allerdings nicht.

80 Vgl. *Frank* (Fn 23), 32 ff., der zunächst eine Willensübereinstimmung zwischen Staat und Privaten fordert, dann aber auch Fälle anerkennt, in denen der Private ohne entsprechende Kenntnis handelt, dabei aber vom Staat »gesteuert« wird.

81 Vgl. auch (im Kontext der Beweisverwertungsproblematik) *Bosch* Jura 1998, 239; siehe auch *Jahn* JuS 2000, 445.

82 BGHSt 43, 370, 377; weitere Nachweise bei *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 11 Rn 22 a.

83 *Roxin/Schünemann* (Fn 33), § 24 Rn 65; *Eckhardt* (Fn 38), 55.

84 Vgl. nur *Isensee* in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, § 111 Rn 61 ff.

85 *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. (2010), § 16 Rn 496.

verzichtet werden kann.⁸⁶ Damit scheidet die fahrlässige Unkenntnis von der geplanten Ermittlungstätigkeit des Privaten nicht aus, um dessen Handeln dem Staat zuzurechnen.⁸⁷ Zugleich und damit zusammenhängend⁸⁸ muss diese »Drittbeeinträchtigung« vorhersehbar sein und sich nicht als Verwirklichung eines atypischen Risikos darstellen.⁸⁹ Das läuft auf die oben erwähnte bewusste »Beauftragung« oder »Förderung« des Privaten hinaus.⁹⁰ Nur so kann überhaupt erst die Brücke vom staatlichen Vorverhalten⁹¹ zum anschließenden privaten Verhalten geschlagen werden, die eine prozessuale Zurechenbarkeit bewirkt und damit auch die Eingriffsqualität des Vorgangs eröffnet.⁹² Umgekehrt gilt: Die erst nachträgliche Kenntnisaufnahme eines Vorgangs macht diesen auch dann nicht etwa rückwirkend zum »Grundrechtseingriff«, wenn der Staat sich dessen Ergebnisse zu Nutze macht.

cc) Rechtsprechung des EGMR

Schließlich lässt sich die neuere Rechtsprechung des *EGMR* zur prozessualen Zurechnungsfrage anführen, die im Kontext der Diskussion des fair-trial-Grundsatzes in Art. 6 EMRK steht. Dort wird die Zurechnung, wie oben erwähnt, bei »maßgeblicher staatlicher Beteiligung« bejaht. So liege in der gezielten Beauftragung eines Lockspitzels zur Aushorchung des Beschuldigten (wohlgemerkt ganz unabhängig von der Situation der Untersuchungshaft⁹³) ein Verstoß gegen das Schweigerecht des Beschuldigten als Ausprägung des fair-trial-Prinzips.⁹⁴ Aber auch der Aspekt der bloßen Unterstützung des Privaten bei seiner Tätigkeit kann genügen. So wurde eine Zurechnung in einem Fall zu Recht bejaht, in dem der Private aus eigener Initiative der Polizei einen Telefonanruf zur Aushorchung des Beschuldigten vorgeschlagen hatte und ihm dafür zeitweise ein Büro und ein Telefonanschluss zur Benutzung überlassen wurden.⁹⁵

⁸⁶ Siehe auch *Schmidt* u. a., GG, 12. Aufl. (2011), Vorb. vor Art. 1 Rn 36, wo darüber hinaus aber auch bei nicht intendierten Beeinträchtigungen ein Eingriff je nach Intensität und Individualisierbarkeit der Beeinträchtigung bejaht wird. Überzeugend gegen das Kriterium der »Intensität« aber *Michael/Morlok* (Fn 85), § 16 Rn 498.

⁸⁷ A. A. für den Fall des Bestehens einer grundrechtlichen Schutzpflicht *Eckhardt* (Fn 38), 212. Richtigerweise ist aber die Frage, ob das staatliche Untätigbleiben gegen die verfassungsrechtliche Schutzpflicht verstößt, von derjenigen zu trennen, ob das unmittelbar beeinträchtigende aktive Handeln des Privaten dem Staat als eigenes zuzurechnen ist.

⁸⁸ Zum untrennbaren Zusammenhang zwischen Finalität und Vorhersehbarkeit siehe *Koch* Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, 2000, 281.

⁸⁹ Siehe *Isensee* (Fn 84), § 111 Rn 65; *Michael/Morlok* (Fn 85), § 16 Rn 498.

⁹⁰ Vgl. *Sachs* GG, vor Art. 1 Rn 89, der darüber hinaus (a. a. O. Rn 90) auch das ungewollte Auslösen von »Drittbeeinträchtigungen« genügen lassen will, hierfür aber wieder (ohne Begründung) Straftaten von Dritten generell ausnehmen will, die auch bei Vorhersehbarkeit nicht zuzurechnen seien. Das ist so pauschal nicht überzeugend; die Bezugnahme auf die Schleyer-Entscheidung (BVerfGE 46, 160, 164 f.) legt nahe, dass dabei an eine Konstellation gedacht war, bei der die »Drittbeeinträchtigung« (Gewaltanwendung durch Terroristen) gänzlich außerhalb des staatlichen Bereichs stand.

