

Gunhild Godenzi

Private Beweisbeschaffung
im Strafprozess

Eine Studie zu strafprozessualen
Beweisverboten im schweizerischen
und deutschen Recht

Schulthess §

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
von I. Meier, A. Donatsch und B. Weber-Dürler

Gunhild Godenzi

Private Beweisbeschaffung
im Strafprozess

Eine Studie zu strafprozessualen
Beweisverboten im schweizerischen
und deutschen Recht

Schulthess § 2008

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Diese Reihe setzt sich zusammen aus den
Zürcher Studien zum öffentlichen Recht
Zürcher Studien zum Privatrecht
Zürcher Studien zum Strafrecht
Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte
Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie

Abdruck der der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich vorgelegten Dissertation

Bibliografische Information «Der Deutschen Bibliothek»

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2008
ISBN 978-3-7255-5616-8

www.schulthess.com

Vorwort

Im Rahmen meines Rechtsreferendariats hat sich eine schweizerische Unternehmensberatung bereit gefunden, mir einen praktischen Einblick in die Ermittlungstätigkeit der „Forensic Services“ zu gewähren. Diese Erfahrung hat mich einerseits für die Interessenlagen von Unternehmen sensibilisiert, die mit dem Verdacht auf kriminelle Handlungen konfrontiert sind und die Einschaltung privatwirtschaftlicher Spezialabteilungen mit guten Gründen der staatlichen Strafverfolgung vorziehen; andererseits stand mir die Konkurrenzierung der staatlichen Strafuntersuchung durch „private Ermittlungsverfahren“ und die damit einhergehende Entformalisierung des Strafverfahrens vor Augen. Beides zusammen hat mich zum Thema dieser Arbeit geführt: der privaten Beweisbeschaffung im Strafprozess.

Am Gelingen der vorliegenden Untersuchung haben einige Menschen besonderen Anteil, denen ich an dieser Stelle „Danke“ sagen möchte:

Die Umsetzung des Dissertationsprojektes ist erst möglich geworden, weil Herr Prof. Dr. Wolfgang Wohlers mich als Assistentin an seinem Lehrstuhl angenommen und mich im Verlaufe der Assistenzzeit an wissenschaftliches Arbeiten auf einem bis dato für mich unbekanntem Niveau herangeführt hat. Seiner umsichtigen Förderung ist es zu verdanken, dass ich meine anfängliche Distanziertheit dogmatischen Fragestellungen gegenüber abgelegt und mit der Strafrechtswissenschaft und Lehre eine enge und beständige Freundschaft geschlossen habe. Als Doktorvater hat er mich bei der Erstellung der vorliegenden Arbeit kritisch begleitet, konstruktiv geleitet und beharrlich vorangetrieben. Sein Vertrauen in meine wissenschaftlichen Fähigkeiten, der fachliche Rückhalt, den er mir gegeben hat und seine Loyalität meiner Person gegenüber sind für mich die Grundlage für den erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit gewesen.

Ein Dank geht auch an meine Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für den regen fachlichen Austausch und die Mitgestaltung eines Arbeitsumfelds, in dem ich mich ausserordentlich wohl gefühlt habe.

Meinem Kollegen Stephan Schlegel danke ich für die Formatierungshilfe und für den unerschütterlichen Optimismus, den er bei der Bewältigung sämtlicher PC-Tücken verbreitet hat.

Steffen Salvenmoser (PricewaterhouseCoopers), Werner Schiesser (BDO Visura) und Volker Barth (Deloitte) sei gedankt dafür, dass sie sich als Lei-

ter der Abteilungen „Forensic Services“ die Zeit für umfangreiche Interviews genommen haben.

Grösster Dank gilt meinem Vater, Günther Einecke, und seiner Frau, Hella Klink, die mir meine juristische Ausbildung durch ihre moralische und finanzielle Unterstützung erst möglich gemacht haben. Die Selbstverständlichkeit, mit der sie mir während des Rechtsreferendariats bei sich ein zu Hause gegeben haben und ihr mitfühlendes Verständnis für die Plagen der Anwaltsprüfungszeit haben mich tief beeindruckt. Meinem Vater gebührt zudem immenser Dank dafür, dass er das Manuskript gründlichst Korrektur gelesen hat.

Ganz besonderen Dank möchte ich meinem Mann Luca Godenzi aussprechen, der mich bei der Erstellung der Arbeit liebevoll unterstützt hat. Als unermüdlicher und verständiger Gesprächspartner hat er mir den gesunden Menschenverstand des juristischen Laien geliehen und durch seine kritischen Fragen meine dogmatischen Standpunkte in dieser Arbeit entscheidend mit geprägt.

Literatur und Judikatur sind bis November 2007 berücksichtigt.

Zürich, im Dezember 2007

Gunhild Godenzi

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	LIX
Abkürzungsverzeichnis	LXIII
Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
§ 1 Einführung in die Problemstellung	1
§ 2 Vorgehensweise	4
Erster Teil: Privatermittlungen des Geschädigten und seiner Beauftragten	13
1. Kapitel: Forensic Services – eine Bestandsaufnahme.....	15
§ 1 Straftatermittlungen durch Beratungs- und Revisionsgesellschaften.....	15
§ 2 Forensic Services und Revision: Gemeinsamkeiten und Unterschiede.....	27
§ 3 Strategische Erwägungen des Geschädigten	40
§ 4 Kooperation mit den Strafverfolgungsorganen	43
2. Kapitel: Die Rechtstellung des verdächtigen Arbeitnehmers	46
§ 1 Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen in der Schweiz	47
§ 2 Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland	58
§ 3 Nichtbeeinträchtigung des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren	67
3. Kapitel: Die Ermittlungsbefugnis des Geschädigten.....	70
§ 1 Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Geschädigten.....	71
§ 2 Das Privatermittlungsrecht des Geschädigten im Strafprozess.....	74
4. Kapitel: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	114
Zweiter Teil: Beweisverbote nach privaten Beweisbeschaffungen des Geschädigten	119
1. Kapitel: Private Beweisbeschaffung durch den Geschädigten	121

§ 1 Begriffsbestimmungen.....	121
§ 2 „Private“ Ermittlungen in Abgrenzung zu Beteiligungen Privater an der staatlichen Strafverfolgung	124
2. Kapitel: Grundlagen der Beweisverbote	133
§ 1 Einführung	133
§ 2 Terminologiedivergenzen	135
3. Kapitel: Meinungsstand zur Beweisverwertung nach illegaler privater Beweisbeschaffung.....	144
§ 1 Die Haltung der Rechtsprechung	144
§ 2 Das Meinungsspektrum in der Literatur im Überblick	166
4. Kapitel: Zur strafprozessualen Relevanz der illegalen privaten Beschaffungshandlung	170
§ 1 Strafrechtswidrige private Beweisbeschaffung als Sonderproblem der Beweisverbotsdogmatik.....	170
§ 2 Möglichkeiten und Grenzen einer Zurechnung der illegalen Beweisbeschaffung zum Staat	171
§ 3 Zur Privatrechtsbindung strafprozessualer Verwertungsverbote.....	186
§ 4 Zur Massgeblichkeit von Straftatbeständen für die strafprozessuale Beweisverwertbarkeit	190
§ 5 Zur Relevanz des privaten Beschaffungsakts für verfassungsrechtliche Verwertungsverbote	199
5. Kapitel: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	234
Dritter Teil: Die Massgeblichkeit der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	239
1. Kapitel: Beweishypothesen im Kontext der Verwertungsverbote	241
§ 1 Die Inadäquanz genereller (Un-)Verwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweise	241
§ 2 Terminologie des strafprozessualen Hypothesendenkens	242
§ 3 Anwendungsbereiche der Hypothesenbildung im Kontext der Beweisverbote.....	243
2. Kapitel: Prämissen der Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung.....	251
§ 1 Der staatliche Verwertungsakt als Ansatzpunkt der Verwertungsverbotsfolge.....	251

§ 2 Funktion und Ansatzpunkt der Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung	256
3. Kapitel: Die Geltungsberechtigung der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	262
§ 1 Meinungsstand zur Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung	263
§ 2 Zur Praxistauglichkeit von Beweishypothesen	267
§ 3 Unbeachtlichkeit von Beweishypothesen bei der Kausalitätsprüfung	270
§ 4 Der gesetzessystematische Rahmen der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	272
§ 5 Parallelwertungen zur strafrechtlichen Zurechnungsdogmatik.....	278
§ 6 Der Geltungsgrund der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	281
§ 7 Der Stellenwert der Hypothese bei der Konstituierung der Verwertungsverbotsfolge	290
4. Kapitel: Die Anforderungen an die Hypothesenbildung	293
§ 1 Das Bezugsobjekt der Hypothese.....	293
§ 2 Der Beurteilungsmassstab der Hypothese.....	300
§ 3 Anwendungsbeispiele zur Hypothesenrelevanz.....	310
5. Kapitel: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	325
Schlussbetrachtung und Ausblick	331
§ 1 Gesamtbilanz der Untersuchung	331
§ 2 Ausblick auf die Rechtslage de lege ferenda	333
Stichwortverzeichnis.....	345

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	LIX
Abkürzungsverzeichnis	LXIII
Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
§ 1 Einführung in die Problemstellung	1
I. Die Ausgangslage: Privatisierung der Strafuntersuchung	1
II. Die Zielsetzung: Erarbeitung dogmatischer Grundlagen der Beweisverbote bei privaten Beweisbeschaffungen durch den Geschädigten	3
§ 2 Vorgehensweise	4
I. Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und Deutschland	4
II. Gang der Untersuchung	6
1. Erster Teil	7
2. Zweiter Teil	8
3. Dritter Teil	10
Erster Teil: Privatermittlungen des Geschädigten und seiner Beauftragten	13
1. Kapitel: Forensic Services – eine Bestandsaufnahme	15
§ 1 Straftatermittlungen durch Beratungs- und Revisionsgesellschaften	15
I. Einführung	15
II. Aufgabenbereiche der Forensic Services	18
III. Die Forensische Untersuchung	19
1. Ein Beispiel aus der Praxis	19
2. Zum Begriff der „Forensischen Untersuchung“	20
3. Ablauf der Forensischen Untersuchung	21
a) Anhörung des Auftraggebers	22
b) Festlegung des Auftrags	22
c) Innerbetriebliche Untersuchung	23
d) Ermittlungsabschluss	25

e) Erstellung von Strafanzeigen und sonstige „Nachsorge“	25
§ 2 Forensic Services und Revision: Gemeinsamkeiten und Unterschiede	27
I. Aufdeckungs- und Aufklärungspflichten.....	27
II. Abgrenzung zur Internen Revision	28
1. Die Interne Revision als Instrument der Unternehmensführung	28
2. Aufgabenbereiche der Internen Revision	30
3. Aufdeckungs- und Aufklärungspflicht der Internen Revision.....	31
4. Die Interne Revision als Hinweisgeber der Forensic Services	32
5. Ergebnis der Abgrenzung	33
III. Abgrenzung zur Externen Revision.....	33
1. Prüfungsaufgaben der Externen Revision	33
2. Auftraggeber und Prüfungsumfang	34
3. Aufdeckungs- und Aufklärungspflicht der Externen Revision	34
4. Ergebnis der Abgrenzung	36
IV. Kompetenzvorteile der Forensic Services	36
1. Erfordernis von Spezialkompetenzen bei der Straftataufklärung.....	37
2. Prüfungsansatz von Revision und Forensic Services	38
3. Ergebnis	39
§ 3 Strategische Erwägungen des Geschädigten.....	40
I. Vorteile gegenüber staatlicher Strafverfolgung	40
1. Diskretion	40
2. Minimierung des Ermittlungszeitraums	41
II. Nachteile gegenüber staatlicher Strafverfolgung	42
1. Kostenintensität	42
2. Fehlende Zwangsbefugnisse	42
III. Auswirkungen für den Verdächtigen	43
§ 4 Kooperation mit den Strafverfolgungsorganen	43
I. Beachtlichkeit der Weisungen des Auftraggebers	44
II. Gutachtertätigkeiten im Strafverfahren	45
2. Kapitel: Die Rechtstellung des verdächtigen Arbeitnehmers.....	46
§ 1 Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen in der Schweiz	47
I. Fristlose Tat- oder Verdachtskündigung durch den Arbeitgeber.....	47
1. Allgemeine Voraussetzungen der fristlosen Kündigung	47
2. Fristlose Tatkündigung	48
3. Fristlose Verdachtskündigung	49
a) Überblick über den Meinungsstand	49
b) Priorität milderer Massnahmen in der Praxis	51

II.	Zum Entlassungsgrund der „treuwidrigen Behinderung der Verdachtsaufklärung“	52
1.	Präzisierungsdefizite in Rechtsprechung und Lehre	52
a)	Die Haltung der Rechtsprechung	52
b)	Überblick über den Meinungsstand im Schrifttum	53
2.	Unzulässigkeit einer „Ermittlungssabotage“	54
3.	Aktive Mitwirkungspflichten des verdächtigen Arbeitnehmers bei der Aufklärung?	55
a)	Das überwiegende Interesse der Selbstbelastungsfreiheit	56
b)	Unzulässige Beweislastumkehr bei Annahme einer Mitwirkungspflicht	57
4.	Ergebnis: Gefahr der Selbstbelastung als Schranke der allgemeinen Treuepflicht	58
§ 2	Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland	58
I.	Fristlose Tat- oder Verdachtskündigung durch den Arbeitgeber	58
1.	Allgemeine Voraussetzungen der fristlosen Kündigung	58
2.	Fristlose Tat Kündigung	59
3.	Fristlose Verdachtskündigung	60
II.	Ordentliche Tat- oder Verdachtskündigung durch den Arbeitgeber	62
III.	Reichweite arbeitsrechtlicher Nebenpflichten	63
1.	Die Nebenpflicht auf Rücksichtnahme	63
2.	Gefahr der Selbstbelastung als Schranke arbeitsrechtlicher Nebenpflichten	65
§ 3	Nichtbeeinträchtigung des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren	67
I.	Faktische Mitwirkungspflicht des verdächtigen Arbeitnehmers	67
II.	Rechtliche Mitwirkungsfreiheit des verdächtigen Arbeitnehmers	68
3. Kapitel:	Die Ermittlungsbefugnis des Geschädigten	70
§ 1	Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Geschädigten	71
I.	Strafprozessuale Anzeigepflichten	71
II.	Strafrechtliche Anzeigepflichten	72
III.	Fazit	73
§ 2	Das Privatermittlungsrecht des Geschädigten im Strafprozess	74
I.	Das Privatermittlungsrecht als „Beschuldigtenrecht“	74
II.	Meinungsstand zum Privatermittlungsrecht des Geschädigten	74
III.	Vereinbarkeit privater Straftatermittlungen mit strafprozessualen Verfahrensmaximen	76
1.	Objektivitätsgrundsatz versus Privatermittlungen	76

a)	Fehlende Bindungswirkung gegenüber Privaten	76
b)	Zur Gefahr der „Verschmutzung“ staatlicher Erkenntnisquellen	78
2.	Offizialprinzip versus Privatermittlungen	79
a)	Das Privatstrafklageverfahren als Ausnahme vom Offizialprinzip	80
b)	Die Antragsdelikte als rechtliche Relativierung des Offizialprinzips	80
3.	Ergebnis	81
IV.	Ausgrenzung untauglicher Legitimationsversuche	82
1.	Durchbrechungen des Offizialprinzips	82
2.	Privatermittlungen als Zeugenpflicht	83
3.	Gleichstellung von Angeschuldigten- und Geschädigtenrechten	83
V.	Verfassungsrechtliche Legitimation in Deutschland: Das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ als Grundlage eines Privatermittlungsrechts?	86
1.	Der Rechtsbeistandsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 38, 105)	86
2.	Die Unmassegeblichkeit des Rechtsbeistandsbeschlusses für private Ermittlungen	87
a)	Fehlender obrigkeitlicher Zugriff	87
b)	Inkongruenz von Privatermittlungsrecht und Recht auf Rechtsbeistand	88
c)	Ergebnis	89
3.	Schutzgehalt und Wirkungsrichtung des verfassungsrechtlichen „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“	89
a)	Die allgemeine Handlungsfreiheit	90
b)	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	91
c)	Abgrenzung von allgemeiner Handlungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht	93
d)	Die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht für private Ermittlungen	94
4.	Ergebnis	95
VI.	Verfassungsrechtliche Legitimation in der Schweiz	95
1.	Private Ermittlungen als Bestandteil der „persönlichen Freiheit“?	95
a)	Der Gewährleistungsinhalt des Art. 10 Abs. 2 BV	96
b)	Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG	97
aa)	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	97
bb)	Die Haltung der Literatur	98
c)	Bundesgerichtliche Kasuistik zum Schutzbereich der persönlichen Freiheit	99
d)	Private Ermittlungen als „elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung“?	100

2.	Das Fehlen eines Ermittlungsverbots als Indiz für ein Ermittlungsrecht des Geschädigten.....	101
a)	Die Lückenhaftigkeit des Grundrechtsschutzes.....	102
b)	Die Freiheit des Einzelnen als Prinzip des liberalen Rechtsstaats.....	102
c)	Ergebnis	105
VII.	Einfachgesetzliche Legitimation eines Privatermittlungsrechts	105
1.	Verknüpfungen der Teilrechtsordnungen des Zivil- und Strafrechts	106
a)	Mitberücksichtigung der zivilrechtlichen Interessenlage im Strafverfahren	106
b)	Ansprüche aus unerlaubter Handlung infolge der Straftat.....	106
c)	Massgeblichkeit der Verhandlungsmaxime vor dem Zivilgericht.....	108
d)	Massgeblichkeit der Verhandlungsmaxime bei Geltendmachung der Zivilforderungen im strafprozessualen Adhäsionsverfahren.....	109
aa)	Schweiz.....	109
bb)	Deutschland	110
2.	Legitimierung strafrechtlicher Ermittlungen durch das Erfordernis zivilrechtlicher Ermittlungen.....	111
3.	Ermittlungsbefugnisse der nichtanwaltlichen Geschädigtenvertreter	112
4. Kapitel:	Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	114
Zweiter Teil: Beweisverbote nach privaten Beweisbeschaffungen des Geschädigten		119
1. Kapitel:	Private Beweisbeschaffung durch den Geschädigten	121
§ 1	Begriffsbestimmungen.....	121
I.	Der Begriff des „Geschädigten“.....	121
II.	Kriterien der „Privatheit“ strafprozessualer Ermittlungen und Beweisbeschaffungen.....	123
§ 2	„Private“ Ermittlungen in Abgrenzung zu Beteiligungen Privater an der staatlichen Strafverfolgung	124
I.	Verdeckte Privatermittlungen in Abgrenzung zu „Verdeckten Ermittlungen“ im Sinne des BVE und der §§ 110a -110e dStPO.....	124
II.	„Private“ Ermittlungen in Abgrenzung zum Einsatz von V-Leuten.....	126
III.	„Private“ Ermittlungen in Abgrenzung zu staatlichen Hörfällen mit Beteiligung Privater	128
1.	Ausforschung durch Privatpersonen in staatlichem Auftrag	128
2.	Staatliche Assistenz beim Ausforschungsvorgang	129

3. Ausforschungen in Haftzellen	131
2. Kapitel: Grundlagen der Beweisverbote	133
§ 1 Einführung	133
§ 2 Terminologiedivergenzen	135
I. Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote	135
II. Zur Unterscheidbarkeit von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote	138
III. Unselbständige und selbständige Verwertungsverbote	141
3. Kapitel: Meinungsstand zur Beweisverwertung nach illegaler privater Beweisbeschaffung	144
§ 1 Die Haltung der Rechtsprechung	144
I. Schweiz	144
1. Die bundesgerichtliche Praxis	144
a) Beweismitteldiebstahl	144
b) Strafrechtswidrige private Tonbandaufnahmen	144
2. Die kantonalgerichtliche Praxis	145
a) Strafrechtswidrige private Tonbandaufnahmen	145
b) Beweismitteldiebstahl	146
c) Strafflose Zeugenbeeinflussung	147
3. Zusammenfassung	147
4. Defizite der rechtlichen Legitimation der Verwertungsverbotsfolge	148
II. Deutschland	148
1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts	149
a) Private Tonbandaufnahmen	149
aa) Erste Tonbandentscheidung des BGH (BGHSt 14, 358)	149
bb) Tonbandentscheidung des BVerfG (BVerfGE 34, 238)	151
cc) Zweite Tonbandentscheidung des BGH (BGHSt 36, 167)	153
b) Weitergabe eines Tagebuchs (BGHSt 19, 325)	154
2. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	155
a) Aussageerpressung	155
b) Private Tonbandaufnahmen	155
3. Zusammenfassung	157
4. Defizite der rechtlichen Legitimation der Verwertungsverbotsfolge	158
a) Zur Rechtsprechung von BVerfG, BGH und BayObLG	158
b) Zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	160

III. Die Haltung des EGMR	161
1. Urteil SCHENK vs. Schweiz	161
2. Verwertungsverbote im Kontext des „fairen Verfahrens“ nach Art. 6 EMRK	163
a) Beschränkte Kognition des innerstaatlichen Beweisrechts	163
b) Zum Verbot der Verwertung des illegalen Beweises als „einziges Beweismittel“	164
§ 2 Das Meinungsspektrum in der Literatur im Überblick	166
I. Schweiz	166
II. Deutschland	167
4. Kapitel: Zur strafprozessualen Relevanz der illegalen privaten Beschaffungshandlung	170
§ 1 Strafrechtswidrige private Beweisbeschaffung als Sonderproblem der Beweisverbotsdogmatik	170
§ 2 Möglichkeiten und Grenzen einer Zurechnung der illegalen Beweisbeschaffung zum Staat	171
I. Zum Begriff rechtlicher Zurechnung	172
II. Absenz eines aktiven staatlichen Beitrags zur Beweisbeschaffung der Privatperson	174
1. Zurechnung bei staatlicher Beteiligung am Vorgehen der Privatperson	175
a) Staatliche Beauftragung, Weisung oder Steuerung	175
b) Staatliche Duldung privater Störungen und andere Grenzfälle	176
2. Die staatliche Beweismittelübernahme: ein untauglicher Zurechnungsgrund	177
a) Zur These staatlicher „Gefährdungshaftung“	178
b) Wertungsdivergenzen zwischen privatem Beschaffungsunrecht und staatlicher Beweismittelübernahme	179
c) Abgrenzung der Zurechnungskonzeption vom Einwand verbotener „Beweismittelhehlerei“ des Staates	180
III. Zurechnung infolge eines pflichtwidrigen legislativen Unterlassens?	182
1. Erfordernis einer Harmonisierung strafprozessualer und grundrechtlicher Zurechnungsdogmatik	183
2. Überbelastung grundrechtlicher Schutzpflichten bei der Konstruktion einer konkreten staatlichen Handlungspflicht	184
3. Auflösung der Unterscheidung zwischen privater Beeinträchtigung und staatlichem Eingriff	185

§ 3 Zur Privatrechtsbindung strafprozessualer Verwertungsverbote.....	186
I. Normative und kriminalpolitische Erwägungen	187
II. Analoge Anwendung des Strafprozessrechts bei privater Beweisbeschaffung?	188
§ 4 Zur Massgeblichkeit von Straftatbeständen für die strafprozessuale Beweisverwertbarkeit.....	190
I. Die „Einheitsthese“ im schweizerischen und deutschen Schrifttum	190
1. Zur Ableitung der Verwertbarkeit aus der Rechtmässigkeit der Beweisbeschaffung	192
2. Zur Ableitung eines Verwertungsverbots aus der Rechtswidrigkeit der Beweisbeschaffung	193
II. Zur These der „verbotenen Beweismittelhehlerei“	194
1. Wettlauf privater und staatlicher Ermittlungen	195
2. Unzulässige Unrechtsübertragungen vom materiellen ins prozessuale Recht	196
3. Vertiefung der Individualrechtsgutsverletzung durch den Verwertungsvorgang – Erfordernis der Einzelfallprüfung	197
4. Staatliche Ausnutzung der Individualrechtsverletzung – Erfordernis einer normativen Betrachtung	198
§ 5 Zur Relevanz des privaten Beschaffungsakts für verfassungsrechtliche Verwertungsverbote	199
I. Zur Ableitung eines Verwertungsverbots aus der Drittwirkung von Grundrechten	201
1. Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt	201
2. Ansätze zur Lösung der Drittwirkungsproblematik	203
a) Die Lehre der unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten	204
aa) Doppelfunktionales Grundrechtsverständnis als Ausgangspunkt der Drittwirkungslehren	204
bb) Einwände gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte	205
b) Die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG – ein Sonderfall?.....	208
aa) Zur Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 1 GG	209
bb) Die schutzrechtliche Dimension des Art. 1 Abs. 1 GG.....	211
c) Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten	212
3. Konsequenzen für die Legitimation eines Verwertungsverbots im Strafprozess	214
a) Unmöglichkeit einer „privaten Grundrechtsverletzung“	214
b) Absenz eines einfachgesetzlichen Mediums für eine mittelbare Grundrechtswirkung	215

II.	Zur Ableitung eines Verwertungsverbots aus grundrechtlichen Schutzpflichten	216
1.	Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten.....	218
a)	Zur Wirkungsweise der staatlichen Schutzpflichten.....	218
b)	Grenzen staatlicher Schutzpflichten	220
2.	Konsequenzen für die Legitimation eines Verwertungsverbots im Strafprozess	222
a)	Schutzpflichtenaktivierende Gefahr strafrechtswidriger Privatermittlungen	222
b)	Rechtsfolgen der staatlichen Schutzpflicht	224
aa)	Behauptung generalpräventiver Schutzdefizite	225
bb)	Pflicht zur Gewährleistung eines „effektiven Schutzes“	226
cc)	Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume der Legislative.....	228
dd)	Kontroll- und Vollzugsverpflichtung der Gerichte.....	229
III.	Selbständige Verwertungsverbote.....	230
1.	Mittelbare Relevanz des privaten Unrechts bei der Beweisbeschaffung	230
2.	Verwertungsverbot infolge absoluter Beweisuntauglichkeit des Beweismittels?	232
5. Kapitel:	Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	234
Dritter Teil: Die Massgeblichkeit der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“		239
1. Kapitel:	Beweishypothesen im Kontext der Verwertungsverbote	241
§ 1	Die Inadäquanz genereller (Un-)Verwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweise.....	241
§ 2	Terminologie des strafprozessualen Hypothesendenkens.....	242
§ 3	Anwendungsbereiche der Hypothesenbildung im Kontext der Beweisverbote.....	243
I.	Die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung	244
II.	Sonderkonstellationen der Hypothesenbildung.....	245
III.	Zur Geltungsberechtigung der Hypothese in der Grundkonstellation.....	248
1.	Die Haltung der Rechtsprechung	248
2.	Das Meinungsspektrum in der Literatur im Überblick	249
2. Kapitel:	Prämissen der Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung.....	251
§ 1	Der staatliche Verwertungsakt als Ansatzpunkt der Verwertungsverbotsfolge	251

I.	Die Rechtmässigkeit der staatlichen Beweiserlangung	251
II.	Die Verwertungsverbotsfrage im Kontext der selbständigen Verwertungsverbote.....	252
III.	Die Legitimationsbedürftigkeit der Verwertungsverbotsfolge	254
§ 2	Funktion und Ansatzpunkt der Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung.....	256
I.	Die „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	257
II.	Gedankliche „Ergänzung“ einer zielgerichteten staatlichen Beweiserhebung.....	258
1.	Das Fehlen eines Ersetzungsobjekts bei der Hypothesenbildung.....	259
2.	Der Ansatzpunkt der Hypothese: Die Zufälligkeit der staatlichen Beweiserlangung	260
3. Kapitel:	Die Geltungsberechtigung der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	262
§ 1	Meinungsstand zur Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung.....	263
I.	Die Haltung der Rechtsprechung.....	263
1.	Deutschland	263
2.	Schweiz.....	264
a)	Berücksichtigung von Beweishypothesen nach illegaler privater Beweisbeschaffung.....	264
b)	Widersprüchliche Gleichbehandlung rechtswidriger privater und rechtswidriger staatlicher Beweisbeschaffung	266
II.	Das Meinungsspektrum in der Literatur im Überblick	266
§ 2	Zur Praxistauglichkeit von Beweishypothesen	267
§ 3	Unbeachtlichkeit von Beweishypothesen bei der Kausalitätsprüfung	270
§ 4	Der gesetzssystematische Rahmen der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	272
I.	Gesetzliche Unbeachtlichkeit von Hypothesen	272
1.	Gesetzliche Beweisverwertungsverbote	272
2.	Absolute Beschwerdegründe im Rechtsmittelverfahren.....	273
II.	Gesetzliche Beachtlichkeit von Hypothesen.....	275
1.	Zufallsfunde bei Hausdurchsuchungen.....	275
2.	Zufallsfunde bei staatlichen Überwachungsmassnahmen	276
III.	Abstrahierung der gesetzssystematischen Aussagen.....	277

§ 5 Parallelwertungen zur strafrechtlichen Zurechtdogmatik	278
I. Zur strafprozessualen Relevanz der strafrechtlichen „Hypothese des rechtmässigen Alternativverhaltens“	278
II. Beweishypothesen: ein Schritt ins Normative	280
§ 6 Der Geltungsgrund der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	281
I. Zum Geltungsgrund von Beweishypothesen bei staatlichen Zufallsfunden	282
II. Die „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“ als Korrektiv von Zufälligkeiten	284
III. Die objektiv-rechtliche Befehlskraft der Beweiserhebungsnormen.....	285
1. Gesetzwidrige staatliche Besserstellung durch die Zufälligkeit der Beweiserlangung.....	286
2. Verbindliche Fixierung des Beweisdispositivs durch die Gesamtheit der Beweiserhebungsnormen.....	287
3. Fazit zum Geltungsgrund der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	289
§ 7 Der Stellenwert der Hypothese bei der Konstituierung der Verwertungsverbotsfolge	290
4. Kapitel: Die Anforderungen an die Hypothesenbildung	293
§ 1 Das Bezugsobjekt der Hypothese	293
I. Überblick über den Meinungsstand	294
II. Zur gegenständlichen Identität der Beweisstücke	295
III. Das Beweisergebnis als Bezugsobjekt der Hypothese?	296
1. Austauschbarkeit der Beweismittel bei der Erlangung eines Beweisergebnisses	297
2. Unzulässigkeit des Beweismittelaustauschs bei der Hypothesenbildung	298
§ 2 Der Beurteilungsmaassstab der Hypothese	300
I. Überblick über den Meinungsstand im Schrifttum	300
II. Beurteilungsmaassstab der Rechtsprechung	301
1. Staatliche Beweisbeschaffung.....	301
2. Illegale private Beweisbeschaffung	302
III. Abstrakter Beurteilungsmaassstab der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	303
1. Faktische Besonderheiten der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“	304

2. Anpassung des Beurteilungsmassstabs an den Geltungsgrund der Hypothese	305
3. Bevorteilung des Staates gegenüber einer tatsächlichen staatlichen Beweiserhebung.....	306
4. Konkrete Bezugspunkte der „abstrakten Hypothese“	306
a) Grundsatz der zeitlichen Flexibilität der Hypothese	307
b) Einschränkungen der zeitlichen Flexibilität der Hypothese	308
5. Zur Problematik des strafprozessualen Beweismasses von Beweishypothesen	310
§ 3 Anwendungsbeispiele zur Hypothesenrelevanz.....	310
I. Hypothesenbildung nach illegalen privaten Tonbandaufnahmen	311
1. Gültigkeit des Katalogtaterfordernisses.....	312
2. Zur Einbeziehung zusätzlicher Eingriffsschranken	312
a) Subsidiaritätsgrundsatz und Tatverdachtserfordernis.....	312
b) Beachtlichkeit im Rahmen einer abstrakten Hypothesenbildung	313
c) Eingeschränkte Anwendbarkeit gesetzlicher Eingriffsvoraussetzungen	315
II. Hypothesenbildung nach „menschenrechtswidriger“ privater Beweisbeschaffung	317
1. Einbringbarkeit der Hypothese	317
2. Eingreifen der Verwertungsverbotsfolge.....	318
III. Hypothesenbildung nach Beweismitteldiebstahl	320
IV. Hypothesenbildung nach Erlangung eines Tagebuchs.....	321
1. Die spezifische Beschaffenheit des Beweismittels als Ansatzpunkt der Verwertungsverbotsfolge	321
2. Zur Bedeutung der Hypothese bei grundrechtlichen Verwertungsverboten.....	322
5. Kapitel: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	325
Schlussbetrachtung und Ausblick.....	331
§ 1 Gesamtbilanz der Untersuchung.....	331
I. Ermittlungen durch den Geschädigten im Strafprozess.....	331
II. Dogmatik der Beweisverbote nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen	332
§ 2 Ausblick auf die Rechtslage de lege ferenda	333
I. Kodifikationsansätze im Rahmen der Schaffung einer Schweizerischen Strafprozessordnung	334
1. Art. 150 VE StPO	335
2. Ergebnisse der Vernehmlassung.....	335
3. Mangelhafte Rezeption der bisherigen Praxis	337

4.	Dogmatische Unstimmigkeiten des Kodifikationsversuchs	338
a)	Methodische Verknüpfung von Verwertungsverbotsfolge und privatem Beschaffungsunrecht.....	339
b)	Praktische und dogmatische Unzulänglichkeiten einer Anknüpfung an das private Beschaffungsunrecht.....	340
II.	Schlussfolgerungen für die Rechtslage de lege ferenda.....	341
1.	Erfordernis einer spezifischen Beweisverbotsdogmatik für strafrechtswidrige private Beweisbeschaffung	341
2.	Gesetzgeberische Leitlinien für die Beweisverbotsdogmatik.....	342
	Stichwortverzeichnis.....	345

Literaturverzeichnis

- ABEGG, ANDREAS: Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Zürich 2004
- ACKERMANN, JÜRIG-BEAT/CARONI, MARTINA/VETTERLI, LUZIA: Anonyme Zeugenaussagen: Bundesgericht contra EGMR, AJP 2007, 1071
- AEPLI, MICHAEL: Die Strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten: unter besonderer Berücksichtigung der Beweismittelbeschlagnahme am Beispiel des Kantons Zürich, Zürich 2004 (zit. AEPLI, Strafprozessuale Sicherstellung)
- AEPLI, VIKTOR: Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, SJZ 93 (1997), 405
- AESCHLIMANN, JÜRIG: Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Bern 1997
- ALEXY, ROBERT: Theorie der Grundrechte, Lizenzausgabe, 4. Druck, Frankfurt am Main 2001
- ALSBERG, MAX/NÜSE, KARL-HEINZ/MEYER, KARL-HEINZ: Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Auflage, Köln 1983
- Alternativkommentar (AK): Kommentar zur Strafprozessordnung, in drei Bänden, Reihe Alternativkommentare, Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Neuwied 1988-1996 (zit. AK-BEARBEITER)
- AMELUNG, KNUT: Der Grundrechtsschutz der Gewissenserforschung und die strafprozessuale Behandlung von Tagebüchern, NJW 1988, 1002
- Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, Berlin 1990 (zit. AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte)
 - Die zweite Tagebuchentscheidung des BVerfG, NJW 1990, 1753
 - Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren, NJW 1991, 2533
 - Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten in: Joachim Schulz/Thomas Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, Baden-Baden 1997, S. 505 (zit. AMELUNG, Festschrift Bemann)
 - Die Entscheidung des BVerfG zur „Gefahr im Verzug“ i.S. des Art. 13 II GG, NStZ 2001, 337
- ANTOGNAZZA, GIAMPIERO: Beschlagnahme und Hausdurchsuchung, ZStrR 1977, 64

- ARZT, GUNTHER: Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, JZ 1973, 506
- Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung, in: Jürgen Baumann/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 223 (zit. ARZT, Festschrift Peters)
- ASCHEID, REINER/PREIS, ULRICH/SCHMIDT, INGRID: Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Auflage, München 2004 (zit. ASCHEID/PREIS/SCHMIDT-BEARBEITER)
- ASELMANN, MAIKE: Die Selbstbelastungsfreiheit im Steuerrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NStZ 2003, 71
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS: Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band II, Fassung von 1967, neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Basel 1991-1995 (zit. AUBERT, Bundesstaatsrecht)
- BÄRLEIN, MICHAEL/PANANIS, PANOS/REHMSMEIER, JÖRG: Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, NJW 2002, 1825
- BALDUS, MANFRED: Die Einheit der Rechtsordnung, Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995 (zit. BALDUS, Die Einheit der Rechtsordnung)
- BAMBERGER, HEINZ GEORG/ROTH, HERBERT (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2002-2003 (zit. BAMBERGER/ROTH-BEARBEITER)
- Basler Kommentar OR: Obligationenrecht (Basler Kommentar), Teil 1, Art. 1-529 OR, hrsg. von Heinrich Honsell, 4. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. XX OR N XX)
- Basler Kommentar StGB: Strafgesetzbuch (Basler Kommentar), Teil 1, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Teil 2, Art. 111-392 StGB, hrsg. von Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger, Basel 2003 (BSK-BEARBEITER, Art. XX StGB N XX)
- BAUMANN, JÜRGEN: Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussage, GA 1959, 33
- BAUMANN, MARTIN: Eigene Ermittlungen des Verteidigers, Baden-Baden 1998 (zit. M. BAUMANN, Eigene Ermittlungen des Verteidigers)
- BAUMANN, RAIMUND/BRENNER, HARALD: Die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote, Stuttgart 1991

- BAUMGARTEN, MARK-OLIVER/BURCKHARDT, PETER/ROESCH, ALEXANDER: Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 2006, 169
- BAUMGARTNER, HANS: Zum V-Mann-Einsatz unter besonderer Berücksichtigung des Scheinkaufs im Betäubungsmittelverfahren und des Zürcher Strafprozesses, Zürich 1990
- BEICHEL, STEPHAN/KIENINGER JÖRG: „Gefahr im Verzug“ auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch „unwilligen“ Bereitschaftsrichters?, NStZ 2003, 10
- BELING, ERNST: Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 46, 1903, Nachdruck 2. Auflage, Frankfurt am Main 1977
- BÉNÉDICT, JÉRÔME: Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, Lausanne 1994
- BENFER, JOST: „Grosser Lauschangriff“ – einmal ganz anders gesehen, NVwZ 1999, 237
- BERKOWSKY, WILFRIED: Die personenbedingte Kündigung – Teil 2, NZARR 2001, 449
- BERNASCONI, PAOLO/MÜLLER, CHRISTOF: Revision und Wirtschaftskriminalität, Untersuchungen anhand von Gerichtsurteilen mit Wirtschaftsstraffällen, Zürich 1990
- BERNSMANN, KLAUS: Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 13.5.1996 – GStSt 1/96 (LG Hamburg), StV 1997, 116
- Privatisierung der Justiz? - Ein Fallbeispiel, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 22. Strafverteidigertag vom 20.–22. März 1998 in Erfurt, Köln 1999, S. 151 (zit. BERNSMANN, Privatisierung der Justiz)
- BEULKE, WERNER: Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen der Ermittlungsorganen, ZStW 103 (1991), 657
- Strafprozessrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2006 (zit. BEULKE, Strafprozessrecht)
- BIAGGINI, GIOVANNI: Wirtschaftsfreiheit, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 49 (zit. BIAGGINI, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz)
- BIENERT, ANJA: Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote, Aachen 1997

- BLECKMANN, ALBERT: Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Auflage, Köln 1997
- BOCKEMÜHL, JAN: Private Ermittlungen im Strafprozess, ein Beitrag zu der Lehre von den Beweisverboten, Baden-Baden 1996
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen IFRS, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht und Corporate Governance, 3. Auflage, Zürich 2005 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht)
- Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Zürich 2007 (zit. BÖCKLI, Revisionsstelle)
- BOMMER, FELIX: Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?, ZStrR 2003, 172
- Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006
- BOVAY, BENOÎT/DUPOIS, MICHEL/MOREILLON, LAURENT/PIGUET, CHRISTOPHE: Procédure pénale vaudoise, Lausanne 2004
- BRADLEY, CRAIG M.: Beweisverbote in den USA und in Deutschland, GA 1985, 99
- BRAUM, STEFAN: Strafrechtliche Grenzen der Privatisierung, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 22. Strafverteidigertag vom 20.-22. März 1998 in Erfurt, Köln 1999, S. 161 (zit. BRAUM, Strafrechtliche Grenzen der Privatisierung)
- Expansive Tendenzen der Telekommunikations-Überwachung?, JZ 2004, 128
- BROX, HANS/RÜTHERS, BERND/HENSSLER, MARTIN: Arbeitsrecht, 16. Auflage, Stuttgart 2004 (zit. BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N XX)
- BRÜHWILER, JÜRIG: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996
- BUSSE, DIETRICH: Juristische Semantik, Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht, Berlin 1993 (zit. BUSSE, Juristische Semantik)
- BUSSMANN, KAI-D./SALVENMOSER, STEFFEN: Internationale Studie zur Wirtschaftskriminalität, NSTz 2006, 203
- CANARIS, CLAUWILHELM: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201
- Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161