⁹¹ Zu diesem Erfordernis siehe nur *Cremers* Freiheitsgrundrechte, 2003, 150.

⁹² Zur Eingriffsqualität der Tätigkeit von V-Leuten siehe (bejahend) *Duttge* JZ 1996, 557 ff.; *Götting* Beweisverwertungsverbote in Fällen gesetzlich nicht geregelter Ermittlungstätigkeit, 2003, 211; *Mittag* Außerprozessuale Wirkungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe, 2009, 92 (jedenfalls bei »Instrumentalisierung«); *Kreuzer*, FS Schreiber, 2003, 233 f. m. Hinweis auf die Gegenansicht von *Krey* JR 1998, 3. So auch BVerfG NStZ 2000, 489. Für dieses Ergebnis spricht auch die Erwägung von *Isensee* (Fn 84), § 111 Rn 117, dass im Zweifel die Abwehrfunktion anzunehmen sei; vgl. auch *Cremers* (Fn 91), 161.

⁹³ Darauf weist *Gaede* StV 2003, 262 zutreffend hin. Der Fall *Bykov* gegen Russland (JR 2009, 514 ff.) ist keine Abweichung. Dort ging es um eine Fallgestaltung außerhalb der Untersuchungshaft, bei der auch sonst keine »Drucksituation« vorlag. Das änderte die Bewertung eines Verstoßes gegen die Selbstbelastungsfreiheit, aber nichts an der hier diskutierten Frage der Zurechnung gegenüber dem Staat, die auch dort bejaht wurde. Siehe dazu *Gaede* JR 2009, 497 sowie *Wolter* ZfS 2012, 238 ff.

⁹⁴ Fall M. M. gegen Niederlande, StV 2004, 1; dazu *Gaede* StV 2004, 46. Siehe auch Allan gegen Großbritannien, wo es – vergleichbar mit den oben im Text erwähnten Fällen in Deutschland – um ein Aushorchen in der Untersuchungshaft ging, dazu *Gaede* StV 2003, 260.

⁹⁵ So im Fall A. gegen Frankreich, siehe dazu *Demko* HRRS 2004, 385. Siehe auch *Gaede* StV 2004, 51.

d) Konsequenzen für praktische Problemfälle

Nur angedeutet werden kann hier, dass nach diesen Grundsätzen die Ermittlungstätigkeit von V-Leuten, also von Privatpersonen, die von der Polizei gezielt mit bestimmten Ermittlungsaufgaben betraut werden, dem Staat ohne weiteres zurechenbar ist und damit auch der Anwendungsbereich u. a. von § 136a StPO analog eröffnet ist.⁹⁶

Bei unternehmensinternen Ermittlungen fehlt es dagegen im Normalfall an der hier als Zurechnungskriterium vorgeschlagenen »maßgeblichen staatlichen Beteiligung«; zumindest ist bislang soweit ersichtlich kein ausreichend konkretes Auftrags- oder Unterstützungsverhältnis bekannt geworden.⁹⁷ Eine offene Frage ist, ab welchem Grad der Kooperation mit den Behörden dennoch von einem »staatlichen Auftrag« bzw. »staatlicher Förderung« gesprochen werden kann. Jedenfalls wenn die internen Maßnahmen mit der Staatsanwaltschaft abgesprochen werden⁹⁸ und diese auf Art und Inhalt der »Interviews« Einfluss nimmt, wäre dies zu bejahen – ein solches gezieltes »Outsourcing« von Ermittlungshandlungen⁹⁹ kann nicht ohne prozessuale Relevanz bleiben. Richtigerweise wird man als ausreichende Förderung sogar die Kenntnisnahme und Billigung eines schon zuvor im Detail vom Privaten gefassten Plans der Beweisbeschaffung durch die staatlichen Behörden genügen lassen müssen. Entscheidend ist nicht, ob staatliche Vertreter selbst eine Änderung des Plans tatsächlich herbeigeführt und auf diese Weise ihren Einfluss geltend gemacht haben, sondern allein, dass sie den Plan zur Kenntnis nehmen, ihn billigen und sich damit zu eigen machen. Man muss sich von der Vorstellung frei machen, dass es um eine Art Sanktionierung eines »Tatbeitrags« gehe – entscheidend ist die (ggf. allein durch den staatlichen Willensakt herbeigeführte¹⁰⁰) Eingliederung des privaten Beweisbeschaffers in die staatliche Sphäre und die auf diese Weise schon ex ante angestrebte Nutzbarmachung der von ihm akquirierten Beweismittel. Weiterhin ist (im Unterschied zu einer materiellen Zurechnungslösung) nicht zwingend erforderlich, dass die Ermittlungsbehörden »Vorsatz« bezüglich der konkreten einzelnen Ermittlungshandlungen des Privaten aufweisen. Auch eine pauschale Beauftragung oder wissentliche Unterstützung des Privaten im Hinblick auf die Erzielung von Beweisen kann zur Eingliederung in die staatliche Sphäre führen und damit Grundlage eines Beweisverwertungsverbots sein.