- CANARIS, CLAUS-WILHELM/LARENZ, KARL: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995
- CHRISTENSEN, RALPH/FISCHER-LESCANO, ANDREAS: Die Einheit der Rechtsordnung, Zur Funktionsweise der holistischen Semantik, ZRph 2007, 8
- CLAYTON, RICHARD/TOMLINSON, HUGH: The law of human rights, Oxford 2004 (zit. CLAYTON/TOMLINSON, The law of human rights)
- The law of human rights, Second annual updating supplement, Oxford 2004 (zit. CLAYTON/TOMLINSON, The law of human rights, Second annual updating supplement)
- DÄUBLER, WOLFGANG: Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, NZA 2001, 1329
- DAHS, HANS: Zur Verteidigung im Ermittlungsverfahren, NJW 1985, 1113
- Verwertungsverbote bei unzulässiger Beschlagnahme von Tagebuchaufzeichnungen, Verteidigungsunterlagen sowie bei unzulässiger Gesprächsaufzeichnung und Blutprobe, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (Hrsg.), Wahrheitsfindung und ihre Schranken, Karlsruhe, 27. und 28. Mai 1988, II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Essen 1989, S. 122 (zit. DAHS, in: DAV)
 - Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.01.1990 – 2 Ws 608/89, NStZ 1991, 354
- DALAKOURAS, THEOHARIS: Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, Berlin 1988
- DEGENHART, CHRISTOPH: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG, JuS 1992, 361
- DELNON, VERA/RÜDY, BERNHARD: Strafbare Beweisführung?, in: Hans Baumgartner/René Schuhmacher (Hrsg.), Ungeliebte Diener des Rechts, Beiträge zur Strafverteidigung in der Schweiz, Baden-Baden/Zürich 1999, S. 164 (zit. DELNON/RÜDY, Beweisführung)
- DEMKO, DANIELA: Zur Rechtsprechung des EGMR in Sachen „Hörfalle“, HRRS 2004, 382
- DENCKER, FRIEDRICH: Verwertungsverbote im Strafprozess, Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, Köln 1977
- Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren, Anmerkungen aus Anlass zweier Entscheidungen des BGH, StV 1994, 667
- DIETLEIN, JOHANNES: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992 (zit. DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten)

- DINGELDEY, THOMAS: Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei ausserstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten, NStZ 1984, 529
- DONATSCH, ANDREAS: Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung im Steuerhinterziehungsverfahren, ST 2001, 719
- DONATSCH, ANDREAS/SCHMID, NIKLAUS: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 (zit. DONATSCH/SCHMID-BEARBEITER, § XX StPO ZH N XX)
- DONATSCH, ANDREAS/TAG, BRIGITTE: Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Auflage, Zürich 2006 (DONATSCH/TAG, Strafrecht I)
- DONATSCH, ANDREAS/WEDER, ULRICH/HÜRLIMANN, CORNELIA: Die Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts vom 27. Januar 2003, Zürich 2005 (zit. DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts)
- DONATSCH, ANDREAS/WOHLERS, WOLFGANG: Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Auflage, Zürich 2004 (zit. DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV)
- DORF, YVONNE: Luftbildaufnahmen und Unverletzlichkeit der Wohnung, NJW 2006, 951
- DREIER, HORST (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage, Tübingen 2004 (zit. DREIER-BEARBEITER)
- DRÖGE, CORDULA: Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2003
- DÜRIG, GÜNTER: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Theodor Maunz (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 (zit. DÜRIG, Festschrift Nawiasky)
- DUTTGE, GUNNAR: Der Begriff der Zwangsmassnahme im Strafprozessrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 1995
- EGLI, DANIEL: Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Bern 2000 (zit. EGLI, Verdachtskündigung)
- EGLI, PATRICIA: Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürich 2002 (zit. EGLI, Drittwirkung)
- EISENBERG, ULRICH: Kriminologie, 6. Auflage, München 2005 (zit. EISENBERG, Kriminologie)

- Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 5. Auflage, München 2006 (zit. EISENBERG, Beweisrecht)
- ELLBOGEN, KLAUS: Die Fluchttaggebücher Frank Schmökel und ihre Verwertbarkeit im Strafprozess, NStZ 2001, 460
- ENDERS, CHRISTOPH: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Tübingen 1997
- ENGISCH, KARL: Die Einheit der Rechtsordnung, Darmstadt 1987 (zit. ENGISCH, Die Einheit der Rechtsordnung)
- Einführung in das juristische Denken, 10. Auflage, Stuttgart 2005 (zit. ENGISCH, Einführung in das juristische Denken)
- Erfurter Kommentar: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von Thomas Dieterich/Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Günter Schaub, 7. Auflage, München 2007 (zit. ErfK-BEARBEITER)
- ESSER, ROBERT: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, Berlin 2002 (zit. ESSER, Europäisches Strafverfahrensrecht)
- Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz, JR 2004, 98
- FELDMANN, CLEMENS: Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise, NJW 1959, 853
- FELIX, DAGMAR: Einheit der Rechtsordnung, zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998 (zit. FELIX, Einheit der Rechtsordnung)
- FERBER, SABINE: Das Opferrechtsreformgesetz, NJW 2004, 2562
- FEZER, GERHARD: Grundfälle zum Verlesungs- und Verwertungsverbot im Strafprozess, JuS 1979, 35
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. April 1987 – 5 StR 666/86 (LG Hannover), JZ 1987, 937
- Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 17.1.1989 – 5 StR 8/89 (SchwG Hildesheim), StV 1989, 290
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.11.1989 – 2 StR 418/89, JR 1991, 85
- Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 1995 (zit. FEZER, Strafprozessrecht)
- Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, Heidelberg 1995 (zit. FEZER, Grundfragen)

- Anmerkung zu BGH, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 – 5 StR 680/94, NStZ 1996, 289
- Überwachung der Telekommunikation und Verwertung eines „Raumgesprächs“, NStZ 2003, 625
- FIKENTSCHER, WOLFGANG: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band 1, Frühe und religiöse Rechte, Romanischer Rechtskreis, Tübingen 1975 (zit. FIKENTSCHER, Methoden des Rechts, Band I)
- FORNITO, ROBERTO: Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, St. Gallen 2000
- FORSTMOSER, PETER: Einführung in das Recht, 3. Auflage, Bern 2003 (zit. FORSTMOSER, Einführung in das Recht)
- FRANK, PETER H.: Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, Überlegungen zu einem einheitlichen Schutz des Rechts am gesprochenen Wort im Straf- und Strafverfahrensrecht, Baden-Baden 1996 (zit. FRANK, Tonbandaufnahmen)
- FRANKE, ULRICH: Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Telekommunikationsüberwachung, GA 2003, 888
- FRICK, MARTIN: Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz, Bern 2004 (zit. FRICK, Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz)
- FROWEIN, JOCHEN ABR./PEUKERT, WOLFGANG: Europäische Menschenrechtskommission, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl 1996 (zit. FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar)
- FÜLLKRUG, MICHAEL: Unzulässige Vorteilszusicherung als verbotene Vernehmungsmethode, MDR 1989, 119
- FURNER, MARK: First Forensic Forum Schweiz (F3-CH), Computerforensik und Computerkriminalität, recht 2004, 210
- GACH, BERNT/RÜTZEL, STEFAN: Verschwiegenheitspflicht und Behördenanzeigen von Arbeitnehmern, BB 1997, 1959
- GAEDE, KARSTEN: Das Verbot der Umgehung der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung, StV 2004, 46
- Anmerkung zu EGMR v. 5.11.2002, Nr. 48539/99, Allan vs. Grossbritannien, StV 2003, 260
- Fairness als Teilhabe – das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Ein Beitrag zur Dogmatik des fairen Verfahrens in europäischen Strafverfahren und zur wirksamkeitsverpflichteten Konventionsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigerbeistand, Berlin 2007

- GAMILLSCHEG, FRANZ: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385
- GAMP, LOTHAR: Die Ablehnung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln im Zivilprozess, DRiZ 1981, 41
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/REY, HEINZ: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich 2003 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY-BEARBEITER, OR Allgemeiner Teil)
- GAUTHIER, JEAN: Die Beweisverbote, ZStW 103 (1991), 796
- GEISER, THOMAS: Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983
- GERBER, ALEXANDRA/SEILER, HANSJÖRG: Verwaltungsrichter und Technologie, ZBI 100 (1999), 289
- GIACOMETTI, ZACCARIA: Die Freiheitskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZSR 74 (1955), 149
- GISLER, MARKUS G.: Wirtschaftsdelikte- Herausforderung für die Revision, Prävention und Aufdeckung von sowie Berichterstattung über Wirtschaftsdelikte durch die Externe und Interne Revision, Zürich 1994
- GLOOR, WERNER: Le congé-soupçon, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133
- GÖSSEL, KARL HEINZ: Strafverfahrensrecht, Stuttgart 1977 (zit. GÖSSEL, Strafverfahrensrecht)
- Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren, NJW 1981, 649
 - Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre, NJW 1981, 2217
 - Verfassungsrechtliche Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1984, 361
 - Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, GA 1991, 483
 - Über das Verhältnis von Beweisermittlungsverbot und Beweisverwertungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Amtsaufklärungsmaxime der §§ 160, 244 II StPO – Zugleich eine Besprechung der Beschlüsse des Ermittlungsrichters des BGH – 1 BGs 65/97 und 1 BGs 88/97, NStZ 1998, 126
 - Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Beweisverwertungsverboten als neuer Ausgangspunkt einer Lehre von den Beweisverboten im Strafprozess, in: Udo Ebert (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, Berlin 1999, S. 277 (zit. GÖSSEL, Festschrift Hanack)

- GÖTTING, SUSANNE: Beweisverwertungsverbote in Fällen gesetzlich nicht geregelter Ermittlungstätigkeit, Frankfurt am Main 2001
- GOLLWITZER, WALTER: Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR, Kommentar, Berlin 2005
- GOTTHARDT, MICHAEL: Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Auflage, München 2003
- GRABENWARTER, CHRISTOPH: Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003
- GRANDERATH, REINHARD: Opferschutz – Totes Recht?, NSTz 1984, 399
- GREINER, GEORGES: Wie kommen durch eine Straftat Geschädigte zu ihrem Geld?, ZStrR 2007, 57
- GRIMM, ANDREA/VLCEK, MICHAEL: Liberalisierung für das Aufnehmen von Telefongesprächen im Geschäfts- und Bankenverkehr, Revision Art. 179quinquies StGB, AJP 2004, 534
- GROPP, WALTER: Zur Verwertbarkeit eigenmächtig aufgezeichneter (Telefon-) Gespräche, StV 1989, 216
- GRÜNWARD, GERALD: Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, 489
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.4.1987 – 5 StR 666/86 (LG Hannover), StV 1987, 470
 - Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden 1993
- GRUHL, JENS: „Private Investigation“ im Bereich der IuK-Kriminalität, DuD 2005, 399
- GUCKELBERGER, ANNETTE: Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, 1151
- HAAS, VOLKER: Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik, in: Matthias Kaufmann/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt am Main 2004, S. 193 (zit. HAAS, Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI)
- HABSCHEID, WALTHER J.: Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht, in: H. Conrad/H. Jahrreiß/P. Mikat/H. Mosler/H.C. Nipperdey/J. Salzwedel, Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin 1967, S. 840 (zit. HABSCHEID, Gedächtnisschrift Peters)
- Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts beschafften Beweismitteln, SJZ 89 (1993), 185

- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Die neue Bundesverfassung, 6. Auflage, Zürich 2005
- HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG: Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006 (zit. HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht)
- HAEFLIGER, ARTHUR/SCHÜRMAN, FRANK: Die Europäische Menschenrechtskommission und die Schweiz, 2. Auflage, Bern 1999
- HÄNDEL, KONRAD: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.2.1964 – 4 StR 519/63 (LG Hagen), NJW 1964, 1139
- HÄNER, ISABELLE: Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP 2002, 1144
- HÄSLER, PHILIPP: Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005
- HAFFKE, BERNHARD: Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, 65
- HALLER, KLAUS/CONZEN, KLAUS: Das Strafverfahren, Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 4. Auflage, Heidelberg 2006
- HANACK, ERNST-WALTER: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.7.1998 – 5 StR 302/97 (BGHSt 44, 129), JR 1999, 348
- HANAU, PETER/ADOMEIT, KLAUS: Arbeitsrecht, 13. Auflage, Neuwied 2005
- HANGARTNER, YVO: Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band 2, Grundrechte, Zürich 1982 (zit. HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2)
- Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post, AJP 2000, 515
 - Anmerkung zu BGer, Urteil vom 8. Juni 2001 – 2.P.96/2000, AJP 2002, 68
- HANSJAKOB, THOMAS: Die ersten Erfahrungen mit dem Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF), ZStrR 120 (2002), 265
- Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 122 (2004), 97
- HARRIS, KENNETH: Verwertungsverbote für mittelbar erlangte Beweismittel, Die Fernwirkungsdoktrin in der Rechtsprechung im deutschen und amerikanischen Recht, StV 1991, 313

- HASSEMER, WINFRIED/MATUSSEK, KARIN: Das Opfer als Verfolger, Frankfurt am Main 1996
- HAURI, MAX: Die Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes für Geschädigte im Zürcher Strafprozess, Zürich 2002
- HAUSER, ROBERT: Probleme und Tendenzen im Strafprozess, ZStrR 88 (1972), 113
- Abhörungen in Untersuchungsgefängnissen, SJZ 82 (1986), 253
- HAUSER, ROBERT/SCHWERI, ERHARD/HARTMANN, KARL: Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005
- HEINITZ, ERNST: Die Verwertung von Tagebüchern als Beweismittel im Strafprozess, JR 1964, 441
- HELLMANN, UWE: Strafprozessrecht, 2. Auflage, Berlin 2006 (zit. HELLMANN, Strafprozessrecht)
- HENKEL, HEINRICH: Strafverfahrensrecht, 2. Auflage Stuttgart 1968
- HERDEGEN, GERHARD: Bemerkungen zur Lehre von den Beweisverboten, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (Hrsg.), Wahrheitsfindung und ihre Schranken, Karlsruhe, 27. und 28. Mai 1988, II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Essen 1989, S. 103 (zit. HERDEGEN, in: DAV)
- Die Beruhensfrage im strafprozessualen Revisionsrecht, NStZ 1990, 513
- HERMES, GEORG: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987 (zit. HERMES, Leben und Gesundheit)
- HERRMANN, JOACHIM: Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote, in: Theo Vogler/Joachim Herrmann (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, S. 1291 (zit. HERRMANN, Festschrift Jescheck)
- HESSE, KONRAD: Die Bedeutung der Grundrechte, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Berlin 1994, § 5 (zit. HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995 (zit. HESSE, Grundzüge)
- HINZ, WERNER: Nebenklage und Adhäsionsantrag im Jugendstrafverfahren? – Überlegungen zur Stärkung der Opferrechte, ZRP 2002, 475

- HÖPFEL, FRANK/HUBER, BARBARA (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, Europäisches Kolloquium, Wien, 18.–20. September 1997, Freiburg im Breisgau 1999
- HOFER, MARTIN: Opfer- und Geschädigtenstellung im Wandel, ZStrR 120 (2002), 107
- HOFMANN, MICHAEL: Beweisverbote im Strafprozess – Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote, JuS 1992, 587
- HOLOUBEK, MICHAEL: Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik, Wien 1997 (zit. HOLOUBEK, Gewährleistungspflichten)
- HROMADKA, WOLFGANG/MASCHMANN, FRANK: Arbeitsrecht, Band 1, 2. Auflage, Berlin 2001–2002
- HRUSCHKA, JOACHIM: Zurechnung seit Pufendorf, Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts, in: Matthias Kaufmann/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt am Main, 2004, S. 17 (zit. HRUSCHKA, Zurechnung seit Pufendorf, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI)
- HUBER, HANS: Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 74 (1955), 173
- Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers, ZSR 82 (1963), 131
 - Die persönliche Freiheit, SJZ 69 (1973), 113
- HÜRLIMANN, CORNELIA: Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2006
- HÜSCH, HANS-PETER: Verwertungsverbote im Verwaltungsverfahren, Pfaffenweiler 1991
- HUFEN, FRIEDHELM: Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler? – Zur verfassungskonformen Auslegung der §§ 45 und 46 VwVfG, NJW 1982, 2160
- HUISSOUD, MICHEL/STEINMANN, HANS-PETER: Wirtschaftskriminalität in der Bundesverwaltung, ST 2001, 437
- HUMBERT, DENIS G./VOLKEN, ALFONS: Fristlose Entlassung (Art. 337 OR) unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung, AJP 2004, 564
- HUTZLI, PETER WALTHER: Die verfassungsmässigen bundesrechtlichen Schranken im einzelstaatlichen Strafprozess, Zürich 1974

Internationaler Kommentar EMRK: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskommission, hrsg. von Wolfram Karl, Köln 2004 (zit. Internationaler Kommentar EMRK-BEARBEITER, Art. XX EMRK N XX)

IPSEN, JÖRN: Staatsrecht II – Grundrechte, 9. Auflage, Neuwied 2006

ISENSEE, JOSEF: Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, Heidelberg 2000, § 111 (zit. ISENSEE, Handbuch)

JABORNIGG, DANIELA V.: Die Stellung des Verletzten in den schweizerischen Strafprozessordnungen zwischen Beweismittel und Partei, Basel 2001

JAECKEL, LIV: Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 2001

JÄGER, CHRISTIAN: Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, München 2003

JÄHNKE, BURKHARD: Verwertungsverbote bei Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechten in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (Hrsg.), Wahrheitsfindung und ihre Schranken, Karlsruhe, 27. und 28. Mai 1988, II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Essen 1989, S. 69 (zit. JÄHNKE, in: DAV)

– Verwertungsverbote und Richtervorbehalt beim Einsatz Verdeckter Ermittler, in: Reinhard Böttcher/Götz Hueck/Burkhard Jähnke (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin 1996, S. 427 (zit. JÄHNKE, Festschrift Odersky)

JAHN, MATTHIAS: Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft – BGHSt 44, 129, JuS 2000, 441

JAHN, MATTHIAS/DALLMEYER, JENS: Zum heutigen Stand der beweisrechtlichen Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe im deutschen Strafverfahrensrecht, NSTZ 2005, 297

JAKOBS, GÜNTHER: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin 1991 (zit. JAKOBS, Strafrecht AT)

JARASS, HANS D.: Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), 363

– Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857

- JARASS, HANS D./PIEROTH, BODO: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Auflage, München 2006 (zit. JARASS/PIEROTH-BEARBEITER)
- JAUERNIG, OTHMAR (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Kommentar, 12. Auflage, München 2007 (zit. JAUERNIG-BEARBEITER)
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: Beweisverbote im Strafprozess, Rechtsvergleichendes Generalgutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in: Beweisverbote im Strafprozess – Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Essen 1966, Band I, Teil 3B, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 1966 (zit. JESCHECK, Gutachten DJT)
- JOERDEN, JAN C.: Verbotene Vernehmungsmethoden – Grundfragen des § 136a StPO, JuS 1993, 927
- JOSET, PIERRE/RUCKSTUHL, NIKLAUS: V-Mann-Problematik aus der Sicht der Verteidigung, ZStrR 111 (1993), 355
- JOUSSEN, JACOB: Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, NZA 2001, 745
- JUNG, HEIKE: Das Opferschutzgesetz, JuS 1987, 157
- KAMISAR, YALE/LAFAVE, WAYNE R./ISRAEL, JEROLD H./KING, NANCY J.: Modern criminal procedure, cases, comments and questions, 11. Auflage, St. Paul, Minnesota, 2005 (KAMISAR/LAFAVE/ISRAEL/KING, Modern Criminal Procedure)
- KANT, IMMANUEL: Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft, Die Metaphysik der Sitten, in: Akademie Ausgabe, unveränderter Abdruck des Textes der von der Preussischen Akademie der Wissenschaften 1902 begonnenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften, Band VI, Berlin 2000 (zit. KANT, Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe, Bd. VI)
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, hrsg. von Gerd Pfeiffer, 5. Auflage, München 2003 (zit. KK-BERABEITER)
- KAUFMANN, MARTIN: Bewiesen? Gedanken zu Beweismittel – Beweismass – Beweiswürdigung, AJP 2003, 1199
- KAUFMANN, MATTHIAS/RENIKOWSKI, JOACHIM: Vom Nutzen der Zurechnung, in: Matthias Kaufmann/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt am Main, 2004, S. 7 (zit. KAUFMANN/RENIKOWSKI, Vom Nutzen der Zurechnung, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI)

- KELLER, ANDREA: Die Beschwerderechte im baselstädtischen Strafprozess, BJM 1981, 225
- KELLNER, HANS: Verwendung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweiskunden in Ehesachen, JR 1950, 270
- KELNHOFER, EVELYN: Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, Berlin 1994
- KILCHLING, MICHAEL: Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?, NStZ 2002, 57
- KINDHÄUSER, URS: Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau, zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, GA 2007, 447
- KLEIN, HANS H.: Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl 1994, 489
- KLEINKNECHT, THEODOR: Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81a StPO, NJW 1964, 2181
- Die Beweisverbote im Strafprozess, NJW 1966, 1537
 - Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 35. Auflage, München 1981 (zit. KLEINKNECHT, Kommentierung StPO, 35. Auflage 1981)
 - Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Essen 1966, Band II (Sitzungsberichte), Teil F, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 1967, F 112 (zit. KLEINKNECHT, Verhandlungen des 46. DJT, Band II)
- KLEY-STRULLER, ANDREAS: Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1995, 507
- KLUG, ULRICH: Referat, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Essen 1966, Band II (Sitzungsberichte), Teil F, F 30, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 1967 (zit. KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II)
- KMR: Kommentar zur Strafprozessordnung, Loseblattsammlung, hrsg. von Bernd von Heintschel-Heinegg/Heinz Stöckel, Neuwied 1980-, Stand: 47. Lieferung, Juni 2007 (zit. KMR-BEARBEITER)
- KNAUTH, ALFONS: Beweisrechtliche Probleme bei der Verwertung von Abhörmaterial im Strafverfahren, NJW 1978, 741
- KNOLL, DIETER: Die Fernwirkungen von Beweisverwertungsverböten, Augsburg 1992
- KÖCKERBAUER, HANS PETER: Die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche im Strafverfahren – der Adhäsionsprozess, NStZ 1994, 305

- KOHLBACHER, URSULA: Verteidigung und Verteidigungsrechte unter dem Aspekt der Waffengleichheit, Zürich 1979 (KOHLBACHER, Verteidigung und Verteidigungsrechte)
- KOHLER, GEORG: Philosophische Grundlagen der liberalen Rechtsstaatsidee, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 15 (zit. KOHLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz)
- KOHLHAAS, MAX: Die strafprozessuale Verwertbarkeit beschlagnahmter Krankenblätter, NJW 1962, 670
- Beweisverbote im Strafprozess, DRiZ 1966, 286
- KOHLMANN, G.: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22.2.1978 – II StR 334/77 = BGHSt 27, 355, JA 1978, 594
- KOKOTT, JULIANE: Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland, in: Juliane Kokott/Beate Rudolf (Hrsg.), Gesellschaftsgestaltung unter dem Einfluss von Grund- und Menschenrechten, Beiträge zur interdisziplinären Tagung der Association des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, Baden-Baden 2001, S. 57 (zit. KOKOTT, Drittwirkung)
- KOLL, MATHIAS: Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffs als Vorstudien zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte, Köln 1961
- KOLLY, GILBERT: Zu den Verfahrensrechten der Opfer von Straftaten (Art. 8 OHG) im freiburgischen Strafprozess, FZR 1994, 32
- Kommentar zum Grundgesetz: Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. von Christian Starck, begründet von Hermann v. Mangoldt, fortgeführt von Friedrich Klein, Band 1, Präambel, Artikel 1 bis 19, 5. Auflage, München 2005 (zit. Kommentar zum Grundgesetz-BEARBEITER)
- Konkordanzkommentar: EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, hrsg. von Rainer Grote/Thilo Marauhn, Tübingen 2006 (zit. Konkordanzkommentar-BEARBEITER)
- KORIATH, HEINZ: Über Beweisverbote im Strafprozess, Frankfurt am Main 1994
- KRAMER, BERNHARD: Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozess, NJW 1990, 1760
- Videoaufnahmen und andere Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht auf der Grundlage des § 163 StPO?, NJW 1992, 2732
- Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 5. Auflage, Stuttgart 2002
- KREY, VOLKER: Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, Berlin 1994

- KRIEGER, HUBERT: Die Haftung des Staates nach § 839 BGB, Art. 34 GG für Fehlverhalten der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, München 2000
- KRÜGER, RALF: Verfassungsrechtliche Grundlagen polizeilicher V-Mann-Arbeit, NJW 1982, 855
- KUBE, HANNO: Die Elfes-Konstruktion, JuS 2003, 111
- KUDLICH, HANS: Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – Zur „Mit-Hör-Fallen“-Entscheidung des Grossen Strafsenats – BGH(GS), NSTZ 1996, 502, JuS 1997, 696
- Geldwäschereiverdacht und Überwachung der Telekommunikation, JR 2003, 453
- KÜHNE, HANS-HEINER: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 9. 4. 1986 – 3 StR 551/85, EuGRZ 1986, 493
- Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Auflage, Heidelberg 2007 (zit. KÜHNE, Strafprozessrecht)
- KÜNG, MANFRED (Hrsg.): Handkommentar zur Zürcher Strafprozessordnung, Bern 2005 (zit. KÜNG/HAURI/BRUNNER, HK-StPO ZH)
- KÜPPER, GEORG: Tagebücher, Tonbänder, Telefonate, JZ 1990, 416
- KÜTTNER, WOLFDIETER/RÖLLER, JÜRGEN: Personalbuch 2007, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 14. Auflage, München 2007 (zit. KÜTTNER-BEARBEITER, Personalbuch)
- KUHN, SASCHA: Opferrechte und Europäisierung des Strafprozessrechts, ZRP 2005, 125
- LABER, BIRGIT: Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren, Frankfurt am Main 1995
- LAGODNY, OTTO: Verdeckte Ermittler und V-Leute im Spiegel von § 136a StPO als „angewandtem Verfassungsrecht“, StV 1996, 167
- LAKIES, OTTO/SCHORK, ALEXANDER: Forensic Services bei Kriminalinsolvenzen, in: Schultze & Braun GmbH/F.A.Z.-Institut für Management-, Markt- und Medieninformationen GmbH (Hrsg.), Insolvenzjahrbuch 2006, Frankfurt am Main 2005, S. 26
- LAUFS, ADOLF/REILING, EMIL: Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermas?, NJW 1994, 775
- LECHNER, STÉPHAN: Vermeidung und Aufdeckung von „Top Management Fraud“ durch das unternehmerische Überwachungssystem, DStR 2006, 1854

Leipziger Kommentar:

- Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 11. Auflage, hrsg. von Burkhard Jähnke/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky, Vierter Band, §§ 80 bis 145d, Berlin 2005
- Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 11. Auflage, hrsg. von Burkhard Jähnke/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky, Sechster Band, §§ 223 bis 263a, Berlin 2005
- Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 11. Auflage, hrsg. von Burkhard Jähnke/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky, Siebenter Band, §§ 264 bis 302, Berlin 2005
- Strafgesetzbuch, Grosskommentar, Erster Band, Einleitung, §§ 1 bis 31, 12. Auflage, hrsg. von Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann, Berlin 2007 (zit. LK-BEARBEITER, § XX StGB N XX)

LEISNER, WALTER: Grundrechte und Privatrecht, München 1960

LEMKE, MICHAEL: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Auflage, Heidelberg 2001 (zit. HK-BEARBEITER)

LENDI, MARTIN: Die Wiederentdeckung der Einheit der Rechtsordnung: eine Antwort auf die Problemkomplexität, in: Walter J. Habscheid/Hans-Joachim Hoffmann-Nowotny/Willy Linder/Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Freiheit und Zwang, rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Bern 1989, S. 407 (zit. LENDI, Festschrift Giger)

LESCH, HEIKO H.: Hörfalle und kein Ende – Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft, GA 2000, 335

LIENHARD, ANDREAS: Einbezug von Privaten bei der Gewährleistung des Umweltschutzes – Kooperations- und Auslagerungsvereinbarungen als Vollzugsinstrumente?, URP 2006, 1

Löwe-Rosenberg: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar/Löwe-Rosenberg, hrsg. von Peter Rieß, 25. Auflage, Berlin 1997-2005 (zit. LR-BEARBEITER)

LORENZ, FRANK LUCIEN: Absoluter Schutz versus absolute Realität, GA 1992, 254

MACHT, KLAUS: Verwertungsverbote bei rechtswidriger Informationserlangung im Verwaltungsverfahren, Berlin 1999

MAIER, KILIAN: Wirtschaftskriminalität und Interne Revision, St. Gallen 2001

- MAIWALD, MANFRED: Zufallsfunde bei zulässiger strafprozessualer Telefonüberwachung – BGH, NJW 1976, 1462, JuS 1978, 379
- MARTI, SIMON/EBERLE, RETO: Qualität in der Wirtschaftsprüfung, ST 2004, 415
- MASCHMANN, FRANK: Zuverlässigkeitstests durch Verführung illoyaler Mitarbeiter?, NZA 2002, 13
- MASTRONARDI, PHILIPPE: Menschenwürde als materielle „Grundnorm“ des Rechtsstaates, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 14 (zit. MASTRONARDI, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz)
- MAUNZ, THEODOR/DÜRIG, GÜNTER: Grundgesetz, Kommentar, München 1958- (zit. MAUNZ/DÜRIG-BEARBEITER) Stand: 49. Lieferung, März 2007
- MAURER, HARTMUT: Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage München Beck, 2006 (zit. H. MAURER, Verwaltungsrecht)
- MAURER, THOMAS: Das bernische Strafverfahren, 2. Auflage, Bern 1999 – Opferhilfe zwischen Anspruch und Wirklichkeit, ZBJV 2000, 305
- MAYER, MARKUS: Anmerkung zu OLG Celle, Beschluss vom 14.3.1989 – 1 Ss 41/89, JZ 1989, 908
- MEHLE, VOLKMAR: Einige Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand der Diskussion über die Fernwirkung des Verwertungsverbots nach § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO, in: DAV (Hrsg.), Wahrheitsfindung und ihre Schranken Essen 1989, S. 172 (zit. MEHLE, in: DAV)
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. Auflage, Bern 2007 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht)
- MEIXNER, UWE: Eine Explikation des Begriffes der Zurechnung, in: B. Sharon Byrd/Joachim Hruschka/Jan C. Jorden, Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 2 (1994), Berlin 1994, S. 478
- MENDE, BORIS: Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, Berlin 2001
- MENGEL, ANJA/ÜLLRICH, THILO: Arbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Investigations, NZA 2006, 240
- MERTEN, DETLEF: Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 I GG in der Entwicklung, JuS 1976, 345
- MEURER, D.: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.2.1989 – 2 StR 402/88 – (BGHSt 36, 119), JR 1990, 389

- MEYER, KARLHEINZ: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 9. 4.1986 – 3 StR 551/85 (BGHSt 34, 39), JR 1987, 215
- MEYER-GOßNER, LUTZ: Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 50. Auflage, München 2007
- MEYER-LADEWIG, JENS: Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2006 (zit. Hk-EMRK-BEARBEITER)
- MÖLLERS, CHRISTOPH: Wandel der Grundrechtsjudikatur – Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG, NJW 2005, 1973
- MORATH, MONA: Private Straftatermittlungen, Eine Studie unter besonderer Berücksichtigung der Problematik privater Straftataufklärung durch organisierte Sicherheitsdienste, Hamburg 1999
- MÜLLER, GEORG: Die Drittwirkung der Grundrechte, Überblick über den Stand der Diskussion in Lehre und Rechtsprechung, ZBl 79 (1978), 233
- Zur Problematik der Drittwirkung von kantonalen Grundrechtsgarantien, ZBJV 1993, 153
- MÜLLER, JÖRG PAUL: Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964 (zit. J. P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz)
- Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsprechung des Jahres 1971, ZSR 91 (1972), 209
- Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie, ZSR 97 (1978), 265
- Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. J.P. MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie)
- Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage 1999 (zit. J.P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz)
- Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.): Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 (zit. J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz)
- MÜLLER, MICHAEL: Whistleblowing – Ein Kündigungsgrund?, NZA 2002, 424
- MÜLLER-HASLER, ELISABETH: Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, insbesondere deren zeitlicher Geltungsbereich, unter dem Aspekt des fairen Verfahrens, Zürich 1998

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, hrsg. von Reinhard Richardi/Otfried Wlotzke, 2. Auflage, München 2000 (zit. Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-BEARBEITER)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II, §§ 611 – 704, EFZG, TzBfG, KSchG, hrsg. von Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker, 4. Auflage, München 2005 (zit. MüKo-BEARBEITER, § XX BGB N XX, MüKo-BEARBEITER, § XX KSchG N XX)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, hrsg. von Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker, 4. Auflage, München 2004 (zit. MüKo-BEARBEITER, § XX BGB N XX)

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-51 StGB, hrsg. von Bern von Heintschel-Heinegg, München 2003 (zit. MüKo-BEARBEITER, § XX StGB N XX)

MÜSSIG, BERND: Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, GA 1999, 119

MURSWIEK, DIETRICH: Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin 1985 (zit. MURSWIEK, Staatliche Verantwortung)

MUSIELAK, HANS-JOACHIM: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Auflage, München 2007 (zit. MUSIELAK-BEARBEITER)

NAGEL, MICHAEL: Verwertung und Verwertungsverbote im Strafverfahren, Leipzig 1998

NEUHAUS, RALF: Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, NJW 1990, 1221

NIPPERDEY, HANS CARL: Grundrechte und Privatrecht, Krefeld 1961 (zit. NIPPERDEY, Grundrechte)

– Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 1958, 445

NOLL, PETER: Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren, ZStrR 91 (1975), 45

Nomos Kommentar: Strafgesetzbuch, hrsg. von Urs Kindhäuser/Ulfried Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, 2. Auflage, Baden-Baden 2005 (zit. NK-BEARBEITER)

- NÜSE, KARL-HEINZ: Zu den Beweisverboten im Strafprozess, JR 1966, 281
- OBERHOLZER, NIKLAUS: Grundzüge des Strafprozessrechts, dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen, 2. Auflage Bern 2005
- OFTINGER, KARL/STARK, EMIL W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995- (zit. OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I)
- OHG-Kommentar: GOMM, PETER/ZEHNTNER, DOMINIK (Hrsg.), Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, 2. Auflage, Bern 2005 (zit. OHG-Kommentar-BEARBEITER)
- OLBERSDORF, GERT: Grundrechte und Arbeitsverhältnis, Arbeit und Recht 1958, 193
- OSMER, JAN-DIERK: Der Umfang der Beweisverwertungsverbote nach § 136a StPO, Hamburg 1966
- OTTO, HANSJÖRG: Arbeitsrecht, 3. Auflage, Berlin 2003 (zit. OTTO, Arbeitsrecht)
- OTTO, HARRO: Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, GA 1970, 289
- Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff in Rechte anderer von Privaten erlangt wurden, in: Karl Heinz Gössel/Hans Kauffmann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, München 1985, S. 319 (zit. OTTO, Festschrift Kleinknecht)
- PAULUS, RAINER: Beweisverbote als Prozesshandlungshindernisse, in: Klaus Geppert/Diether Dehnicke, Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin 1990, S. 309 (zit. PAULUS, Gedächtnisschrift Meyer)
- PELZ, CHRISTIAN: Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, München 1993
- PERES, HOLGER: Strafprozessuale Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote und ihre Grundlagen in Gesetz, Verfassung und Rechtsfortbildung, München 1991
- PETERS, KARL: Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in: Beweisverbote im Strafprozess – Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Essen 1966, Band I, Teil 3A, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 1966, S. 91 (zit. PETERS, Gutachten DJT)
- PETRY, HORST: Beweisverbote im Strafprozess, Darmstadt 1971
- PEUKERT, WOLFGANG: Die Garantie des „fair trial“ in der Strassburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, 247

- PFEIFFER, GERD: Grundzüge des Strafverfahrensrechts, 3. Auflage, München 1998 (zit. PFEIFFER, Grundzüge des Strafverfahrensrechts)
- PIEROTH, BODO/SCHLINK, BERNHARD: Grundrechte, 22. Auflage, Heidelberg 2006
- PIQUEREZ, GÉRARD: Procédure pénale suisse, 2. Auflage, Zürich 2007
- POPP, MARTIN: Anmerkung zu Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 13.5.1996 – GSSt 1/96 (LG Hamburg), NSTZ 1998, 95
- PULVER, BERNHARD: Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts, AJP 2005, 413
- PUTZKE, HOLM/SCHNEIFELD, JÖRG: Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 8.4.2004 – 2 BvR 1821/03 (3. Kammer), StV 2005, 644
- RANFT, OTFRIED: Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess, in: Manfred Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Berlin 1992, S. 719 (zit. RANFT, Festschrift Spindel)
- RANSIEK, ANDREAS: Die Rechte des Beschuldigten in der Polizeivernehmung, Heidelberg 1990
- RAMM, THILO: Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat, JZ 1971, 137, 138
- REHBERG, JÖRG/SCHMID, NIKLAUS/DONATSCH, ANDREAS: Delikte gegen den Einzelnen, 8. Auflage, Zürich 2003 (zit. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, Strafrecht III)
- REHBINDER, MANFRED: Der Arbeitsvertrag, Kommentar zu Art. 331–355, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt, Reihe Berner Kommentar, Bern 1992 (zit. REHBINDER, Berner Kommentar)
- Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002 (zit. REHBINDER, Arbeitsrecht)
- REICHERT-HAMMER, HANSJÖRG: Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten (§136a StPO) – BGHSt 34, 362, JuS 1989, 446
- REINECKE, JAN: Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, München 1990
- REINHARD, HANS: Allgemeines Polizeirecht, Bern 1993 (zit. REINHARD, Allgemeines Polizeirecht)
- RENIKOWSKI, JOACHIM: Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung, JZ 1997, 710
- RHINOW, RENÉ: Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel 2000 (zit. RHINOW, Bundesverfassung 2000)

- Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003 (zit. RHINOW, Grundzüge)
- RICHTER, CHRISTIAN: Grenzen anwaltlicher Interessenvertretung im Ermittlungsverfahren, NJW 1981, 1820
- RIEB, PETER: Die Zukunft des Legalitätsprinzips, NStZ 1981, 2
 - Verwertungsprobleme bei der Aufklärung von Katalogtaten am Beispiel der Fernmeldeüberwachung (§ 100a StPO), in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (Hrsg.), Wahrheitsfindung und ihre Schranken, Karlsruhe, 27. und 28. Mai 1988, II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Essen 1989, S. 141 (zit. RIEB, in: DAV)
 - Anmerkung zu Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 13.5.1996 – GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, 505
- RIKLIN, FRANZ: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre, 3. Auflage Zürich 2007
- ROBERTO, VITO: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit. ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht)
- RÖCKL, JOHANNES/FAHL, CHRISTIAN: Kündigung nach heimlicher Videoüberwachung, NZA 1998, 1035
- ROGALL, KLAUS: Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlin 1977 (ROGALL, Der Beschuldigte)
 - Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 91 (1979), 1
 - Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess – Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, NStZ 1988, 385
 - Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.09.1988 – 1 Ss 68/88, NStZ 1989, 288
 - Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, Tübingen 1992 (zit. ROGALL, Informationseingriff)
 - Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, Neuwied 1995, S. 113 (zit. ROGALL, Beweisverbote)
 - Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, 944
 - Grundsatzfragen der Beweisverbote, in: Frank Höpfel/Barbara Huber (Hrsg.), Beweisverbote in den Ländern der EU und vergleichbaren

- Rechtsordnungen, europäisches Kolloquium, Freiburg im Breisgau 1999, S. 119 (zit. ROGALL, Grundsatzfragen)
- ROHLF, DIETWALT: Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 2 I GG, Berlin 1980 (zit. ROHLF, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre)
- ROBMÜLLER, CHRISTIAN/SCHEINFELD, JÖRG: Telefonüberwachung bei Geldwäschereiverdacht, *wistra* 2004, 52
- ROTH, WOLFGANG: Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, Struktur und Dogmatik des Grundrechtstatbestandes und der Eingriffsrechtfertigung, Berlin 1994 (zit. ROTH, Faktische Eingriffe)
- ROXIN, CLAUDIUS: Anmerkung BGH, Urteil vom 15. 2. 1989 – 2 StR 402/88 (LG Fulda), *NStZ* 1989, 376
- Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, *NStZ* 1995, 465
 - Zum Hörfallen-Beschluss des Grossen Senats für Strafsachen, *NStZ* 1997, 18
 - Anmerkung BGH, Urteil vom 21. 7. 1998 – 5 StR 302/97 (SchwG Berlin), *NStZ* 1999, 149
 - Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München 1998 (zit. ROXIN, Strafverfahrensrecht)
 - Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006 (zit. ROXIN, Strafrecht AT I)
- RUCKSTUHL, NIKLAUS: Technische Überwachungen aus anwaltlicher Sicht, *AJP* 2005, 150
- RÜFNER, WOLFGANG: Grundrechtsadressaten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, Heidelberg 2000, § 117 (zit. RÜFNER, Handbuch)
- RUPP, HANS HEINRICH: Beweisverbote im Strafprozess aus verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in: *Beweisverbote im Strafprozess – Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages*, Essen 1966, Band I, Teil 3A, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 1966, S. 167 (zit. RUPP, Gutachten DJT)
- RUUD, TORE FLEMMING/SCHMID, PHILIPP: Deliktische Handlungen und die wichtige Rolle der Internen Revision – Instrument zur Überprüfung der Wirksamkeit des IKS und zur Prävention, *ST* 2000, 1303
- SACHS, MICHAEL (Hrsg.): *Grundgesetz, Kommentar*, 4. Auflage, München 2007 (zit. SACHS-BEARBEITER)

- SAMSON, ERICH: Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Frankfurt am Main 1972 (zit. SAMSON, Hypothetische Kausalverläufe)
- SALADIN, PETER: Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Bernard Dutoit (Hrsg.), Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, S. 175 (zit. SALADIN, Festschrift Hinderling)
- Grundrechtsprobleme, in: Bernd-Christian Funk (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Wien 1981, S. 72 (zit. SALADIN, in: Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte)
 - Kernenergie und schweizerische Staatsordnung, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 297 (zit. SALADIN, Festschrift Huber)
 - Grundrechte im Wandel, 3. Auflage, Bern 1982 (zit. SALADIN, Grundrechte)
 - Grundrechte und Privatrechtsordnung, Zum Streit um die sog. „Drittwirkung“ der Grundrechte, SJZ 1988, 373
 - Wozu noch Staaten, Bern 1995 (zit. SALADIN, Wozu noch Staaten)
- SALDITT, FRANZ: 25 Jahre Miranda, GA 1992, 51
- SAMSON, ERICH: Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe, Frankfurt am Main 1972 (zit. SAMSON, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht)
- SANWALD, RETO: Neuordnung des Revisionsrechts, Kernelemente des bundesrätlichen Entwurfs vom 23. Juni 2004, ST 2004, 579
- SARSTEDT, WERNER: Referat, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Essen 1966, Band II (Sitzungsberichte), Teil F, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 1967, F 8 (zit. SARSTEDT, Verhandlungen des 46. DJT, Band II)
- SAX, WALTER: Über die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung privater Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel, JZ 1965, 1
- Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 3.5.1957 – 5 StR 52/57 (LG Hannover), JZ 1958, 178
- SCHEFER, MARKUS: Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 2002, 1131
- SCHELLHAMMER, KURT: Blutentnahme durch Medizinalassistenten, NJW 1972, 319
- SCHIESSER, WERNER/BURKART, ANDRÉ: Wirtschaftsprüfung und Forensic Services, ST 2001, 471