Im Fall Liechtenstein sind eine maßgebliche staatliche Beteiligung und damit eine prozessuale Zurechnung zu verneinen. Das gilt ganz offensichtlich für den ersten bekannt gewordenen Fall, bei dem der Informant aus eigener Initiative tätig wurde und erst nach der privaten Beweisbeschaffung an die Behörden herangetreten ist. Die bloße nachträgliche Entgegennahme der strafbar erlangten Daten kann keine prozessuale Zurechnung

Der BGH (StV 2011, 129, 130 f.) argumentiert neuerdings (allerdings bei der Erörterung der Frage der Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit gem. Art. 6 I EMRK), dass u. a. der Gesichtspunkt, dass die Informantin von sich aus ein Aushorchen des Beschuldigten vorgeschlagen hatte und von der Polizei »lediglich« mit technischem Abhörgerät ausgestattet wurde, gegen einen solchen Verstoß spräche. Das ist wenig überzeugend, da die Frage für die Einordnung des Geschehens doch kaum die ursprüngliche Initiative, sondern Art und Ausmaß der staatlichen Beteiligung entscheidend ist – und diese war hier durchaus substanziell. Krit. zu diesem Punkt auch *Roxin* StV 2012, 133 sowie *Wolter* ZIS 2012, 242.

⁹⁶ Siehe nur *Verrel*, FS Puppe, 2010, 1638 ff. mit Hinweis auf die Rechtsprechung von BGH und EGMR. Auch das BVerfG NStZ 2000, 489, bejaht im Fall »Sedlmayer« eine Zurechnung. Dafür spricht auch die Regelung in RiStBV Anlage D Nr. 3.2, wonach beim »Einsatz« von V-Personen das »Ziel der Ermittlungen das Beschaffen von Beweismitteln« sei (die dann den Rückgriff auf die V-Person selbst erübrigen sollen).

⁹⁷ *Jahn* StV 2009, 45.

⁹⁸ Dies soll im Fall Siemens der Fall gewesen sein, siehe *Jahn* StV 2009, 45.

⁹⁹ Siehe *Wastl* ZRP 2011, 58, der dies aber offenbar auch in den »Normalfällen« schon für einschlägig hält.

¹⁰⁰ Vgl. die Begründung der Eigenschaft als »Beschuldigter«, die nach überwiegender Ansicht auch allein durch einen staatlichen Willensakt herbeigeführt werden kann. S. dazu nur *Beulke* (Fn 39), Rn 111 f..

im oben erläuterten Sinn begründen.¹⁰¹ Es fehlt am Element der vorherigen staatlichen Beauftragung oder Förderung. Auch das suggestive Schlagwort vom »Staat als Hehler«¹⁰² ist in diesem Kontext verfehlt.¹⁰³ Zum einen begründet der Hehler i. S. von § 259 StGB originäres Unrecht, indem er die rechtswidrige Besitzlage, die durch die Vortat geschaffen wurde, perpetuiert und vertieft. Um eine Zurechnung der Vortat geht es dabei nicht.¹⁰⁴ Zum anderen fehlt es hier an dem für die Hehlerei charakteristischen einvernehmlichen Zusammenwirken der Beteiligten zu Lasten des durch die Vortat geschädigten Rechtsgutsträgers. Staat und privater Beweisbeschaffer stehen hier nicht einfach »im selben Lager«. Im Gegenteil muss Letzterer, wenn sein Verhalten nach nationalem Recht strafbar ist, ganz unabhängig von der Verwertungsfrage mit Strafverfolgung rechnen, zu der der Staat aufgrund des Legalitätsprinzips verpflichtet ist.¹⁰⁵ Ein widersprüchliches Verhalten des Staates¹⁰⁶ liegt darin nicht, denn die Einführung und Verwertung des Beweises ist ein objektiver prozessualer Vorgang,¹⁰⁷ der mit keinerlei Element der Billigung der vorangegangenen Beweisbeschaffung verbunden ist und daher auch deren Bestrafung nicht ausschließt.¹⁰⁸

Auch in Bezug auf die Folgefälle der illegalen Steuerdaten-Beschaffung lässt sich richtigerweise keine Zurechnung gegenüber dem Staat begründen. Das Faktum der Geldzahlung durch die Behörden im Einzelfall genügt dafür nicht. Zwar schafft der Staat mit dieser Form der »Belohnung« einer zumindest nach ausländischem Recht strafbaren Handlung einen Anreiz zu vergleichbaren Taten. Für eine bewusste Beauftragung oder Förderung fehlt es aber (trotz der oben erwähnten reduzierten Anforderungen) an der hinreichenden Konkretisierung im Hinblick auf Person, Zeitpunkt und nähere Umstände des privaten Handelns. Ob überhaupt jemand tätig wird, wo, wann und wie dies geschehen soll, ist für den Staat völlig unvorhersehbar. Auch existiert bekanntlich keinerlei Automatismus der Geldzahlung in den Steuerdaten-Fällen. Von einem gezielten und hinreichend konkretisierten maßgeblichen Beitrag des Staates ist das (noch) zu weit entfernt.

3. Zusammenfassung

Zusammengefasst kann man also sagen: Lässt sich eine originäre strafrechtliche Verantwortlichkeit der staatlichen Akteure im Zusammenhang mit einer Straftat des privaten Beweisbeschaffers (etwa als Teilnehmer in Bezug auf dessen Haupttat) begründen oder gelingt die eben skizzierte, sicher noch näher auszuarbeitende Zurechnung im prozessualen Sinn, so dass Letzterer der staatlichen Sphäre zuzuordnen ist, hat man es mit »dualer

101 *Godenzi* (Fn 8), 179 ff. (ihr folgend *SK-Rogall*, § 136a Rn 17; *ders.* JZ 2008, 828) mit zutreffender Kritik am Ansatz von *Mende* (Fn 20), 204 ff., nach der eine nachträgliche Verantwortung des Staates für den abgeschlossenen Rechtsverstoß durch eine Art »Gefährdungshaftung« bzw »Ingerenzhaftung« begründet werden könne. In dieselbe Richtung allerdings *Ambos* (Fn 11), 121, wonach durch den staatlichen Ankauf und die nachfolgenden Handlungen der Zurechnungszusammenhang hergestellt werde. Das soll offenbar stets, also bei jedem »Ausnutzen« der privaten Beweisbeschaffung der Fall sein (siehe *Ambos* a. a. O., 109). So auch *Koriath* (Fn 12), 102, wonach sich der Staat die vorherige rechtswidrige Beweisbeschaffung durch die Übernahme »zuschreiben« lassen müsse, auch, weil auf diese Weise der »Makel der Rechtswidrigkeit« perpetuiert werde. Ähnlich *Bockemühl* (Fn 15), 3; *Trüg/Habetha* NSZ 2008, 488.

102 Vgl. *Ambos* (Fn 11), 109; *Mende* (Fn 20), 204 ff.; *Schroeder/Verrel* Strafprozessrecht, 5. Aufl. (2011), Rn 143; *Joerden* JuS 1993, 928; siehe auch *Trechsel* EuGRZ 1987, 69, 77 in Bezug auf Verletzungen der EMRK. Das Bild vom Staat als Hehler geht offenbar zurück auf *Schmidt-Leichner*, Verhandlungen zum 46. DJT, Band II, 1967, F 139.

103 Kritisch auch *Godenzi* (Fn 8), 194 ff.; *Jäger* GA 2008, 493; *Störmer* (Fn 38), 131.

104 Ähnlich *Godenzi* (Fn 8), 181 f.

105 *Jäger* GA 2008, 493.

106 So etwa *Müssig* GA 1999, 138 f.

107 *Jäger* (Fn 16), 224; zustimmend *Pawlik* JZ 2010, 701.

108 So auch *Wölfl* JA 2001, 508; *Jäger* (Fn 16), 223.

Rechtswidrigkeit« zu tun. Damit wird hier die Konstellation bezeichnet, bei der neben dem strafbaren Verhalten der Privatperson zugleich und damit zusammenhängend rechtswidriges staatliches Verhalten festgestellt werden kann. Aufbauend auf der damit vorliegenden fehlerhaften staatlichen Beweiserhebung ist sodann die Verwertungsfrage je nach vertretenem Ansatz zu lösen. Sofern keine Zurechnung des Verhaltens des Privaten gegenüber dem Staat nach den dargelegten Kriterien begründet werden kann, hat man es mit rein privaten »Ermittlungen« zu tun. Deren Strafbarkeit ist im Grundsatz¹⁰⁹ für die Verwertungsfrage irrelevant; ein darauf gestütztes unselbständiges Beweisverbot scheidet wie gesehen aus.

D. Selbständiges Verwertungsverbot nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung?

In Betracht kommt hier ein aus der Verfassung abgeleitetes selbständiges Verwertungsverbot. Dabei ist daran zu erinnern, dass die private Beweisbeschaffung entgegen manchen Formulierungen in Rechtsprechung und Schrifttum keine »Grundrechtsverletzung« sein kann, wenn man mit der ganz h. M. eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte ablehnt. Der Blick wendet sich hier ausschließlich auf den staatlichen Verwertungsakt und auf die Frage, ob dieser (ganz unabhängig von der Art der Beschaffung des Beweises) gegen die Verfassung verstößt.¹¹⁰ Damit ist die klassische und zentrale Abwehrfunktion der Grundrechte angesprochen. Als Beispiel kann erneut auf heimliche Tonbandaufnahmen oder die Verwertung des Inhalts von Tagebüchern hingewiesen werden.¹¹¹ Die Verwertung der entsprechenden Beweismittel bewirkt ein erneutes Bekanntwerden der persönlichen Informationen und damit einen erneuten Eingriff.¹¹² Für dessen Rechtfertigung spielt es keine Rolle, ob die tagebuchartig beschriebenen Blätter von einer Privatperson gestohlen wurden oder ob sie der Wind dem sachbearbeitenden Staatsanwalt, wie es der Zufall will, auf den Schreibtisch geweht hat.¹¹³ Das wird von der h. A. oft anders gesehen, die zwar eine unmittelbare Relevanz der strafbaren privaten Beweisbeschaffung ablehnt, dies aber dennoch im Rahmen der erforderlichen Abwägung mitberücksichtigen will.¹¹⁴ Aber das ist nicht konsequent. Tatsächlich folgt aus der Anerkennung des »klaren Schnitts« zwischen privatem und staatlichem Handeln,¹¹⁵ dass der Umstand der rechtswidrigen Beweisbeschaffung durch den Privaten im Rahmen der dann erforderlichen Abwägung grundsätzlich keine Rolle spielt, weil er die Schwere des Grundrechtseingriffs nicht beeinflusst.¹¹⁶