- SCHILLING, HELLEN: *Illegale Beweise, Eine Untersuchung zum Beweisverfahren im Strafprozess*, Baden-Baden 2004
- SCHLAURI, REGULA: *Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung*, Zürich 2003
- SCHLINK, BERNHARD: *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, EuGRZ 1984, 457
- SCHLÜCHTER, ELLEN: *Das Strafverfahren*, 2. Auflage, Köln 1983
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.8.1983 – 3 StR 136/83 (BGHSt 32, 68), JR 1984, 517
 - Zum normativen Zusammenhang zwischen Rechtsfehler und Urteil, in: Ellen Schlüchter/Klaus Laubenthal, *Recht und Kriminalität*, Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag, Köln 1990, S. 485 (zit. SCHLÜCHTER, Festschrift Krause)
- SCHLÜCHTER, ELLEN/RADBRUCH, JOCHEN: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.07.1994 – 1 StR 83/94 (LG München I), NStZ 1995, 354
- SCHMID, GERHARD/UHLMANN, FELIX: *Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 13 (zit. SCHMID/UHLMANN, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Verfassungsrecht der Schweiz*)
- SCHMID, NIKLAUS: *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, 2. Auflage, Heidelberg 1993 (zit. SCHMID, *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*)
- Verwertung von Zufallsfunden sowie Verwertungsverbote nach dem neuen Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF), ZStrR 120 (2002), 284
 - *Strafprozessrecht*, 4. Auflage, Zürich 2004 (zit. SCHMID, *Strafprozessrecht*)
 - Die Strafrechtsbeschwerde nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht – eine erste Auslegeordnung, ZStrR 124 (2006), 160
- SCHMIDT, EBERHARD: *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrens*, 2. Auflage 1964 (zit. EB. SCHMIDT, *Lehrkommentar I*)
- Ärztliche Mitwirkung bei Untersuchungen und Eingriffen nach StPO §§ 81a und 81c, MDR 1970, 461
- SCHMIDT, WALTER: *Die bedrohte Entscheidungsfreiheit*, JZ 1974, 241

- SCHMIDT-LEICHNER, ERICH: Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Essen 1966, Band II (Sitzungsberichte), Teil F, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 1967, F 137 (zit. SCHMIDT-LEICHNER, Verhandlungen des 46. DJT, Band II)
- SCHMITT, RUDOLF: Tonbänder im Strafprozess – OLG Celle, NJW 1965, 1977, JuS 1967, 19
- SCHNEIDER, HARTMUT: Verdeckte Ermittlungen in Haftanstalten, NSTZ 2001, 8
- Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler – Eine Zwischenbilanz, NSTZ 2004, 359
- SCHÖNEBORN, CHRISTIAN: Die strafprozessuale Beweisverwertungsproblematik aus revisionsrechtlicher Sicht, GA 1975, 33
- SCHÖNFELD, FRIEDRICH-WILHELM: Effektiver Rechtsschutz bei straftatbe gründeter Kündigung?, NZA 1999, 299
- SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST: Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2006 (zit. SCHÖNKE/SCHRÖDER-BEARBEITER)
- SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: Anmerkung zum Beschluss des Hans. OLG Hamburg vom 11.10.1972 – 2 Ws 386/72, JR 1973, 253
- Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 1997
- Die Gesamtprüfung der Verfahrensfairness durch den EGMR, GA 2003, 293
- SCHRÖDER, SVENJA: Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung im Strafprozess, Berlin 1992
- SCHROTH, KLAUS: Die Rechte des Opfers im Strafprozess, Heidelberg 2005
- SCHROTH, ULRICH: Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren – Überblick, Strukturen und Thesen zu einem umstrittenen Thema, JuS 1998, 969
- SCHUBARTH, MARTIN: Risikogesellschaft oder Opfergesellschaft? – Zur Realität des Rechts auf Leben in der Schweiz und in der Europäischen Union, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallander (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 1055 (zit. SCHUBARTH, Festschrift Hangartner)
- SCHÜNEMANN, BERND: Die Belehrungspflichten der §§ 243 IV, 136 n.F. StPO und der BGH, MDR 1969, 101

- Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, 193
- SCHÜTTE, REINHARD: Die Verdachtskündigung, NZA 1991, Beilage 2, S. 17
- SCHWABE, JÜRGEN: Über den Wert von Gemeinplätzen für das Drittwirkungsproblem, JR 1975, 13
- Grundrechte und Privatrecht, AcP 185 (1985), 1
- SCHWEIZER, MARGRIT: Die Mitwirkung Privater an der Strafverfolgung, Zürich 1940
- SCHWEIZER, RAINER J.: Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 43 (zit. SCHWEIZER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz)
- SEEBODE, MANFRED: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 28.4.1987, 5 StR 666/86 (BGHSt 34, 362), JR 1988, 427
- SEELMANN, KURT: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Basel 2007 (zit. SEELMANN, Strafrecht AT)
- SEILER, HANSJÖRG: Recht und technische Risiken, Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts, Zürich 1997
- SEILER, ROBERT: Beweismethodenverbote im österreichischen Strafprozess, in: Jürgen Baumann/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 447 (zit. SEILER, Festschrift Peters)
- SIEGERT, KARL: Die aussergerichtlichen Tonbandaufnahmen und ihre Verwertung im Zivilprozess, NJW 1957, 689
- SPENDEL, GÜNTER: Beweisverbote im Strafprozess, NJW 1966, 1102
- St. Galler Kommentar: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, hrsg. von Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Zürich 2002 (zit. St. Galler Kommentar-BEARBEITER)
- STEBLER, WERNER/ABRESCH, MICHAEL: Audit Committee, Abschlussprüfer und Interne Revision, Zusammenarbeit und Kommunikation, ST 2004, 389
- STEEGMANN, CHRISTOPH: Die Privatisierung polizeilicher Aufgaben, in: Christoph Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 237 (zit. STEEGMANN, in: Privatisierung von Staatsaufgaben)

- STERN, KLAUS: Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: Norbert Achterberg/Werner Krawietz/Dieter Wyduckel, Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, S. 627 (zit. STERN, Festschrift Scupin)
- Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988 (zit. STERN, Staatsrecht III/I)
 - Die neue Schweizerische Bundesverfassung – Ein Blick von aussen, in: Peter Gauch/Daniel Thürer (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblick, (Symposien zum schweizerischen Recht), Zürich 2002, S. 9 (zit. STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung)
- STÖRMER, RAINER: Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, Marburg 1992
- STOLL, DANIEL: Mitarbeiterdelinquenz – Vermögensdelikte zulasten des Arbeitgebers, Schadensbegrenzung durch zivil- und strafrechtliche Massnahmen, Zürich 1998
- STRATE, GERHARD: Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (Hrsg.), Wahrheitsfindung und ihre Schranken, Karlsruhe, 27. und 28. Mai 1988, II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Essen 1989, S. 13 (zit. STRATE, in: DAV)
- Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote, JZ 1989, 176
- STRATENWERTH, GÜNTER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Auflage, Bern 2005 (zit. STRATENWERTH, Strafrecht AT/I)
- STRATENWERTH, GÜNTER/JENNY, GUIDO: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Bern 2003 (zit. STRATENWERTH, Strafrecht BT/I)
- STRATENWERTH, GÜNTER/WOHLERS, WOLFGANG: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB)
- STREIFF, ULLIN/VON KAENEL, ADRIAN: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich 2006
- STÜRNER, ROLF: Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757
- SYDOW, FRITZ: Kritik der Lehre von den „Beweisverboten“, Würzburg 1976

Systematischer Kommentar:

- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung, Gesamtreaktion Hans-Joachim Rudolphi, Neuwied 1975-, Stand: Oktober 2005 (zit. SK-BEARBEITER, § XX StGB N XX)
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Loseblattsammlung, Gesamtreaktion Hans-Joachim Rudolphi, Frankfurt am Main 1986-, Stand: März 2007 (zit. SK-BEARBEITER, § XX StPO N XX)

TETTINGER, PETER J.: Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung, Gedanken zur Freiheitsentfaltung am Wirtschaftsstandort Deutschland, DVBl 1999, 679

THOMMEN, MARC/WIPRÄCHTIGER, HANS: Die Beschwerde in Strafsachen, AJP 2006, 651

TIEDEMANN, KLAUS: Privatdienstliche Ermittlungen im Ausland, in: Arthur Kaufmann/Günter Bemman/Detlef Krauss/Klaus Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, München 1979, S. 819 (zit. TIEDEMANN, Festschrift Bockelmann)

TJETJE, CHRISTIAN: Zulässigkeit des Telefonmithörens durch die Polizei: ein Fall der Art. 10 GG und 8 EMRK, MDR 1994, 1078

TRECHSEL, STEFAN: Grundrechtsschutz bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, EuGRZ 1987, 69

TRECHSEL, STEFAN/NOLL, PETER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Auflage, Zürich 2004

TREUHAND-KAMMER/SCHWEIZERISCHE KAMMER DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, STEUER- UND TREUHAND-EXPERTEN: Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Band 2, Zürich 1998 (zit. TREUHANDKAMMER, HWP Band 2)

TRÖNDLE, HERBERT/FISCHER, THOMAS: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Auflage, München 2007

TSCHANNEN, PIERRE: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Bern 2007

UNRUH, PETER: Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996 (zit. UNRUH, Grundrechtliche Schutzpflichten)

VENTZKE, KLAUS-ULRICH: Strafverfolgung als Konsequenz der Asyltragsbegründung?, StV 1990, 279

VERREL, TORSTEN: Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, München 2001

- VEST, HANS/EICKER, ANDREAS: Anmerkung zu BGer, Urteil vom 18.5.2004, BGE 130 I 126, AJP 2005, 885
- VILLIGER, MARC E.: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999 (zit. VILLIGER, Handbuch EMRK)
- VISCHER, FRANK: Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Band 7, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Teilband 4, 3. Auflage, Basel 2005 (zit. VISCHER, Arbeitsvertrag)
- VITALI, MARCO: Die Verdachtskündigung im System von Art. 337 ff., ArbR 2000, 97
- VOGEL, JOACHIM: Amtspflichten der Staatsanwaltschaft gegenüber Verletzten – Opferschutz und Wiedergutmachung als Nebenzweck des Strafverfahrens, wistra 1996, 219
- VOLCKART, BERND: Opfer in der Strafrechtspflege, JR 2005, 181
- VON ARX, JEAN-BLAISE/OTTIGER, RONALD: Fraude et réputation dans le Private Banking, Une gestion efficace des risques, condition de réussite importante, ST 2006, 548
- von Münch: Grundgesetz-Kommentar, begründet von Ingo von Münch, hrsg. von Philip Kunig, Band 1, Präambel bis Art. 19, 5. Auflage, München 2000 (zit. VON MÜNCH-BEARBEITER)
- VON RECHENBERG, DIETHER: Die Aufgabe des Strafverteidigers, ZStrR 81 (1965), 225
- VON TUHR, ANDREAS: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich 1974-1984 (zit. VON THUR-BEARBEITER)
- WAGNER, H.: Anmerkung BGH, Urteil vom 28.04.1987 – 5 StR 666/86, NStZ 1989, 34
- WALDER, HANS: Die Vernehmung des Beschuldigten, dargestellt am Beispiel des zürcherischen und deutschen Strafprozessrechts, Hamburg 1965 (zit. WALDER, Die Vernehmung des Beschuldigten)
- Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, ZStrR 82 (1966), 36
 - Bemerkungen zum Beweisverbot bezüglich illegal beschaffter Beweismittel, SJZ 89 (1993), 191
- WEBER-DÜRLER, BEATRICE: Der Grundrechtseingriff, Erster Beratungsgegenstand, 2. Bericht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 57 (1998), S. 57 (zit. WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998)

- WEDER, ULRICH: Das Opfer, sein Schutz und seine Rechte im Strafverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, ZStrR 113 (1995), 39
- WEIGEND, THOMAS: Das Opferschutzgesetz – kleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW 1987, 1170
- WEILER, EDGAR: Strafprozessuale Verwertbarkeit von privatrechtlich entnommenen Blutproben, die in einem Krankenhaus beschlagnahmt wurden, MDR 1994, 1163
- WEISHAUPT, EVA: Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetzes (OHG) unter Besonderer Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf das Zürcher Verfahrensrecht, Zürich 1998
- WELP, JÜRGEN: Beschlagnahme und Verwertung unzüchtiger Postsendungen – BGHSt 23, 329, JuS 1971, 239
- Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Heidelberg 1974
- WERNER, OLAF: Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 993
- WESPI, KASPAR: Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Zürich 1968
- WEBLAU, EDDA: Vorfeldermittlungen, Berlin 1989
- Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren, ZStW 110 (1998), 1
- WIDMER, DIETER: Neuregelungen der Revision, Erwartungen und Chancen, Änderungen Obligationenrecht und Revisionsaufsichtsgesetz, ST 2004, 361
- WIEDERKEHR, RENÉ: Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, zugleich ein Beitrag zu den Grundrechten als Staatsaufgaben und zu den Grundrechtsverwirklichungsbestimmungen, Bern 2000 (zit. WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie)
- WILKINSON, JOHN/REBMANN, LUKAS: Forensic Services und Internal Audit, ST 2001, 481
- WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER: Die Tätigkeit der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer, Kurzdarstellung der Aufgaben und Möglichkeiten des Berufsstandes, Berlin 2004
- WÖLFL, BERND: Die Verwertbarkeit heimlicher privater Ton- und Bildaufnahmen, Frankfurt am Main 1997
- WOHLERS, WOLFGANG: Die Zurückweisung eines Adhäsionsantrages wegen Nichteignung des geltend gemachten Anspruchs, MDR 1990, 763

- Anmerkung zu OLG Celle, Beschluss vom 14.03.1989 – 1 Ss 41/89, NStZ 1990, 245
 - Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, Ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens, Berlin 1994 (zit. WOHLERS, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft)
 - Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Berlin 2000 (zit. WOHLERS, Gefährdungsdelikte)
 - Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) – Taugliches Instrument zur effizienten und effektiven Bekämpfung der Organisierten Kriminalität?, ZSR 124 (2005), 219
 - Anmerkung zu BGer, Urteil vom 3.5.2005, 1P.570/2004, BGE 131 I 272, AJP 2006, 629
 - Anmerkung zu BGer, Urteil vom 2.2.2006, 6P.134/2005, AJP 2006, 634
 - Reformbedarf bei der Börsenaufsicht, in: Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2007, S. 41 (zit. WOHLERS, Reformbedarf bei der Börsenaufsicht)
- WOHLERS, WOLFGANG/GODENZI, GUNHILD: Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung?, AJP 2005, 1045
- WOLFSLAST, GABRIELE: Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung – Besprechung des BGH-Urteils vom 9.4.1986 – 3 StR 551/85 (NStZ 1987, 133), NStZ 1987, 103
- WOLTER, JÜRGEN: Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlin 1981 (zit. WOLTER, Zurechnung)
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.08.1983 – 3 StR 136/83 (LG Klevve), NStZ 1984, 276
 - Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem – Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmässigkeit der Norm und zum rechtsfreien Raum „vor dem Tatbestand“, NStZ 1993, 1
 - Potenzial für eine Totalüberwachung im Strafprozess- und Polizeirecht, in: Klaus Rogall/Ingeborg Puppe/Ulrich Stein/Jürgen Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 733 (zit. WOLTER, Festschrift Rudolphi)
- WÜLSER, HANS: Forensic Services – Beauftragte der Geschädigten, ST 2001, 477

WYSS, LUKAS: Das IKS und die Bedeutung des (Legal) Risk Management für VR und Geschäftsleitung im Lichte der Aktienrechtsreform 2007, SZW 2007, 27

Zürcher Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Nebengesetze, hrsg. von Peter Gauch/Jörg Schmid, Zürich 1909- (zit. ZK-BEARBEITER)

ZWEIDLER, THOMAS: Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 30. Juni 1970/5. November 1991, in Kraft gesetzt auf den 1. Juni 1992, Bern 2005 (zit. ZWEIDLER, StPO Thurgau)

Materialienverzeichnis

Revisionswesen:

EUROPEAN CONFEDERATION OF INSTITUTES OF INTERNAL AUDITING (ECIIA): Position Paper, The internal auditor's role in the prevention of fraud, Oktober 1999

INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER (IDW) (Hrsg.): IDW Prüfungsstandards, IDW Stellungnahmen zur Rechnungslegung, einschliesslich der zugehörigen Entwürfe und Hinweise, Loseblattausgabe, Band 1, Düsseldorf 1999-, Stand: August 2007

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA): Standards for the Professional Practice of Internal Auditing, Altamonte Springs, Florida, USA 2004

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS (IFAC): Handbook of international auditing, assurance, and ethics pronouncements, Ausgabe 2007,
http://www.ifac.org/Members/DownLoads/2007_IAASB_Handbook.pdf
(15.10.2007)

TREUHAND-KAMMER, SCHWEIZERISCHE KAMMER DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, STEUEREXPERTEN UND TREUHANDEXPERTEN (Hrsg.): Schweizer Prüfungsstandards (PS), Ausgabe 2004, http://www.treuhandkammer.ch/pix/files/Glanz_inhalt.pdf (15.10.2007)

Schweiz:

Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung: Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001

Bericht der Expertenkommission, Aus 29 mach 1: Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“, Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern, Dezember 1997

Botschaft OHG: Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten, BBl 2005, S. 7165

Botschaft BV: Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, S. 1

Botschaft BVE: Botschaft zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung vom 1. Juli 1998, BBl 1998, S. 4241

Botschaft VE StPO: Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, S. 1085

Entwurf OHG: Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), Entwurf, BBl 2005, 7251

Entwurf StPO: Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO), Entwurf, BBl 2006, 1389

Vernehmlassungen zum Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, einsehbar im Bundesamt für Justiz, Bern:

- Bundesamt für Polizei
- Die Grünen
- Freisinnig-Demokratische Partei der Schweiz (FDP)
- Liberale Partei der Schweiz
- Ordre des Avocats de Genève
- Kanton AG (Regierungsrat)
- Kanton AR (Regierungsrat)
- Kanton BL (Regierungsrat)
- Kanton BS (Regierungsrat)
- Kanton GE (Regierungsrat)
- Kanton LU (Sicherheitsdepartement)
- Kanton NW (Landammann und Regierungsrat)
- Kanton SG (Regierung)
- Kanton SH (Regierungsrat)
- Kanton SO (Regierungsrat)
- Kanton SZ (Regierungsrat)
- Kanton TI (Il Consiglio di Stato)
- Kanton TG (Regierungsrat)
- Kanton VD (Le conseil d'état)
- Kanton ZH (Direktion der Justiz des Innern)
- Schweizerischer Anwaltsverband (SAV)

- Sozialdemokratische Partei der Schweiz (SP)
- Staatsanwaltschaft Kanton AG
- Universität GE
- Universität SG
- Universität ZH

VE StPO: Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001

Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens: Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bundesamt für Justiz, Bern, Februar 2003

Deutschland:

Deutscher Bundestag:

- 10. Wahlperiode, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren, Drucksache 10/5305
- 12. Wahlperiode, Gesetzentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG), Drucksache 12/989
- 13. Wahlperiode, Antrag der Abgeordneten GÜNTER GRAF et al., Private Sicherheitsdienste, Drucksache 13/3432

Abkürzungsverzeichnis

a	alt (frühere Fassung eines Erlasses)
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
AB	Amtsblatt des Kantons Zürich
Abs.	Absatz
ABSH	Amtsbericht des Obergerichts an den Grossen Rat des Kantons Schaffhausen
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft in der (alten) Fassung vom 29. Mai 1874
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aargau
AI	Appenzell Innerrhoden
AJP	Allgemeine Juristische Praxis
AK	Alternativkommentar
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 11 des Gesetzes vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330)
Anm.	Anmerkung
Anwaltsrevue	Anwaltsrevue
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR	Appenzell Ausserrhoden
Arbeitsrecht (ARV)	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Deutsches Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater: Zeitschrift für Recht und Wirtschaft
BBl	Schweizerisches Bundesblatt
Bd.	Band

BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 16 des Gesetzes vom 19. Februar 2007 (BGBl. I S. 122)
BGBI.	Deutsches Bundesgesetzblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110)
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BL	Basel-Landschaft
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar OR/Basler Kommentar StGB
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0)
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags (zitiert nach Wahlperiode und Nummer)
BÜPF	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR 780.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVE	Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE) (SR 312.8)
BVerfG	Deutsches Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerwG	Deutsches Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken

d	deutsch (und andere Formen)
d.h.	das heisst
DB	Der Betrieb: Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
diff.	differenzierend
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
dRiStBV	Richtlinien über das Strafverfahren und das Bussgeldverfahren vom 1.1.1977 in der (bundeseinheitlich) geltenden Fassung, http://www.bmj.bund.de/files/-/1291/RiStBV%20Stand%201.08.2006.pdf (16.10.2007)
dStGB	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 7. August 2007 (BGBl. I S. 1786)
dStPO	Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entwurf
E.	Erwägung
ECHR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Reports of Judgments and Decisions (Amtlicher Entscheidungsnachweis)
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ErfK	Erfurter Kommentar
et al.	und andere

etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f./ff.	folgende
Fn.	Fussnote
FR	Freiburg
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
GA	Goldtdammer's Archiv für Strafrecht
GE	Genf
gem.	gemäss
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034)
ggfs.	gegebenenfalls
GL	Glarus
GR	Graubünden
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HGB	Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330)
HK	Heidelberger Kommentar
Hk-EMRK	MEYER-LADEWIG, JENS: Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2006
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, Onlinezeitschrift, http://www.hrr-strafrecht.de
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland
IDW-PS	IDW-Prüfungsstandards
IFAC	The International Federation of Accountants
IIA	The Institute of Internal Auditors

IIR	Deutsches Institut für Interne Revision e.V.
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
ISA	International Standard(s) on Auditing
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JR	Juristische Rundschau
JU	Kanton Jura
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Referendariat
JZ	Juristenzeitung
kant.	kantonal
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
Kriminalistik	Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1317), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 2007 (BGBl. I S. 1457)
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	litera
LK	Leipziger Kommentar
LR	Löwe-Rosenberg
LS	Zürcher Loseblattsammlung (Zürcher Gesetzessammlung)
LU	Luzern
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MüKo	Münchener Kommentar
NE	Neuenburg
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NK	Nomos Kommentar
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer(n)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NW	Nidwalden
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
OHG	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz) (SR 312.5)
OHG-Kommentar	GOMM, PETER/ZEHNTNER, DOMINIK (Hrsg.): Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, 2. Auflage, Bern 2005
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
OS	Offizielle Sammlung der Gesetze des Kantons Zürich
OW	Obwalden
Praxis	Die Praxis, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
PS	Schweizer Prüfungsstandards (PS)
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts Thurgau
recht	recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RS	Rechtsprechung in Strafsachen
S.	Seite
SchwG	Schwurgericht
SG	St. Gallen
SH	Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SK	Systematischer Kommentar
SO	Solothurn
sog.	so genannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder
StGB	Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

StPO AG	Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung, StPO) vom 11. November 1958 (SAR 251.100), Kanton Aargau
StPO AI	Gesetz über die Strafprozessordnung (StPO) vom 27. April 1986 (bereinigte Sammlung der Gesetze 312.000), Kanton Appenzell Innerrhoden
StPO AR	Gesetz vom 30. April 1978 über den Strafprozess (Strafprozessordnung) (bGS 321.1), Kanton Appenzell Ausserrhoden
StPO BL	Gesetz betreffend die Strafprozessordnung (StPO) vom 3. Juni 1999 (SGS 251), Kanton Basel-Landschaft
StPO BS	Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8. Januar 1997 (SG 257.100), Kanton Basel-Stadt
StPO FR	Strafprozessordnung (StPO) vom 14. November 1996 (BDLF 2.1), Kanton Freiburg
StPO GE	Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 (RSG E 4 20), Kanton Genf
StPO GL	Strafprozessordnung des Kantons Glarus, erlassen von der Landsgemeinde am 2. Mai 1965 (Gesetzessammlung III F/1), Kanton Glarus
StPO GR	Gesetz über die Strafrechtspflege (StPO), vom Volke angenommen am 8. Juni 1958 (Bündner Rechtsbuch 350.000), Kanton Graubünden
StPO JU	Code de procédure pénale de la République et Canton du Jura du 13 décembre 1990 (RSJU 321.1), Kanton Jura
StPO LU	Gesetz über die Strafprozessordnung vom 3. Juni 1957 (SRL 305), Kanton Luzern
StPO NE	Code de procédure pénale neuchâtelois (CPPN), du 19. avril 1945 (RSN 322.0), Kanton Neuenburg
StPO NW	Verordnung über den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 11. Januar 1989 (Nidwaldner Gesetzessammlung 263.1), Kanton Nidwalden
StPO OW	Verordnung über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 9. März 1973 (Gesetzesdatenbank 320.11), Kanton Obwalden
StPO SG	Strafprozessgesetz vom 1. Juli 1999 (sGS 962.1), Kanton St. Gallen
StPO SH	Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 15. Dezember 1986 (Schaffhauser Rechtsbuch 320.100), Kanton Schaffhausen

StPO SO	Strafprozessordnung Vom 7. Juni 1970 (BGS 321.1), Kanton Solothurn
StPO SZ	Verordnung über den Strafprozess im Kanton Schwyz (Strafprozessordnung), vom 28. August 1974 (SRSZ 233.110), Kanton Schwyz
StPO TG	Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 30. Juni 1970/5. November 1991 (Thurgauer Rechtsbuch 312.1), Kanton Thurgau
StPO TI	Codice di procedura penale del 19 dicembre 1994 (raccolta delle leggi 3.3.3.1), Kanton Tessin
StPO UR	Strafprozessordnung vom 29. April 1980 (Urner Rechtsbuch 3.9222), Kanton Uri
StPO VD	Code de procédure pénale (CPP) du 12 septembre 1967 (RSV 312.01), Kanton Waadt
StPO VS	Strafprozessordnung vom 22. Februar 1962 (SGS 312.0), Kanton Wallis
StPO ZG	Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 321.1), Kanton Zug
StPO ZH	Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4. Mai 1919 (LS 321), Kanton Zürich
StraFO	Strafverteidigerforum
st. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StrV BE	Gesetz über das Strafverfahren (StrV) vom 15. März 1995 (BSG 321.1), Kanton Bern
StV	Strafverteidiger
SVIR	Schweizerischer Verband für Interne Revision
SZ	Schwyz
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TG	Thurgau
TI	Tessin
u.	und
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliche
u.U.	unter Umständen
UR	Uri
URP	Umweltrecht in der Praxis
US GAAS	United States Generally Accepted Auditing Standards
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
VD	Waadt
VE	Vorentwurf

VE StPO	Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Juni 2001 (Bern)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VS	Wallis
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO Uri	Zivilprozessordnung (ZPO) vom 23. März 1994 (Urner Rechtsbuch 9.2211), Kanton Uri
ZPO ZH	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976 (LS 271), Kanton Zürich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend

Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung

§ 1 Einführung in die Problemstellung

I. Die Ausgangslage: Privatisierung der Strafuntersuchung

Mit der Monopolisierung der Strafbefugnis beim Staat korrespondieren das Recht und die Pflicht des Staates zur Strafverfolgung. Die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens bei entsprechendem Anfangsverdacht, die Aufklärung des Sachverhaltes und die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und seine Bestrafung obliegen den Organen der Strafrechtspflege.¹ Gerade weil der Staat seinen Bürgern eigenmächtige, ungebundene Konfliktregelungen, Selbstjustiz und Privatrache verboten und das Gewaltmonopol bei sich konzentriert hat, erwächst ihm daraus kehrseitig die Pflicht, den Schutz seiner Bürger zu gewährleisten, indem er selbst die Verfolgung, Überführung und Bestrafung des Delinquenten übernimmt.² Dabei hat die dem Staat überantwortete Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs durch die Strafverfolgungsorgane allerdings nicht irgendwie, sondern auf dem gesetzlich vorgesehenen Prozessweg zu erfolgen. Denn mit der staatlichen Organisationsform des Rechtsstaates³ ist auch die Ausübung staatlicher Machtbefugnisse durch das Recht begrenzt und gebunden: Aufgabe des Strafprozesses ist es, den materiellen Strafanspruch des Staates durch ein justizförmig geordnetes Verfahren unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen durchzusetzen.⁴ Indes: Ein allumfassendes Untersuchungs- und Aufklärungsmonopol geht mit dieser rechtsstaatlichen Konzeption des ermittelnden und strafenden Staates nicht ein-

¹ BGE 84 I 13, 16; 114 IV 78 f.; BVerfG, NJW 1979, 2349; BGH, NStZ 1989, 279, 280; BOMMER, ZStrR 2003, 172, 178; DAHS, NJW 1985, 1113; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 47 N 1; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 297; OBERHOLZER, N 404; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 1 N 2; SCHILLING, S. 45; SCHMID, Strafprozessrecht, N 7.

² ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 1 N 2; vgl. auch BOMMER, ZStrR 2003, 173, 180; DAHS, NJW 1985, 1113; GRUHL, DuD 2005, 399, 400 f.; HAURI, S. 120; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 2 N 1, § 4 N 3 ff., § 38 N 5, § 47 N 1; JABORNIGG, S. 5 f.; KK-PFEIFFER, Einl. N 1; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 297; MAURER, S. 39 f.; PIQUEREZ, N 1 ff.; SCHILLING, S. 45; SCHMID, Strafprozessrecht, N 7 ff., 74 ff.

³ Vgl. Art. 5 Abs. 1 BV; Art. 20 Abs. 3 GG.

⁴ BVerfG, NJW 1979, 2349; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 2 N 4 f.; KK-PFEIFFER, Einl. N 1; OBERHOLZER, N 3, 9 ff.; PIQUEREZ, N 1; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 1 N 2; SCHMID, Strafprozessrecht, N 10; WEISSHAUPT, S. 211.

her. Die Fundamentalprinzipien des staatlichen Strafrechts und des justizförmigen staatlichen Strafprozesses entlasten den Bürger – und insbesondere den durch die Straftat konkret geschädigten Bürger – von der Notwendigkeit, selbst für die Verfolgung und Bestrafung des Täters sorgen zu müssen.⁵ Ein prinzipielles Verbot privater Ermittlungstätigkeit existiert jedoch nicht.⁶ In der Verfahrenswirklichkeit hat diese Ausgangssituation dazu geführt, dass gezielte strafrechtliche Untersuchungen schon längst keine Domäne der Strafverfolgungsorgane mehr sind.⁷ Was die zivil- und strafrechtlichen Not- und Jedermannsrechte dem Einzelnen in einer extremen Situation zubilligen mögen, nimmt der Geschädigte inzwischen systematisch für sich in Anspruch: Er stellt substantielle eigene Ermittlungen an, führt Nachforschungen jeder Art durch, sichert Beweise, greift dabei in Rechte anderer ein und verschafft sich selbst abschliessende Gewissheit, ob der beschuldigte Mitbürger eine Straftat begangen hat oder nicht.⁸ Dabei ist zu bedenken: Trotz der faktischen Annäherungen an die hoheitlichen Aufgaben von Staatsanwaltschaft und Polizei sind die privaten Ermittlungen des Geschädigten nicht den Bindungen und Kontrollen unterworfen, die das staatliche Untersuchungsverfahren schützen. Den Aktivitäten des Geschädigten sind zwar gesetzliche Grenzen gesetzt, doch sind diese nicht strafverfahrensrechtlicher Natur.⁹ Der Gesetzgeber hat sich sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland für eine primär materiell-rechtliche Steuerung und Kontrolle privater Ermittlungen entschieden und alle strafprozessualen Folgefragen unbeantwortet gelassen.

Diese gesetzgeberische Zurückhaltung hat zur Konsequenz, dass eigenmächtige private Ermittlungen im Strafverfahren spätestens dann einige Schwierigkeiten bereiten, wenn unter Überschreitung materiell-rechtlicher Grenzen Beweise beschafft worden sind, welche die Privatperson sodann

⁵ Vgl. BOMMER, S. 156; GRUHL, DuD 2005, 399, 400 f.; HAURI, S. 120; HASSEMER/MATUSSEK, S. 10; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 526 f.; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 297; KILCHLING, NStZ 2002, 57 ff.; WEISHAUPT, S. 211.

⁶ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2, S. 74 ff.

⁷ Vgl. zu Beispielen professionalisierter Privatermittlungen BGH, NStZ 1989, 279, 280; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 152 ff.; KREY, S. 23 ff.; MENDE, S. 25 f.; MORATH, S. 125 ff. auch mit empirischen Befunden zur Tätigkeit privater Sicherheitsdienste, vgl. dazu auch BT-Drs. 13/3432; MARKUS H. F. MOHLER/PATRICK GÄTTELIN/RETO MÜLLER, „Unsicherheit über Sicherheit – Terrorismus macht begriffliche und rechtliche Klärungen unumgänglich“, NZZ vom 24.08.2007, S. 16; STOLL, S. 37 ff.; vgl. zum öffentlichen Aufruf des Basler Staatsanwaltschaft an die Besucher eines Fussballspiels, privat angefertigtes Bildmaterial über Ausschreitungen zur Verfügung zu stellen: NZZ vom 17.05.2006, S. 14, „Matchbesucher sollen Bilder zur Verfügung stellen“.

⁸ Vgl. Erster Teil, S. 13 ff.; vgl. zur entsprechenden Problematik im Bereich der Gefahrenabwehr STEEGMANN, in: Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 237, 248 ff.

⁹ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 3, S. 186 ff.

an die staatlichen Organe weiterleitet. Die Legislative hat keine strafprozessualen Regeln im Umgang mit solchem Beweismaterial kodifiziert, womit insbesondere offen ist, ob die betroffenen Beweismittel im Strafverfahren zu Beweis Zwecken verwertet werden dürfen oder nicht. Rechtsprechung und Lehre halten zu dieser Frage zwar Antworten bereit, von einer „Dogmatik der Beweisverbote“ ist man in diesem speziellen Kontext aber noch weit entfernt. Die Verwertbarkeit von Beweismitteln, die eine Privatperson unabhängig vom Staat illegal beschafft hat, wird meist nur als Annex zu den Grundsatzfragen der verschiedenen Beweisverbotslehren behandelt.¹⁰ Dabei geht die Tendenz hin zu einer oberflächlichen, reinen Wertungsjurisprudenz, die sich von den Grundlagen der jeweiligen Beweisverbotslehre distanziert und dogmatische Widersprüchlichkeiten im Interesse einer differenzierten Lösung der Problematik schlicht in Kauf nimmt. Eingehendere Studien des deutschen Schrifttums müssen sich dagegen den Vorwurf einer gewissen Praxisferne gefallen lassen; denn wenn eine ausnahmslose Verwertungsverbotsfolge für alle strafrechtswidrig privat beschafften Beweise befürwortet wird, ist den Bedürfnissen der Verfahrenswirklichkeit kaum geholfen.¹¹

II. Die Zielsetzung: Erarbeitung dogmatischer Grundlagen der Beweisverbote bei privaten Beweisbeschaffungen durch den Geschädigten

Das Anfangsstadium der Aufarbeitung struktureller Grundlagen der Beweisverbote versah das Schrifttum in den sechziger Jahren mit dem positiv gestimmten Kommentar: „Jeder bisherige Einkreisungsversuch ist geeignet, die Lösung einen Schritt weiter zu bringen – auch der untaugliche. Denn als Sackgasse, Umweg, Rückweg oder gar Irrweg erkannt verringert er die Möglichkeiten, den rechten Lösungsweg völlig zu verfehlen, und vermag vielleicht sogar zu ihm hinzuführen.“¹² So besehen ist die bisher unzulängliche theoretische Durchdringung der strafprozessualen Bedeutung illegaler privater Beweisbeschaffungen zugleich ein Aufbruch zu einer differenzierteren Erfassung dieses spezifischen Ausschnitts der

¹⁰ Ebenso die Einschätzung von HASSEMER/MATUSSEK, S. 75.

¹¹ So insbesondere HASSEMER/MATUSSEK, S. 77; MENDE, S. 204 ff., 245; im Grundsatz ebenfalls GÖTTING, S. 303; vgl. auch AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, S. 64; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 159; vgl. zur Untauglichkeit von Extremlösungen bei der Verwertungsfrage Dritter Teil: 1. Kapitel: § 1, S. 241.

¹² So bereits SAX, JZ 1965, 1 zum Problem der Verletzung des Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung durch die Verwertung prozessualer Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel.

Beweisverbotsdogmatik. Es gilt also, die bestehenden Ansätze in Judikatur und Literatur aufzugreifen und auf der Grundlage der allgemeinen Beweisverbotslehre weiter zu forschen. Dazu sollen die Stimmen und Standpunkte, welche die heutige Diskussion – in der Schweiz und in Deutschland – prägen und das Bild eher verklären als verdeutlichen,¹³ in eine Gesamtsynthese integriert werden, der es um die Herleitung und Systematisierung rechtlicher Strukturen der Verwertungsverbotsfolge geht. Gegenstand und Ziel der Untersuchung ist demgemäss die Erarbeitung und Konkretisierung rechtsdogmatischer Grundlagen der Beweisverbote bei privaten Beweisbeschaffungen durch den Geschädigten. Dazu ist klarzustellen: Bei Ermittlungen des Geschädigten stellt sich zunächst die materiell-rechtliche Frage nach dem Umfang und den Grenzen privater Ermittlungsbefugnisse. Davon zu unterscheiden ist die strafprozessuale Frage, ob die Strafverfolgungsorgane das durch private Ermittlungen beschaffte Beweismaterial zu verwenden haben oder ob es einem Verwertungsverbot unterliegt.¹⁴ Die vorliegende Untersuchung befasst sich ausschliesslich mit der strafprozessualen Problematik der Beweismittelverwertbarkeit nach einer als richtig unterstellten materiell-rechtlichen Bewertung der jeweiligen privaten Ermittlungsmassnahme. Die materiell-rechtlichen Grundentscheidungen, etwa zum Recht des Geschädigten E-Mails eines Dritten einzusehen oder heimliche Tonbandaufnahmen herzustellen, sollen ausserhalb der Diskussion bleiben; eine Analyse der dabei und bei ähnlichen privaten Ermittlungsmassnahmen im Einzelfall zu beachtenden materiell-rechtlichen Grenzen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.¹⁵

§ 2 Vorgehensweise

I. Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und Deutschland

Das Problem der strafprozessualen Zulassung von Beweismaterial, das bei privaten Ermittlungen beschafft und an die staatlichen Organe weiter geleitet wurde, wird in der vorliegenden Arbeit aus einer rechtsvergleichenden

¹³ Vgl. HASSEMER/MATUSSEK, S. 75 f.

¹⁴ So bereits HEINITZ, JR 1964, 441, 443.

¹⁵ Vgl. zu materiell-rechtlichen Schranken privater Ermittlungen BGE 129 V 323, 324 ff. (Videoüberwachungen, welche die SUVA veranlasst hat); BIENERT, S. 114 f., 136 ff.; BOCKEMÜHL, S. 46 ff.; KRAMER, NJW 1990, 1760, 1761 ff. zu heimlichen Tonbandaufnahmen; KREY, S. 51 ff.; MORATH, S. 66 ff.; STOLL, S. 37 ff.

Perspektive diskutiert.¹⁶ Begutachtet wird die Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland. In beiden Ländern fehlen Einzelregelungen im positiven nationalen Recht, welche die Lösung der Problematik vorgeben, so dass sowohl die schweizerische als auch die deutsche Strafprozessrechtswissenschaft darauf angewiesen war und ist, Kategorien und Massstäbe für den Umgang mit illegal privat beschafften Beweisen im Wege der rechtskonkretisierenden Auslegung aus allgemeinen Grundsätzen des Strafverfahrens unter Berücksichtigung wertender Kriterien abzuleiten.

Zudem ist im Bereich der Beweisverbote – trotz vielfältiger struktureller Unterschiede gerade im Beweisrecht – ein Zusammenwachsen speziell der schweizerischen und deutschen Strafverfahrensordnungen wahrnehmbar.¹⁷ Das schweizerische Bundesgericht nimmt im Strafverfahrensrecht allgemein und insbesondere bei der Frage der Zulässigkeit rechtswidrig erlangter Beweise im Strafverfahren in weitem Umfang auf die Rechtsentwicklung in Deutschland Bezug und integriert diese ansatzweise oder zum Teil auch vollständig in das innerstaatliche Recht.¹⁸ Diese Vorgehensweise hat gewisse Vorteile. Die Vielzahl der Entscheidungen deutscher Gerichte im Bereich der strafprozessualen Beweisverbote behandelt eine enorme Bandbreite von Sachverhalten, die der schweizerischen Praxis als konkrete Anwendungsbeispiele dienen. Des Weiteren hat die deutsche

¹⁶ Vgl. zu rechtsvergleichenden Betrachtungen der Beweisverbote im Strafprozess aus der schweizerischen Doktrin z.B. BÉNÉDICT, S. 49 ff.; HABSCHEID, SJZ 89 (1993), 185, 186 ff.; HAUSER, ZStrR 88 (1972), 113, 115 ff.; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 888 f.; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 39 ff.; WOHLERS, AJP 2006, 629 ff.; vgl. aus der deutschen Doktrin HARRIS, StV 1991, 313 ff.; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291 ff.; FRANK HÖPFEL/BARBARA HUBER (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen = Exclusion of evidence within the EU and beyond, europäisches Kolloquium, Wien, 18.-20. September 1997, Freiburg im Breisgau 1999; HANS-HEINRICH JESCHECK, Beweisverbote im Strafprozeß, Rechtsvergleichendes Generalgutachten für den 46. DJT, Bd. I, Teil 3 B, München 1966; SEBASTIAN KALB, Die funktionale Begründung strafprozessualer Beweisverbote, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Grundlagen der Beweisverbote, Hamburg 2006; ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119 ff.; DERS., Beweisverbote, S. 113 ff.