Auf diese Weise kann allerdings nur ein Teil der relevanten Fälle erfasst werden.¹¹⁷ So erscheint bei einem durch privates nötiges Handeln erzwungenem Geständnis die Beeinträchtigung mit Beendigung der privaten Handlung an sich als abgeschlossen. Die Einführung des Beweises und seine Verwertung im anschließenden Prozess, etwa durch Vernehmung des Privaten als Zeugen, lässt sich daher kaum als Beeinträchtigung von

¹⁰⁹ Zu möglichen Ausnahmen i. S. eines »teilselbständigen« Verwertungsverbots siehe sogleich unten D. am Ende sowie E.

¹¹⁰ Das wird in BVerfGE 34, 238 ganz deutlich, während in BGHSt 14, 358 stark auf das private Handeln abgestellt wurde, siehe dazu *Störmer* (Fn 38), 116.

¹¹¹ Siehe die Nachweise oben Fn 1 und 2.

¹¹² Vgl. nur *Wolter* (Fn 62), 995 sowie *Eckhardt* (Fn 38), 19 f.

¹¹³ Siehe *Dencker* Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, 104, der dies als Kritik formuliert.

¹¹⁴ S. nur *Godenzi* (Fn 8), 231, 238, 253; *Wölfl* JA 2001, 508; *SK-Rogall*, § 136a Rn 17. *Bockemühl* (Fn 15), 129 begründet dies mit der »Rechtsstaatlichkeitsverpflichtung« des Staates.

¹¹⁵ *Dencker* (Fn 113), 104; dagegen *Rogall* JZ 2008, 828.

¹¹⁶ So im Ergebnis auch *Grünwald* JZ 1966, 496 sowie BayObLG NJW 1994, 1671.

¹¹⁷ Zu weitgehend aber *Godenzi* (Fn 8), 159, wonach die Rechtsverletzung »regelmäßig« mit der Handlung des Privaten abgeschlossen sei. Wie hier *Schroeder/Verrel* (Fn 102), Rn 143.

Handlungs- und Willensfreiheit bzw. körperlicher Unversehrtheit qualifizieren, damit auch nicht als Grundrechtseingriff, der ein Verwertungsverbot auslösen könnte.¹¹⁸

Eine denkbare Ausnahme könnte allerdings bei Verletzungen des Gewährleistungsgehalts der Menschenwürde wie einem durch Folter erzwungenen Geständnis angenommen werden.¹¹⁹ Hier wird von der ganz h. M. ein Beweisverwertungsverbot bejaht. Die dafür angeführten Begründungen wie der Rekurs auf die »Rechtsidee«¹²⁰ oder die Gefährdung des »Ansehens der Strafrechtspflege«,¹²¹ der »Sittlichkeit« des Strafverfahrens¹²² oder der »kollektiven Selbstachtung der Rechtsgemeinschaft«¹²³ sind in ihrer Zielrichtung verständlich, bleiben aber etwas abstrakt und erscheinen ohne weitere dogmatische Untermuerung als nicht ausreichend, um eine echte »Verletzung« der Menschenwürde durch staatliches Handeln zu begründen – jedenfalls dann, wenn man mit der wohl noch herrschenden, mittlerweile aber stark in Frage gestellten Ansicht eine unmittelbare Drittwirkung der Menschenwürdegarantie, also eine Geltung für Privatpersonen, ablehnt.¹²⁴ Denkbar ist möglicherweise aber auch eine abwehrrechtliche Begründung, die dem besonderen und hervorgehobenen Charakter der Menschenwürdegarantie in Art. 1 I GG entspricht. Vor diesem Hintergrund lässt sich gut vertreten, dass hier ausnahmsweise auch die bloße »Nutzbarmachung« eines solchen Beweises durch den Staat eine eigenständige Verletzung der Menschenwürde des Betroffenen darstellen würde und daher zu unterbleiben hat.¹²⁵ Zwingend ist das aber nicht; zur Klarstellung wäre daher eine gesetzliche Regelung angezeigt, die, um Missverständnissen vorzubeugen, ausdrücklich auch auf rein privates Handeln Bezug nehmen sollte,¹²⁶ wie es dem oben erwähnten Vorschlag des Deutschen Juristentages entspricht.¹²⁷

Um ein absolut »selbständiges« Beweisverwertungsverbot würde es sich dann aber nicht handeln – denn das strafbare und zugleich den Gewährleistungsgehalt der Menschenwürde verletzende Verhalten des Privaten wäre die zwingende Voraussetzung für die Annahme eines staatlichen Eingriffs durch die Verwertung. Da für die Verwertungsfrage aber unmittelbar allein auf das staatliche Handeln als Grundrechtseingriff abgestellt wird, würde man sich auch nicht vollständig im Bereich der unselbständigen Verwer-

118 So für Fälle von Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung oder Diebstahl zutreffend *Frank* (Fn 23), 70.