¹⁷ Vgl. zu grundlegenden Unterschieden beim Grundsatz der Unmittelbarkeit KLAUS GRIESEBACH, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht, Freiburg im Breisgau 1979, passim; vgl. zum Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit der Beweisaufnahme SCHMID, Strafprozessrecht, N 192 ff. m.w.N.

¹⁸ Vgl. BGE 95 I 356, 365 (Öffentlichkeit der Verhandlung); 96 I 437, 441 (Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise); 98 Ia 418, 422 (Anspruch des Journalisten auf Verschweigen der Informationsquelle); 107 Ia 138, 146 (Erkennungsdienstliche Behandlung); 113 Ia 412, 417 (Schaffung eines Wirtschaftsstrafgerichts); 114 Ia 50, 64 (Personalunion von Überweisungsrichter und erkennendem Strafrichter); 115 Ia 172, 178 (Ablehnung eines Richters); 118 Ia 28, 32 (Verwertbarkeit von Zeugenaussagen bei Drogensüchtigen unter Entzug); 124 I 92, 96 (Recht auf Anfechtung eines Strafurteils bei einem Gericht zweiter Instanz); 125 I 127, 143 f. (Befragung von Belastungszeugen und Verwertbarkeit anonymer Zeugnisse); 126 I 19, 23 (Anspruch auf rechtliches Gehör); vgl. zu dieser Einschätzung aus zivilprozessualer Perspektive HABSCHEID, SJZ 89 (1993), 185, 190.

Lehre im Verlaufe der Zeit in ihren Bemühungen um eine Dogmatik der Beweisverbote zumindest systematische Fortschritte erzielt¹⁹ und Grundlagen geschaffen, an welche die schweizerische Beweisverbotslehre angeknüpft hat.²⁰

Umgekehrt erweist sich bei einer Bestandaufnahme der einschlägigen deutschen Rechtsprechung und Lehre, dass im deutschen Rechtsraum eine vergleichbare Aufgeschlossenheit für die Rechtsentwicklungen des Nachbarlandes jedenfalls im Bereich der hier interessierenden Konstellation rechtswidriger privater Beweisbeschaffungen fehlt: Die Erkenntnis, dass in der Schweiz bei der Zulassung eben solcher Beweise abweichende und tendenziell restriktivere strafprozessuale Regeln zugrunde gelegt werden,²¹ ist in der deutschen Beweisverbotsdogmatik noch nicht angekommen. Aus deutscher Perspektive ist dies ein Versäumnis – die Einbeziehung und Würdigung der abweichenden Vorgehensweise im grundsätzlich vergleichbaren Rechtssystem der Schweiz könnte die deutsche Strafprozessrechtswissenschaft über die bisherige deutsche Diskussion nämlich durchaus hinausführen.

Vor diesem Hintergrund wird die in der vorliegenden Untersuchung gewählte Methode einer Zusammenführung der schweizerischen und deutschen Dogmatik einerseits zu einem nützlichen und zulässigen Mittel, um die Relativität der in Deutschland aufgestellten Regeln zur Zulassung illegal privat beschaffter Beweise im Strafprozess für die dortige Rechtsprechung und Lehre transparenter zu machen. Zum anderen hält die Rechtsvergleichung für die innerstaatliche Beweisverbotsdogmatik gewissermassen die Option bereit, in einem „Wettbewerb“ der beiden Strafprozessrechtssysteme zu einer ausgewogeneren und vernünftigeren Lösung zu gelangen, als es die isolierte Betrachtung von Lösungsansätzen der schweizerischen und deutschen Strafrechtswissenschaft erlaubt.

II. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Abhandlung wird in einem ersten Teil die aktive Rolle des Geschädigten bei Straftatermittlungen reflektieren und rechtliche Grundla-

¹⁹ STÖRMER, S. 3.

²⁰ Vgl. BÉNÉDICT, S. 49 ff.; FORNITO, S. 3 ff.; HABSCHIED, SJZ 89 (1993), 185, 186 ff.; HAUSER, ZStrR 88 (1972), 113, 115 ff.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 4, 7, 10, 17; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 888 f.; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 39 ff.; WOHLERS, AJP 2006, 629 ff.

²¹ Vgl. Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 1 I., S. 144 ff. und Dritter Teil: 3. Kapitel: § 1 I. 2., S. 264 ff.

gen der Ermittlungstätigkeit des Geschädigten bestimmen. Im zweiten und dritten Teil der Untersuchung wird die strafprozessuale Folgeproblematik der Beweisverbote nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen umfassend aufgearbeitet. Dazu wird zunächst die strafprozessuale Relevanz des privaten Unrechts bei der Konstituierung der Verwertungsverbotsfolge analysiert (Zweiter Teil). Unter Zugrundlegung der dabei entwickelten dogmatischen Grundlagen wird schliesslich eine Neukonzeption der Verwertungsverbotsfolge vorgeschlagen, die sich vom Unrecht des privaten Beschaffungsaktes löst und an die „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“ anknüpft (Dritter Teil). Im Einzelnen nimmt die Untersuchung folgenden Gang:

1. Erster Teil

Der erste Teil der Arbeit thematisiert eigenmächtige strafrechtliche Ermittlungen des Geschädigten und seiner Beauftragen. Die Praxisrelevanz privater Straftatermittlungen des Geschädigten in der Verfahrenswirklichkeit wird am Beispiel der Aufklärungsarbeit durch Revisions- und Beratungsgesellschaften illustriert, die Straftatermittlungen als Dienstleistung kommerzialisiert haben und im Auftrag des Geschädigten gegenwärtig sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland die staatliche Strafverfolgung konkurrieren.

Das erste Kapitel vermittelt einen Einblick in die Tätigkeitsfelder und Arbeitsweise der „Forensic Services“ der Revisions- und Beratungsgesellschaften bei der Aufklärung von Wirtschaftskriminalität und kontrastiert den Aufgabenbereich solcher Spezialabteilungen mit daneben existenten Prüfungsdienstleitungen durch die Interne und Externe Revision.

Das zweite Kapitel reflektiert die Rechtsposition des Arbeitnehmers, der zum Ermittlungssubjekt arbeitgeberseitiger Nachforschungen beim Verdacht auf Mitarbeiterdelinquenz wird und daher sowohl von der Gefahr der Kündigung bedroht ist als auch arbeitsrechtliche Mitwirkungspflichten bei der Aufklärung des Sachverhaltes zu erfüllen hat. Dabei wird die Rechtslage im Arbeitsrecht als Vorfrage der strafprozessualen Beweisverbotsproblematik behandelt. Denn es ist abzusehen, dass eine ausserstrafprozessuale Rechtspflicht des verdächtigten Arbeitnehmers zur Selbstbelastung im arbeitgeberseitigen „Ermittlungsverfahren“ mit der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten im Strafverfahren in Konflikt geraten könnte, wenn so gewonnene Beweismittel im Strafverfahren verwertet werden sollen. Bei der danach gebotenen Erfassung der arbeitsrechtlichen Stellung des verdächtigten Arbeitnehmers steht nicht die kritische Aufarbeitung von Ein-

zelproblemen, sondern die Deskription der herrschenden Meinung im Vordergrund, die für die hier zu treffende Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines arbeitsrechtlichen Selbstbelastungszwangs letztlich massgebend sein muss.

Ebenfalls eine Vorarbeit für die strafprozessuale Problematik der Verwertbarkeit privat beschaffter Beweismittel im Strafprozess wird mit dem Nachweis einer Ermittlungsbefugnis des Geschädigten im dritten Kapitel geleistet. Entgegen getreten wird zunächst Stimmen im deutschen Schrifttum, die durch Privatermittlungen des Geschädigten die zwingende Staatlichkeit der Strafverfolgung verletzt finden und den im Strafverfahren geltenden Objektivitätsgrundsatz durch die einseitige Interessenorientierung bedroht sehen. Ausgehend von der Erkenntnis, dass die Struktur des Strafverfahrens Privatermittlungen nicht prinzipiell entgegensteht, wird weitergehend das positive Recht des Geschädigten aufgezeigt, private Straftatermittlungen durchzuführen. Gerade angesichts des Umstandes, dass der Strafprozess kein Parteienprozess ist wie das zivilrechtliche Verfahren, sondern von der staatlichen Strafverfolgungshoheit beherrscht wird, bedarf es einer positiven rechtlichen Legitimation systematischer Ermittlungstätigkeit des Geschädigten zur Aufklärung von Straftaten. Das deutsche Schrifttum tendiert hier zu einer grundrechtlichen Ableitung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Dieser Konzeption wird nachgegangen, und zwar insbesondere mit dem Anliegen, dogmatische Fehlentwicklungen sichtbar zu machen, die sich im deutschen Schrifttum im Anschluss an eine Untersuchung von KREY²² zu etablieren scheinen. Die kritische Betrachtung der bisherigen deutschen Diskussion führt hin zum Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit des deutschen Grundgesetzes einerseits und dem „Komplementär-Grundrecht“ der persönlichen Freiheit der schweizerischen Bundesverfassung andererseits, die als verfassungsrechtliche Grundlagen eines Privatermittlungsrechts des Geschädigten überprüft werden. Zur Seite gestellt wird dem verfassungsrechtlichen Legitimationsversuch schliesslich eine einfachgesetzliche Herleitung des Privatermittlungsrechts des Geschädigten.

2. Zweiter Teil

Der zweite Teil der Arbeit nimmt die bisherigen Erklärungsansätze zu Beweisverboten nach privaten Ermittlungen im Strafprozess auf und führt den

²² VOLKER KREY, Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, Berlin 1994.

deutschen und schweizerischen Diskurs in einer kritischen Gesamtsynthese zusammen. Einleitend wird im ersten Kapitel der Untersuchungsgegenstand der privaten Ermittlungen des Geschädigten inhaltlich und terminologisch umgrenzt und mit nicht umfassten, aber im Kontext der Beweisverbote ebenfalls diskutierten Problemlagen einer Beteiligung von Privatpersonen an strafprozessualen Ermittlungen kontrastiert. Das zweite Kapitel benennt Grundlagen der allgemeinen Beweisverbotsdogmatik, die bei dieser Untersuchung zu Grunde gelegt und damit als im Prinzip richtig anerkannt werden. Anschliessend wird im dritten Kapitel der gegenwärtige Meinungsstand zu Beweisverboten nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen vorgestellt und die einschlägige Rechtsprechung einer kritischen Analyse unterzogen.

Das Schwergewicht dieses Teils bildet das vierte Kapitel, das um die Systematisierung und Präzisierung dogmatischer Grundlagen der Beweisverbote nach strafrechtswidrigen privaten Beweisbeschaffungen bemüht ist. Ausgehend von einer problemorientierten Betrachtungsweise wird zunächst die Möglichkeit einer Zurechnung der privaten Handlung zum Staat hinterfragt, die von Teilen des Schrifttums allzu vorschnell befürwortet wird. Es wird sich zeigen, dass eine Harmonisierung der strafverfahrensrechtlichen und verfassungsrechtlichen Zurechnungsdogmatik erforderlich ist, wenn das Strafverfahrensrecht als Teil des öffentlichen Rechts und gar als „Seismograph der Staatsverfassung“²³ begriffen wird. In einem weiteren Schritt wird sodann die fehlende Privatrechtsbindung strafprozessualer Verwertungsverbote herausgestellt und eine analoge Anwendung der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote auf die private Beweisbeschaffung verworfen. Zu verdeutlichen ist ausserdem die fehlende strafprozessuale Schutzrichtung der bei der Beweisbeschaffung verwirklichten Straftatbestände, weil die daraus folgenden Konsequenzen in der strafprozessualen Diskussion zu wenig Beachtung finden: Eine Ableitung der Verwertungsverbotsfolge aus der Strafrechtswidrigkeit des privaten Beschaffungsaktes, die im Schrifttum in die so genannte „Einheitsthese“ oder aber in die Behauptung verbotener Beweismittelhehlerei des Staates gekleidet ist, muss, wie sich zeigen wird, ausscheiden. Zu klären bleibt schliesslich, welche Bedeutung den verfassungsrechtlichen Massgaben bei der Konstituierung der Verwertungsverbotsfolge zukommt, wobei sowohl die abwehrrechtliche als auch die schutzrechtliche Funktion der Grundrechte betrachtet wird.

²³ ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 2 N 1.

3. Dritter Teil

Es wird deutlich werden, dass Rechtsprechung und Lehre bislang keine tragfähigen Lösungsansätze zur Konstituierung der Verwertungsverbotfolge nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen bereithalten. Der dritte Teil der Arbeit steht deshalb – unter Zugrundelegung der bis dahin gewonnenen Erkenntnisse – unter dem Vorzeichen einer Neukonzeption. Die rechtsvergleichende Betrachtung wird sich dabei als hilfreich erweisen. Denn obgleich die Beweisverbotslehren in der Schweiz und in Deutschland mit der Frage der Zulassung illegal privat beschaffter Beweismittel im Strafprozess einem strukturell gleich gelagerten Problem gegenüberstehen, sind die Lösungsansätze unterschiedlich. Den Anstoss für eine Fortentwicklung der bisherigen Auffassungen gibt die Praxis der schweizerischen Gerichte, nach der die Zulassung solcherart erlangter Beweismittel davon abhängig gemacht wird, ob die staatlichen Organe diese selbst rechtmässig hätten beschaffen können. Diese hypothetische Überlegung wird aufgegriffen, muss aber dogmatisch vollständig „umgeschrieben“ werden.

Das erste Kapitel stellt den Anwendungsbereich der Hypothesenbildung im Kontext der Beweisverbote vor und zeigt auf, dass die Einbringbarkeit von Beweis hypothese n im Strafprozess eine äusserst umstrittene und hinsichtlich der rechtlichen Herleitung noch weitgehend ungeklärte Problematik ist. Im zweiten Kapitel werden spezifische Prämissen der Hypothesenbildung nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen entwickelt, welche die Ergebnisse des zweiten Teils der Untersuchung in sich aufnehmen. Ausgangspunkt aller Überlegungen ist dabei die Erkenntnis, dass die hier einzusetzende Hypothese in ihren normativen Strukturen mit der bislang bekannten Hypothesenbildung nach staatlichen Beweiserhebungen kaum etwas gemein hat. Insbesondere lässt es die konsequente Fortführung der im zweiten Teil getroffenen Aussagen nicht zu, bei der Hypothesenbildung an die illegale private Beweisbeschaffung als solche anzuknüpfen; die Perspektive wird daher verlagert werden auf eine der Phänomenologie staatlicher Zufallsfunde angenäherte „Zufälligkeit“ der staatlichen Beweismittelerlangung, die bei illegalen privaten Beweisbeschaffungen und anschliessender Weiterleitung des Beweismaterials an die staatlichen Organe typischerweise gegeben ist.

Das dritte Kapitel ist auf die dogmatische Grundlegung der Hypothese selbst gerichtet: Es gilt, den spezifischen Legitimationsgrund der nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen einzusetzenden Hypothese herzuleiten. Darüber hinaus wird auf der Rechtsfolgende Seite dargelegt, dass die Unmöglichkeit der – hypothetisch gedachten – rechtmässigen staatlichen Beweiserlangung geeignet ist, ein Verwertungsverbot für die betroffenen

Beweismittel zu konstituieren. Das Wesen der strafprozessualen Hypothese als strafprozessuales Instrument zur Einbeziehung der gesetzlichen Soll-Situation führt dabei zwangsläufig zur Geltungskraft der gesetzlichen Beweiserhebungsnormen und letztlich zu den darin verkörperten objektivrechtlichen Normbefehlen, die über das tatsächlich Geschehene hinauswirken und die staatlichen Organe in der Verwertungssituation adressieren und verpflichten.

Das vierte Kapitel präzisiert Anforderungen an die Bildung der Hypothese und ist damit ein Beitrag zu ihrer praktischen Anwendung im Strafprozess. Es wird vor allem darum gehen, methodische Unterschiede zur Hypothesenbildung in der Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebungen herauszustellen und die dogmatischen Besonderheiten der hier einzusetzenden Hypothese auch in ihrer konkreten Anwendung zur Geltung zu bringen. Am Schluss des dritten Teils stehen Anwendungsbeispiele zur Einbeziehung der Hypothese, welche die bisherige gerichtliche Praxis und vornehmlich diskutierte Problemlagen aufgreifen. Es wird daran erprobt werden, ob die hier vorgeschlagene dogmatische Konzeption zur Konstituierung eines ausnahmsweisen Verwertungsverbotes die strafprozessuale Problematik illegal privat beschaffter Beweismittel differenziert regeln und zu praktisch ausgewogenen Ergebnissen führen kann.

Abschliessend wird eine Gesamtbilanz der Abhandlung gezogen und ein Ausblick gewagt auf die Rechtslage *de lege ferenda*, wie sie sich nach dem Entwurf einer vereinheitlichten Schweizerischen Strafprozessordnung darstellt.

Erster Teil:
Privatermittlungen des
Geschädigten und seiner
Beauftragten

1. Kapitel: Forensic Services – eine Bestandsaufnahme

§ 1 Straftatermittlungen durch Beratungs- und Revisionsgesellschaften

I. Einführung

„Sie möchten sich beruflich weiterentwickeln und suchen eine spannende Herausforderung? Unser Bereich Forensic & Dispute Services beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der Durchführung von Sonderprüfungen und der Bereitstellung von Gutachten bei zivil- und strafrechtlichen Verfahren. Ein Verdacht auf Wirtschafts- und Unternehmenskriminalität, Geldwäsche, illegale Preisabsprachen und wettbewerbswidrige Handlungen kann ebenso Anlass für unsere Beauftragung sein wie der Streit zwischen zwei Parteien einer Unternehmenstransaktion über die Höhe des Kaufpreises. Wir operieren sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene und profitieren dabei von der Einbindung in [...] [unser internationales Netzwerk]. Ihre Aufgaben: Durchführung von Sonderprüfungen in Fällen von Wirtschafts- und Unternehmenskriminalität, Beratung von Mandanten zur Verbesserung von Geschäftsprozessen und des internen Kontrollsystems, Erstellen von Gutachten zu bilanzrechtlichen oder betriebswirtschaftlichen Fragestellungen, Akquisition von neuen Mandanten. [...]“²⁴ – mit dieser oder ähnlichen Stellenausschreibungen rekrutiert die Beratungsbranche geeignete Spezialisten in einem expandierenden Geschäftsfeld: der Privatisierung von Ermittlungen im Bereich der Wirtschaftskriminalität.²⁵

²⁴ Stellenausschreibung von Deloitte & Touche, Standort Düsseldorf, Deutschland, Job Nummer: JP.10.45.WP/DUS, <http://www.jobpilot.de/misc/adframe/jobworld/7d4/2d/1149096.htm> (17.1.2005).

²⁵ Der Begriff der Wirtschaftskriminalität wird von den Forensic Services gleichgesetzt mit dem im betriebswirtschaftlichen Kontext geläufigen Begriff der „dolosen Handlungen“ (fraud) zum Nachteil eines Unternehmens, vgl. http://www.pwc.ch/de/unsere_dienstleistungen/wirtschaftsberatung/forensic_services.html (15.10.2007); vgl. zum Begriff der „dolosen Handlung“ IIA, Standards for the Professional Practice of Internal Auditing, http://www.iir-ev.de/deutsch/download/4_Standards.pdf (15.10.2007), Glossar, S. 24: „(Dolose Handlungen) – Illegale Handlungen, die sich in vorsätzlicher Täuschung, Verschleierung oder Vertrauensmissbrauch ausdrücken. Diese Handlungen sind nicht abhängig von Gewaltandrohung oder Anwendung körperlicher Gewalt. Dolose Handlungen werden von Beteiligten und Organisationen begangen, um in den Besitz von Geldern, Vermögensgegenständen oder Dienstleistungen zu gelangen, um

Die Branchenführer der Revisionsgesellschaften haben einen viel versprechenden Wachstumsmarkt für sich entdeckt und bauen seit einigen Jahren Spezialabteilungen aus.²⁶ Unter Bezeichnungen wie „Forensic Services“,²⁷ „Forensic & Dispute Services“²⁸ oder „Integrity Services“²⁹ bieten sie unter anderem diskrete Ermittlungen bei Verdacht auf wirtschaftskriminelle Handlungen an.³⁰ Einkäufer der Dienstleistung sind insbesondere grosse nationale und internationale Unternehmen, Banken und Versicherungsgesellschaften, Organisationen, Anwaltskanzleien, Aufsichtsorgane, ausnahmsweise auch Gerichte und Strafverfolgungsbehörden,³¹ vornehmlich aber Kunden mit hohem Schadens- oder Reputationsverlust-Risiko und einer entsprechend höheren Bereitschaft zur Finanzierung der kostenträchtigen Aufklärungsarbeit durch die Privatermittler.

Neben zahlreichen weiteren internationalen Standorten sind die Sonderabteilungen der Revisionsgesellschaften etwa seit Ende der neunziger Jahre auch in Deutschland³² und der Schweiz³³ vertreten. Vorreiter dieser Entwicklung waren Revisionsgesellschaften und Anwaltskanzleien insbesondere in den USA und England, die schon seit geraumer Zeit eigene Abteilungen für die Revision im Deliktsfall betrieben und den Kunden Beratung, Aufklärung, Risikobeurteilung und Schulung im Zusammenhang mit Wirtschaftskriminalität offerierten.³⁴ Obgleich die Grösse der Abteilungen im angelsächsischen Raum unter anderem auf ein breiteres Aufgabenfeld der

Zahlungen oder den Verlust von Leistungen zu vermeiden oder um sich einen persönlichen oder geschäftlichen Vorteil zu verschaffen.“

²⁶ Vgl. das Dienstleistungsangebot von: BDO Deutsche Warentreuhand, schweizerische BDO Vira, Deloitte & Touche, Ernst & Young, KPMG, Pricewaterhouse Coopers (PwC).

²⁷ Vgl. PwC Schweiz, http://www.pwc.ch/de/unsere_dienstleistungen/wirtschaftsberatung/forensic_services.html (15.10.2007); KPMG Deutschland, <http://www.kpmg.de/services/advisory/812.htm> (15.10.2007).

²⁸ Vgl. Deloitte & Touche, http://www.deloitte.com/dtt/section_node/0,1042,sid%253D_6291,00.html (15.10.2007); vgl. auch „Fraud Investigation & Dispute Services“, Ernst & Young Schweiz, <http://www2.eycom.ch/services/brs/services/forensic/de.aspx> (15.10.2007).

²⁹ BDO Deutsche Warentreuhand, vgl. http://www.bdo.de/Internal_Audit_Integrity_Ser.38.0.html?&L=1%2Findex.php%3Fid%3D137 (15.10.2007).

³⁰ Vgl. auch BRAUM, *Strafrechtliche Grenzen der Privatisierung*, S. 161 ff. zur Problematik der privaten Sicherheitsdienste; GRUHL, *DuD 2005*, 399 ff. zur Privatisierung von Ermittlungen „im Bereich der IuK-Kriminalität“.

³¹ Vgl. Erster Teil: 1. Kapitel: § 4, S. 43 ff.

³² Vgl. z.B. zu Standorten in Deutschland http://www.kpmg.de/services/advisory/812_7724.htm (15.10.2007).

³³ Vgl. z.B. zu Standorten in der Schweiz <http://www.kpmg.ch/services/advisory/11680.htm> (15.10.2007); http://www.pwc.ch/de/unsere_dienstleistungen/wirtschaftsberatung/forensic_services.html (15.10.2007).

³⁴ DANIEL PUNTAS BERNET, „Teurer Griff in die Firmenkasse“, *NZZ* am Sonntag vom 13. Mai 2007; ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, *NZZ* vom 8. März 2007, S. 29.

dortigen „Forensiker“ zurückzuführen ist, legen die Spezialabteilungen in Deutschland und der Schweiz mit einer Grössenordnung von rund fünfzig oder weniger Mitarbeitern die Annahme nahe, dass das Marktpotential der professionellen Privatermittlungen längst noch nicht ausgeschöpft ist.

Eine mit dem Wissen um die Existenz von Detekteien und Sicherheitsdiensten vergleichbare Allgemeinkundigkeit hat die vornehmlich wirtschaftsstrafrechtliche Ermittlungstätigkeit der Wirtschaftsprüfer bisher wohl nicht erlangt, obgleich sich die deutsch-schweizerische Marktbearbeitung der Revisionsgesellschaften im Bereich der Privatermittlungen nicht fernab öffentlicher Wahrnehmung und des öffentlichen Interesses vollzieht, sofern die Berichterstattung von Tages- und Wochenzeitungen hierfür als Indikator dienen kann: Einige namhafte schweizerische und deutsche Zeitungen haben die Geburtsstunde der Forensic Services seit Anbeginn verfolgt und sich vereinzelt zur Porträtierung des neuen Geschäftsfeldes entschlossen.³⁵ Das Bild des „James Bond im Büro“³⁶ und des „Kampfes gegen das Böse“,³⁷ das von den Spezialermittlern und ihren Ermittlungen gezeichnet wird, lässt allerdings eine sachlich-neutrale Bestandsaufnahme umso dringlicher erscheinen.

Eine Grundsatzdiskussion um die Privatisierung staatlicher Aufgaben hat die Medienpräsenz der Forensic Services indes nicht ausgelöst. Die Problematik privater Ermittlungen³⁸ stellt sich der Öffentlichkeit offenbar erst dann als solche dar, wenn damit eine Beeinträchtigung des staatlichen Ermittlungsverfahrens einhergeht, was die schweizerische Bundesanwaltschaft im November 2004 als unfreiwilliger Medienmittelpunkt erkennen musste – Stein des Anstosses in jenem Fall war jedoch die Einschaltung

³⁵ Vgl. zur öffentlichen Berichterstattung: CHRISTIAN BAULIG/SABINE RÖSSING, „Absahner auf der Spur“, *Financial Times Deutschland* vom 30. November 2001, S. 29; DANIEL HAGMANN, „James Bond im Büro“, *Facts* vom 15. Mai 2003, S. 78; THOMAS ISLER, „Schnelle Detektive global im Einsatz“, *Tages-Anzeiger* vom 31. Dezember 1998, S. 35; CHRISTOF MÜLLER, „Investigative Audit – ein Schweizer Novum? Präzisierungen zu einem Mandat der Volcker-Kommission“, *NZZ* vom 06. Juni 1997, S. 25; DANIEL PUNTAS BERNET, „Teurer Griff in die Firmenkasse“, *NZZ* am Sonntag vom 13. Mai 2007; SONIA SHINDE, „Tatort Chefetage“, *Die Zeit* vom 28. März 2003, S. 36; RENE STAUBLI, „Die Wirtschaft baut ihre eigene Justiz auf“, *Sonntagszeitung* vom 22. November 1998, S. 87; ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, *NZZ* vom 8. März 2007, S. 29; INA ULLRICH, „Betriebsinterne Mitnahmeeffekte“, *Financial Times Deutschland* vom 2. Juni 2003, S. 29.

³⁶ DANIEL HAGMANN, „James Bond im Büro“, *Facts* vom 15. Mai 2003, S. 78.

³⁷ THOMAS ISLER, „Schnelle Detektive global im Einsatz“, *Tages-Anzeiger* vom 31. Dezember 1998, S. 35.

³⁸ Vgl. die eindringliche Warnung von BERNSMANN, *Privatisierung der Justiz*, S. 151 ff.; unkritisch GRUHL, *DuD* 2005, 399 ff.

eines einzelnen Privatermittlers, nicht dagegen die nachfolgend zu behandelnde Dienstleistung der Revisions- und Beratungsgesellschaften.³⁹

II. Aufgabenbereiche der Forensic Services

Das Beratungsunternehmen DELOITTE & TOUCHE stellte die Dienstleistung „Forensic & Dispute Consulting“ in Werbeflyern aus dem Jahr 2002 unter anderem folgendermassen vor: *„Mit unserer Service Line [...] helfen wir unseren Mandanten bei der Prüfung und Prävention von Fällen der Unternehmens- und Wirtschaftskriminalität. [...] Wir helfen Ihnen, Delikte aufzuklären und gerichtsverwertbar zu dokumentieren. Gemeinsam entwickeln wir eine Strategie, um die verlorenen Vermögenswerte wiederzuerlangen, Ihre Ansprüche durchzusetzen und Sie vor zukünftigen Delikten zu schützen.“*⁴⁰

Mit vergleichbaren Aussagen preisen auch die anderen Revisionsgesellschaften die Dienstleistung ihrer Spezialabteilungen an, die zusammengefasst die Aufklärung und Prävention von Wirtschaftskriminalität beinhaltet und unter Begriffen wie „Forensic Accounting und Investigation“,⁴¹ „Investigations“⁴² oder „Deliktsuntersuchung“⁴³ geführt wird. Diese Dienstleistung ist „je nach Marktlage“ regelmässig von einer Reihe sachverwandter Angebote flankiert, die vereinfacht umschrieben vor allem die Unterstützung bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen, Prozessführungshilfe, Beweismittelsicherung in EDV-Systemen oder die Beschaffung von Hintergrundwissen zu natürlichen und juristischen Personen im Geschäftsumfeld der Kunden umfassen können.⁴⁴ Hinsichtlich dieser, die eigentliche Deliktsuntersuchung ergänzenden Dienstleistungen sind bei den Revisionsgesellschaften geringfügige unterschiedliche Nuancen auszumachen, die aber bereits deshalb vernachlässigt werden dürfen, weil der

³⁹ ANDREA BLEICHER/WALTER HAUSER, „Bundesanwaltschaft belastet sich mit Aufträgen an Privatermittler“, Sonntagszeitung, vom 24. November 2004, S. 3.

⁴⁰ Werbeflyer Deloitte & Touche, Forensic & Dispute Consulting, Unsere Service Line zur Krisenbewältigung, Stand 11/2002, S. 2; vgl. auch http://www.deloitte.com/dtt/section_node/0,1042,sid%253D6291,00.html (15.10.2007).

⁴¹ Deloitte & Touche, vgl. http://www.deloitte.com/dtt/section_node/0,1042,sid%253D6291,00.html (15.10.2007).

⁴² PwC Schweiz, vgl. http://www.pwc.ch/en/our_services/advisory/forensic_services/investigations.html (15.10.2007); vgl. zur „private investigation“ auch GRUHL, DuD 2005, 399, 400 ff.

⁴³ KPMG Schweiz, vgl. http://www.kpmg.ch/services/advisory/11680_13492.htm (15.10.2007).

⁴⁴ Vgl. Werbeflyer Deloitte & Touche, Forensic & Dispute Consulting, Unsere Service Line zur Krisenbewältigung, Stand 11/2002, S. 5; Dienstleistungsbeschreibung Ernst & Young Schweiz, <http://www2.eycom.ch/services/brs/services/forensic/de.aspx> (15.10.2007).

Schwerpunkt der Tätigkeit der Spezialabteilungen bei allen Gesellschaften eindeutig im Bereich der Aufklärung von Wirtschaftsdelikten als reaktive Dienstleistung bei einem Verdacht des Kunden auf Wirtschaftskriminalität liegt.⁴⁵ Die aktive Vermarktung der Aufklärung von Wirtschaftsdelikten ohne konkreten Verdachtsfall im Unternehmen gestaltet sich der Natur der Sache nach bereits wenig vielversprechend. Demgegenüber ist die aktive Vermarktung von Präventionskonzepten ohne vorangegangene Verdachtsfälle zwar möglich, bislang aber wohl wenig erfolgreich: Mandate zur Prävention von Wirtschaftsdelikten ergeben sich – wenn überhaupt – zumeist erst infolge eines bereits durchgeführten Ermittlungsauftrags.⁴⁶

III. Die Forensische Untersuchung

1. Ein Beispiel aus der Praxis

Zur Illustration des Kerngeschäfts der Spezialabteilungen soll folgender an die Praxis angelehnter Fall dienen, in den eine der Spezialabteilungen als Privatermittler auf der Geschädigtenseite involviert war:⁴⁷

Mit einem Urteil des Obergerichts Zürich erwuchs im Januar 2005 ein im Oktober 2003 ergangenes Urteil des Bezirksgerichts Zürich in Rechtskraft, das gegen einen langjährigen Geschäftsführer der Tamedia AG wegen mehrfacher Veruntreuung sowie mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung eine bedingte Gefängnisstrafe von 18 Monaten ausgesprochen hatte:

Der Angeklagte war ab 1994 als Geschäftsleiter für die Verwaltung der Pensionskasse, eines Wohlfahrtsfonds sowie der Kaderversicherung der Firma Tamedia AG verantwortlich und verwaltete zusätzlich noch Vermögen des Unternehmens. Seine Arbeitgeberin hatte ihm insgesamt ein Vermögen im Gesamtwert von rund 700 Millionen Franken anvertraut. Der Angeklagte war zunehmend unzufrieden mit seiner Entlohnung, die seiner Auffassung nach branchenunüblich tief und seinen Leistungen nicht ange-

⁴⁵ Vgl. zu dieser „Kernkompetenz“ http://www.deloitte.com/dtt/section_node/0,1042,sid%253D15488,00.html (15.10.2007); WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 482.

⁴⁶ Ergebnis der Experteninterviews.

⁴⁷ Auftragnehmerin in diesem Fall war die schweizerische BDO Visura, Zürich. Zum Urteil des Obergerichts Zürich erfolgte eine breite öffentliche Berichterstattung, vgl. AFX Swiss vom 26. Januar 2005, „Obergericht Zürich, Schuldspruch gegen Ex-Tamedia Geschäftsleiter rechtskräftig“; NZZ vom 2. Oktober 2003, S. 55, „Illegale Transaktionen mit Pensionskassengeld“; vgl. zum Urteil des Bezirksgerichts ZH: Tages-Anzeiger vom 2. Oktober 2003, S. 34, „Ehemaliger Geschäftsführer schädigte Tamedia-Pensionskasse“, zur Rolle des Mitangeklagten: Tages-Anzeiger vom 15. Oktober 2003, S. 29, „Banker bestreitet Mitschuld“.

messen war. 1997 eröffnete er bei der Coutts Bank ein Privatkonto für sich und Konti für seine Arbeitgeberin und wurde für sich und zugleich für seine Arbeitgeberin an der Börse tätig. Unter Mithilfe eines Wertschriftenverkäufers der Coutts Bank tätigte er ab dem Jahre 1997 so genannte „Schubladengeschäfte“, das heisst er vermied es, im Aktienhandel bestimmte Wertpapiere einem Konto zuzuteilen. Dadurch hatte er die Möglichkeit, die Kursentwicklung der Wertpapiere zunächst zu beobachten und, je nach Resultat, die Zuteilung zu den Konti vorzunehmen. Erzielte Gewinne konnte er auf diesem Weg seinem Privatkonto gutschreiben lassen, während erlittene Verluste den für die Arbeitgeberin geführten Konti belastet wurden. Bis zur Aufdeckung dieser Tätigkeiten im Jahre 1999 entstand der Tamedia AG dadurch ein Schaden von über 3,3 Millionen CHF.

Der Vorstand der Geschädigten entschloss sich, mit den innerbetrieblichen Ermittlungen zunächst die Spezialabteilung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu betrauen, um möglichst umgehend, umfassend und diskret Klarheit über den vermuteten Sachverhalt erlangen und selbst „Herr des Verfahrens“ bleiben zu können. Die Privatermittler befassten sich mit dem Fall und konnten nach vierwöchiger Ermittlungsarbeit dem Vorstand Nachweise über eine Schädigung des Unternehmens in Millionenhöhe vorlegen.⁴⁸

2. Zum Begriff der „Forensischen Untersuchung“

Hinsichtlich des Kerngeschäfts der Ermittlung bei Verdacht auf wirtschaftskriminelle Handlungen hat sich eine einheitliche Bezeichnung der Dienstleistung unter den Anbietern nicht durchsetzen können.⁴⁹ Um Verwechslungen mit anderen institutionalisierten Prüfungsdienstleistungen vorzubeugen, kann der fachtechnische Begriff der „Forensischen Untersuchung“ verwendet. Gemeint ist damit eine betriebswirtschaftliche Sachverhaltsermittlung bei zivil- oder strafrechtlichen Auseinandersetzungen, die

⁴⁸ Beispielhaft die insoweit fiktive, aber dem Ergebnis der Experteninterviews nach repräsentative Darstellung der Motivation der Auftraggeberin und der Dauer der Ermittlungen; vgl. zu weiteren Anwendungsbeispielen auch die Skandale in den USA, zu deren Aufklärung grosse Teams von Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälten längst ganz selbstverständlich herangezogen werden: „The Corporate Scandal Sheet“, http://www.forbes.com/2002/07/25/accountingtracker_print.html (15.10.2007); vgl. auch MENGEL/ULLRICH, NZA 2006, 240, 241.

⁴⁹ Vgl. zum Kerngeschäft der Forensischen Untersuchung WILKINSON/REBMANN, ST 2001, 481, 482 f.; vgl. zu unternehmensinternen „Investigations“ und den Begrifflichkeiten MENGEL/ULLRICH, NZA 2006, 240, 241.

eine spätere juristische Beurteilung ermöglichen soll.⁵⁰ Das Adjektiv „forensisch“⁵¹ beschreibt den Qualitätsanspruch der Verwertbarkeit des Untersuchungsergebnisses vor Gericht, auch wenn es nicht zwangsläufig zu einem Gerichtsverfahren kommen muss.⁵² Anders als die Strafverfolgungsbehörden, die um die Beurteilung der Strafwürdigkeit eines Verhaltens und die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bemüht sind, ist die Zielsetzung der Forensic Services zunächst nicht strafrechtlich ausgerichtet. Primäres Anliegen ist vielmehr die Schaffung umfassender Klarheit⁵³ durch Rekonstruktion des Sachverhaltes, die Bestimmung und exakte Bezifferung des Schadens, die Identifikation der für den Schadenseintritt relevanten Schwachstellen sowie die Abgabe von Empfehlungen zur Vermeidung vergleichbarer Ereignisse.

3. Ablauf der Forensischen Untersuchung

Auch wenn sich der Ablauf einer Forensischen Untersuchung angesichts der situativen Erfordernisse eines jeden Auftrags und eventueller Diversifikationen innerhalb der Revisionsgesellschaften nur schwer typisieren lässt, kann zumindest die prinzipielle Vorgehensweise der Privatermittler veranschaulicht werden, wenngleich auch diese dem jeweiligen Einzelfall anzupassen ist.⁵⁴ Zugleich ist die Anmerkung voranzustellen, dass sich die Beauftragung der Spezialermittler ausnahmsweise auch in einem Stadium vollziehen kann, in dem sich erste Hinweise mangels zureichend konkreter, tatsächlicher Anhaltspunkte zur Begehung einer Straftat noch nicht zu einem strafprozessualen Anfangsverdacht verdichtet haben.⁵⁵ Die Beunruhi-

⁵⁰ Vgl. GRUHL, DuD 2005, 399, 400; CHRISTOF MÜLLER, „Investigative Audit – ein Schweizer Novum?, Präzisierungen zu einem Mandat der Volcker-Kommission“, NZZ vom 06. Juni 1997, S. 25; ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, NZZ vom 8. März 2007, S. 29; WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 482.

⁵¹ Langenscheidt Fremdwörterbuch Online-Edition, <http://services.langenscheidt.de/fremdwb/fremdwb.html> (15.10.2007): fo'ren-sisch: 1. gerichtlich, das Gericht betreffend, der Entscheidung von Rechtsfällen dienend 2. kriminalistisch, der Aufklärung von Rechtsfällen dienend.

⁵² GRUHL, DuD 2005, 399, 400.

⁵³ GRUHL, DuD 2005, 399, 400; WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 482; WÜLSER, ST 2001, 477; vgl. zum mittelbaren Ziel der Vertrauensbildung in der Öffentlichkeit, bei den Behörden sowie in der Unternehmung ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, NZZ vom 8. März 2007, S. 29.

⁵⁴ Vgl. zum Ablauf einer Forensischen Untersuchung in der Computerforensik FURNER, recht 2004, 210, 212.

⁵⁵ Vgl. FURNER, recht 2004, 210; vgl. zu den Anforderungen an einen Anfangsverdacht im strafprozessualen Sinne statt vieler BGH, NJW 1989, 96, 97; DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts, S. 7; HÜRLIMANN, S. 104; KK-SCHOREIT, § 152 StPO N 28; KMR-PLÖD, § 152 StPO N 21; LR-BEULKE § 152 StPO N 21 f.; MEYER-GÖBNER, § 152 StPO N 4; SK-WEBLAU, § 152 StPO N 15, jeweils m.w.N.

gung der mutmasslich Geschädigten gründet sich in diesen Fällen zunächst auf Unklarheiten oder Unregelmässigkeiten, denen im Rahmen eines gesonderten Prüfungsauftrags nachgegangen werden soll.⁵⁶

Am Anfang des Ermittlungsauftrages steht zunächst eine Anhörung des Geschädigten, auf deren Grundlage der Umfang der Prüfung definiert wird. Es folgt die eigentliche Untersuchung zur Feststellung des Sachverhalts, die dem Auftraggeber umfassende Klarheit über den Verdachtsfall verschaffen soll. Je nach Ausgang der Untersuchung leisten die Forensic Services sodann Betreuungs- und Unterstützungsarbeit bei der tatsächlichen und rechtlichen Bewältigung der Krisensituation, wobei die Spezialabteilungen oftmals zum Bindeglied zwischen Auftraggeber und Strafverfolgungsbehörden im Falle eines behördlichen Untersuchungsverfahrens werden.⁵⁷

a) Anhörung des Auftraggebers

Im ersten Kontakt mit dem Geschädigten wird dieser zunächst angehört. Dabei sollen die sachlichen Komponenten der Anhörung herausgefiltert, die Schilderungen strukturiert, ihre rechtliche Relevanz beurteilt und die eventuell vorhandenen Unterlagen gesichtet werden. Diese „geschäftliche Sachlichkeit“ wollen die Forensic Services während des gesamten Mandats jedoch in eine „ganzheitliche“⁵⁸ und zwar vor allem empathische Betreuung („Coaching“) eingebettet wissen, die der emotionalen Belastung des Kunden angesichts der Ausnahmesituation, in der er sich im Falle der Einschaltung der Forensic Services zumeist befindet, Rechnung tragen soll.

b) Festlegung des Auftrags

In einem weiteren Schritt wird der Geschädigte über die für den Fall massgeblichen gesetzlichen Grundlagen, mögliche Konsequenzen einer Strafanzeige oder Nichtanzeige sowie über denkbare zivilrechtliche Massnahmen einschliesslich der Perspektiven zur Vermögensrückführung (so genanntes „asset tracing“) orientiert. Zudem müssen Fragen zur Publizität oder Vertraulichkeit des Vorfalls abgeklärt und bereits erfolgte oder noch zu erwartende Reaktionen der Öffentlichkeit einbezogen werden. Letztlich geht es vor allem darum, dem Geschädigten die voraussichtliche Komplexität des Ermittlungsvorgangs sowie die Notwendigkeit intensiver Kommunikation

⁵⁶ WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 482.

⁵⁷ Vgl. zum Ablauf einer Forensischen Untersuchung WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 482 ff.

⁵⁸ WÜLSER, ST 2001, 477, 478.

zwischen Auftraggeber und Forensic Services zu verdeutlichen und sich auf eine gemeinsame „Strategie“ im Umgang mit dem Verdachtsfall zu einigen.⁵⁹ Zugleich werden die Rahmenbedingungen für das weitere Vorgehen definiert und in einer detaillierten, die Ausgangslage, das Vorgehen und die Arbeitsziele konkretisierenden Auftragsumschreibung („Engagement-Letter“) schriftlich festgehalten.⁶⁰

c) Innerbetriebliche Untersuchung

Sodann folgen die eigentlichen Abklärungen, d.h. innerbetriebliche (Vor-) Untersuchungen, deren praktische Umsetzung zugleich den Anknüpfungspunkt für die Frage der späteren strafprozessualen Verwertbarkeit der dabei gewonnenen Beweismittel bildet.⁶¹ Für eine Ermittlungsarbeit, die vorzugsweise vom Kooperationswillen der Mitarbeiter des potentiell geschädigten Kunden getragen sein soll, erweist es sich häufig als kontraproduktiv, den konkreten Ermittlungsauftrag offen zu legen. Angesichts der ohnehin turnusmässigen Präsenz von Mitarbeitern der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in prüfungspflichtigen Unternehmen wird der Spezialauftrag der Forensic Services daher vielfach unter Titeln wie „Sonderprüfung“, „betriebswirtschaftliche Untersuchung“ oder „Prüfung der Jahresrechnung“ ausgeführt und jedenfalls zu Beginn der Ermittlungen mit dem Mantel des Revisors bedeckt.⁶²

Die Ermittlungsarbeit erfolgt in Zusammenarbeit mit dem Geschädigten, der zur Unterstützung der Abklärungen zumeist personelle und fachliche Ressourcen bereitstellt. Die Forensic Services setzen aus ihrem Personalbestand eine Art „Task-Force“ zusammen, die sie erforderlichenfalls um abteilungsfremde Mitarbeiter der Revisionsgesellschaft ergänzen können.⁶³ Die Teamzusammensetzung der Forensic Services ist in der Regel interdisziplinär und rekrutiert sich vornehmlich aus Wirtschaftsprüfern, Juristen, Kriminalisten, ehemaligen Polizeibeamten oder Staatsanwälten und IT-Spezialisten.⁶⁴ Zu diesen Kompetenzen gesellt sich der Vorteil des internationalen Netzwerks der Revisionsgesellschaften, das die Ermittler für sich

⁵⁹ Vgl. SCHIESSER/ BURKART, ST 2001, 471.

⁶⁰ Vgl. ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren, NZZ vom 8. März 2007, S. 29.

⁶¹ Vgl. auch STOLL, S. 37 ff.

⁶² Ergebnis der Experteninterviews; vgl. SCHIESSER/ BURKART, ST 2001, 471, 472.

⁶³ Vgl. STOLL, S. 38; WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 484.

⁶⁴ WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 484, 486.

in Anspruch nehmen können und das vor allem die Informationsbeschaffung aus dem Ausland erleichtert.⁶⁵

Die Prüfer definieren sodann die Prüfungsbereiche, wie zum Beispiel Warenbeschaffung, Anlage von Vermögenswerten, Kassensysteme oder das Lagerwesen. Die Ermittlungen erfolgen mit dem Ziel, durch eine lückenlose Prüfung der Vorgänge im jeweiligen Unternehmensbereich eine Informationsgrundlage zu schaffen, die eine Einschätzung der Lage ermöglicht und eine Basis für eine eventuelle Strafanzeige oder zivil- und arbeitsrechtliche Massnahmen schafft. Ausgangspunkt der Ermittlungen ist, um die Parallele zu einer staatlichen Strafuntersuchung zu ziehen, in der Regel die „Durchsicht“ bzw. „Durchsuchung“ von Papieren und weiteren Informationsträgern, womit auch elektronische Datenträger umfasst sind,⁶⁶ weil der Startpunkt der Sachverhaltsfeststellung zumeist von den beim geprüften Unternehmen vorhandenen Zahlenwerken ausgeht. Weitere Ermittlungsmassnahmen schliessen sich situativ und angepasst an die betriebsinternen Vorschriften des Unternehmens an, beispielhaft können genannt werden: Die Durchsuchung von Arbeitsplätzen, das Screening von Festplatten nach vorhandenen und oder gelöschten Daten sowie die entsprechende Daten Spiegelung, die Auswertung der E-Mail-Kommunikation, die Befragung von Mitarbeitern des Kunden oder von Personen aus seinem Geschäftsumfeld sowie die Befragung des Verdächtigen selbst zu dem ihm vorgeworfenen Sachverhalt⁶⁷ – zum Teil unter bewusster Vermeidung der dem Strafverfahren vorbehaltenen Bezeichnungen der „Einvernahme“ respektive „Vernehmung“ auch sprachneutral „Interview“ genannt. Auditive und optische Überwachungsmassnahmen zählen dagegen regelmässig nicht zu den von den Forensic Services durchgeführten Ermittlungsmassnahmen, was sich vor allem mit dem Selbstbild der Wirtschaftsprüfer und der erwünschten und praktizierten Abgrenzung zur „Detektivarbeit“ erklären lässt; erforderlichenfalls werden derartige Ermittlungsmassnahmen an externe Auftragnehmer vergeben.⁶⁸

Die Bezeichnungen „Interviews“ oder „Befragungen“ suggerieren eine Freiwilligkeit des Verdächtigen, bei diesen mitzuwirken, die angesichts des

⁶⁵ Vgl. GRUHL, DuD 2005, 399, 402.

⁶⁶ Vgl. zur Datenspiegelung FURNER, recht 2004, 211.

⁶⁷ Vgl. FURNER, recht 2004, 211; GRUHL, DuD 2005, 399, 400 ff.; MENGEL/ULLRICH, NZA 2006, 240, 242 ff.; ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, NZZ vom 8. März 2007, S. 29; STOLL, S. 41 ff. auch zu den materiell-rechtlichen Schranken; vgl. auch Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, ZR 106 (2007) Nr. 35, S. 161, 162 f. und 164 f. zu den standesrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen einer Zeugenbefragung durch den Verteidiger.

⁶⁸ Ergebnis der Experteninterviews.

arbeitsrechtlichen Korsetts, in das sich der verdächtige Arbeitnehmer mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages begeben hat, durchaus trügerisch ist. Fehlender Kooperationsbereitschaft kann unter Hinweis auf die arbeitgeberseitige Option zur Kündigung des Verdächtigten abgeholfen werden.⁶⁹ Dieses Vorgehen erweist sich zwar selten als erforderlich, es wird aber nötigenfalls zum Teil durchaus praktiziert.⁷⁰ Einer Pauschalisierung des Ablaufs der Befragung des Verdächtigen selbst stehen sowohl die jeweils fallabhängig unterschiedlichen Intentionen als auch die persönlichen „Befragungs- oder Einvernahmetechniken“ des jeweiligen Ermittlers entgegen.

d) Ermittlungsabschluss

Als Ergebnis der Spezialprüfung wird entweder die Haltlosigkeit der Verdächtigungen konstatiert oder die Ermittler stellen deliktische Schädigungen des Auftraggebers fest.⁷¹ Das Produkt der Arbeit besteht in einem zunächst allein für den Auftraggeber bestimmten, nicht standardisierten Bericht, dessen häufigste Form – sowohl bei festgestellten Unregelmäßigkeiten, als auch bei fehlenden Hinweisen auf illegale Handlungen – die Sachverhaltsdarstellung ist, mit der dem Adressaten ein vollständiges und möglichst objektives Bild von den untersuchten Vorgängen vermittelt werden soll.⁷² Weitere Arbeitsprodukte können beispielsweise Gutachten zur Beurteilung des internen Kontrollsystems mit etwaigen Verbesserungsvorschlägen oder zu den Voraussetzungen zivilrechtlicher Verantwortlichkeiten der in den Sachverhalt involvierten Parteien sein.⁷³

e) Erstellung von Strafanzeigen und sonstige „Nachsorge“

Der Geschädigte hat bei der rechtlichen Bewältigung der gegen ihn gerichteten Straftat verschiedene Teilbereiche der Rechtsordnung zu berücksichtigen, insbesondere in den Fällen von Mitarbeiterdelinquenz im Unternehmen des Geschädigten sind die rechtlichen und strategischen Optionen

⁶⁹ Vgl. zu den arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen Erster Teil: 2. Kapitel, S. 46 ff.

⁷⁰ Ergebnis der Experteninterviews.

⁷¹ Vgl. GRUHL, DuD 2005, 399, 401; WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 484; selbst bei Haltlosigkeit des Verdachts hat die Unternehmung aber allein mit der Beauftragung der Prüfung bereits ein vertrauensbildendes Zeichen gesetzt, vgl. ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, NZZ vom 8. März 2007, S. 29.

⁷² Vgl. GRUHL, DuD 2005, 399, 401; FURNER, recht 2004, 211.

⁷³ Vgl. GRUHL, DuD 2005, 399.

komplex.⁷⁴ Die Dienstleistung der Forensic Services umfasst dementsprechend auch die Unterstützung des Geschädigten nach Ermittlungsabschluss, vor allem bei Fragen zum „Ob“ und „Wie“ der Erstellung einer Strafanzeige und der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche sowie bei der Vorbereitung von Entlassungen. Darüber hinaus beraten die Forensic Services den Geschädigten aber auch „ausserrechtlich“, etwa bei der Entwicklung einer Strategie zum Informationsverhalten des Unternehmens gegenüber Mitarbeitern, Behörden, Aufsichtsorganen, Öffentlichkeit oder Medien sowie bei der sachgerechten Koordination sämtlicher Massnahmen.⁷⁵

Die Entschliessung zur Strafanzeige liegt im Ermessen des Auftraggebers, dessen Wünsche für die Vorgehensweise der Forensic Services als Auftragnehmer massgeblich bleiben.⁷⁶ Da die Erstattung einer Strafanzeige häufig von der Position des Täters im Unternehmen abhängig gemacht wird, sind statushohe Täter insoweit deutlich privilegiert.⁷⁷ Grundsätzlich steht für das geschädigte Unternehmen weniger die strafrechtliche Verfolgung, als vielmehr die optimale Ausnutzung zivil- und arbeitsrechtlicher Spielräume im Vordergrund, weil dadurch die primären Interessen der Vermögensrückführung und der „stillen Erledigung“ des Vorfalls verwirklicht werden können.⁷⁸

Werden die Forensic Services mit der Erstellung der Strafanzeige betraut, so bilden sie eine entscheidende Schnittstelle zwischen den Strafverfolgungsorganen und dem geschädigten Unternehmen. Einerseits leiten sie auf Wunsch ihres Auftraggebers das bereits aufbereitete Beweismaterial weiter und stellen den Strafverfolgungsorganen die Ermittlungsergebnisse in Form eines Parteigutachtens⁷⁹ zur Verfügung; andererseits kommt den Forensic Services die Aufgabe zu, die zum Teil gegenläufigen Interessen des geschädigten Unternehmens und der staatlichen Organe aufeinander abzustimmen und eine bestmögliche Berücksichtigung der Geschädigteninteressen im Rahmen der staatlichen Strafuntersuchung zu erreichen.

⁷⁴ Vgl. zum Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsinstitute bei Geldersatzforderungen des Geschädigten GREINER, ZStr 2007, 57 ff.; eingehend zu Massnahmen des geschädigten Unternehmens zur Schadensbegrenzung bei Mitarbeiterdelinquenz STOLL, S. 37 ff.

⁷⁵ Vgl. ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, NZZ vom 8. März 2007, S. 29.

⁷⁶ Vgl. BUSSMANN/SALVENMOSER, NStZ 2006, 203, 209 zu Reaktionen der Unternehmen auf Wirtschaftskriminalität; zur fehlenden Anzeigepflicht vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 1, S. 71 ff.

⁷⁷ BUSSMANN/SALVENMOSER, NStZ 2006, 203, 209.

⁷⁸ GRUHL, DuD 2005, 399; STOLL, S. 38.

⁷⁹ GRUHL, DuD 2005, 399, 401.

§ 2 Forensic Services und Revision: Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Das Nebeneinander der von den Revisionsgesellschaften angebotenen Forensischen Untersuchung und anderen Prüfungsdienstleistungen macht eine Abgrenzung der verschiedenen Tätigkeits- und Aufgabenbereiche erforderlich, die den Forensic Services offenbar auch selbst ein Anliegen ist⁸⁰ – wohl nicht zuletzt deshalb, weil der „Eigenwert“ ihrer Dienstleistung dem Kunden gegenüber verdeutlicht werden muss. Da nachfolgend nicht das gesamte Revisionswesen mit der Forensischen Untersuchung verglichen werden kann, soll zumindest eine Gegenüberstellung des Aufgabenverständnisses und der Einsatzgebiete von Forensic Services und der so genannten Internen und Externen Revision erfolgen. Diese bilden das eigentliche Kerngeschäft der Revisionsgesellschaften, neben dem die Forensische Untersuchung ergänzend angeboten wird.

I. Aufdeckungs- und Aufklärungspflichten

„Revidieren“, vom lateinischen „revidere“ abgeleitet, hat die Bedeutung „überprüfen“.⁸¹ „Revision“ meint systematisches Nachprüfen, Analysieren und Beurteilen von Gegenständen, Sachverhalten oder abgeschlossenen Vorgängen. Im betriebswirtschaftlichen Kontext ist die Revision allerdings nicht die Prüfung als solche, sondern eine Funktion, die ihre Aufgabe durch Vornahme von Prüfungen erfüllt, wobei je nach Stellung des Prüfungsorgans in Bezug auf das zu prüfende Unternehmen zwischen Interner und Externer Revision unterscheiden wird.⁸²

Damit drängt sich die Frage auf, inwiefern Überschneidungen in der Prüfungsleistung von Revision und Forensischer Untersuchung bestehen. Die Rolle der Revision insgesamt und damit auch ihre Rolle bei Wirtschaftskriminalen scheint in der Betriebswissenschaft und beruflichen Praxis fortwährend neu angepasst und definiert werden zu müssen,⁸³ doch sind die

⁸⁰ Vgl. WILKINSON/REBMANN, Forensic Services und Internal Audit, ST 2001, 481 ff.

⁸¹ Vgl. Langenscheidt Fremdwörterbuch Online-Edition, <http://services.langenscheidt.de/fremdwb/fremdwb.html> (15.10.2007): „re-vi'die-ren: 1. überprüfen, prüfen, kontrollieren 2. ändern, korrigieren, abändern (Entscheidung, Meinung, Urteil).“

⁸² TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 4.

⁸³ Vgl. die veränderten beruflichen Standards der Internen Revision, welche die Entwicklung der Internen Revision demonstrieren, dazu WILKINSON/REBMANN, ST 2001, 481 f.; zu Veränderungen

Bemühungen vor allem darauf gerichtet, die Aufgabe der Revision bei der *Aufdeckung* von Wirtschaftsdelikten zu präzisieren, während das Aufgabenverständnis bei der *Aufklärung* von Wirtschaftsdelikten weitgehend gefestigt ist.

Die sprachliche und zugleich inhaltliche Differenzierung zwischen *Aufdeckung* und *Aufklärung* im betriebswissenschaftlichen Diskurs zur Rolle der Revision bei Wirtschaftsdelikten wird durch die folgende Umschreibung belegt, der auch hier gefolgt werden soll: „*Detection of fraud is simply the process of exploring symptoms until sufficient evidence is uncovered to establish that fraud has been perpetrated and further investigation is seen to be necessary.*“⁸⁴ Danach ist die *Aufdeckung* („*detection*“) von der *Aufklärung* („*investigation*“) zu trennen. Letztere ist charakterisiert durch ausgedehnte, systematische und spezielle Prüfungshandlungen, die notwendig sind, um die Fragen nach der Täterschaft, dem Ausmass des Schadens, dem *modus operandi* und den Auswirkungen der Tat auf das Kontrollsystem zu klären.⁸⁵ Gemessen an dieser Definition wird deutlich, dass eine Forensische Untersuchung nicht als *Aufdeckung*, sondern als *Aufklärung* zu verstehen ist. Für die nachfolgende Abgrenzung von Revision und Forensischer Untersuchung ist deshalb als Prämisse vorwegzunehmen, dass sich Doppelspurigkeiten der Prüfungsleistungen nur dann ergeben können, wenn der Prüfungsauftrag der Revision über eine eventuelle Pflicht zur *Aufdeckung* hinaus zugleich die Verpflichtung zur anschliessenden *Aufklärung* von Wirtschaftsdelikten umfassen würde.

II. Abgrenzung zur Internen Revision

1. Die Interne Revision als Instrument der Unternehmensführung

Der Begriff der Internen Revision und seine zentralen Inhalte sind in betriebswirtschaftlichen Standardwerken⁸⁶ erschöpfend behandelt, so dass unter Verweis auf diese Erkenntnisquellen die Interne Revision im Allgemeinen nur cursorisch behandelt wird und die signifikanten Unterschiede

gen und aktuellen internationalen Tendenzen der Externen Revision vgl. MARTI/EBERLE, ST 2004, 415 ff.; STEBLER/ABRESCH, ST 2004, 389 ff.

⁸⁴ Vgl. zu dieser Differenzierung und Definition: GISLER, S. 101 m.w.N.

⁸⁵ GISLER, S. 101.

⁸⁶ Beispielsweise: ROBERT R MOELLER: *Brink's Modern Internal Auditing*, 6. Auflage, Hoboken, NJ 2005; K.H. SPENCER PICKETT, *The essential handbook of internal auditing*, Hoboken, NJ, 2005; LARENCE B. SAWYER, *Sawyer's internal auditing: the practice of modern internal auditing*, 5. Auflage, Altamonte Springs 2003; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 495 ff.

zwischen Forensischer Untersuchung und Interner Revision in den Vordergrund gestellt werden.

Obwohl nur teilweise ausdrücklich vorgeschrieben, ist es in der Praxis üblich, dass Unternehmen zu ihrem eigenen Vorteil ein Inspektorat im Sinne einer Internen Revision des Unternehmens einsetzen.⁸⁷ Als Instrument der Unternehmensführung unterstützt die Interne Revision die Unternehmensleitung und die nachgeordneten Ebenen durch umfassende Prüfungen und Beratungen in allen Unternehmensteilen und -funktionen.⁸⁸ Angesichts der Bezeichnung „Interne Revision“ ist allerdings klarzustellen, dass diese Prüfungs- und Beratungsdienstleistungen nicht durch Mitarbeiter des zu prüfenden Unternehmens selbst, also „intern“, erbracht werden müssen. Eine Interne Revision kann vielmehr sowohl von Mitarbeitern des Unternehmens als auch von externen Stellen durchgeführt werden.⁸⁹ Die Revisionsgesellschaften fungieren daher als „externe Stellen“ in diesem Sinne und bieten Unternehmen die so genannte „Interne Revision“ als Prüfungsdienstleistung an.

Als Abgrenzungsfaktor zwischen Interner Revision und Forensischer Untersuchung kann zunächst das Unterstellungsverhältnis, also die Einordnung in die Unternehmenshierarchie, angeführt werden. Wer Auftraggeber der Internen Revision ist, hängt von den nationalen gesetzlichen Bestimmungen, von den Organisationsstrukturen und unternehmensspezifischen Regelungen ab. In Betracht kommen als Auftraggeber vor allem der Präsident oder Delegierte des Verwaltungs-/Aufsichtsrates,⁹⁰ die Geschäfts-/Unternehmensleitung oder der Finanzchef.⁹² Im Gegensatz dazu ist der Auftraggeber der Forensic Services jedenfalls nicht normativ vorherbestimmt; Auftraggeber können im privatwirtschaftlichen Bereich namentlich die Geschäfts-/Unternehmensleitung, der Verwaltungs-/Aufsichtsrat, die

⁸⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, S. 1882 f.; RUUD/ SCHMID, ST 2000, 1303, 1307; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 497; VON ARX/OTTIGER, ST 2006, 548, 550; vgl. auch Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁸⁸ Vgl. SVIR, <http://www.svir.ch/interne-revision/iia-definition.html> (15.10.2007) zur Begriffsdefinition zur Internen Revision; ebenso IIR, <http://www.iir-ev.de/deutsch/iir/berufgrundlagen/instrument.asp?navid=8> (15.10.2007); TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 497, 503.

⁸⁹ IIA, International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing, <http://www.theiia.org/guidance/standards-and-practices/professional-practices-framework/standards/standards-for-the-professional-practice-of-internal-auditing/> (15.10.2007), Introduction; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 503.

⁹⁰ In der Schweiz, vgl. Art. 716a OR; vgl. zu den Unterstellungsverhältnissen TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 503.

⁹¹ In Deutschland, vgl. § 111 AktG.

⁹² TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 503 f.

Aktionäre, die Gläubigerversammlung, der Krediteausschuss oder die Interne Revision sein.⁹³

2. Aufgabenbereiche der Internen Revision

Die Unterschiede zwischen Interner Revision und Forensischer Untersuchung treten vor allem in den Aufgabenbereichen hervor. Eine Definition der Aufgabenbereiche der Internen Revision ist in den „Standards der Beruflichen Praxis der Internen Revision“ niedergelegt, die vom INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA) und nationalen Fachverbänden veröffentlicht werden. Die global anerkannten Berufsstandards des IIA haben nennenswerten Einfluss auf die Interne Revision in Deutschland und der Schweiz, denn der SCHWEIZERISCHE VERBAND FÜR INTERNE REVISION (SVIR) und das DEUTSCHE INSTITUT FÜR INTERNE REVISION (IIR) sind Kollektivmitglieder des IIA, womit die Standards des IIA auch für alle Mitglieder des SVIR und der IIR und damit auch in der Schweiz und Deutschland verbindlich sind.⁹⁴ Die IIA definiert die Interne Revision folgendermassen:

“Internal auditing is an independent, objective assurance and consulting activity designed to add value and improve an organization's operations. It helps an organization accomplish its objectives by bringing a systematic, disciplined approach to evaluate and improve the effectiveness of risk management, control, and governance processes.[...] Internal audit activities are performed in diverse legal and cultural environments; within organizations that vary in purpose, size and structure; and by persons within or outside the organization.”⁹⁵

Wie diese Definition zeigt, besteht die vorrangige Aufgabe der Internen Revision darin, Geschäftsprozesse zu verbessern und dadurch eine Wertschöpfung für das Unternehmen zu generieren.⁹⁶ Gegenstand dieser perio-

⁹³ WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 483; vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, S. 1882 f.

⁹⁴ Vgl. TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 526.

⁹⁵ IIA, International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing, <http://www.theiia.org/guidance/standards-and-practices/professional-practices-framework/standards/standards-for-the-professional-practice-of-internal-auditing/> (15.10.2007), Introduction; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, S. 1882 f.; RUUD/SCHMID, ST 2000, 1303, 1304; WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 481 f.; WYSS, SZW 2007, 27, 33; vgl. zu Berufsstandards und Verhaltensregeln der Internen Revision TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 512 f., 525 f.

⁹⁶ Vgl. IIA, International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing, <http://www.theiia.org/guidance/standards-and-practices/professional-practices-framework/standards/standards-for-the-professional-practice-of-internal-auditing/> (15.10.2007), Introduction;

dischen, systematischen Überprüfung sind nicht nur die Finanzprozesse, sondern zunehmend das gesamte Prozessspektrum einer Firma, wie beispielsweise Auftragsbearbeitung, Lagerbewirtschaftung, Bewilligungsverfahren oder die Produktionssteuerung.⁹⁷ In diesen Bereichen sollen insbesondere die Einhaltung vorgegebener Richtlinien (Compliance-Testing) überprüft und ein angemessener Kontrollapparat zur Messung der Effizienz verifiziert werden, was mit Hilfe von Stichproben und Detailanalysen geschieht.⁹⁸ Im Gegensatz dazu werden die Forensic Services im Rahmen einer Forensischen Untersuchung zur Sachverhaltsfeststellung und Ermittlung bei illegalen Handlungen, also einem grundsätzlich unterscheidbaren Aufgabenbereich, eingesetzt. Die Auftragsvergabe erfolgt nicht periodisch, sondern punktuell und reaktiv und das Prüfungsvorgehen ist im definierten Zeitraum als breite Beweis- und Indiziensuche lückenlos.⁹⁹

3. Aufdeckungs- und Aufklärungspflicht der Internen Revision

Im Rahmen dieses Prüfungsauftrags ist die Interne Revision mit der Aufdeckung von Wirtschaftskriminalität insoweit befasst, als sie der Erwartungshaltung gerecht werden soll, „grosse Delikte“ im Rahmen der normalen Prüfungshandlungen aufzudecken.¹⁰⁰ Dementsprechend fordert das IIA hinsichtlich der Fachkompetenzen der Internen Revisoren: „Der Interne Revisor verfügt über ausreichendes Wissen, um Indizien für dolose Handlungen zu erkennen. Es wird jedoch nicht erwartet, dass er über den gleichen Umfang an Sachkenntnis und Erfahrung verfügt wie ein Experte für die Aufdeckung und Untersuchung doloser Handlungen.“¹⁰¹ Der Begriff der „dolosen Handlungen“ wurde in der deutschsprachigen Fassung der internationalen Prüfungsstandards für den amerikanischen Ausdruck „fraud“ eingesetzt und meint „illegale Handlungen, die durch vorsätzliche Täuschung, Verschleierung oder Vertrauensmissbrauch gekennzeichnet und damit nicht abhängig von Gewaltandrohung oder Anwendung körper-

RUUD/ SCHMID, ST 2000, 1303, 1304; STEBLER/ABRESCH, ST 2004, 389, 390; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 506 ff.; WYSS, SZW 2007, 27, 33.

⁹⁷ TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 506 f.; WILKINSON/REBMANN, ST 2001, 481, 483.

⁹⁸ TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 506 f., 527 ff.; WILKINSON/REBMANN, ST 2001, 481, 483.

⁹⁹ WILKINSON/REBMANN, ST 2001, 481, 484.

¹⁰⁰ MAIER, S. 143; WILKINSON/REBMANN, ST 2001, 481; vgl. zu Aufdeckungspflichten der Internen Revision auch RUUD/ SCHMID, ST 2000, 1303, 1306 f.; VON ARX/OTTIGER, ST 2006, 548, 550.

¹⁰¹ IIA, International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing, <http://www.theiia.org/guidance/standards-and-practices/professional-practices-framework/standards/standards-for-the-professional-practice-of-internal-auditing/> (15.10.2007), Attribute Standards, Proficiency, Ziffer 1210.A2; RUUD/ SCHMID, ST 2000, 1303, 1306.

licher Gewalt sind. Dolose Handlungen werden von Personen und Unternehmen begangen, um in den Besitz von Geldern, Vermögensgegenständen oder Dienstleistungen zu gelangen, um Zahlungen oder den Verlust von Dienstleistungen zu vermeiden oder um sich einen persönlichen oder geschäftlichen Vorteil zu verschaffen.“¹⁰²

4. Die Interne Revision als Hinweisgeber der Forensic Services

Die Grenzen der Aufdeckungspflicht einschliesslich der Verantwortlichkeit der Prüfer und der Anforderungen an die Berichterstattung sind Fragen an die betriebswirtschaftliche Wissenschaft und berufliche Praxis, die vorliegend vernachlässigt werden können, weil sich die fehlende Schnittmenge mit einer Forensischen Untersuchung bereits andeutet: Die Forensic Services werden bei einer Forensischen Untersuchung zur detaillierten *Aufklärung* von Wirtschaftsdelikten eingeschaltet, also zur Vornahme systematischer und spezieller Prüfungshandlungen, während der Prüfungsauftrag der Internen Revision allenfalls die *Aufdeckung* von Wirtschaftsdelikten umfasst.¹⁰³ Es besteht eine weitgehende Einigkeit dahingehend, dass der Prüfungsauftrag der Internen Revision über die blosser Aufdeckung deliktischer Vorfälle hinaus nicht zugleich deren *Aufklärung* beinhaltet. Auch wenn die Tätigkeiten der Aufdeckung und Aufklärung zeitlich und revisionstechnisch ineinander greifen können, bedarf es für die detaillierte Aufklärung von Straftaten in Unternehmen in der Regel eines Spezialauftrags und einer Spezialprüfung der Unternehmung.¹⁰⁴ Gerade weil die Interne Revision ihrer Rolle und ihrem Aufgabenverständnis nach aber zumindest zur *Aufdeckung* grösserer Delikte im Rahmen ihrer Prüfungsauftrages beitragen soll, kann sie ein wichtiger Hinweisgeber der Spezialermittler sein, wenn diese die anschliessende *Aufklärung* des Verdachtsfalls übernehmen.¹⁰⁵

¹⁰² IIA, International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing, <http://www.theiia.org/guidance/standards-and-practices/professional-practices-framework/standards/standards-for-the-professional-practice-of-internal-auditing/> (17.08.2007), Glossar, Begriff „fraud“; RUUD/SCHMID, ST 2000, 1303 f.

¹⁰³ WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 484 f.

¹⁰⁴ BERNASCONI/MÜLLER, S. 181; GISLER, S. 101; vgl. auch WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 483, die ebenfalls darlegen, dass die Unternehmensleitung im Falle der Aufdeckung von Verfehlungen zwar informiert, der Fall von der Internen Revision aber grundsätzlich nicht weiterverfolgt wird.

¹⁰⁵ Vgl. zur Bedeutung der Internen Revision bei der Verhinderung und Aufdeckung von Wirtschaftsdelikten BUSSMANN/SALVENMOSER, NStZ 2006, 203, 208; RUUD/SCHMID, ST 2000, 1303, 1307; VON ARX/OTTIGER, ST 2006, 548, 550.

5. Ergebnis der Abgrenzung

Aus allem ergibt sich, dass Interne Revision und Forensic Services Dienstleistungen erbringen, die sich sowohl in den Unterstellungsverhältnissen als auch in den Prüfungsbereichen und im Prüfungsvorgehen unterscheiden. Doppelspurigkeiten im Prüfungsablauf sind, jedenfalls soweit sich beide Institutionen auf ihre angestammten Aufgabenbereiche konzentrieren,¹⁰⁶ nicht ersichtlich, was ihr Nebeneinander im Revisionswesen jedenfalls grundsätzlich legitimiert.

III. Abgrenzung zur Externen Revision

1. Prüfungsaufgaben der Externen Revision

Angesichts der Spaltung von Leitung und Kapital ist die Prüfung der Unternehmensvorgänge ein notwendiges Kontrollinstrument.¹⁰⁷ Die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein zentrales Arbeitsfeld der Beratungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die als unabhängige Revisionsstellen tätig werden. Bei der Externen Revision handelt es sich um ein in der Regel vom obersten Organ des Unternehmens bestelltes Prüfungsorgan, das periodisch in zumeist öffentlichem Interesse¹⁰⁸ vor allem, aber nicht nur, Jahres- und Konzernabschlüsse von Unternehmen in gesetzlich vorgeschriebenem Umfang prüft und damit die Ordnungsgemässheit der Geschäftstätigkeit von Unternehmen im zurückliegenden Geschäftsjahr untersucht.¹⁰⁹ Bei positivem Urteil wird dieses mit einem Bestätigungsvermerk, dem so genannten

¹⁰⁶ Überschneidungen kann es dagegen geben, wenn sich beide Institutionen stärker im Bereich der Prävention von Wirtschaftsdelikten engagieren und ihre Aufgabengebiete dadurch erweitern wollen, vgl. HUISSOUD/STEINMANN, ST 2001, 437, 440; WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 486 zur Gefahr der „Verzettelung“ durch zu starke Spreizung des Aufgabengebietes, was freilich nicht nur für die Interne Revision, sondern ebenso für die Forensic Services gelten müsste.

¹⁰⁷ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 16 N 390.

¹⁰⁸ Je nach Rechtsform des prüfungspflichtigen Unternehmens auch zum Investorenschutz, zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen oder zum Gläubigerschutz, vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 16 N 390; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 65 f.; zu länder- und unternehmensspezifischen Besonderheiten IIA, International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing, <http://www.theiia.org/guidance/standards-and-practices/professional-practices-framework/standards/standards-for-the-professional-practice-of-internal-auditing/> (15.10.2007), Introduction.

¹⁰⁹ BÖCKLI, Revisionsstelle, N 170 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 16 N 391 ff.; STEBLER/ABRESCH, ST 2004, 389, 390; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 63 ff.; DIES., Schweizer Prüfungsstandards (PS), http://www.treuhand-kammer.ch/pix/files/Glanz_inhalt.pdf (19.08.2007), PS 200, Ziff. 2; vgl. die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften über die Revisionsstelle in Art. 727 ff. OR.

Testat, als Aussage über die Richtigkeit und Ordnungsgemässheit der externen Finanzberichterstattung des Unternehmens dokumentiert.¹¹⁰

2. Auftraggeber und Prüfungsumfang

Die Zuständigkeit für die Vergabe des Prüfungsauftrags und damit auch für die Auswahl der Revisionsstelle hängt von den nationalen gesellschaftsrechtlichen Organisationsstrukturen ab. Bei der Aktiengesellschaft in Deutschland wird er vom Aufsichtsrat,¹¹¹ in der Schweiz vom Verwaltungsrat¹¹² und bei anderen Rechtsformen vom entsprechenden Leitungsorgan erteilt. Anders als bei der Forensischen Untersuchung ist demnach der Auftraggeber gesetzlich bestimmt.

Der Prüfungsumfang der Externen Revision, mit dem die Anzahl der Prüfungshandlungen bzw. die Grösse der Prüfungsstichprobe bezogen auf alle Geschäfts- oder Buchungsvorfälle festgelegt wird,¹¹³ unterscheidet sich signifikant von der Forensischen Untersuchung. Die vom Gesetzgeber vorgeschriebene Prüfung der Unternehmensabschlüsse durch Externe Revisoren ist generell keine Vollprüfung sämtlicher Geschäftsvorfälle eines abgelaufenen Jahres, sondern unterliegt pragmatisch erforderlichen und gesetzgeberisch gewollten Begrenzungen.¹¹⁴ Der forensische Prüfer ist dagegen gezwungen, im als relevant definierten Zeitraum stets eine lückenlose Vollprüfung vorzunehmen, um mögliche Spuren mit ausreichender Sicherheit zu entdecken.

3. Aufdeckungs- und Aufklärungspflicht der Externen Revision

Basis für die Festlegung von Ziel und Umfang der Abschlussprüfung durch die gesetzliche Revisionsstelle sind primär die nationalen Gesetze und die

¹¹⁰ LECHNER, DSiR 2006, 1854, 1857; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 16 N 393; STEBLER/ABRESCH, ST 2004, 389 f.; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 363, 369, 372 ff.; vgl. WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER, <http://www.wpk.de/beruf-wp-vbp/allgemeines.asp> (15.10.2007).

¹¹¹ Vgl. §§ 318 Abs. 1, 290 dHBG i.V.m. § 111 Abs. 2 dAktG.

¹¹² Vgl. Art. 662, 716a Ziff. 6 OR; BÖCKLI, Revisionsstelle, N 143 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 16 N 411; vgl. zu gesetzlichen Grundlagen der Externen Revision TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 12 ff.

¹¹³ TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 167, 213.

¹¹⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 16 N 392; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 213.

diversen Berufsstandards.¹¹⁵ Der schweizerische und deutsche Berufsstand der Wirtschaftsprüfer leitet aus diesen gesetzlichen und untergesetzlichen Rahmenbedingungen ab, dass die Externe Revision nicht die primäre Aufgabe hat, deliktische Angriffe abzuwehren,¹¹⁶ zumal die normale Abschlussprüfung nicht mit kriminalistischen Methoden operiert und deshalb im Angesicht krimineller Energien alsbald an ihre Grenzen stösst.¹¹⁷ Decken die Prüfer im Laufe ihrer Arbeit, beispielsweise mittels pflichtgemäss durchgeführter Plausibilitätskontrollen oder zufällig ausgewählter Stichproben, Gesetzesverstösse auf, unterliegen sie im Rahmen ihres Prüfungsauftrags einer Anzeige-, nicht aber einer Prüfungspflicht.¹¹⁸

Die nationalen und internationalen Standards zur Ausübung der beruflichen Praxis der Wirtschaftsprüfung zielen vor allem darauf ab, die Grenzen des Prüfungsauftrags und die Verantwortlichkeit des Prüfers bei der *Aufdeckung* deliktischer Handlungen zu bestimmen.¹¹⁹ Sie konstituieren aber keine Pflicht zur *Aufklärung* deliktischer Handlungen im Rahmen des Prüfungsauftrags. Ebenso wie bei der Internen Revision ist dazu eine Spezialprüfung im Rahmen eines Spezialauftrags erforderlich, so dass eine systematische Prüfung, selbst wenn diese durch die Abschlussprüfer vorgenommen würde, erst nach Vorliegen eines entsprechenden Auftrags der

¹¹⁵ Vgl. zu gesetzlichen Vorschriften über die Revisionsstellen z.B. Art. 727 ff. OR und §§ 316 ff. dHGB; vgl. zu gesetzlichen Regelungen und berufsrechtlichen Standards in der Schweiz STEBLER/ABRESCH, ST 2004, 389, 390; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 12, 40 ff.

¹¹⁶ HUISSOUD/STEINMANN, ST 2001, 437, 440; BÖCKLI, Revisionsstelle, N 399 ff., 441; TREUHANDKAMMER, Schweizer Prüfungsstandards (PS), http://www.treuhand-kammer.ch/pix/files/Glanz_inhalt.pdf (15.10.2007), PS 210, Ziff. 6A und PS 240; DIES., HWP Band 2, S. 68; WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER, http://www.wpk.de/pdf/wpk-broschuere--taetigkeit_der_wp_vbp.pdf (15.10.2007), S. 7; ebenso LECHNER, DStR 2006, 1854, 1858; RUUD/SCHMID, ST 2000, 1303 f.

¹¹⁷ BÖCKLI, Revisionsstelle, N 441; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 68; WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER, http://www.wpk.de/pdf/wpk-broschuere--taetigkeit_der_wp_vbp.pdf (15.10.2007), S. 7.

¹¹⁸ BÖCKLI, Revisionsstelle, N 400, 405 ff.; RUUD/SCHMID, ST 2000, 1303 f.; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 69; DIES., Schweizer Prüfungsstandards (PS), http://www.treuhand-kammer.ch/pix/files/Glanz_inhalt.pdf (15.10.2007), PS 210, Ziff. 6A und PS 240; WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER, http://www.wpk.de/pdf/wpk-broschuere--taetigkeit_der_wp_vbp.pdf (15.10.2007), S. 7; vgl. auch Art. 729b Abs. 1 OR, § 321 Abs. 2 Satz 3 dHGB, die lediglich die Anzeigepflicht/Berichterstattung normieren.

¹¹⁹ Vgl. zur Rolle der Revision und Verantwortlichkeit des Prüfers bei der *Aufdeckung* von Wirtschaftsdelikten BÖCKLI, Revisionsstelle, N 441 ff.; HUISSOUD/STEINMANN, ST 2001, 437, 440; IFAC, Handbook of Internal Auditing, Assurance, and Ethic Pronouncements, Edition 2007, http://www.ifac.org/Members/DownLoads/2007_IAASB_Handbook.pdf (15.10.2007), ISA 240, The Auditor's Responsibility to Consider Fraud in an Audit of Financial Statements; TREUHANDKAMMER, Schweizer Prüfungsstandards (PS), http://www.treuhand-kammer.ch/pix/files/Glanz_inhalt.pdf (15.10.2007), PS 240; DIES., HWP Band 2, S. 69 f.; WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER, http://www.wpk.de/pdf/wpk-broschuere--taetigkeit_der_wp_vbp.pdf (15.10.2007), S. 7; IDW-PS 210; vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, S. 1884.

vorgesetzten Stelle erfolgt.¹²⁰ Eine Schnittmenge mit der Forensischen Untersuchung bei der *Aufklärung* von Wirtschaftsdelikten besteht daher derzeit nicht.