119 Zu dieser allgemein anerkannten Fallgruppe der Unverwertbarkeit siehe nur *Meyer-Goßner* § 136a Rn 3, *Wolter* (Fn 62), 986; *SK-Rogall*, § 136a Rn 15. In der Regel wird dieses Ergebnis auf eine analoge Anwendung von § 136a StPO gestützt. Dem stehen die oben erwähnten Bedenken gegenüber, die auch bei gravierenden Eingriffen nicht beseitigt werden; ohnehin ist zweifelhaft, warum die Voraussetzungen der Analogie nur bei einem Teilbereich der genannten Handlungen erfüllt sein sollten.

120 *Otto* (Fn 39), 327.

121 *Wolter* (Fn 62), 996; ähnlich bereits *Kleinknecht* NJW 1966, 1543 sowie *Dencker* (Fn 113), 59 ff. Siehe auch LR-*Gleß*, § 136a Rn 12, und im Anschluss *Eisenberg* (Fn 29), Rn 401: Eine rechtsstaatliche Strafrechtspflege dürfe auf solchen Beweisen nicht aufbauen. Ähnlich *Schroth* JuS 1998, 979; *Jäger* GA 2008, 490. Vgl. auch Art. 69 VII des ISiGH-Statuts, nach der die Verwertung des menschenrechtswidrig beschafften Beweises ausgeschlossen wird, wenn dies die »Ordnungsgemäßheit« des Verfahrens ernsthaft beschädigen würde, dazu *Dencker*, FS Meyer-Goßner, 2001, 245. Siehe auch (noch weitergehend) *Hassmer/Manussek* (Fn 15), 77, die bei jedem Verstoß gegen Individualrechtsgüter die »strafprozessuale Dignität« der Beweisergebnisse verneinen und damit zu einem Verwertungsverbot gelangen.

122 Dagegen zutreffend *Rogall* ZStW 91 (1979), 12. Siehe die Diskussion bei *Mende* (Fn 20), 184, der dies als Nebenfunktion des Strafverfahrens anerkennen will.

123 *Pawlik* JZ 2010, 700.

124 Siehe dazu *Störmer* (Fn 38), 120 f. Eine unmittelbare Drittwirkung wird bejaht von *Bockemühl* (Fn 15), 53 sowie 125. So auch *Beulke* Jura 2008, 661, nach dem diese wichtige Wertentscheidung des GG auch »unmittelbar für Privatpersonen« gelten solle.

125 *Volk* (Fn 24), § 28 Rn 35. Siehe auch die Erwägungen bei *Störmer* (Fn 38), 130. Ablehnend gegenüber der Annahme einer unmittelbaren Eingriffsqualität des Verwertungsakts *Jäger* (Fn 16), 224.

126 Vgl. die Leitlinien für eine (europäische) Beweisverbotslehre bei *Wolter* (Fn 62), 1001 ff. mit ausdrücklichem Vorschlag einer Spezialregelung für die Nutzung privater Ermittlungen.

127 Siehe Fn 15.

tungsverbote bewegen, wo gerade der Beweiserhebungsvorgang im Mittelpunkt steht.¹²⁸ Präziser wäre es daher, von einem »teilselbständigen Beweisverwertungsverbot« zu sprechen. In diese neue Kategorie von Beweisverwertungsverboten ließen sich möglicherweise auch zwei weitere Ansätze einordnen, die speziell im Hinblick auf die Fälle rechtswidriger privater Beweisbeschaffung diskutiert werden und auf die noch abschließend eingegangen werden soll.