4. Ergebnis der Abgrenzung

In den Aufgabenbereichen von Externer Revision und Forensischer Untersuchung gibt es folglich einige Gemeinsamkeiten, aber vor allem bedeutende Unterschiede. Die *Aufdeckung* von Wirtschaftsdelikten ist keine originäre Aufgabe der Externen Revision. Ein Nebeneinander von Forensischer Untersuchung und Externer Revision ist deshalb im Revisionswesen allgemein und speziell im Dienstleistungsangebot der Revisionsgesellschaften grundsätzlich angemessen, ja sogar geboten. Nicht umsonst wird den Prüfern beider Institutionen davon abgeraten, sich in den jeweils anderen Fachbereich zu begeben, ohne über die erforderlichen Voraussetzungen zu verfügen.¹²¹

IV. Kompetenzvorteile der Forensic Services

Wenig überraschend postulieren die Experten der Forensic Services ihre Prädestination zur Forensischen Untersuchung im Vergleich zu Mitbewerbern, die Revision eingeschlossen.¹²² Dieser Selbsteinschätzung der Privatermittler ist angesichts ihrer Intention, sich in diesem Geschäftsfeld als Marktführer zu etablieren, zwar mit Skepsis zu begegnen, doch ergibt eine objektivierte Betrachtung der Befähigung von Revision und Spezialermittlern, dass es aus Sicht des geschädigten Unternehmens tatsächlich sachliche Gründe gibt, die Aufklärung von Wirtschaftsdelikten nicht der Revision, sondern Spezialisten für Straftatermittlungen zu überantworten.

¹²⁰ Vgl. zur ausnahmsweisen Aufklärungstätigkeit der Revision mit dem Sonderauftrag einer Untersuchungsprüfung TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 13 f., 510; WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER, http://www.wpk.de/pdf/wpk-broschuere--taetigkeit_der_wp_vbp.pdf (15.10.2007), S. 7.

¹²¹ SCHIESSER/BURKART, ST 2001, 471, 476; WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 486; vgl. auch TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 69 f..

¹²² SCHIESSER/BURKART, ST 2001, 471, 476; WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 486.

1. Erfordernis von Spezialkompetenzen bei der Straftataufklärung

Hinsichtlich der Frage, welche Rolle die Interne Revision bei der Aufklärung von dolosen Handlungen spielen kann und soll hat die EUROPEAN CONFEDERATION OF INSTITUTES OF INTERNAL AUDITING (ECIIA) für die Interne Revision bereits im Jahre 1999 eine eher defensive Haltung eingenommen, die die Schwierigkeiten bei Ermittlungen durch Revisoren insgesamt veranschaulichen kann: *„Internal audit can conduct fraud investigations but only if they have the proper expertise and authority. In some organisations there will be specialist teams responsible for fraud investigation either within internal audit or outside of it. Normally internal audit would assist these specialist teams in their investigations.“*¹²³ Ebenso betont die INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS (IFAC) für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer: *„The auditor’s ability to detect a fraud depends on factors such as the skillfulness of the perpetrator, the frequency and extent of manipulation, the degree of collusion involved, the relative size of individual amounts manipulated, and the seniority of those individuals involved. While the auditor may be able to identify potential opportunities for fraud to be perpetrated, it is difficult for the auditor to determine whether misstatements in judgment areas such as accounting estimates are caused by fraud or error.“*¹²⁴

Diese Positionen verdeutlichen, dass die Aufklärung von dolosen Handlungen dem Selbstverständnis der Prüfungsdienstleister nach keine eigentliche Aufgabe der Internen oder Externen Revision ist, sondern gewöhnlich von Spezialisten durchgeführt wird, denen die Revision allenfalls assistiert.¹²⁵ Für diese Rollenverteilung sprechen am Bedürfnis bestmöglicher Ermittlungsarbeit orientierte praktische Gründe. Die Ermittlungstätigkeit einschliesslich der Beweissicherung bei der Aufklärung von Straftaten in Unternehmen erfordert Spezialkenntnisse, über die ein „normaler“ Revisor in den seltensten Fällen verfügt. Am deutlichsten zeigt sich dies in den Bereichen der Jurisprudenz, der elektronischen Datenverarbeitung und der Kriminalistik. Im Rahmen seines Prüfungsauftrags ist der Revisor mit juristischen Fragestellungen vornehmlich aus dem Handels- und Gesellschafts-

¹²³ ECIIA, Position Paper, The internal auditor’s role in the prevention of fraud, October 1999.

¹²⁴ IFAC, Handbook of Internal Auditing, Assurance, and ethic pronouncements, Edition 2007, http://www.ifac.org/Members/DownLoads/2007_IAASB_Handbook.pdf (15.10.2007), ISA 240, Ziff. 18; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 70.

¹²⁵ TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 69 f., 510 f.

recht konfrontiert,¹²⁶ während die Erfahrungen auf dem für die Forensische Untersuchung wichtigen Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts regelmässig rudimentär ausfallen.¹²⁷ Dieses Kompetenzgefälle gegenüber den Spezialermittlern setzt sich in den Bereichen EDV und Kriminalistik fort: Obgleich der Revisor berufstypisch damit befasst sein kann, die EDV eines Unternehmens verschiedenen Systemprüfungen zu unterziehen,¹²⁸ fehlen Erfahrungen in der Datenrekonstruktion, in der Verwaltung und Auswertung der bei einer lückenlosen Vollprüfung anfallenden, enormen Datenmenge, sowie in computergestützter Ermittlungstechnik. Der kriminalistische Anteil einer Forensischen Untersuchung kommt sowohl in der Art und Weise der Führung der Untersuchung als auch bei Interviewtechnik und Interviewtaktik zum Ausdruck und kann von einem Revisor kaum erbracht werden. Demgegenüber arbeiten die Forensic Services stets in interdisziplinären Teams, ihre Spezialermittler sind in forensischer, computergestützter und buchhalterischer Ermittlungstechnik bewandert und sie verfügen über die erforderlichen Kompetenzen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Kriminalistik und Rechtswissenschaften.¹²⁹

2. Prüfungsansatz von Revision und Forensic Services

Ein weiteres Handicap der Revisoren bei der Durchführung von innerbetrieblichen Ermittlungen ist ihr grundsätzlich anderer Prüfungsansatz bei ihrer Arbeit in den Unternehmen. Wenngleich die Bedeutung der beruflichen Skepsis insbesondere der Abschlussprüfer gegenüber früheren Prüfungsstandards inzwischen stärker betont wird, so dürfen Revisoren doch nach wie vor grundsätzlich bis zum Nachweis des Gegenteils von der Vertrauenswürdigkeit der vorgelegten Unterlagen ausgehen und auf die Integrität der gesetzlichen Vertreter und anderer Führungskräfte sowie der Mitglieder des Aufsichtsorgans vertrauen.¹³⁰ Demgegenüber betrachtet der forensische Prüfer alle Prüfungsobjekte so lange mit Misstrauen, bis dieses widerlegt werden kann. Beide Ansätze sind nur schwerlich in Personalunion umzusetzen und es erscheint zudem fraglich, ob eine prinzipiell miss-

¹²⁶ TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 63 ff.

¹²⁷ SCHIESSER/BURKART, ST 2001, 471, 474.

TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 126 ff., 230 ff.

¹²⁹ SCHIESSER/BURKART, ST 2001, 471, 474; WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 484, Tabelle 1; ähnlich WÜLSER, ST 2001, 477.

¹³⁰ Vgl. IFAC, Handbook of Internal Auditing, Assurance, and ethic pronouncements, Edition 2007, http://www.ifac.org/Members/DownLoads/2007_IAASB_Handbook.pdf (15.10.2007), ISA 240, Ziff. 23-26; LECHNER, DSr 2006, 1854, 1858; SCHIESSER/BURKART, ST 2001, 471, 472; TREUHANDKAMMER, HWP Band 2, S. 70.

trauische Grundhaltung sich mit der ansonsten auf Kooperation und Vertrautheit mit dem Partner angelegte beratende und prüfende Tätigkeit des Revisors in Einklang bringen lässt. Selbst wenn der Revisor genügend Professionalität besitzen mag, die Trennung zwischen Revision und forensischer Untersuchung zu vollziehen, besteht jedenfalls die Gefahr, dass dies bei den Geprüften nicht der Fall ist.¹³¹

3. Ergebnis

Die für gewöhnlich fehlenden Spezialkompetenzen der Revision bei der Straftataufklärung und die Rolle der Revisoren im Unternehmen lassen es auch aus Sicht des betroffenen Unternehmens ratsam erscheinen, die Durchführung „normaler“ Revisionsaufgaben und die Ermittlung von Wirtschaftsdelikten personell zu trennen. Die Beratungs- und Revisionsgesellschaften haben diese personelle Trennung durch die Einrichtung separater Spezialabteilungen vollzogen, die vom Geschädigten beim Verdacht auf deliktische Handlungen eingeschaltet werden können, um Verdachtsfälle anstelle der dazu weder berufenen noch speziell befähigten Revision aufzuklären.

Unterstützung verdient allerdings die Absicht der Internen Revision, zukünftig eine stärkere Rolle bei der *Prävention* von Wirtschaftsdelikten einnehmen¹³² und sich damit als Mitbewerber um Präventionsaufträge zur Bekämpfung von wirtschaftskriminellen Handlungen positionieren zu wollen. Denn angesichts der Tatsache, dass das Kerngeschäft der Forensic Services in der Aufklärung von Wirtschaftsdelikten besteht, was deren Begehung denknotwendig voraussetzt, ist schwerlich glaubhaft zu machen, dass sich dies mit einem aufrichtigen Interesse an der Prävention dieser Delikte vereinbaren lässt – auch wenn die Forensic Services selbstverständlich ihre Eignung und ihre Einsatzbereitschaft bei der Entwicklung unternehmensspezifischer Präventionskonzepte bekunden.¹³³

¹³¹ Vgl. zu den Vorteilen unabhängiger Beauftragter ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, NZZ vom 8. März 2007, S. 29.

¹³² RUUD/SCHMID, ST 2000, 1303, 1307.

¹³³ Vgl. WILKINSON/REBMAN, ST 2001, 481, 486.

§ 3 Strategische Erwägungen des Geschädigten

I. Vorteile gegenüber staatlicher Strafverfolgung

1. Diskretion

Im Verhältnis zwischen Delinquenten und geschädigtem Unternehmen, für das die Forensic Services ermitteln, gibt es in der Regel zumindest ein gemeinsames Interesse: die Diskretion.¹³⁴ Die Einschaltung der Forensic Services hat für den Auftraggeber den entscheidenden Vorteil, dass er die Informationspolitik, den Umfang der Ermittlungen, die Vorgehensweise und die weiteren Schritte bei tatsächlich festgestellten deliktischen Handlungen weitestgehend selbst bestimmen kann und damit „Herr“ der gesamten Untersuchung bleibt. Die Unternehmen fürchten mehr als den durch die begangene Tat erwachsenen unmittelbaren wirtschaftlichen Schaden vor allem den durch Reputationsverlust entstehenden mittelbaren wirtschaftlichen Schaden, sollte die Opferrolle und eventuell sogar die massgebliche Beteiligung von Führungskräften am strafrechtlichen Sachverhalt öffentlich bekannt werden.¹³⁵ So haben beispielsweise der schlagzeilenträchtige Rücktritt des CEO's von Ernst & Young Schweiz im Oktober 2003 nach Beginn der Strafuntersuchung wegen des Verdachts des Insiderhandels und die anschliessende Verurteilung des Unternehmensführers einen enormen Rechtfertigungsnotstand gegenüber den Kunden ausgelöst, der angesichts des öffentlich gewordenen staatlichen Untersuchungsverfahrens jedoch unvermeidbar war.¹³⁶ Die Aussicht, strafrechtlich relevante Verhaltensweisen demgegenüber unternehmensintern „im Stillen“ und jenseits der öffentlichen Wahrnehmung durch Privatermittler abklären lassen zu können, stellt deshalb für die Auftraggeber eine tragende Motivation für die Ein-

¹³⁴ GRUHL, DuD 2005, 399.

¹³⁵ Vgl. BUSSMANN/SALVENMOSER, NSStZ 2006, 203, 209; GRUHL, DuD 2005, 399; vgl. auch BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 152 zum Fall General Motors/Opel gegen Lopez; ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, NZZ vom 8. März 2007, S. 29.

¹³⁶ Vgl. aus der öffentlichen Berichterstattung: Tages-Anzeiger vom 21. Oktober 2003, S. 31, „Insiderverdacht: Ernst-&-Young-Chef nimmt Hut“; NZZ am Sonntag vom 26. Oktober 2003, S. 47, „Der Berater als ultimativer Insider, Der Fall Marcel Maglock, CEO von Ernst & Young: Regellücken bei Wirtschaftsprüfern“, NZZ vom 25. Juni 2004, S. 30, „Anklage gegen Ex-Chef von Ernst & Young“; NZZ vom 24. Januar 2005, S. 14, „Schuldpruch gegen Insider, Ehemaliger Ernst-&-Young-Chef verurteilt“; NZZ vom 25. Januar 2005, S. 28, „Insider-Urteil noch nicht in trockenen Tüchern“; SonntagsZeitung vom 28. August 2005, S. 55, „Bedingt für Maglock“.

schaltung der Forensic Services dar.¹³⁷ Im Übrigen darf auch nicht vernachlässigt werden, dass das Unternehmen mit der Beauftragung der unabhängigen Prüfer ein wichtiges Zeichen dafür setzen kann, dass es Unregelmässigkeiten im eigenen Unternehmen ernst nimmt, Wahrheiten nicht vertuscht und sich den Konsequenzen stellen will, was für die Glaubwürdigkeit und Reputation des Unternehmens sowohl im „schlimmsten Fall“ der Bestätigung eines Verdachts als auch bei dessen Widerlegung entscheidend sein kann.¹³⁸

2. Minimierung des Ermittlungszeitraums

Ein weiterer Grund für die Beauftragung der Forensic Services anstelle der Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden ist das Tempo der Privatermittler, die die Aufklärungsarbeit abhängig von der Komplexität des Falles innerhalb von Wochen oder doch wenigen Monaten erbringen können.¹³⁹ Obgleich die absolute Anzahl der dazu erforderlichen Mann-Stunden mit dem Arbeitsaufwand bei einer staatlichen Untersuchung vergleichbar ist, kommt dem Kunden entgegen, dass die Forensic Services die Anzahl der Ermittler seinen Wünschen anpassen und eine hohe Anzahl an Arbeitsstunden auf einen kurzen Zeitraum konzentrieren können.¹⁴⁰ Zudem operieren sie ohne umständliche Rechtshilfeersuchen über die nationalen Grenzen hinweg, weil sie entweder Mitarbeiter der Revisionsgesellschaften in anderen Ländern als Informationsquellen in Anspruch nehmen oder auf Kosten des Kunden jederzeit abrufbereit selbst vor Ort im Ausland ermitteln können.¹⁴¹ Die Privatermittler können also eine vergleichsweise zügige Aufklärung des Sachverhalts gewährleisten und damit dem primären Kundeninteresse entsprechen, den Verdachtsfall möglichst rasch und ohne grösseres Aufsehen abzuklären.

¹³⁷ GRUHL, DuD 2005, 399; ebenso, auch mit entsprechenden Wortzitaten der Abteilungsleiter der Forensic Services: CHRISTIAN BAULIG/SABINE RÖSSING, „Absahnen auf der Spur“, Financial Times Deutschland vom 30. November 2001, S. 29; SONIA SHINDE, „Tatort Chefetage“, Die Zeit vom 28. März 2003, S. 36; vgl. BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 152.

¹³⁸ ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, NZZ vom 8. März 2007, S. 29.

¹³⁹ GRUHL, DuD 2005, 399, 402; vgl. auch SonntagsZeitung vom 4. Dezember 2005, S. 67, „Wirtschafts-Strafverfahren dauern in der Schweiz zu lang“.

¹⁴⁰ Ergebnis der Experteninterviews; vgl. GRUHL, DuD 2005, 399 f.

¹⁴¹ Ergebnis der Experteninterviews; vgl. GRUHL, DuD 2005, 399 f., 402.

II. Nachteile gegenüber staatlicher Strafverfolgung

1. Kostenintensität

Als Nachteil der Ermittlungen durch Forensic Services ist an vorderster Stelle die Kostenintensität ihres Einsatzes zu nennen. Während eine Untersuchung durch die Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich zulasten der Staatskasse geht, sind die Kosten der Ermittlungen durch die Forensic Services vom Unternehmen selbst zu tragen und können weder dem überführten Täter in Rechnung gestellt noch im Rahmen des staatlichen Strafverfahrens als Gutachterkosten geltend gemacht werden.¹⁴² Stellt sich die Vermögensrückführung des vom Täter vereinnahmten Betrages als wenig aussichtsreich heraus, hat das geschädigte Unternehmen folglich nicht nur den unmittelbar durch die Straftat verursachten Schaden, sondern zusätzlich die abhängig von Ermittlungsdauer und Anzahl der Ermittler enormen Ausgaben für den Arbeitseinsatz der Forensic Services in Kauf zu nehmen.

2. Fehlende Zwangsbefugnisse

Die Ermittlungsmöglichkeiten der Forensic Services sind insoweit limitiert, als ihnen strafprozessuale Zwangsbefugnisse unstreitig fehlen. Zwar profitieren die Privatermittler vom arbeitsrechtlichen Machtgefälle, wenn sie im Auftrag des Unternehmens mit der Aufklärung von Mitarbeiterdelinquenz betraut sind; sie dürfen den Verdächtigen aber beispielsweise nicht in Haft setzen, seine Konten beschlagnahmen oder in seine Wohnung eindringen.¹⁴³ Aus Sicht des geschädigten Unternehmens ist diese Kompetenzbeschränkung allerdings gut zu verkraften. Denn falls sich strafprozessuale Zwangsmassnahmen im Interesse des Auftraggebers als sinnvoll oder ausnahmsweise gar als unentbehrlich erweisen, besteht kein Hindernis, die Strafverfolgungsbehörden hinzuzuziehen.¹⁴⁴

¹⁴² Aufwendungen für private Ermittlungen und Beweiserhebungen sowie Privatgutachten sind zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung in der Regel nicht erforderlich, vgl. für Privatgutachten der Verteidigung OLG Düsseldorf, NSTZ 1991, 353 mit ablehnender Anm. DAHS, NSTZ 1991, 354; OLG Düsseldorf, NSTZ 1997, 511; HK-KREHL § 464a N 15; offener aber wohl OLG Köln, NJW 1992, 586; vgl. auch SCHMID, Strafprozessrecht, N 1201.

¹⁴³ Vgl. dazu Erster Teil: 2. Kapitel, S. 46 ff.

¹⁴⁴ GRUHL, DuD 2005, 399.

III. Auswirkungen für den Verdächtigen

Für den Verdächtigen haben die Ermittlungen durch die Forensic Services den Nachteil, dass die dem Beschuldigten in einem Strafverfahren gesicherten Rechte, angefangen bei Belehrungsvorschriften, Anwesenheits-, Frage- und Konfrontationsrechten bis hin zu strafprozessualen Anforderungen an die Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen, unter Privatpersonen keinerlei Gültigkeit haben. Sind die Forensic Services im Auftrag der Unternehmensführung mit der Aufklärung von Mitarbeiterdelinquenz betraut, so hat der verdächtige Arbeitnehmer zudem das arbeitsrechtliche Massregelungsinstrumentarium zu fürchten, was seine Entscheidungsfreiheit zum „Ob“ einer Mitwirkung an den Abklärungen des Arbeitgebers nachhaltig beeinflussen kann.¹⁴⁵ Auf der anderen Seite ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass sich die mit der Einschaltung der Privatermittler angestrebte diskrete Erledigung und die mögliche Aussicht, einem strafprozessualen Ermittlungsverfahren durch stillschweigende, einvernehmliche Regelung zu entkommen, für den Verdächtigen als durchaus vorteilhaft erweisen kann.

§ 4 Kooperation mit den Strafverfolgungsorganen

Zur Aussendarstellung der Forensic Services gehört die Kooperation mit den „staatlichen Institutionen“, die sie in Informations- und Werbematerial gern als einen ihrer Auftraggeber nennen. Motivation für eine verstärkte Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden ist wohl in erster Linie der Image-Gewinn,¹⁴⁶ den die Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden und Gerichten generiert und der die Forensic Services als „staatlich anerkannte Untersuchungshelfer“ erscheinen lässt. Einer Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden verschliessen sich die Forensic Services daher nicht. Allein: Das Kundeninteresse bleibt die massgebliche Richtschnur und bestimmt damit vorab Umfang und Grenzen einer möglichen Zusammenarbeit.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Vgl. dazu Erster Teil: 2. Kapitel, S. 46 ff.

¹⁴⁶ Ebenso MENDE, S. 56.

¹⁴⁷ Dies gebietet bereits das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Forensic Services.

I. Beachtlichkeit der Weisungen des Auftraggebers

Wenn der Geschädigte eine rein private Konfliktregelung anstrebt und die Strafverfolgungsbehörden noch keine eigene Untersuchung eröffnet haben, erweist sich eine Zusammenarbeit in laufenden Projekten als praxisfern. Das vornehmliche Interesse des Kunden, Herr des Verfahrens zu bleiben und im Stillen zu ermitteln, lässt eine „Projektbeteiligung“ der Strafverfolgungsbehörden in solchen Fällen gar nicht zu.¹⁴⁸ Entschliesst sich der geschädigte Auftraggeber im Anschluss an die Privatermittlungen aber zur Anzeigeerstattung, so wird eine Kooperation der Forensic Services mit den staatlichen Organen erforderlich.¹⁴⁹ Diese kann vor allem darin bestehen, den Strafverfolgungsbehörden im Auftrag und im Interesse des Geschädigten das aufbereitete Informations- und Beweismaterial zur Verfügung zu stellen,¹⁵⁰ aber auch strafprozessuale Zwangsmassnahmen, insbesondere Durchsuchungen, Kontensperrungen und Beschlagnahmen, werden von den Forensic Services unterstützt;¹⁵¹ so bietet es sich beispielsweise an, bereits vorhandene Informationen zu bestehenden Konten oder zu vorhandenen Immobilien des Beschuldigten herauszugeben oder die erforderliche inhaltliche Präzisierung eines Durchsuchungsbefehls durch die Erstellung von Stichwortlisten zu erleichtern. Im Hinblick auf die im Kundeninteresse intendierte Vermögensrückführung wird eine Beteiligung der Strafverfolgungsbehörden an den privaten Abklärungen ohnehin dann unverzichtbar, wenn strafprozessuale Zwangsmassnahmen ergriffen werden müssen. Insofern ist den Forensic Services durchaus präsent, dass ihre private Ermittlungskompetenz beim staatlichen Gewaltmonopol endet.¹⁵²

¹⁴⁸ Vgl. GRUHL, DuD 2005, 399; Ergebnis der Experteninterviews.

¹⁴⁹ Die Anzeigebereitschaft des Geschädigten und damit die Kooperationsmöglichkeit von Forensic Services und Strafverfolgungsbehörden ist tendenziell steigend, Ergebnis der Experteninterviews.

¹⁵⁰ Ergebnis der Experteninterviews; ebenso INA ULLRICH, „Betriebsinterne Mitnahmeeffekte“, Financial Times Deutschland vom 2. Juni 2003, S. 29; vgl. zum angedachten freien Informationsaustausch über Ermittlungsmethodik, -probleme, und -lösungen zwischen Behörden und Privatwirtschaft FURNER, recht 2004, 210, 211.

¹⁵¹ Ergebnis der Experteninterviews; vgl. auch THOMAS ISLER, „Schnelle Detektive im Einsatz“, Tages-Anzeiger vom 31. Dezember 1998, S. 35.

¹⁵² Dazu auch THOMAS ISLER, „Schnelle Detektive im Einsatz“, Tages-Anzeiger vom 31. Dezember 1998, S. 35.

II. Gutachtertätigkeiten im Strafverfahren

Die Haltung der Strafverfolgungsbehörden gegenüber den Spezialabteilungen der Privatwirtschaft hat sich zudem im Laufe der Jahre gewandelt: Die anfängliche Skepsis, die Privatermittler könnten sich hoheitliche Befugnisse anmassen, ist einer respektvollen Zusammenarbeit gewichen, wie die Strafverfolgungsbehörden inzwischen auch selbst öffentlich bestätigen.¹⁵³ Inzwischen kommt sogar die Vergabe von Gutachteraufträgen an die Forensic Services durch die staatlichen Behörden in Betracht, insbesondere bei IT-relevanten und betriebswirtschaftlichen Fragestellungen oder bei der Aufbereitung komplizierter Sachverhalte in Wirtschaftsstrafsachen.¹⁵⁴

Zur verbesserten Zusammenarbeit von Forensic Services und Strafverfolgungsbehörden trägt schliesslich auch die zunehmende informelle Verflechtung bei. Immerhin sind einige Mitarbeiter der Forensic Services ehemals Staats- oder Bezirksanwälte gewesen, die aus dem öffentlichen Dienst in die Privatwirtschaft gewechselt sind.¹⁵⁵ Da die Beziehungen zu ehemaligen Kollegen auch zur Erlangung an sich nicht zugänglicher Informationen genutzt werden können, geht es sicher nicht zu weit zu behaupten, dass neben der Möglichkeit legaler Kooperation von Strafverfolgung und Forensic Services zugleich eine gewisse Grauzone rechtswidriger Zusammenarbeit bestehen kann.¹⁵⁶

¹⁵³ Vgl. die Äusserungen des Sprechers der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main bei CHRISTIAN BAULIG/SABINE RÖSSING, „Absahnen auf der Spur“, Financial Times Deutschland vom 30. November 2001, S. 29.

¹⁵⁴ Ergebnis der Experteninterviews.

¹⁵⁵ Vgl. bspw. zum Wechsel von Peter Cosandey, ehemals spezialisierter Bezirksanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte und internationale Rechtshilfe in Zürich, zu Forensic Services KPMG: THOMAS ISLER, „Schnelle Detektive global im Einsatz“, Tages-Anzeiger vom 31. Dezember 1998, S. 35; RENE STAUBLI, „Die Wirtschaft baut ihre eigene Justiz auf“, SonntagsZeitung vom 22. November 1998, S. 87.

¹⁵⁶ Bspw. bei Verletzung von Art. 320 StGB, §§ 353b, 353d dStGB.

2. Kapitel: Die Rechtstellung des verdächtigen Arbeitnehmers

Die im Auftrag des Geschädigten von den Forensic Services durchgeführte Forensische Untersuchung ist häufig auf einen ganz spezifischen Ausschnitt wirtschaftskrimineller Handlungen ausgerichtet: den Verdacht auf Mitarbeiterdelinquenz.¹⁵⁷ Nimmt ein Unternehmen Anzeichen wahr, dass eigene Mitarbeiter Straftaten zum Nachteil des Unternehmens begangen haben könnten, so stellt sich die Beauftragung professioneller Privatermittler als ein probates Mittel dar, um den Verdachtsfall umfassend abzuklären, die Beweisgrundlage für personelle „Umstrukturierungen“ zu schaffen und zivil- und strafrechtliche Massnahmen zur Schadensbegrenzung vorzubereiten.¹⁵⁸ Die Entscheidung des geschädigten Unternehmens, anstelle einer Verdachtsanzeige bei den Strafverfolgungsbehörden zunächst eigene Ermittlungen vorzunehmen, ist für die Rechtsstellung des verdächtigten Mitarbeiters, der zum „Subjekt“ der arbeitgeberseitigen Nachforschungen wird, von einiger Tragweite: Sein Handlungsspielraum ist vor allem dadurch geschwächt, dass sich bei der Aufklärung des Sachverhaltes arbeitsrechtliche Mitwirkungspflichten aktualisieren und die akute Gefahr einer Entlassung wegen des bestehenden Verdachts oder wegen der Begehung der Straftat besteht.¹⁵⁹ Eine eingehendere Betrachtung dieser arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen bei der privaten Abklärung von Mitarbeiterdelinquenz in Unternehmen ist zum einen angezeigt, um – auch zur Sensibilisierung im Umgang mit den so gewonnenen Beweismitteln im Strafverfahren – das spezifische Machtgefälle zwischen arbeitgeberseitig beauftragten Privatermittlern einerseits und dem verdächtigten Arbeitnehmer andererseits sichtbar zu machen.

Eine Erfassung der Rechtslage im Arbeitsrecht ist aber auch im Hinblick auf die strafprozessuale Problematik der Beweisverwertbarkeit erforderlich. Denn soweit eine arbeitsrechtliche Pflicht des verdächtigten Arbeitnehmers zur Selbstbelastung im arbeitgeberseitigen „Ermittlungsverfahren“ besteht, wäre allenfalls der Frage nachzugehen, ob die Verwertung der

¹⁵⁷ Vgl. GRUHL, DuD 2005, 399 f.; zu den Schadensbegrenzungsmaßnahmen des betroffenen Unternehmens eingehend STOLL, passim.

¹⁵⁸ Vgl. zu den arbeitsrechtlichen Aspekten unternehmensinterner Ermittlungen MENGEL/ULLRICH, NZA 2006, 240 ff. STOLL, S. 21 ff.; vgl. auch ROLAND TRUFFER/TINA WÜSTEMANN, „Was Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte signalisieren“, NZZ vom 8. März 2007, S. 29.

¹⁵⁹ Vgl. ausserdem zur Unmassgeblichkeit der strafprozessualen Bestimmungen Erster Teil: 1. Kapitel: § 3 III., S. 43 f.; Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 3, S. 186 ff.

Beweise im Strafverfahren eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten darstellen könnte.¹⁶⁰ Eine an der herrschenden Meinung orientierte Betrachtung der arbeitsrechtlichen Vorgaben soll deshalb nachfolgend Auskunft geben über die auf den Verdacht oder die Begehung der Straftat gründenden arbeitgeberseitigen Optionen zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie über das Bestehen oder Nichtbestehen einer arbeitsrechtlichen Verpflichtung des verdächtigen Mitarbeiters, die Straftat-ermittlungen des Arbeitgebers zu unterstützen.

§ 1 Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen in der Schweiz

I. Fristlose Tat- oder Verdachtskündigung durch den Arbeitgeber

1. Allgemeine Voraussetzungen der fristlosen Kündigung

Ein Arbeitsverhältnis kann gemäss Art. 337 Abs. 1 OR jederzeit „aus wichtigen Gründen“ fristlos aufgelöst werden. Als wichtiger Grund gilt nach Art. 337 Abs. 2 OR namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zu-

¹⁶⁰ Vgl. OLG Karlsruhe, NStZ 1989, 287 f. zur strafprozessualen Verwertbarkeit einer Anhörung durch den Arbeitgeber; LG Hamburg, MDR 1984, 867 f. zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Angaben gegenüber Arbeitgebern und Versicherungen; DINGELDEY, NStZ 1984, 529 ff., insbesondere 532 f. zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Beweismitteln, die von Privaten auf der Grundlage materiell-rechtlicher Auskunftspflicht im Bürger-Bürger-Verhältnis erlangt wurden; vgl. zu Friktionen mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren bei ausserprozessualen Mitwirkungspflichten, jeweils m.w.N., auch EGMR, Urteil vom 29. Juni 2007, O'Halloran und Francis vs. Vereinigtes Königreich, §§ 33 ff.; Urteil vom 3. Mai 2001, J.B. vs. Schweiz, Nr. 31827/96 = ÖJZ 2002, 518 zur Selbstbelastung im Strafverfahren; BVerfG, NJW 1981, 1431 ff. zur Pflicht des Gemeinschuldners, im Konkursverfahren auch über strafbare Handlungen Auskunft geben zu müssen; NStZ 1995, 599 f. zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Angaben des Versicherungsnehmers gegenüber seinem Kfz-Haftpflichtversicherer; BGE 131 IV 36 ff. zu Mitwirkungspflichten im Strassenverkehr; BGHSt 36, 328 = BGH, NJW 1990, 1426 zur strafrechtlichen Verwertbarkeit von im Asylverfahren gemachten Angaben mit kritischer Besprechung VENTZKE, StV 1990, 279 ff.; HansOLG Hamburg, StV 1985, 409 zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Angaben im Asylverfahren; OLG Hamm, NStZ 1989, 187 zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Angaben im Asylverfahren; Kassationsgericht Berlin, NStZ 1995, 146 zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Angaben gegenüber der Kfz-Haftpflichtversicherung; ASELMANN, NStZ 2003, 71 ff.; BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, AJP 2006, 169 ff.; BÄRLEIN/PANANIS/REHMSMEIER, NJW 2002, 1825 ff.; DONATSCH, ST 2001, 719 ff.; WOHLERS, Reformbedarf bei der Börsenaufsicht, S. 41 ff.; WOHLERS/GODENZI, AJP 2005, 1045 ff.

gemutet werden kann. Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung als einziger Ausweg erscheint, dem Kündigenden also eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung oder bis zum Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses nicht abverlangt werden kann.¹⁶¹ Die fristlose Entlassung setzt deshalb eine besonders schwere Verfehlung des Arbeitnehmers voraus. Dabei muss das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zum einen objektiv geeignet sein, „die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann.“ Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Vertragsverletzung des Arbeitnehmers „tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens“ geführt hat. Weniger schwerwiegende Verfehlungen sind nur dann ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sind.¹⁶²

2. Fristlose Tatkündigung

Ein zur fristlosen Entlassung berechtigender wichtiger Grund im Sinne des Art. 337 Abs. 1 OR kann namentlich in einer schweren Verletzung der Treupflicht gegenüber dem Arbeitgeber liegen.¹⁶³ In Rechtsprechung und Lehre ist in diesem Zusammenhang anerkannt, dass in Ausübung der dienstlichen Verrichtung vorsätzlich begangene Verbrechen oder Vergehen des Arbeitnehmers zum Nachteil des Arbeitgebers, der Mitarbeiter oder von Kunden in der Regel eine schwere Verletzung der Treupflicht darstellen.¹⁶⁴ In diesem Fall ist eine fristlose Entlassung wegen der Begehung der Straftat grundsätzlich gerechtfertigt,¹⁶⁵ wengleich bei der Gewichtung der Pflichtverletzung stets die konkreten Umstände und insbesondere die

¹⁶¹ BGE 116 II 142, 144; 117 II 560, 562 = Praxis 81 (1992) Nr. 114; 127 III 153, 154 f.; 130 III 28, 31; BSK-PORTMANN Art. 337 OR N 1; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 353.

¹⁶² BGE 117 II 560, 562; 127 III 153, 154 f.; 130 III 28, 31; BGer vom 8. Oktober 2002, 4C.112/2002, E.3; BSK-PORTMANN Art. 337 OR N 3; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 354; VITALI, ArbR 2000, 97, 105.

¹⁶³ BGE 117 II 560, 561; 124 III 25 ff. = Praxis 87 (1998) Nr. 54; BRÜHWILER, Art. 337 OR N 2; HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 565; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 337 OR N 2; VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 256; VITALI, ArbR 2000, 97, 103.

¹⁶⁴ Anders u.U. bei blossen Übertretungen, vgl. BGer, Urteil vom 8. Oktober 2002, 4C.112/2002, E.5; BRÜHWILER, Art. 337 OR N 2; HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 566; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 354; VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 257.

¹⁶⁵ BGE 117 II 560, 562; 130 III 28, 31; BGer, Urteil vom 8. Oktober 2002, 4C.112/2002, E. 6; . HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 565; VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 257.

Schwere der Straftat zu berücksichtigen bleiben.¹⁶⁶ Neben dem Ausspruch einer fristlosen Kündigung ist es dem Arbeitgeber freilich unbenommen, zu mildernden Massnahmen wie etwa der ordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers zu greifen.¹⁶⁷

3. Fristlose Verdachtskündigung

Äusserst umstritten ist, ob der Arbeitgeber zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch eine so genannte „Verdachtskündigung“ berechtigt ist. Eine solche liegt nach schweizerischem Begriffsverständnis dann vor, wenn eine Partei einen Arbeitsvertrag fristlos kündigt, weil sie den schwerwiegenden Verdacht hat, die andere Partei habe eine Straftat oder eine sonstige Verfehlung begangen, die sich aber im Zeitpunkt der Kündigungserklärung (noch) nicht beweisen lässt.¹⁶⁸

a) Überblick über den Meinungsstand

Im Schrifttum und der kantonalen Rechtsprechung wird mehrheitlich die Auffassung vertreten, der blosse Verdacht einer Straftat genüge zur fristlosen Kündigung grundsätzlich nicht.¹⁶⁹ Diese Auffassung beruht teilweise auf der nicht unbestrittenen Annahme, dass es sich beim Verdachtsfall um ein vom Unternehmer zu tragendes Risiko handle und zugunsten des Arbeitnehmers ohnehin bis zum Beweis der Tatbegehung die Unschuldsvermutung gelte,¹⁷⁰ weshalb dem betroffenen Arbeitnehmer bis zur Aufklärung des Verdachts jedenfalls der Lohnanspruch erhalten bleiben müsse; der Arbeitgeber wird darauf verwiesen, zur Wahrung seiner Interessen auf eine tatsächliche Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu verzichten.¹⁷¹ Die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Kündigung wird

¹⁶⁶ BGE 117 II 560, 562; BGer, Urteil vom 16.7.1988, 4C.168/1998 = Praxis 88 (1999), S. 216, 219; BGer, Urteil vom 8. Oktober 2002, 4C.112/2002, E. 5; BRÜHWILER, Art. 337 N 9; BSK-PORTMANN, Art. 337 OR N 22; HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 565; VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 257.

¹⁶⁷ Vgl. BRÜHWILER, Art. 337 OR N 12; GLOOR, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133, 144 ff.; VITALI, ArbR 2000, 97, 107 ff.

¹⁶⁸ BGer, Urteil vom 3. Januar 2006, 4C.317/2005, E. 5.3; EGLI, Verdachtskündigung, S. 10; HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 566.

¹⁶⁹ BRÜHWILER, Art. 337 N 13; BSK-PORTMANN, Art. 337 OR N 23; EGLI, Verdachtskündigung, S. 42 ff.; GLOOR, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133, 144 ff.; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 337 OR N 12; DERS., Arbeitsrecht, N 357; STREIFF/VON KAENEL, Art. 337 OR N 10; wohl auch VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 257; vgl. auch OGer BE, JAR 1994, 225, 226; Chambre d'Appel des Prud'hommes du canton de Genève, JAR 2001, 315 ff.; OGer ZH, ZR 1998 Nr. 77; JAR 1990, 272, 278.

¹⁷⁰ Dazu ablehnend BRÜHWILER, Art. 337 N 13; HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 569.

¹⁷¹ REHBINDER, Arbeitsrecht, N 357; DERS., Berner Kommentar, Art. 337 OR N 12.

letztlich davon abhängig gemacht, ob der Verdacht später zur Tatsache wird oder nicht, weshalb der Arbeitgeber eine fristlose Verdachtskündigung auf sein eigenes Risiko ausspreche.¹⁷² Gelingt der Beweis des dem Verdacht zugrunde liegenden Sachverhaltes nicht, sei allerdings gleichwohl eine gerechtfertigte Entlassung anzunehmen, wenn weitere Elemente hinzukämen, wie etwa die Behinderung der Sachverhaltsabklärung durch den Arbeitnehmer.¹⁷³

Von anderer Seite wird die Zulässigkeit der Verdachtskündigung grundsätzlich befürwortet.¹⁷⁴ Ausgehend von den allgemeinen, zum „wichtigen Grund“ entwickelten Grundsätzen wird weniger der Verdacht, als vielmehr die Zerstörung oder nachhaltige Erschütterung des Vertrauensverhältnisses als solche zum entscheidenden Massstab erhoben. Eine Berechtigung des Arbeitgebers zur fristlosen Kündigung wird deshalb angenommen, wenn bereits der blossе Verdacht als solcher das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien vollends zerstört hat. Davon sei nicht nur dann auszugehen, wenn der Arbeitnehmer die Aufklärung des Sachverhalts behindert habe, sondern vielmehr auch dann, wenn ein ausreichender, objektiv begründeter Tatverdacht vorliege, den der Arbeitgeber trotz zumutbaren Anstrengungen nicht habe ausräumen können.¹⁷⁵

Zu dieser arbeitgeberfreundlicheren Haltung hat sich zwischenzeitlich auch das Bundesgericht bekannt. Es hat die Rechtmässigkeit einer Verdachtskündigung durch den Arbeitgeber mit der Begründung bestätigt, auch der blossе Verdacht einer Straftat könne die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar erscheinen lassen; die Freistellung des Arbeitnehmers bei fortbestehender Lohnzahlungspflicht belaste den Arbeitgeber einseitig mit dem Risiko, dass sich der Verdacht nachträglich nicht erhärte.¹⁷⁶ Dieser Einzelentscheid sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine kohärente bundesgerichtliche Praxis zur Zulässigkeit der fristlosen Kündigung wegen eines Straftatverdachts gleichwohl nicht besteht. Das Bundesgericht hat die Frage ansonsten stets offen gelassen

¹⁷² BSK-PORTMANN, Art. 337 OR N 23; STREIFF/VON KAENEL, Art. 337 OR N 10; VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 257 f.

¹⁷³ BRÜHWILER, Art. 337 N 13; BSK-PORTMANN, Art. 337 OR N 23; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 337 OR N 12; VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 257 f.

¹⁷⁴ HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 569 f. auch mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung und Lehre; ZK-STAEHELIN, Art. 337 OR N 23: Der Verdacht allein kann das Vertrauensverhältnis zerstören; VITALI, ArbR 2000, 97 ff, 106.

¹⁷⁵ Chambre d'Appel des Prud'hommes du canton de Genève, JAR 1996, 247 ff.; ZK-STAEHELIN, Art. 337 OR N 23 und 32.

¹⁷⁶ BGer, JAR 2001, 304, 307; vgl. dazu GLOOR, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133, 137; HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 568.

und zu erkennen gegeben, dass die Zulässigkeit der Verdachtskündigung an besonders strenge Voraussetzungen geknüpft bleibt.¹⁷⁷ Auch im derzeit jüngsten Urteil aus dem Jahre 2002 hat sich das Bundesgericht auf die schlichte Rezeption des Streitstandes zurückziehen können, ohne über die Zulässigkeit der Verdachtskündigung in der Sache entscheiden zu müssen.¹⁷⁸

b) **Priorität milderer Massnahmen in der Praxis**

In der Doktrin wird dem Arbeitgeber angesichts der durch das Bundesgericht für die fristlose Verdachtskündigung bislang nicht ausgeräumten rechtlichen Unsicherheiten übereinstimmend empfohlen, in wirklichen Zweifelsfällen mit einer Verdachtskündigung Zurückhaltung zu üben. Falls eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zur Aufklärung des Verdachts unzumutbar ist, wird dem Arbeitgeber dazu angeraten, zur Wahrung seiner Interessen im Zweifelsfalle eine Freistellung¹⁷⁹ des Arbeitnehmers unter Lohnfortzahlung vorzunehmen und je nach Verlauf der Abklärungen erst später eine fristlose Entlassung oder eine ordentliche Kündigung auszusprechen.¹⁸⁰ Diese Vorgehensweise ist aus der Perspektive des Arbeitgebers der Weg des geringsten Widerstands. Denn schliesslich ist der Arbeitgeber nach schweizerischem Kündigungsrecht zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch ordentliche Kündigung gem. Art. 335 Abs. 1 OR nach seinem Belieben, also grundsätzlich ohne triftigen Grund, berechtigt,¹⁸¹ so dass es in der Praxis kaum angezeigt ist, das Risiko einer unberechtigten Verdachtskündigung und eines entsprechenden Kündigungsschutzprozesses einzugehen.

¹⁷⁷ BGer, Urteil vom 10. Mai 1996, 4C.379/1995, E. 2c; Urteil vom 22. August 1997, 4C.543/1996, E. 2b/bb; Urteil vom 16. Juli 1998, 4C.168/1998, E. 2b = Praxis 88 (1999), 216, 219 f.; Urteil vom 8. Oktober 2002, 4C.112/2002, E.6 m.w.N.; vgl. GLOOR, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133, 137.

¹⁷⁸ BGer, Urteil vom 8. Oktober 2002, 4C.112/ 2002, E. 6; ebenso unter Verweis auf diese jüngste bundesgerichtliche Praxis Kantonsgericht SG, Entscheid vom 28.02.2005, BZ.2004.61; vgl. GLOOR, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133, 137; HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 568.

¹⁷⁹ Zur Terminologie EGLI, Verdachtskündigung, S. 107 f.; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 OR N 14.

¹⁸⁰ BRÜHWILER, Art. 337 OR N 13; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 358; ZK-STAEHELIN, Art 337 OR N 23; vgl. auch HUMBERT/VOLKEN, AJP 2004, 564, 568; VITALI, ArbR 2000, 97, 107 ff.

¹⁸¹ Vgl. zu solchen Alternativen auch BSK-PORTMANN, Art. 335 OR N 4 ff.; GLOOR, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133, 144 ff.; VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 229 ff.; zur Grenze der missbräuchlichen Kündigung EGLI, Verdachtskündigung, S. 61 ff.; VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 238 ff.

II. Zum Entlassungsgrund der „treuwidrigen Behinderung der Verdachtsaufklärung“

Ogleich über die Zulässigkeit der fristlosen Entlassung eines Arbeitnehmers allein wegen des Verdachts der Straftat in Rechtsprechung und Schrifttum bisher kein Einvernehmen herrscht, so ist doch immerhin anerkannt, dass jedenfalls eine „treuwidrige Behinderung der Aufklärung des Verdachts“ durch den Arbeitnehmer geeignet sein soll, dessen fristlose Entlassung zu rechtfertigen; dem Arbeitgeber sei es unter diesen Umständen nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.¹⁸² Noch kaum diskutiert ist allerdings in diesem Zusammenhang, welche Verhaltensweisen dem Arbeitnehmer zur Aufklärung des Verdachtsfalls konkret abverlangt werden können und welche Grenzen der allgemeinen Treuepflicht¹⁸³ durch das Interesse des Arbeitnehmers, sich nicht selbst belasten zu müssen, gezogen sind.

1. Präziserungsdefizite in Rechtsprechung und Lehre

a) Die Haltung der Rechtsprechung

Klarzustellen ist zunächst, dass der im Schrifttum als Belegstelle angeführte Entscheid des Arbeitsgerichts Bern¹⁸⁴ aus dem Jahre 1993 Rückschlüsse auf Verhaltensweisen des Arbeitnehmers, durch die dieser Straftatermittlungen des Arbeitgebers illoyal behindert, näher besehen nicht zulässt. Das Gericht hat nicht zur Reichweite der Treuepflicht des Arbeitnehmers bei Aufklärungsbemühungen des Arbeitgebers Stellung genommen, sondern sich mit der anders gelagerten Frage befasst, ob die im konkreten Fall fristlos gekündigte Arbeitnehmerin für den Arbeitgeber ein unzumutbares Sicherheitsrisiko dargestellt hatte. Insoweit hat das Gericht die freiwillige Weitergabe relevanter Auskünfte an den Arbeitgeber zugunsten der Arbeitnehmerin berücksichtigt,¹⁸⁵ ohne dass eine Behinderung arbeitgeberseitiger Abklärungen durch die Klägerin je zur Diskussion gestanden hat.

¹⁸² BGer, ARV 2001, 39; JAR 2001, 307; Bezirksgericht Bremgarten, JAR 1988, 315 ff.; BSK-PORTMANN, Art. 337 OR N 23; EGLI, Verdachtskündigung, S. 59; GLOOR, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133, 140; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 357; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 337 OR N 12; STREIFF/VON KAENEL, Art 337 OR N 10; ZK-STAEHELIN, Art. 337 OR N 23.

¹⁸³ Art. 321a Abs. 1 OR.

¹⁸⁴ So noch BRÜHWILER, Art. 337 OR N 13; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 357.

¹⁸⁵ Vgl. Arbeitsgericht BE, JAR 1994, S. 225 f.: „So teilte denn auch die Kl. beispielsweise der Bekl. unverzüglich mit, dass ihr die Schlüssel gestohlen worden seien.“

Wenig aufschlussreich ist auch das der Literatur als Referenz dienende Urteil des Appellationsgerichts Tessin.¹⁸⁶ Das Gericht erkannte in der Weigerung eines in Untersuchungshaft genommenen Arbeitnehmers, gegenüber dem Arbeitgeber irgendwelche Angaben über die Hintergründe seiner Verhaftung zu machen, einen die fristlose Kündigung rechtfertigenden wichtigen Grund im Sinne des Art. 337 OR.¹⁸⁷ Bei näherer Begutachtung der Urteilsgründe ergibt sich jedoch, dass der Arbeitgeber – der nebenbei bemerkt auch gar nicht Geschädigter der behaupteten Straftat war – keine eigentlichen Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhaltes anstellte, sondern lediglich Informationen zu den Gründen der Verhaftung seines Arbeitnehmers beanspruchte. Zur Präzisierung der Massstäbe, wann ein Arbeitnehmer die Ermittlungen des geschädigten Arbeitgebers illoyal „behindert“, kann deshalb auch dieses Urteil schwerlich beitragen.

Im Übrigen ergibt eine Zusammenschau der kantonalen und bundesgerichtlichen Praxis, dass sich die Gerichte soweit ersichtlich durchweg damit begnügen, unter Hinweis auf die bestehende Auffassung in der Lehre die illoyale Behinderung der Sachverhaltsabklärung durch den Arbeitnehmer als einen im Rahmen der fristlosen Verdachtskündigung denkbaren Sonderfall zu benennen, ohne den Informations- und Aufklärungspflichten des Arbeitnehmers bei den arbeitgeberseitigen Abklärungen in den Urteilsgründen noch nachzugehen.¹⁸⁸

b) Überblick über den Meinungsstand im Schrifttum

Das Schrifttum bleibt Präzisierungen zum Kündigungsgrund der „treuwidrigen Behinderung der Aufklärung“ weitgehend schuldig und begnügt sich fast durchweg mit der stets gleich lautenden Behauptung, die Verdachtskündigung sei dann gerechtfertigt, „wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber oder andere an der Aufklärung des Sachverhalts illoyal behindert“.¹⁸⁹ Damit bleibt indes ungeklärt, ob dem Arbeitnehmer konkret nur

¹⁸⁶ Siehe BRÜHWILER, Art. 337 OR N 13; EGLI, Verdachtskündigung, S. 59 f.; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 337 OR N 12; STREIFF/VON KAENEL, Art. 337 OR Rn.10; alle mit Hinweis auf Appellationsgericht TI, JAR 1989, 213.

¹⁸⁷ Appellationsgericht TI, JAR 1989, 213 f.

¹⁸⁸ BGer, JAR 2001, 304, 307; Urteil vom 16. Juli 1998, 4C.168/1998, E.2b; Urteil vom 7. Februar 2001, 4C.325/2000, E.2a; Urteil vom 8. Oktober 2002, 4C.112/2002, E.6; Bezirksgericht Bremgarten, JAR 1988, 315, 319; Kantonsgericht SG, Entscheid vom 28. Februar 2005, BZ.2004.61, E.1b.

¹⁸⁹ BRÜHWILER, Art. 337 OR N 13; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 357; STREIFF/VON KAENEL, Art. 337 OR, N 10; einschränkend grundsätzlich GEISER, S. 182 ff., der allerdings nur Informationspflichten des Arbeitnehmers über strafrechtliche Verurteilungen vor oder während des Arbeitsverhältnisses in den Blick nimmt, nicht aber Selbstbelastungs- und Informationspflichten bei arbeitgeberseitigen Abklärungen im Verdachtsfall.

abverlangt wird, eine Erschwerung der arbeitgeberseitigen Ermittlungen, also gewissermassen eine „Ermittlungssabotage“, zu unterlassen, oder ob ihm darüber hinaus auch zugemutet wird, die Aufklärung der Straftat, derer er verdächtigt wird, höchstpersönlich aktiv zu fördern. Mit eben dieser Frage hat sich bislang wohl nur EGLI eingehender befasst, der aus der Pflicht des Arbeitnehmers, die Aufklärung des Sachverhalts nicht treuwidrig zu behindern, weitergehend ableitet, dass der Arbeitnehmer „zur Behebung dieses für beide Seiten belastenden Zustandes beizutragen habe“.¹⁹⁰ Ausgehend von der Überlegung, dass der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis, anders als der Beschuldigte im Strafverfahren, durch ein „Vertrags- und Vertrauensverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten zu besonderer Rücksichtnahme und Mitwirkung verpflichtet“ sei,¹⁹¹ müsse der Arbeitnehmer im Verdachtsfalle „alles in seiner Macht stehende tun, um die gegenwärtig bestehende Belastung des Vertrauensverhältnisses zu beseitigen und wieder eine konstruktive Zusammenarbeit zu ermöglichen.“¹⁹²

2. Unzulässigkeit einer „Ermittlungssabotage“

Im Rahmen einer Konkretisierung der Reichweite der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers bei der Abklärung von Verdachtsfällen durch den Arbeitgeber scheint es angezeigt, zwischen zwei Sachverhaltskonstellationen zu differenzieren: Einerseits kann der Arbeitnehmer seine Mitwirkung verweigern und sich bei den Abklärungen des Arbeitgebers passiv verhalten, etwa indem er auf Fragen des Arbeitgebers zum Tathergang oder zu relevanten Geschäftsvorfällen schweigt. Andererseits kann der Arbeitnehmer die Abklärungen des Arbeitgebers durch positives Tun beeinträchtigen, etwa indem er Arbeitspapiere vernichtet oder die Festplatte seines Computers zerstört. In letzterem Falle erscheint eine fristlose Entlassung des Arbeitnehmers wegen einer schweren Treuepflichtverletzung durchaus gerechtfertigt.¹⁹³ In Wissenschaft und Praxis wird zu Recht betont, dass die allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers in erster Linie eine Unterlassungspflicht sei, die dem Arbeitnehmer gebiete, alles zu unterlassen, was

¹⁹⁰ EGLI, Verdachtskündigung, S. 60; ebenso Kantonsgericht SG, Entscheid vom 28. Februar 2005, BZ.2004.61, E.1.b/bb unter Verweis auf „EGLI, Verdachtskündigung, aaO“.

¹⁹¹ EGLI, Verdachtskündigung, S. 59 f.

¹⁹² EGLI, Verdachtskündigung, S. 59, 60; vgl. auch Kantonsgericht SG, Entscheid vom 28. Februar 2005, BZ.2004.61, E.1b/bb.

¹⁹³ Vgl. auch BRÜHWILER, Art. 337 N 13; GEISER, S. 125; VITALI, ArbR 2000, 97, 107.

den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen kann.¹⁹⁴ Ihrer eigentlichen Rechtsnatur nach ist die arbeitsrechtliche Treuepflicht also gerade darauf ausgerichtet, den Arbeitgeber vor einer Beeinträchtigung seiner Belange und einer Schädigung seiner Interessen durch positives Tun seiner Arbeitnehmer zu bewahren. Insoweit ergibt sich die Unzulässigkeit einer Sabotage der arbeitgeberseitigen Aufklärungen durch den Arbeitnehmer also ohne weiteres daraus, dass ein solches Verhalten durchaus geeignet ist, dem Arbeitgeber wirtschaftlich zu schaden; abgesehen davon, dass mit der Aneignung oder Zerstörung von Arbeitsmaterialien und Unterlagen die Eigentums- und Vermögensrechte des Arbeitgebers betroffen sind, wird vor allem die Sachverhaltsaufklärung, auf die der Arbeitgeber zur Einleitung von Schadensbegrenzungs- und Schadensminimierungsmassnahmen dringend angewiesen ist, aktiv erschwert oder gar verunmöglicht.

3. Aktive Mitwirkungspflichten des verdächtigen Arbeitnehmers bei der Aufklärung?

Zweifelhaft ist jedoch, ob aus der allgemeinen Treuepflicht weitergehend eine Verpflichtung des straftatverdächtigen Arbeitnehmers abgeleitet werden kann, die gegen ihn selbst gerichteten Abklärungen aktiv zu fördern. Zwar ist anerkannt, dass die Treuepflicht den Arbeitnehmer unter Umständen auch zu positivem Handeln verpflichten kann, und zwar umso eher, je grösser die Vertrauensstellung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber ist. Insoweit mag der Arbeitnehmer auch dazu berufen sein, die von *einem anderen* Mitarbeiter zum Nachteil des Arbeitgebers begangenen strafbaren Handlungen und sonstige schwerwiegende Verfehlungen eines Dritten unverzüglich anzuzeigen.¹⁹⁵ Davon zu unterscheiden sind jedoch Sachverhalte, in denen der Arbeitnehmer aufgrund seiner allgemeinen Treuepflicht dem Arbeitgeber gegenüber dazu verpflichtet werden soll, nicht etwa andere Mitarbeiter, sondern *sich selbst* arbeitsrechtlich und zugleich strafrechtlich zu belasten – und um eben diese Sachverhalte geht es, wenn der Ar-

¹⁹⁴ BGE 117 II 72, 74 = Praxis 81 (1992) Nr. 60; 117 II 560, 561 = Praxis 81 (1992) Nr. 114; BGer, JAR 1999, 277 ff.; BRÜHWILER, Art. 321a N 2; BSK-PORTMANN, Art. 321a OR N 2; GEISER, S. 5; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 124; DERS., Berner Kommentar, Art. 337 OR N 12.

¹⁹⁵ Vgl. BGE 113 IV 68, 73 f.; Tribunal Cantonal de VD, JAR 1986, S. 154 ff.; BRÜHWILER, Art. 321a OR N 2; BSK-PORTMANN, Art. 321a OR N 12; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 126; STREIFF/VON KAENEL, Art. 321a N 7; eingehend zum so genannten „Whistleblowing“ M. MÜLLER, NZA 2002, 424.

beitnehmer zum „Ermittlungssubjekt“ der arbeitgeberseitigen Abklärungen eines Straftatverdachts wird.¹⁹⁶

a) Das überwiegende Interesse der Selbstbelastungsfreiheit

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an den in Rechtsprechung und Schrifttum hervorgehobenen Grundsatz, wonach die Treuepflicht des Arbeitnehmers nicht schrankenlos ist, sondern ihre Grenze in den eigenen überwiegenden Interessen des Arbeitnehmers findet, die er mit gesetzlich zulässigen Mitteln fördern kann.¹⁹⁷ Da die blossе Passivität des Arbeitnehmers bei den Abklärungen des Arbeitgebers regelmässig kein a priori gesetzwidriges Mittel darstellt,¹⁹⁸ sind im konkreten Fall zur Beantwortung der Frage, ob eine Verletzung der Treuepflicht vorliegt oder nicht, folgende Interessen der Vertragsparteien gegeneinander abzuwägen: Einerseits das Interesse des Arbeitgebers an einem Verhalten des Arbeitnehmers, das seine wirtschaftlichen Interessen im weitesten Sinne nicht beeinträchtigen darf,¹⁹⁹ andererseits das Interesse des Arbeitnehmers, sich durch aktive Mitwirkung an den Abklärungen nicht selbst belasten und damit in der Folge auch noch die Beweisgrundlage für seine fristlose Entlassung oder eine spätere strafrechtliche Verurteilung schaffen zu müssen.²⁰⁰ Vorzugswürdig erscheint es, als Ergebnis einer Abwägung dieser gegenläufigen Interessen – mit der letztlich die „Zumutbarkeitsgrenze“ des eingeforderten Treueverhaltens definiert wird – das Interesse des Arbeitgebers an einer aktiven Mitwirkung des verdächtigen Arbeitnehmers bei der Sachverhaltsaufklärung zurücktreten zu lassen und dem Arbeitgeber zuzumuten, sich die benötigten Informationen und Beweismittel anderweitig zu beschaffen.

¹⁹⁶ Diese Differenzierung verkennt BRÜHWILER, Art. 321a OR N 2, der eine Meldepflicht offenbar auch für eine Arbeitnehmerin bejaht, die an Verfehlungen ihres Vorgesetzten selbst aktiv beteiligt war, ohne zu problematisieren, dass mit einer Meldepflicht in diesem Fall zugleich eine Selbstbeziehung verbunden wäre.

¹⁹⁷ Vgl. jeweils m.w.N. BGE 117 II 72, 74; BRÜHWILER, Art. 321a OR N 2; BSK-PORTMANN, Art. 321a OR N 17; GEISER, S. 6, 184 f.; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 127; diese Grenze übersieht EGLI, Verdachtskündigung, S. 59 f. bei der Präzisierung der Arbeitnehmerpflicht im Verdachtsfall.

¹⁹⁸ Vorbehalten bleiben gesetzliche Spezialvorschriften ausserhalb des Arbeitsrechts, die eine Pflicht zur aktiven Mitwirkung begründen können, vgl. zur entsprechenden Problematik einer Auskunftspflicht des Arbeitnehmers in Deutschland bei Verstössen gegen das Wettbewerbsverbot BAG, AP Nr. 6 zu § 60 HGB und ArbG Saarlouis, ZIP 1984, 364, 365 mit der Konsequenz eines Verwertungsverbotes für die so gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren.

¹⁹⁹ Vgl. dazu EGLI, Verdachtskündigung, S. 60; GEISER, S. 5 ff.

²⁰⁰ Vgl. auch GEISER, S. 184 f., der betont, dass absolute Rechte des Arbeitnehmers dessen Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber begrenzen müssen.

b) Unzulässige Beweislastumkehr bei Annahme einer Mitwirkungspflicht

Neben dem Interesse des Arbeitgebers, sich im Verdachtsfalle nicht selbst belasten zu müssen, spricht gegen die Annahme einer Mitwirkungspflicht des verdächtigen Arbeitnehmers eine prozessuale Überlegung, welche die Beweislastverteilung im Kündigungsprozess einbezieht: Wenn der Arbeitnehmer materiell-rechtlich verpflichtet wird, zur Aufklärung des Verdachts gegen sich selbst aktiv beizutragen, so führt dies zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen Beweislastumkehr. Nach den für Art. 337 OR allgemein geltenden Beweislastgrundsätzen trägt der Arbeitgeber die Beweislast für das Vorliegen der Tatsachen, die seines Erachtens einen wichtigen Grund für die Entlassung darstellen.²⁰¹ Die Vertragspartei, die sich auf einen nach objektivem Massstab typischen Sachverhalt der Unzumutbarkeit beruft, ist hierfür beweispflichtig, im vorliegenden Zusammenhang also der kündigende Arbeitgeber. Die gekündigte Vertragspartei trägt demgegenüber die Beweislast für das Vorliegen von Umständen, die trotz objektiver Schwere des Sachverhalts darauf schliessen lassen, dass der verletzten Partei nach deren subjektivem Empfinden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar erschien.²⁰² Kündigt der Arbeitgeber also aufgrund des blossen Verdachts einer Straftat, so hat er diesen Grundsätzen zufolge zunächst einmal den Verdacht einer hinreichend schweren Straftat zu beweisen; soweit die Rechtmässigkeit der fristlosen Verdachtskündigung dann mit der herrschenden Meinung davon abhängig sein soll, dass der Verdacht später zur Tatsache wird,²⁰³ trägt der Arbeitgeber auch dafür die Beweislast.²⁰⁴

Eine vorprozessuale Pflicht des verdächtigten Arbeitnehmers zur aktiven Förderung der gegen ihn selbst gerichteten Abklärungen steht dazu im Widerspruch. Sie verlangt dem verdächtigten Arbeitnehmer nämlich konkret ab, selbst die Beweise für Tatsachen zu liefern, die seine fristlose Entlassung wegen der begangenen Straftat oder wegen des Verdachts ihrer Begehung rechtfertigen können. Aus dieser Überlegung heraus streitet gegen eine Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers an den Abklärungen des Arbeitgebers also nicht allein der Umstand, dass die allgemeine Treuepflicht

²⁰¹ EGLI, Verdachtskündigung, S. 32; REHBINDER, Arbeitsrecht, N 357; DERS., Berner Kommentar, Art. 337 OR N 2, 12; ZK-STAEHELIN, Art. 337 OR N 42; vgl. auch Art. 8 ZGB.

²⁰² BRÜHWILER, Art 337 OR N 7.

²⁰³ Vgl. Erster Teil: 2. Kapitel: § 1 I. 3. a), S. 49 f.; vgl. zur Zulässigkeit des so genannten „Nachschiebens von Gründen“ im Kündigungsprozess BGE 127 III 310, 314; GLOOR, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133, 141; VITALI, ArbR 2000, 112 m.w.N.

²⁰⁴ BGer, JAR 2001, 304, 307; Arbeitsrecht (ARV) 2001, 38, 39; BSK-PORTMANN, Art 337 OR N 23; VITALI, ArbR 2000, 97, 111.

des Arbeitnehmers materiell-rechtlich überdehnt wird. Vielmehr würde als prozessrechtliche Folge einer materiell-rechtlich überdehnten Treuepflicht die gesetzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweissituation zulasten des verdächtigen Arbeitnehmers verschoben, obgleich bislang nicht erkennbar ist, dass die gesetzliche Beweislastverteilung einer solchen Korrektur bedürfte.

4. Ergebnis: Gefahr der Selbstbelastung als Schranke der allgemeinen Treuepflicht

Die arbeitsrechtliche Treuepflicht findet ihre Schranke im vorrangigen Interesse des verdächtigten Arbeitnehmers, sich nicht selbst arbeitsrechtlich und strafrechtlich belasten zu müssen. Eine „treuwidrige Behinderung der Abklärungen des Arbeitgebers“, die grundsätzlich geeignet ist, eine fristlose Entlassung des verdächtigten Arbeitnehmers zu rechtfertigen, kann allenfalls dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer die Ermittlungen durch positives Tun stört. Ein aus der Treuepflicht abgeleiteter Anspruch des Arbeitgebers auf eine aktive Mitwirkung an den Abklärungen und umgekehrt eine dementsprechende Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers besteht jedoch nicht.

§ 2 Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland

I. Fristlose Tat- oder Verdachtskündigung durch den Arbeitgeber

1. Allgemeine Voraussetzungen der fristlosen Kündigung

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung des Interesses beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhält-

nisses nicht zugemutet werden kann.²⁰⁵ Ob ein wichtiger Grund vorliegt, beurteilt sich nach objektiven Gesichtspunkten und ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts durch eine abgestufte Prüfung in zwei systematisch zu trennenden Abschnitten zu bestimmen: Zunächst ist festzustellen, ob ein Sachverhalt unabhängig vom Einzelfall „an sich“ geeignet ist, einen Kündigungsgrund zu bilden. Ist dies der Fall, erfolgt in einem zweiten Schritt eine umfassende Interessenabwägung, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.²⁰⁶

2. Fristlose Tat Kündigung

Strafbare Handlungen innerhalb des Dienstverhältnisses können nach gefestigter Rechtsprechung und Lehre ein Recht zur ausserordentlichen Kündigung begründen,²⁰⁷ wenn sie in irgendeiner Form einen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben und ihre Begehung unstreitig oder bewiesen ist.²⁰⁸ Eigentums- und Vermögensdelikte gegen den Arbeitgeber berechtigen nach überwiegender Auffassung in der Regel, gleiche Taten gegen Dritte unter Umständen zur fristlosen Kündigung; berücksichtigt werden muss neben der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb insbesondere auch der Wert des entwendeten Gegenstandes.²⁰⁹ Bezweifelt wird vor allem, ob auch kleinere Verfehlungen eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigen können.²¹⁰ Im Ergebnis hängt auch in derartigen Fällen, wie bei jeder anderen Kündigung, die Wirksamkeit derselben von einer in jedem Einzelfall

²⁰⁵ Vgl. zu Beweisverwertungsverböten im Arbeitsgerichtsprozess RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038; zu arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen bei unternehmensinternen „investigations“ vgl. MENGEL/ULLRICH, NZA 2006, 240 ff.; STOLL, S. 37 ff.

²⁰⁶ BAG, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 108 ff.; vgl. zur Abgrenzung zwischen Tat- und Verdachtskündigung ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 209 ff.; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1036 f.; SCHÖNFELD, NZA 1999, 299 ff.

²⁰⁷ BAG, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; NZA 1996, 81, 83; ASCHEID/PREIS/SCHMIDT-DÖRNER, § 626 BGB N 275; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 148; MüKo-HENSSLER § 626 BGB N 185 m.w.N.; OTTO, Arbeitsrecht, § 7 N 317; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1036; SCHÖNFELD, NZA 1999, 299 f.

²⁰⁸ BAG, NZA 2000, 1282, 1285; NZA 2004, 919; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 148, 210; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 110, 120; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 120 N 76; SCHÖNFELD, NZA 1999, 299 f.; vgl. zur prozessualen Verwertbarkeit privater Beweismittel im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess MASCHMANN, NZA 2002, 13, 20 f.

²⁰⁹ BAG, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; NZA 1985, 91, 92; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 148 ff.; MüKo-HENSSLER § 626 BGB N 185; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 120 N 76; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1036.

²¹⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung mit einer Übersicht über die Rechtspraxis der Landesarbeitsgerichte; NZA 1985, 91, 92; MüKo-HENSSLER § 626 BGB N 186; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1036.

vorzunehmenden Interessenabwägung ab,²¹¹ weshalb die Abgrenzung in der Praxis schwierig bleibt.²¹² Zu konstatieren ist aber, dass auch nach deutschem Recht Straftaten, die einen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben, grundsätzlich kündigungsrelevant sind und den Arbeitgeber zur ausserordentlichen Kündigung berechtigen können.

3. Fristlose Verdachtskündigung

Obgleich die gesetzlichen Grundlagen der fristlosen Kündigung in der schweizerischen und deutschen Rechtsordnung inhaltlich weitgehend identisch sind, hat sich in Deutschland im Unterschied zur Schweiz eine herrschende Auffassung etabliert, welche die Zulässigkeit der Verdachtskündigung unter bestimmten Voraussetzungen bejaht.²¹³ Nach der deutschen Rechtsprechung und Lehre liegt eine Verdachtskündigung (nur dann) vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, dass gerade der Verdacht eines von ihm nicht für sicher gehaltenen und erwiesenen strafbaren beziehungsweise vertragswidrigen Verhaltens das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nötige Vertrauen zerstört habe.²¹⁴ Die Verdachtskündigung setzt voraus, dass gerade der Verdacht zum Kündigungsgrund genommen wird.²¹⁵ Die Rechtsprechung

²¹¹ BAG, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 109 ff.; OTTO, Arbeitsrecht, § 7 N 318; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1036.

²¹² Vgl. BAG, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; LAG Hamm, BB 1977, 849; LAG Düsseldorf, LAGE § 626 BGB Nr. 17; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 109 ff.; OTTO, Arbeitsrecht, § 7 N 320; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1036.

²¹³ BAG, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 5 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 9 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen; AP Nr. 34 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen; AP Nr. 3 zu § 626 BGB; AP Nr. 8 zu § 626 BGB; NZA 1996, 81, 83; BERKOWSKY, NZA-RR 2001, 449 ff.; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 208; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 120; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 120 N 77; SCHÖNFELD, NZA 1999, 299 f.; die Verdachtskündigung grundsätzlich ablehnend REINHARD SCHÜTTE, Die Verdachtskündigung, NZA 1991, Beil. 2, S. 17, 21; KLEMENS DÖRNER, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865; ablehnend auch GLOOR, Arbeitsrecht (ARV) 2003, 133 ff., der davor warnt, die deutsche Praxis im schweizerischen Arbeitsrecht zu übernehmen; kritisch auch OTTO, Arbeitsrecht, § 7 N 320; aus rechtsvergleichender Perspektive EGLI, Verdachtskündigung, S. 101 ff.

²¹⁴ BAGE 78, 18, 25 f.; BAG, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen; AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen; NZA 1986, 674, 676 f.; NZA 1996, 81, 83; BERKOWSKY, NZA-RR 2001, 449; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 209; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 121; MüKo-HENSSLER, § 626 BGB N 241; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 120 N 77; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1037; SCHÖNFELD, NZA 1999, 300.

²¹⁵ BAG, AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen; ASCHEID/PREIS/SCHMIDT-DÖRNER § 626 BGB N 346 m.w.N.; BERKOWSKY, NZA-RR 2001, 449; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 209; MüKo-HENSSLER § 626 BGB N 241; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1037;

stellt zudem, ausgehend von der Annahme, dass bei der Erklärung einer Verdachtskündigung auch ein Unschuldiger getroffen werden könnte, besonders „strenge Anforderungen“ an die Wirksamkeit der Verdachtskündigung.²¹⁶ Erforderlich sind:²¹⁷ der Verdacht einer Straftat oder einer sonstigen schwerwiegenden arbeitsrechtlichen Verfehlung des Arbeitnehmers,²¹⁸ der Beleg des Verdachts durch objektive Umstände,²¹⁹ die Dringlichkeit des Verdachts und die Eignung der Verdachtsmomente, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören,²²⁰ sowie die Vornahme umfassender Massnahmen des Arbeitgebers zur Aufklärung des Sachverhalts,²²¹ wozu auch die Anhörung des Arbeitnehmers gehört.²²² Bei Beachtung dieser strikten Vorgaben kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sowie nach der herrschenden Lehre auch der Verdacht einer Straftat ein zur ausserordentlichen Kündigung berechtigender Umstand sein.²²³ Daneben ist der Arbeitgeber,

SCHÖNFELD, NZA 1999, 299; insoweit ist der Tatbestand der Verdachtskündigung in Deutschland enger gefasst als in der Schweiz, vgl. dazu EGLI, Verdachtskündigung, S. 10.

²¹⁶ BAGE 16, 72, 82; 78, 18, 26 ff.; BAG, BB 1987, 1316, 1318.

²¹⁷ Vgl. zu den Anforderungen BERKOWSKY, NZA-RR 2001, 449, 454 ff.; EGLI, Verdachtskündigung, S. 68 ff.; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 212 ff.; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 121; MüKo-HENSSLER § 626 BGB N 242 ff.; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 120 N 77; SCHÖNFELD, NZA 1999, 300.

²¹⁸ BAG, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 5 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 8 zu § 626 BGB; AP Nr. 9 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 34 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen; AP Nr. 3 zu § 626 BGB; BERKOWSKY, NZA-RR 2001, 449, 454; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 121; SCHÖNFELD, NZA 1999, 300.

²¹⁹ BAGE 16, 72, 82; 29, 7, 14; 78, 18, 27; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 212; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 121; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 120 N 78; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1037; SCHÖNFELD, NZA 1999, 300.

²²⁰ BAGE 16, 72, 82 f.; ASCHEID/PREIS/SCHMIDT-DÖRNER, § 626 BGB N 357 m.w.N.; BERKOWSKY, NZA-RR 2001, 449, 454; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 212; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 121; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 120 N 78; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1037; SCHÖNFELD, NZA 1999, 300.

²²¹ BAGE 16, 72, 83; 29, 7, 14; 78, 18, 28; BAG, BB 1987, 1316, 1318; ASCHEID/PREIS/SCHMIDT-DÖRNER, § 626 BGB N 348 m.w.N.; BERKOWSKY, NZA-RR 2001, 449, 454; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 213; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 121; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 103; SCHÖNFELD, NZA 1999, 300.

²²² BAGE 16, 72, 83; 29, 7, 14; 78, 18, 28; BAG, NJW 1987, 2540; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 213; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 121; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 120 N 78; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1037; SCHÖNFELD, NZA 1999, 300; vgl. zum Wiedereinstellungsanspruch bei nachträglich erwiesener Unschuld BERKOWSKY, NZA-RR 2001, 449, 455; EGLI, Verdachtskündigung, S. 113 ff.; OTTO, Arbeitsrecht, § 7 N 320; vgl. zu den Auswirkungen von Entlastungsmomenten, die erst nach Ausspruch der Kündigung bekannt werden RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1037.

²²³ BAG, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 5 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 9 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen; AP Nr. 34 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen; AP Nr. 3 zu § 626 BGB; AP Nr. 8 zu § 626 BGB; NZA 1996, 81, 83; BERKOWSKY, NZA-RR 2001, 449 ff.; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 208; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeits-

ebenso wie in der Schweiz, zu milderer Massnahmen, wie etwa der Freistellung des verdächtigten Arbeitnehmers bei Lohnfortzahlung berechtigt.²²⁴

II. Ordentliche Tat- oder Verdachtskündigung durch den Arbeitgeber

Nach der Regelung des § 622 BGB kann das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung bestimmter Fristen gekündigt werden, ohne dass für die Wirksamkeit der Kündigung die Angabe oder das Vorliegen eines sachlichen Grundes vorausgesetzt wäre. Dieser Grundsatz wird aber durch verschiedene arbeitsrechtliche Schutzgesetze und namentlich durch den allgemeinen Kündigungsschutz eingeschränkt, den das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) gewährt: Die Kündigung des Arbeitgebers ist aufgrund der Vorschriften des KSchG in dessen Geltungsbereich nur dann wirksam, wenn sie durch bestimmte Gründe gerechtfertigt ist (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG).²²⁵

Unwirksam ist eine Kündigung, die nicht durch bestimmte, in § 1 Abs. 2 KSchG aufgezählte Gründe sozial gerechtfertigt ist. Das KSchG differenziert zwischen Gründen, bei deren Vorliegen die Kündigung in der Regel gerechtfertigt ist (positive Gründe) und Gründen, die eine Kündigung trotz Vorliegens eines positiven Grundes sozial ungerechtfertigt erscheinen lassen (negative Gründe). Als positive Gründe benennt das Gesetz Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers sowie dringende betriebliche Gründe.

Sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Geltungsbereichs dieser besonderen arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen wird von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre die Zulässigkeit einer ordentlichen Tat- und Verdachtskündigung und ebenso die Zulässigkeit einer ordentlichen Verdachts-

recht, § 10 N 120; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 120 N 77; SCHÖNFELD, NZA 1999, 299 f.; in der Rechtspraxis wird die Verdachtskündigung allerdings wegen der durch das BAG aufgestellten strengen Anforderungen, mit denen der Gefahr unberechtigter Entlassungen vorgebeugt werden soll, auch in Deutschland nur selten als zulässig beurteilt, vgl. BAGE 16, 72, 82 f.; 81, 34 f.

²²⁴ EGLI, Verdachtskündigung, S. 105 ff.; SCHÖNFELD, NZA 1999, 299, 301.

²²⁵ Vgl. zum allgemeinen Kündigungsschutz der Arbeitnehmer durch das KSchG jeweils m.w.N. BAG, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht, § 10 N 133 ff.; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht- BERKOWSKY, § 132 N 1 ff.

kündigung bejaht,²²⁶ wenngleich Differenzen bei ihrer dogmatischen Einordnung als personen- oder verhaltensbedingte Kündigung bestehen.²²⁷ Da es vorliegend aber primär darum geht, die in der Praxis für Arbeitnehmer und Arbeitgeber geltenden arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen aufzuzeigen, genügt es an dieser Stelle festzuhalten: Der Arbeitgeber ist in Deutschland nach der ganz herrschenden Meinung grundsätzlich sowohl zu einer ordentlichen Tat Kündigung, als auch zu einer ordentlichen Verdachtskündigung berechtigt.²²⁸

III. Reichweite arbeitsrechtlicher Nebenpflichten

1. Die Nebenpflicht auf Rücksichtnahme

Das Arbeitsverhältnis begründet nach deutscher Dogmatik nicht nur Hauptleistungspflichten, sondern der Verantwortungsbereich der Vertragspartner ist um zahlreiche „Nebenpflichten“ erweitert. Derartige Nebenpflichten sind keine Besonderheit des Arbeitsvertrags, sondern finden sich bei sämtlichen Schuldverhältnissen. So normiert § 242 BGB ganz allgemein, dass jeder Schuldner „die Leistung so zu bewirken [hat], wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. Ergänzend betont § 241 Abs. 2 BGB, dass das Schuldverhältnis „nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten“ kann. Diese früher als „Treuepflichten“²²⁹ des Arbeitnehmers bezeichneten Nebenpflichten des Schuldverhältnisses erfahren allerdings im Arbeitsrecht aufgrund der engen persönlichen Bindung der Vertrags-

²²⁶ Vgl. zur ordentlichen Tat- und Verdachtskündigung BAGE 10, 207, 211 ff.; 44, 201, 210 f.; BAG, BB 1958, 83; ASCHEID/PREIS/SCHMIDT-DÖRNER, § 1 KSchG N 256 ff. und § 626 BGB N 275 ff.; ErfK-ASCHEID/OETKER, § 1 KSchG N 265; ErfK-MÜLLER-GLÖGE, § 626 BGB N 208.

²²⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; ASCHEID/PREIS/SCHMIDT-DÖRNER, § 1 KSchG N 257; ErfK-ASCHEID/OETKER, § 1 KSchG N 265; vgl. die Darstellung des Streitstandes bei EGLI, Verdachtskündigung, S. 97 ff. m.w.N.; vgl. zur Abgrenzung zwischen personen- und verhaltensbedingter Kündigung ASCHEID/PREIS/SCHMIDT-DÖRNER, § 1 KSchG N 266.

²²⁸ Vgl. zu den Einwänden SCHÜTTE, NZA 1991, Beilage 2, S. 17, 21.

²²⁹ So noch BGH, DB 1989, 1464; vgl. dazu BGH, AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht; ErfK-PREIS, § 611 BGB N 869; MENGEL/ULLRICH, NZA 2006, 240, 242 f.; OTTO, Arbeitsrecht, § 8 N 365; zur Historie und zur Wandlung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht eingehend Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht- BLOMEYER, § 51 N 4 ff.; M. MÜLLER, NZA 2002, 424, 427 ff.; diese Pflichten wurden vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes überwiegend allein auf den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB a.F. gestützt, vgl. BAG, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 227; OTTO, Arbeitsrecht, § 8 N 365.

partner eine besonders starke Ausprägung.²³⁰ Speziell bezogen auf das Arbeitsverhältnis werden unter diese Nebenpflichten auf Seiten des Arbeitnehmers alle über die Hauptpflicht zur Arbeitsleistung hinausgehenden „arbeitsvertraglichen Pflichten zusammengefasst, die darauf gerichtet sind, die Arbeitgeberinteressen so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann.“²³¹ Allerdings ist mit Blick auf die schweizerische Dogmatik zu vermerken, dass die früher selbständig neben die Arbeitspflicht gestellte Kategorie der „Treuepflicht“ im deutschen Schrifttum inzwischen als überholt betrachtet wird; abgesehen davon, dass ihr in ihrer „Aufopferungstendenz“ seit längerem die Gefahr zugeschrieben wurde, die vertragliche Rechtsstellung des Arbeitnehmers zu dessen Nachteil zu relativieren, werden bei den arbeitsrechtlichen Nebenpflichten nach neuerer Auffassung – und bestärkt durch die im Jahre 2002 umgesetzte umfassende Schuldrechtsreform – das Akzessorietätsverhältnis zur Arbeitspflicht und die Ableitung des Pflichteninhaltes aus dem Arbeitsvertrag betont.²³²

Die Verletzung arbeitsrechtlicher Nebenpflichten kann unter anderem eine ausserordentliche Kündigung nach § 626 BGB rechtfertigen.²³³ Wie weit die Nebenpflichten reichen, kann jedoch nicht abstrakt-generell definiert werden, sondern hängt vielmehr von der Ausgestaltung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses und insbesondere von der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und damit von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab.²³⁴ Grundsätzlich gilt, dass der Arbeitnehmer, ebenso wie im schweizerischen Recht, zur Wahrung schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers alles zu unterlassen hat, was den mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden

²³⁰ BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 227; ErfK-PREIS, § 611 BGB N 869 f.; MüKo-MÜLLER-GLÖGE, § 611 BGB N 1074; OTTO, Arbeitsrecht, § 8 N 365.