E. »Teilselbständiges Beweisverwertungsverbot« nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung?

I. Beweisverwertungsverbot als Folge der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates

Das betrifft zum einen die Argumentation, ein Verwertungsverbot folge aus der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates.¹²⁹ Danach hat der Staat strafbare Übergriffe Privater auf wichtige grundrechtlich geschützte Güter zu verhindern und dafür ein gewisses Schutzniveau bereit zu stellen. Der Staat dürfe daher, so wird teilweise argumentiert, aus einer strafbaren Handlung auch von Privaten keinen Nutzen ziehen. Das widerspräche seinem Auftrag, die Grundrechte zu schützen, und daher sei hier stets oder zumindest bei schweren Beeinträchtigungen ein Verwertungsverbot anzunehmen. Sollte damit aber gemeint sein, die grundrechtliche Schutzpflicht gebiete ein Verwertungsverbot, ist das nicht überzeugend.¹³⁰ Denn eine Verletzung der Schutzpflicht kommt nach der Rechtsprechung des *BVerfG* nur in Betracht, wenn die vom Staat vorgesehenen Schutzmaßnahmen gänzlich ungeeignet sind.¹³¹ Die Pflicht richtet sich vor allem an den Gesetzgeber, dem hinsichtlich der Frage, welche Schutzmaßnahmen er ergreifen will, ein großer Gestaltungsspielraum zugestanden wird.¹³² Vor diesem Hintergrund kommt eine aus Grundrechten abgeleitete Pflicht, auf Übergriffe von Privaten gerade mit einem Verwertungsverbot zu reagieren, nicht in Betracht. Denn dabei wird erstens nicht begründet, warum sich der Gestaltungsspielraum des Staates gerade auf dieses Schutzinstrument verengen sollte.¹³³ Zweitens kann das Verwertungsverbot die bereits geschehene Beeinträchtigung weder verhindern noch wiedergutmachen. Es ginge dann nur um die Verhinderung zukünftiger vergleichbarer Handlungen, also um einen generalpräventiven Effekt, der als außerprozessuales Ziel zwar auf den ersten Blick begründungsbedürftig erscheint,¹³⁴ aber prinzipiell durchaus der Logik der staatlichen Schutzpflicht entspricht. Allerdings wird dabei unterschlagen, dass der Staat in der Konstellation des strafbaren privaten Handelns bereits ein sehr hohes Schutzniveau installiert hat, indem er sogar zur ultima ratio des Kriminalstrafrechts gegriffen und seinen Schutzauftrag damit nach den sonst geltenden Maßstäben zweifellos erfüllt hat.¹³⁵ Das gilt jedenfalls, solange strafbare private Ermitt-

128 Insofern würde der Einwand von *Bockemühl* (Fn 15), 124, wonach von der h. A. in den Fällen der Menschenwürdeverletzung in begründungsbedürftiger Weise doch eine prozessrechtliche »Sanktion« des privaten Verhaltens akzeptiert werde, nicht eine solche abwehrrechtlich fundierte Lösung treffen. Denn hier geht es nicht um Sanktionierung, sondern um das verfassungsrechtlich zwingende Verbot menschenwürdewidrigen staatlichen Verhaltens.

129 *Rogall* ZStW 91 (1979), 20 f., 41; *SK-Rogall*, § 136a Rn 13.

130 Ablehnend auch *Störmer* (Fn 38), 126 f.; *Godenzi* (Fn 8), 185.

131 *BVerfGE* 56, 54; 72, 80 ff.; 77, 170 f.; 92, 26, 46.

132 *Jahn* (Fn 10), C 101.

133 *Keller* (Fn 75), 269. Dass der staatliche Schutz ansonsten »unvollkommen« sei (so *SK-Rogall*, § 136a Rn 13), genügt dafür bei weitem nicht. Der Staat schuldet aus verfassungsrechtlicher Sicht ein gewisses Schutzniveau, das die Untergrenze des »Untermaßverbots« nicht unterschreiten darf – mehr nicht. Alles Weitere ist eine Frage der einfachgesetzlichen Ausgestaltung.

134 Vgl. *Pawlik* JZ 2010, 699.

135 Siehe auch *Keller* (Fn 75), 270; *Wölfl* JA 2001, 506 sowie *Brunhöber* GA 2010, 586. Aus zivilprozes-

lungstätigkeit nicht zur Regel wird, sondern wie bislang eine Ausnahmeerscheinung darstellt und zugleich der tatsächlichen Strafverfolgung keine größeren faktischen Hürden entgegenstehen.¹³⁶

II. Beweisverwertungsverbot bei hypothetischer rechtswidriger staatlicher Beweisbeschaffung

Einen neuen Ansatz, den *Meyer-Göfner* in seiner Kommentierung zu § 136a StPO ausdrücklich als »erwägenswert« bezeichnet,¹³⁷ enthält die 2008 erschienene Dissertation von *Godenzi*.¹³⁸ Sie plädiert für die Einführung der »Hypothese der rechtswidrigen Beweisbeschaffung«. Ein Verwertungsverbot soll dann eingreifen, wenn das präsen- te, vom Privaten illegal beschaffte Beweismittel von den staatlichen Behörden nicht in legaler Weise hätte beschafft werden können. Sie argumentiert, dass der Kreis der zugelassenen Beweismittel von der StPO festgelegt werde und der Staat nicht von rechtswidrigem Handeln in der Weise profitieren dürfe, dass er »mehr in die Hand bekommt«, als ihm nach den Regeln der StPO zusteht. Das kann so nicht überzeugen. Dabei geht es nicht um die generellen Bedenken gegen die Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen im Bereich der Beweisverwertungsverbote, die hier nicht geteilt werden. Solche Erwägungen sind auch in anderen Bereichen der Rechtsordnung, etwa in der Zurechnungslehre innerhalb des materiellen Strafrechts, weitgehend anerkannt und können sinnvoll in normative Abwägungsentscheidungen, wie sie hier von der Rechtsprechung vorgenommen werden, integriert werden. Der Einwand gegen *Godenzis* Ansatz ist vielmehr grundlegender Art. Denn es wird nicht ausreichend begründet, warum überhaupt die Hypothese der rechtswidrigen staatlichen Beweisbeschaffung als Korrektiv herangezogen werden sollte. Die zugrunde gelegte Prämisse, wonach der Kreis zulässiger Beweismittel von der StPO abschließend festgelegt sei,¹³⁹ enthält die Behauptung, dass dieser Regelungsgehalt der StPO auch dann als Grenze gelten soll, wenn die Beweise gar nicht selbst von den Behörden beschafft werden.¹⁴⁰ Das ist aber gerade die Frage, um die es eigentlich geht. So erscheint die tragende Grundannahme des Ansatzes letztlich als eine *petitio principii*, die der von der Autorin zuvor mustergültig und zutreffend herausgearbeiteten fehlenden Geltung der Normen der StPO für privates Handeln widerspricht.¹⁴¹

F. Fazit

Die »Irrelevanzthese«, also der fehlende unmittelbare Einfluss strafbaren rein privaten Verhaltens auf die Frage der Beweisverwertungsverbote, hat sich entgegen einer neueren Strömung innerhalb der strafverfahrensrechtlichen Diskussion als zutreffend erwiesen. Kann keine Zurechnung der privaten Beweisbeschaffung gegenüber dem Staat erfolgen, kommt allein ein selbständiges Beweisverwertungsverbot aufgrund der grundrechtlichen

sualer Sicht auch *Dauster/Braun* NJW 2000, 318. Zur Kritik am eng verwandten Argument der schiefen Ebene siehe *Pawlik* JZ 2010, 700, der hier u. a. zu Recht die fehlende empirische Verifizierung moniert.

136 Beide Punkte kann man in Frage stellen in Bezug auf die eingangs angedeuteten ganz neuen Möglichkeiten der (anonymen!) illegalen Beweisbeschaffung über das Internet. Für diesen Teilbereich sprechen gute Gründe für eine Beweisverwertungsregelung *de lege ferenda*, siehe dazu den nachfolgenden Beitrag von *Kubiciel* (S. 226 ff.).

137 *Meyer-Göfner*, § 136a Rn 3 a.

138 *Godenzi* (Fn 8).

139 *Godenzi* (Fn 8), 287 f. Ablehnend auch *SK-Rogall*, § 136a Rn 17.

140 Ganz deutlich nochmals bei *Godenzi* (Fn 8), 306, wo festgehalten wird, dass die Normen der StPO für die Verwertung einen »äußersten gesetzlichen Rahmen vorgeben, der bei der Wahrheitserforschung nicht überschritten werden dürfe«. Dass dieser (ohnehin so klar gar nicht fixierte) Rahmen aber auch die private Beweismittelbeschaffung betreffen sollte, wäre erst zu begründen.

141 Vgl. *Ambos* (Fn 11), 109 Fn 654.

Abwehrfunktion in Betracht, wenn der Staat durch den Verwertungsakt selbst in Grundrechte eingreift. Die hier vertretene Irrelevanzthese geht insofern über die h. M. hinaus (und ist daher in einem umfassenden Sinn zu verstehen), dass eine Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit des rein privaten Verhaltens auch im Rahmen der zumindest nach der Rechtsprechung vorzunehmenden Abwägung grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Nur auf diese Weise kann der letztlich auch verfassungsrechtlich fundierten strikten Trennung von privatem und staatlichem Verhalten Rechnung getragen werden.¹⁴² Allenfalls bei einem Eingriff in den Gehalt der Menschenwürdegarantie kommt ein hier sog. teilselbständiges Verwertungsverbot in Betracht, das auf einer Kombination aus rechtswidrigem privatem Verhalten und einem darauf beruhenden Verstoß des staatlichen Verwertungsaktes gegen Art. 1 I GG beruht. Dagegen lässt sich mit Hilfe der grundrechtlichen Schutzfunktion kein zwingendes Verwertungsverbot begründen. Auch die pauschale Annahme eines Beweisverwertungsverbots bei »hypothetischer rechtswidriger staatlicher Beweisbeschaffung« ist, wie eben gezeigt wurde, keine überzeugende Lösung des Problems. Bei strukturell den staatlichen Ermittlungen ähnlichen Vorgängen, wie sie sich im Bereich der »unternehmensinternen Ermittlungen« abzeichnen, ist daher der Gesetzgeber aufgerufen, Regelungen zu schaffen, die auch die Frage der prozessualen Verwertbarkeit aufgreifen.¹⁴³

Die hier vertretene Ansicht versucht, die Problematik durch eine Identifikation der jeweils in Rede stehenden Beweiserhebungsnorm sowie der sachgerechten Zurechnungskriterien besser, als dies bisher der Fall ist, zu strukturieren. Sie vermeidet einseitige Extremösungen und bewegt sich im Ergebnis, insofern der Abwägungslösung verwandt, auf einem Mittelweg zwischen den Polen der Wahrheitsfindung und der Ermöglichung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege einerseits sowie dem weitreichenden Schutz rechtsstaatlicher Grundsätze andererseits. Insofern ist sie auch der vom Deutschen Juristentag empfohlenen Lösung über ein »Totalverbot« der Beweisverwertung nach jeglichem strafbaren privaten Handeln deutlich überlegen.

142 Diese Unterscheidung wird auch vom BGH betont, siehe BGHSt 36, 167, 173.

143 Siehe auch *Brunhöber* GA 2010, 571, 588.