²³¹ MüKo-MÜLLER-GLÖGE, § 611 BGB N 1074; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht- BLOMEYER, § 51 N 1; vgl. BGH, AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht; AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 227, 229 f.; ErfK-PREIS, § 611 BGB N 870; OTTO, Arbeitsrecht, § 8 N 365 ff.

²³² Vgl. BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 227; ErfK-PREIS, § 611 BGB N 870 f.; MüKo-MÜLLER-GLÖGE, § 611 BGB N 1074; M. MÜLLER, NZA 2002, 424, 429; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht- BLOMEYER, § 51 N 2, N 16 ff.; OTTO, Arbeitsrecht, § 8 N 365 jeweils m.w.N.; ebenso BGH, AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht; vgl. allgemein zu den Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht WOLFGANG DAUBLER, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, NZA 2001, 1329 ff.; JACOB JOUSSEN, Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, NZA 2001, 745 ff.; MICHAEL GOTTHARDT, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Auflage, München 2003.

²³³ ErfK-PREIS, § 611 BGB N 910, OTTO, Arbeitsrecht, § 8 N 375.

²³⁴ BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 228, 233 ff.; ErfK-PREIS, § 611 BGB N 870; MENGEL/ÜLLRICH, NZA 2006, 240, 242 f.; MüKo-MÜLLER-GLÖGE, § 611 BGB N 1074.

berechtigten Interessen des Arbeitgebers zuwider läuft.²³⁵ Die arbeitsrechtlichen Nebenpflichten begründen jedoch unter Umständen auch verschiedene positive Handlungs-, Förderungs- und Schutzpflichten des Arbeitnehmers zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Leistungszwecks,²³⁶ wie etwa die Pflicht zur Anzeige von Störungen und Schäden in seinem Arbeitsbereich, die allerdings mit der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und der Art der Verfehlung korreliert.²³⁷

2. Gefahr der Selbstbelastung als Schranke arbeitsrechtlicher Nebenpflichten

Beschränkungen der arbeitsrechtlichen Nebenpflichten ergeben sich zunächst insoweit, als der Arbeitnehmer nicht gehindert ist, seine eigenen Interessen mit den gesetzlich zulässigen Mitteln auch auf Kosten des Arbeitgebers zu verfolgen.²³⁸ Zudem ist in Rechtsprechung und Lehre zu Recht anerkannt, dass sich aus den arbeitsrechtlichen Nebenpflichten keine Pflicht des Arbeitnehmers zur Selbstbelastung ableiten lässt.²³⁹ Für die

²³⁵ Vgl. BGH, AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht; AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 230; KÜTTNER-REINECKE, Personalbuch, Anzeigepflicht zur Schadensabwehr N 2; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht- BLOMEYER, § 54 N 1; speziell zu Verschwiegenheitspflichten des Arbeitnehmers M. MÜLLER, NZA 2002, 424, 427 ff.

²³⁶ BGH, AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 229; ErfK-PREIS, § 611 BGB N 897; KÜTTNER-REINECKE, Personalbuch, Anzeigepflicht zur Schadensabwehr N 2; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht- BLOMEYER, § 51 N 18; OTTO, Arbeitsrecht, § 8 N 369 ff.

²³⁷ Vgl. BGH, AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht; AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 229; KÜTTNER-REINECKE, Personalbuch, Anzeigepflicht zur Schadensabwehr N 2; MüKo-MÜLLER-GLÖGE, § 611 BGB N 1082; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht- BLOMEYER, § 54 N 6 ff.; MENGEL/ÜLLRICH, NZA 2006, 240, 243; vgl. zu den Einzelpflichten BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 229 ff.; ErfK-PREIS, § 611 BGB N 898 ff.; OTTO, Arbeitsrecht, § 8 N 369 ff.

²³⁸ OTTO, Arbeitsrecht, § 8 N 372.

²³⁹ BGH, AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht; AP Nr. 24 zu § 242 Auskunftspflicht; OLG Karlsruhe, NStZ 1989, 287; LAG Rheinland-Pfalz, Entscheid vom 7. September 2004, 11 Sa 2018/03, E.2b; LG Hamburg, MDR 1984, 867, 868; GACH/RÜTZEL, BB 1997, 1959, 1961; KÜTTNER-REINECKE, Personalbuch, Anzeigepflicht zur Schadensabwehr N 2; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-BLOMEYER, § 54 N 9 m.w.N.; vgl. auch MüKo-MÜLLER-GLÖGE, § 611 BGB N 1082, 1112; abweichend MENGEL/ÜLLRICH, NZA 2006, 240, 243, die im Hinblick auf eine Selbstbelastungspflicht des Arbeitnehmers allerdings verkennen, dass auch bei vertraglichen Auskunfts- und Berichtspflichten über die §§ 134, 138 BGB die Wertentscheidungen der Grundrechte mit zu berücksichtigen sind, so dass die auch grundrechtlich abgesicherte Freiheit vom Selbstbelastungszwang als allgemeine Gestaltungs- und Zumutbarkeitsgrenze massgeblich bleibt; vgl. BAG, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, wonach den arbeitsvertraglichen Nebenpflichten des Arbeitnehmers durch das Verfassungsrecht Grenzen gesetzt werden; vgl. zu den Argumenten gegen eine aktive Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers bei

Schadensabwendungspflicht und damit auch die Pflicht zur innerbetrieblichen Anzeige wird dies damit begründet, dass eine Selbstbelastung stets unzumutbar sei²⁴⁰ und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz widerspreche.²⁴¹ Ein entsprechendes Auskunftsrecht des Arbeitgebers wird mit der Begründung abgelehnt, der Arbeitnehmer sei nicht verpflichtet, aussergerichtliche Erklärungen zu möglichen Kündigungsgründen abzugeben, soweit nicht besondere gesetzliche Grundlagen bestehen.²⁴²

Die mit dem Arbeitsverhältnis verknüpften Nebenpflichten haben durch Rechtsprechung und Lehre zahlreiche Einzelausprägungen erfahren, die aber hier nicht weiter vertieft werden müssen, denn die vorstehend dargelegten Grundsätze begrenzen die Nebenpflichten allgemein und damit auch ihre Einzelausprägungen. Demgemäss lässt sich die Pflichtenstellung des verdächtigten Arbeitnehmers bei Abklärungen des Arbeitgebers zunächst dahingehend konkretisieren, dass die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten, in Übereinstimmung mit der Rechtslage in der Schweiz, dem Arbeitnehmer gebieten, Abklärungen des Arbeitnehmers zur Aufklärung der Verdachtssituation nicht durch positives Tun zu durchkreuzen. Inwieweit der Arbeitnehmer daneben bei Schäden und Störungen, die durch *andere Mitarbeiter* verursacht wurden, anzeigepflichtig ist und ob er sich bei Verfehlungen seiner Arbeitskollegen als „Whistleblower“ zu betätigen hat, muss hier nicht erörtert werden.²⁴³ Eine Pflicht, dem Arbeitgeber selbst verursachte Schäden anzuzeigen und daraus ableitbar die Pflicht, entsprechende Fragen des Arbeitnehmers zu beantworten oder in sonstiger Form aktiv an den gegen ihn gerichteten Abklärungen mitzuwirken, besteht jedenfalls nicht. Damit ist den Nebenpflichten des Arbeitnehmers durch die deutsche Rechtsprechung und Doktrin diejenige Grenze gezogen, die auch nach schweize-

Gefahr der Selbstbelastung die Ausführungen zur Rechtslage in der Schweiz Erster Teil: 2. Kapitel: § 1 II. 3., S. 55 ff., die hier entsprechend gelten.

²⁴⁰ BGH, AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht; GACH/RÜTZEL, BB 1997, 1959, 1961; Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht-BLOMEYER, § 54 N 9.

²⁴¹ Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht-BLOMEYER, § 54 N 9; vgl. auch BAG, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; MüKo-MÜLLER-GLÖGE, § 611 BGB N 1082, 1112.

²⁴² BAG, AP Nr. 24 zu § 242 Auskunftspflicht; BGH, AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht; OLG Karlsruhe, NSTz 1989, 287; vgl. aber zu anderen ausserstrafprozessualen Mitwirkungspflichten z.B. BVerfG, NJW 1981, 1431; OLG Celle, NJW 1981, 1431; OLG Hamburg, NJW 1985, 2541; OLG Köln, NJW 1989, 1448; OLG Hamm, NSTz 1989, 187 f.; OLG Düsseldorf, StV 1992, 503; STÜRNER, NJW 1981, 1757 ff.; VERREL, S. 2 ff.

²⁴³ Vgl. zu Anzeigepflichten des Arbeitnehmers bei Verfehlungen anderer Arbeitnehmer BAG, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, N 229; KÜTTNER-REINECKE, Personalbuch, Anzeigepflicht zur Schadensabwehr N 2 f.; MüKo-MÜLLER-GLÖGE, § 611 BGB N 1082; M. MÜLLER, NZA 2002, 424.

rischem Recht für die Reichweite der in Art. 321a Abs. 1 OR normierten allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers vorzugswürdig erscheint.²⁴⁴

§ 3 Nichtbeeinträchtigung des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren

I. Faktische Mitwirkungspflicht des verdächtigen Arbeitnehmers

Ogleich eine Rechtspflicht des verdächtigen Arbeitnehmers zur Mitwirkung an den arbeitgeberseitigen Abklärungen weder in der Schweiz noch in Deutschland anzuerkennen ist, soll nicht unerwähnt bleiben, dass sich der Arbeitnehmer bei privaten Ermittlungen des Arbeitgebers in einer ausserordentlichen psychischen Drucksituation befindet, die mehr noch als eine rechtliche Pflicht geeignet sein mag, seinen Handlungsspielraum zu beschränken.²⁴⁵ Immerhin sieht sich der verdächtige Arbeitnehmer aufgrund des gegen ihn gerichteten Straftatverdachts zumindest der nahen Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gegenüber, eventuell unter gleichzeitiger Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfristen.²⁴⁶ Die eigenverantwortliche Entscheidung des Arbeitnehmers, bei den gegen ihn gerichteten Abklärungen aktiv mitzuwirken oder seine Mitwirkung zu verweigern, ist also durch das arbeitsrechtliche Machtgefälle und die auch rechtlich begründete Furcht vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes belastet – inwieweit sich dies für den jeweils betroffenen Arbeitnehmer als zumindest psychologischer Zwang zur Mitwirkung auswirkt, wird letztlich sowohl von der Persönlichkeitsstruktur als auch von der Angewiesenheit des Arbeitnehmers auf den konkreten Arbeitsplatz und damit vom jeweiligen Einzelfall abhängen.²⁴⁷

²⁴⁴ Vgl. Erster Teil: 2. Kapitel: § 1 II. 3., S. 55 ff.

²⁴⁵ Vgl. zu Rechtsschutzdefiziten bei einer straftatbedingten Kündigung des Arbeitnehmers SCHÖNFELD, NZA 1999, 299 ff.

²⁴⁶ Vgl. Erster Teil: 2. Kapitel: § 1 I., S. 47 ff. und Erster Teil: 2. Kapitel: § 2 II., S. 62 ff.

²⁴⁷ Vgl. Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht-WANK, § 117 N 5.

II. Rechtliche Mitwirkungsfreiheit des verdächtigen Arbeitnehmers

Im Hinblick auf den im Strafverfahren geltenden Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, der die Verwertbarkeit ausserstrafprozessual erlangter Beweismittel wesentlich mit beeinflusst, ist jedoch als letztlich entscheidend festzuhalten, dass der verdächtige Mitarbeiter im „Ermittlungsverfahren“ des Arbeitgebers rechtlich nicht verpflichtet ist, Rede und Antwort zu stehen und an den Aufklärungshandlungen mitzuwirken.²⁴⁸ Zwar wird die psychologische Situation, in der sich der verdächtige Arbeitnehmer jeweils befinden mag, durchaus nicht verkannt. Sie ist aber anders zu beurteilen als etwa die Situation eines Fahrzeugführers, eines Steuerpflichtigen oder eines Schuldners im Konkursverfahren,²⁴⁹ der durch ein sanktionsbewehrtes, obrigkeitliches Gebot auch zu solchen Auskünften und Mitwirkungshandlungen gezwungen wird, die ihm in einem gegen ihn geführten Strafverfahren zum Nachteil gereichen können.²⁵⁰ Selbst wenn der Arbeitnehmer grundsätzlich die Pflicht hat, dem Arbeitgeber Störungen und Schäden anzuzeigen, so bedeutet dies nicht, dass er auch den durch eine Straftat selbst verursachten Schaden bekannt zu machen, auf entsprechende Fragen zu antworten oder sonst wie Unterstützung bei der Verdachtsaufklärung zu leisten hätte.²⁵¹ Ungeachtet der Frage, ob eine arbeitsrechtliche Pflicht zur Selbstinkriminierung überhaupt geeignet sein mag, einen Konflikt mit der

²⁴⁸ Vgl. zu eben dieser Problematik OLG Karlsruhe, NStZ 1989, 287 f.

²⁴⁹ In Deutschland „Insolvenzverfahren“. Vgl. zu derartigen Mitwirkungspflichten und zur Verwertbarkeit der Angaben im Strafverfahren EGMR, Urteil vom 29. Juni 2007, O'Halloran und Francis vs. Vereinigtes Königreich, Nr. 15809/02; 25624/02, §§ 53 ff. (Benennung des Fahrzeugführers zwecks Bestrafung wegen Strassenverkehrsdelikten) und zuvor bereits Allen vs. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 05.11.2002, Nr. 76574/01, ECHR 2002-VIII, § 44; Urteil vom 25.02.1993, Funke vs. Frankreich, Serie A Nr. 256-A, §§ 39 f.; Urteil vom 21.12.2000, Heaney und McGuinness vs. Irland, Nr. 34720/97, ECHR 2000-XII, §§ 24, 43 ff., 47 ff.; Urteil vom 3.5.2001, J.B. vs. Schweiz, Nr. 31827/96, ÖJZ 2002, 518 ff.; Urteil vom 11.07.2006, Jalloh vs. Deutschland, Nr. 54810/00, ECHR 2006, §§ 113 ff.; Urteil vom 8.02.1996, John Murray vs. Vereinigtes Königreich, Reports 1996-I; Urteil vom 17.12.1996, Saunders vs. Vereinigtes Königreich, ECHR 1996-VI, § 62; Urteil vom 20.10.1997, Serves vs. Frankreich, ECHR 1997-VI, S. 2172, § 42; Urteil vom 4.10.2005, Shannon vs. Vereinigtes Königreich, Nr. 6563/03, §§ 26 ff.; Urteil vom 8.04.2004, Weh vs. Österreich, Nr. 38544/97, §§ 32 ff.; BVerfG, NJW 1981, 1431 ff.; BGE 131 IV 36 ff.; ASELMANN, NStZ 2003, 71 ff.; BÄRLEIN/PANANIS/REHMSMEIER, NJW 2002, 1825 ff.; DONATSCH, ST 2001, 719 ff.; WOHLERS, Reformbedarf bei der Börsenaufsicht, S. 41 ff.; WOHLERS/GODENZI, AJP 2005, 1045 ff.; vgl. zur Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes beim Einsatz verdeckter Ermittler mit Rezeption der Rechtspraxis des EGMR den Entscheid des BGH vom 26. Juli 2007, 3 StR 104/07 (LG Wuppertal) = HRRS 2007, Nr. 676.

²⁵⁰ Ebenso OLG Karlsruhe, NStZ 1989, 287 f. mit zustimmender Anmerkung ROGALL, NStZ 1989, 288; LG Hamburg, MDR 1984, 868.

²⁵¹ Erster Teil: 2. Kapitel: § 1 II. 3., S. 55 ff. und Erster Teil: 2. Kapitel: § 2 III., S. 63 ff.

im Strafverfahren geltenden Selbstbelastungsfreiheit auszulösen,²⁵² folgt daraus für die strafprozessuale Frage der Verwertbarkeit der durch den Arbeitgeber ausserstrafprozessual beschafften Beweismittel: Konflikte mit der im Strafverfahren geltenden Selbstbelastungsfreiheit können bereits deshalb nicht auftreten, weil das Interesse der Arbeitnehmers, sich nicht selbst strafrechtlich belasten zu müssen, bereits im arbeitgeberseitigen „Ermittlungsverfahren“ gewahrt ist.²⁵³

²⁵² Vgl. zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Beweismitteln und zur Geltung des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit bei *bestehenden* Mitwirkungspflichten unter Privaten oder gegenüber nichtstaatlichen Stellen BVerfG, NJW 1981, 1431 ff.; NStZ 1995, 599 f. zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Angaben des Versicherungsnehmers gegenüber seinem Kfz-Haftpflichtversicherer; BGE 131 IV 36 ff. zu Mitwirkungspflichten im Strassenverkehr; Kassationsgericht Berlin, NStZ 1995, 146 f. zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Angaben gegenüber der Kfz-Haftpflichtversicherung; Arbeitsgericht Saarlouis, ZIP 1984, 364, 365 zur ausnahmsweisen Auskunftspflicht des Arbeitnehmers bei Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot mit der Konsequenz eines strafprozessualen Verwertungsverbotes für die so gewonnenen Erkenntnisse; DINGELDEY, NStZ 1984, 529, 532 f.

²⁵³ Im Ergebnis ebenso OLG Karlsruhe, NStZ 1989, 287 f.; LG Hamburg, MDR 1984, 867 f.; vgl. auch DINGELDEY, NStZ 1984, 529, 532 f.

3. Kapitel: Die Ermittlungsbefugnis des Geschädigten

Will der Geschädigte wegen der Begehung oder wegen des Verdachts einer gegen ihn gerichteten Straftat eigenmächtig ermitteln, so tut er dies anstelle der dazu gesetzlich berufenen Strafverfolgungsbehörden oder neben diesen. Er verweigert dem Staat, jedenfalls zunächst, Informationen über die vermutete Straftat, er unterlässt Hinweise auf vorhandenes Beweismaterial und er verschweigt seine Wahrnehmungen und Erkenntnisse zum Sachverhalt, obgleich die staatlichen Organe vielfach auf die Hilfe des Betroffenen angewiesen sind, um eine staatliche Untersuchung in Gang bringen zu können. Die Zulässigkeit dieser Form der privaten Verwirklichung von Informations- und Beweisinteressen im Strafverfahren ist in Rechtsprechung und Lehre bislang kaum eingehender betrachtet worden, obgleich das Phänomen systematischer Straftatermittlungen des Geschädigten am allgemeinen Grundsatz der staatlichen Strafverfolgungshoheit rührt.²⁵⁴ Vereinzelt Stimmen im deutschen Schrifttum lassen dementsprechend verlauten, privat beschaffte Beweise würden bereits deshalb ein Verwertungsverbot implizieren, weil das „eigene Ermittlungsverfahren“ des Geschädigten einen systemwidrigen Fremdkörper im staatlichen Strafverfahren darstelle und zu einer „irreparable[n] Kontamination der gesamten Tatsachenbasis des Strafverfahrens“ führe.²⁵⁵ Es drückt sich darin ein prinzipieller Vorbehalt gegenüber einer allzu weitgehenden Einmischung des Geschädigten in staatliche Strafverfolgungsbelange aus, dem es nachzugehen lohnt: Private Straftatermittlungen durch den Geschädigten sollen nachfolgend in die Struktur des Strafverfahrens eingebettet und einer rechtlichen Legitimation zugeführt werden, die letztlich auch der Konkretisierung der verfahrensrechtlichen Stellung des Geschädigten im Strafverfahren zuträglich ist.²⁵⁶

²⁵⁴ Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 III., S. 76 ff.

²⁵⁵ HASSEMER/MATUSSEK, S. 61 f., 79; in diese Richtung auch BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151 ff.; BRAUM, Strafrechtliche Grenzen der Privatisierung, S. 161, 171.

²⁵⁶ Vgl. zur Legitimationsbedürftigkeit einer aktiven Verfahrensgestaltung durch das Opfer im Strafprozess WEISSHAUPT, S. 211.

§ 1 Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Geschädigten

I. Strafprozessuale Anzeigepflichten

Eine Verpflichtung zur Anzeige begangener Straftaten besteht für Privatpersonen weder in der Schweiz noch in Deutschland: Sowohl den kantonalen Strafprozessordnungen der Schweiz, als auch der deutschen Strafprozessordnung ist eine Verpflichtung des Bürgers zum Denunziantentum fremd.²⁵⁷ In der Schweiz ist, in Entsprechung zum Legalitätsprinzip, eine Anzeigepflicht lediglich für Beamten, Beamtinnen und Behördenmitglieder statuiert, falls ihnen Straftaten in ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt werden und ein erheblicher Tatverdacht besteht.²⁵⁸ Im deutschen Strafverfahrensrecht wird bei der Verpflichtung von Amtsträgern zur Erstattung von Strafanzeigen zwischen solchen Amtsträgern, die zur Wahrnehmung von Strafverfolgungsaufgaben zuständig sind und sonstigen Amtsträgern unterschieden.²⁵⁹ Während für die nicht mit Strafverfolgungsaufgaben betrauten Amtsträger allenfalls durch besondere Dienstpflichten eine Pflicht zur Anzeigeerstattung begründet werden kann,²⁶⁰ haben die für Strafverfolgungsaufgaben zuständigen Amtsträger dem Legalitätsprinzips zufolge amtlich wahrgenommene Straftaten anzuzeigen.²⁶¹ Darüber hinaus wird zumindest im Grundsatz eine Dienstpflicht der Strafverfolgungsbeamten zur Anzeige auch ausserdienstlich erlangter Kenntnisse von Straftaten anerkannt, wenngleich die rechtlichen Konturen einer solchen Anzeige-

²⁵⁷ Vgl. AESCHLIMANN, N 1215; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 73 N 5; MAURER, S. 329; OBERHOLZER, N 1328; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 37 N 5; SCHMID, Strafprozessrecht, N 774 f.; SK-WOHLERS, § 158 StPO N 7; zur historischen Entwicklung der Abschaffung einer privaten Denunziationspflicht in den kantonalen Rechtssystemen SCHWEIZER, S. 47 ff.; eine Ausnahme macht Art. 10 StPO GE, der für die abschliessend aufgezählten Straftaten eine Anzeigepflicht des Bürgers normiert.

²⁵⁸ Vgl. z.B. § 120 StPO AG; Art. 140 StPO AR; Art. 200 f. StrV BE; § 121 StPO BL; § 90 StPO BS; Art. 147 StPO FR; Art. 10 f. StPO GE; Art. 28 Abs. 2 StPO GL; 69 StPO GR; 6 StPO JU; 51 Abs. 1 StPO LU; 6 StPO NE; 94 Abs. 2 StPO NW; 26 Abs. 3 StPO OW; 206 StPO SH; 167 StPO SG; 75 StPO SO; 58 Abs. 2 StPO SZ; 142 StPO UR; 68 StPO TG; 173 StPO VD; 43 Ziff. 2 und 3 StPO VS; 6 StPO ZG; § 21 StPO ZH; Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 197; AESCHLIMANN, N 1219; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 73 N 6, § 75 N 12 f.; MAURER, S. 329; OBERHOLZER, N 1328; SCHMID, Strafprozessrecht, N 775.

²⁵⁹ Vgl. zum Ganzen BGH, NStZ 1997, 597, 598; KK-WACHE, § 158 StPO N 26; KMR-Plöd, § 158 StPO N 14; MEYER-GÖBNER, § 158 StPO N 6; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 37 N 6; SK-WOHLERS, § 158 StPO N 7 ff. m.w.N.

²⁶⁰ Vgl. SK-WOHLERS, § 158 StPO N 8.

²⁶¹ Vgl. dazu BGHSt 4, 167, 169 f.; 5, 155, 167; 12, 277, 279; HK-KREHL, § 158 StPO N 6; KK-WACHE, § 158 StPO N 27; KMR-PLÖD, § 158 StPO N 14; MEYER-GÖBNER, § 158 StPO N 6; SK-WOHLERS, § 158 StPO N 11 m.w.N.

pflicht diffus sind.²⁶² Festzuhalten bleibt jedoch, dass das deutsche Strafverfahrensrecht in Übereinstimmung mit den kantonalen Strafverfahrensordnungen der Schweiz zwar für gewisse Amtsträger, nicht aber für Privatpersonen eine Verpflichtung zur Erstattung von Strafanzeigen vorsieht.

II. Strafrechtliche Anzeigepflichten

Auch das materielle schweizerische und deutsche Strafrecht kennt keine allgemeinen Pflichten zur Erstattung von Strafanzeigen.²⁶³ Ausnahmecharakter hat die Meldepflicht nach § 138 dStGB, der als echtes Unterlassungsdelikt die Nichtanzeige abschliessend aufgeführter und besonders schwerwiegender Delikte mit Strafe bedroht, soweit deren Begehung noch bevorsteht; auf bereits begangene Straftaten ist der Tatbestand aber gerade nicht anwendbar.²⁶⁴ Im Übrigen ist im Zusammenhang mit einer strafbewehrten Anzeigepflicht von Privatpersonen zwar in Betracht zu ziehen, dass insbesondere die Straftatbestände der Begünstigung nach Art. 305 StGB und der Verfolgungsvereitelung nach § 258 dStGB auch durch Unterlassen erfüllt werden können.²⁶⁵ Die Strafbarkeit richtet sich allerdings nach den allgemeinen Grundsätzen der unechten Unterlassungsdelikte, deren Tatbestandsmerkmal unter anderem eine Garantenstellung des Unterlassungstäters für die Abwendung des Erfolges mit einer daraus abgeleiteten Handlungspflicht ist.²⁶⁶ Obgleich die Voraussetzungen, unter denen eine Garantenpflicht anzunehmen ist, seit je her umstritten sind,²⁶⁷ scheint Klarheit zumindest dahingehend zu bestehen, dass jedenfalls ein besonderer Rechtsgrund nachgewiesen werden muss, aus dem sich die

²⁶² Vgl. dazu BGHSt 5, 225, 229; 12, 277, 280 f.; 38, 388, 391 f.; BGH, NJW 1993, 544; SK-WOHLERS, § 158 StPO N 12 f. m.w.N.

²⁶³ Vgl. SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 138 StGB N 1; SCHMID, Strafprozessrecht, N 774 f.; SK-WOHLERS, § 158 StPO N 7; TRÖNDLE/FISCHER, § 138 StGB N 2.

²⁶⁴ LK-HANACK, § 138 StGB N 5; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 138 StGB N 1 f.; TRÖNDLE/FISCHER, § 138 StGB N 2; vgl. zum abschliessenden Charakter des Katalogs anzeigepflichtiger Straftaten LK-HANACK, § 138 StGB N 5; SCHÖNKE/SCHRÖDER-STERNBERG-LIEBEN, § 138 StGB N 7.

²⁶⁵ Vgl. bezogen auf Behördenmitglieder BGE 109 IV 46 ff.; AESCHLIMANN, N 1220; OBERHOLZER, N 1331; MAURER, S. 329; TRÖNDLE/FISCHER, § 258 StGB N 6.

²⁶⁶ Vgl. zu dieser Bedingung Art. 11 Abs. 2 StGB; § 13 dStGB; BGE 113 IV 68, 72 f.; 120 IV 98, 106; BGH, NJW 1993, 544; BSK-SEELMANN, Art. 11 StGB N 11, 31 ff.; BSK-DELNON/RÜDY, Art. 305 StGB N 23; LK-WEIGEND, § 13 StGB N 25 ff.; LK-HANACK, § 258 StGB N 13, § 266 N 54 ff., 91 ff.; TRÖNDLE/FISCHER, § 258 StGB N 6; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Art. 11 StGB N 2.

²⁶⁷ Auch Art. 11 Abs. 2 StGB normiert die möglichen Entstehungsgründe nicht abschliessend, vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Art. 11 StGB N 2.

Handlungspflicht ergibt.²⁶⁸ Eine qualifizierte Rechtspflicht zur Anzeige der Straftat eines Dritten ist bei Privatpersonen jedoch nicht ersichtlich, ganz gleichgültig, ob als Entstehungsgründe der Garantienpflicht nun je nach dogmatischer Betrachtungsweise²⁶⁹ Obhutspflichten für bestimmte Rechtsgüter und Überwachungs- oder Sicherungspflichten in Bezug auf bestimmte Gefahrenquellen oder aber Gesetz, Vertrag und Ingerenz genannt werden. Privatpersonen trifft keine gesteigerte Verantwortung für das durch Art. 305 StGB und § 258 dStGB geschützte Rechtsgut der Strafrechtspflege,²⁷⁰ das durch die Nichtanzeige einer Straftat beeinträchtigt werden könnte.²⁷¹ Garantien für die Ahndung von Straftaten sind sie darum nicht.

III. Fazit

In der Schweiz und in Deutschland besteht ein allgemeines Anzeigerecht,²⁷² was bedeutet, dass jedermann eine Straftat, von der er Kenntnis hat, den Strafbehörden melden kann, aber keine Anzeigepflicht einer Privatperson zur Meldung von Straftaten. Die Freiheit der geschädigten Privatperson, Privatermittler mit der Aufklärung begangener Straftaten oder des Verdachts auf Straftaten zu beauftragen, anstatt die Strafverfolgungsbehörden einzuschalten, ist demzufolge weder in der Schweiz noch in Deutschland durch eine Anzeigepflicht beschränkt. Der mit der Bevorzugung der Privatermittler einhergehende Ausschluss der Strafverfolgungsbehörden von den Ermittlungen ist strafverfahrensrechtlich dadurch legitimiert, dass eine Privatperson keine Wissenserklärung über begangene Straftaten abzugeben hat.

²⁶⁸ BGE 113 IV 68, 72 f.; 120 IV 98, 106; BSK-SEELMANN, Art. 11 StGB N 11, 31 ff.; LK-WEIGEND, § 13 StGB N 20; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 14 N 7, 15; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Art. 11 StGB N 2.

²⁶⁹ Vgl. zu den unterschiedlichen Betrachtungsweisen BSK-SEELMANN, Art. 11 StGB N 31 ff. m.w.N.; LK-WEIGEND, § 13 StGB N 24 ff.; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 14 N 11; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Art. 11 StGB N 2 ff.

²⁷⁰ Vgl. zum geschützten Rechtsgut BSK-DELNON/RÜDY, Art. 305 StGB N 5; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 380; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Art. 305 N 1.

²⁷¹ BGE 120 IV 98, 106; BSK-DELNON/RÜDY, Art. 305 StGB N 23; vgl. auch die Beispiele zur Strafvereitelung bei LK-HANACK, § 258 StGB N 15; zur Modifikation dieser Grundsätze für Amtsträger, die unter besonderen Umständen verpflichtet sein können, auf die Strafverfolgung des Täters hinzuwirken STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 14 N 13; TRÖNDLE/FISCHER, § 258 StGB N 6.

²⁷² Vgl. AESCHLIMANN, N 1215 ff.; MAURER, S. 327 ff.; OBERHOLZER, N 1332; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 75 N 13; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 37 N 5; SCHMID, Strafprozessrecht, N 775; SK-WOHLERS, § 158 StPO N 5.

§ 2 Das Privatermittlungsrecht des Geschädigten im Strafprozess

I. Das Privatermittlungsrecht als „Beschuldigtenrecht“

Das „Recht auf private Ermittlungen“ meint in der Regel nicht das Recht des Geschädigten, sondern wird in der Schweiz und in Deutschland überwiegend mit Blick auf den Beschuldigten und dessen Rechtsstellung konzipiert und begründet.²⁷³ Eine schlichte Übertragung der Rechte des Beschuldigten und dessen Verteidigers auf den Geschädigten erscheint jedoch wegen der unterschiedlichen Verfahrensrollen der Verfahrensbeteiligten nicht angezeigt, zumal im Auge zu behalten ist, dass der Geschädigte, anders als der Beschuldigte, jedenfalls in der Zielrichtung der Überführung des Beschuldigten bereits die Strafverfolgungsbehörden „auf seiner Seite“ hat.²⁷⁴ Den eigenen Ermittlungen der Verteidigung zum Zwecke der Entlastung des Beschuldigten ist im „triadischen Kräftefeld“²⁷⁵ der beteiligten Rechtsgelehrten – Richter, Staatsanwalt und Verteidiger – also sicherlich eine besondere Bedeutung einzuräumen, die in Rechtsprechung und Lehre auch dementsprechend umfangreich gewürdigt wurde.²⁷⁶

II. Meinungsstand zum Privatermittlungsrecht des Geschädigten

Zum „Spiegelbild“ eigener strafrechtlicher Ermittlungen des Geschädigten zwecks Belastung des Beschuldigten schweigt sich das strafprozessuale

²⁷³ Vgl. Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, ZR 106 (2007) Nr. 35; Kassationsgericht ZH, ZR 103 (2004) Nr. 72, S. 279, 283 ff.; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 505; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 175, 227; RICHTER, NJW 1981, 1820, 1823; diesen Hintergrund vernachlässigt MORATH, S. 10 ff.

²⁷⁴ Ebenso WEISSHAUPT, S. 211; vgl. dazu nachfolgend Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 IV. 3., S. 83 ff.

²⁷⁵ KÜHNE, Strafprozessrecht, N 173.

²⁷⁶ Vgl. Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, ZR 106 (2007) Nr. 35; Kassationsgericht ZH, ZR 103 (2004) Nr. 72, S. 279, 283 ff.; BGHSt 10, 393, 394; OLG Frankfurt, StV 1981, 28 ff.; M. BAUMANN, Eigene Ermittlungen des Verteidigers, passim; BEULKE, Strafprozessrecht, N 149; BOMMER, ZStrR 2003, 172, 177 f.; HASSEMER/MATUSSEK, S. 16 ff.; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 505; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 173 ff., 227; MÜLLER-HASLER, Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, S. 143; KOHLBACHER, Verteidigung und Verteidigungsrechte, S. 115 f.; OBERHOLZER, N 404 ff.; RICHTER, NJW 1981, 1820, 1823 ff.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 61; VON RECHENBERG, ZStrR 81 (1965), 225, 239; WEISSHAUPT, S. 211; vgl. zum privaten Ermittlungsrecht von Journalisten und Dritten DELNON/RÜDY, Beweisführung, S. 181 f.

Schrifttum mehrheitlich aus, was umso erstaunlicher ist, als diese Erscheinungsform privater Ermittlungen jedenfalls in die deutsche Gerichtspraxis bereits im Jahre 1925 mit einem Urteil des Reichsgerichts Eingang gefunden hat.²⁷⁷ Unter den wenigen, die sich mit der Problematik befasst haben, finden sich vereinzelt Stimmen, die neben der Untersuchungs- und Durchführungskompetenz der Strafverfolgungsbehörden keinen Raum für private Ermittlungen des Geschädigten sehen: Da Privatpersonen nicht dem Legalitätsprinzip und dem Objektivitätsgrundsatz als wesentlichen Leitprinzipien des Strafprozessrechts verpflichtet seien, würde die nahe liegende Frage übersehen, ob aus dieser Bindungslosigkeit nicht die Unzulässigkeit privater Ermittlungen folgen müsse.²⁷⁸ Fernerhin verpflichte das Legalitätsprinzip den demokratischen Rechtsstaat beim Anfangsverdacht einer Straftat auf die ausschliessliche und unverzichtbare Anwendung hoheitlichen Zwangs, weshalb nicht nur Ermittlungen im staatlichem Auftrag, sondern jegliche Form privater Ermittlungen als eine Form der Privilegierung gesellschaftlicher Macht vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips strafprozessual illegitim seien.²⁷⁹

Diese grundlegenden Vorbehalte sind in Rechtsprechung und Schrifttum allerdings kaum gehört oder gar kritisch gewürdigt worden. Durchgesetzt hat sich sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland die Auffassung, dass eine prinzipielle Befugnis des Geschädigten zu privaten strafrechtlichen Ermittlungen dem Grundsatz nach besteht. Dem einzelnen Bürger und insbesondere dem Geschädigten einer Straftat wird ein Recht zur „aktiven Teilnahme am Strafprozess“ eingeräumt, das die Vornahme systematischer privater Ermittlungen und im Rahmen dessen auch die Beauftragung Dritter mit den Ermittlungen legitimieren soll.²⁸⁰ Letztlich ist es damit über all die Jahre hinweg bei der Einschätzung des deutschen Reichsgerichts geblieben, wonach die Erforschung strafbarer Handlungen auch Privatpersonen nicht verwehrt ist, selbst wenn diese dann eine Tätigkeit ausüben, die

²⁷⁷ RGSt 59, 291 ff.

²⁷⁸ Vgl. BRAUM, *Strafrechtliche Grenzen der Privatisierung*, S. 161, 171; HASSEMER/MATUSSEK, S. 61 f.; in diese Richtung auch BERNSMANN, *Privatisierung der Justiz*, S. 151 ff.; STEEGMANN, in: *Privatisierung von Staatsaufgaben*, S. 237, 243 ff.

²⁷⁹ BRAUM, *Strafrechtliche Grenzen der Privatisierung*, S. 161, 171.

²⁸⁰ Vgl. BOCKEMÜHL, S. 32 ff.; HELLMANN, *Strafprozessrecht*, N 527; KREY, S. 23, 25 ff.; MÖRATH, S. 10 ff., die aber übersieht, dass aus Rechten des Beschuldigten nicht auf entsprechende Rechte des Geschädigten geschlossen werden kann; ein Ermittlungsrecht des Verletzten unterstellt auch die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, ZR 106 (2007) Nr. 35, S. 161, 162.

ohne weiteres mit der Aufgabe zusammentrifft, die den Strafverfolgungsbeamten als Amtspflicht obliegt.²⁸¹

III. Vereinbarkeit privater Straftatermittlungen mit strafprozessualen Verfahrensmaximen

Die Ermittlungstätigkeit von Privatpersonen muss sich vor allem damit vertragen, dass der Gesetzgeber das strafrechtliche Ermittlungsverfahren in die Hände der Strafverfolgungsbehörden gelegt und eine „Privatinquisition“ ausgeschlossen hat; zudem ist fraglich, wie sich der Umstand, dass das Strafprozessrecht die Strafverfolgungsbehörden bei ihren Ermittlungen dem Objektivitätsgrundsatz verpflichtet hat, auf die Nutzung und Verwertung von Beweisen auswirkt, die im Rahmen einseitig interessenorientierter, privater Straftatermittlungen beschafft worden sind.

1. Objektivitätsgrundsatz versus Privatermittlungen

a) Fehlende Bindungswirkung gegenüber Privaten

Die Organe der Strafrechtspflege haben von Gesetzes wegen belastende und entlastende Umstände gleichermaßen sorgfältig zu ermitteln.²⁸² Dieses zum Teil als „Objektivitätsgrundsatz“ bezeichnete Prinzip verpflichtet die Normadressaten, ihre Ermittlungen nicht vollkommen einseitig zu Lasten eines Verfahrensbeteiligten zu orientieren.²⁸³ Abgesehen davon, dass den Strafverfolgungsorganen und speziell der Staatsanwaltschaft angesichts ihrer verfahrensrechtlichen Funktion als Inquisitor eine echte „Objektiv-

²⁸¹ So bereits RGSt 59, 291, 298; im Ergebnis ebenso Kassationsgericht ZH, ZR 103 (2004) Nr. 72, S. 279, 284; BOCKEMÜHL, S. 32 ff.; DELNON/RÜDY, Beweisführung, S. 164, 182 f.; GÖTTING, S. 275 f.; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 527; KREY, S. 23, 25 ff.; MORATH, S. 10 ff.; RICHTER, NJW 1981, 1820, 1823; die prinzipielle Befugnis zu Privatermittlungen voraussetzend BGH, NJW 1989, 1924, 1925; MASCHMANN, NZA 2002, 13, 16 f.; umstritten sind dagegen die Grenzen der Ermittlungsbefugnisse, vgl. dazu KREY, S. 51 ff.; MASCHMANN, NZA 2002, 13, 16 ff.; MORATH, S. 66 ff.; RICHTER, NJW 1981, 1820, 1823 ff.

²⁸² Vgl. bspw. § 31 StPO ZH; § 160 Abs. 2 dStPO; Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 34; Bericht der Expertenkommission, Aus 29 mach 1, S. 79; HÜRLIMANN, S. 194.

²⁸³ AESCHLIMANN, N 165; BEULKE, Strafprozessrecht, N 312; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 53 N 9; HÜRLIMANN, S. 194; OBERHOLZER, N 723; PIQUEREZ, N 541; SCHMID, Strafprozessrecht, N 787; SK-WOHLERS, § 160 N 37 ff.; WOHLERS, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, S. 272 f.; vgl. zur Einseitigkeit der Ermittlungstätigkeit in der deutschen Praxis aber BOCKEMÜHL, S. 36 m.w.N.

tät“ psychologisch kaum zumutbar ist,²⁸⁴ spricht eine gesetzlich vorgegebene umfassende Ermittlungspflicht der staatlichen Organe nicht gegen systematische und einseitig interessengeleitete Ermittlungen des Geschädigten. Die Pflicht der Strafverfolgungsorgane, trotz des bestehenden Tatverdachts auch entlastende Umstände zu berücksichtigen und für den Beschuldigten günstiges Beweismaterial zu sichern, enthält kein staatliches Aufklärungsmonopol, das kehrseitig Dritten eine Ermittlungstätigkeit untersagt.²⁸⁵ Nebst dem ist daran zu erinnern, dass sich der strafprozessuale Objektivitätsgrundsatzes allein an die Strafverfolgungsbehörden richtet, also ausschliesslich das staatliche Strafverfahren standardisiert.²⁸⁶ Die Zulässigkeit von Privatermittlungen des Geschädigten unter Verweis auf die fehlende Objektivität seiner Ermittlungen zu verneinen, steht darum im Ergebnis einer Ausweitung von Adressatenkreis und Bindungswirkung des Objektivitätsprinzips contra legem gleich.²⁸⁷

Bedenklich ist des Weiteren, dass eine derartige Übertragung der für die Strafverfolgungsbehörden verbindlichen Pflicht zur Ermittlung von belastenden und entlastenden Umständen auf Privatermittlungen des Geschädigten die Verschiedenheit der verfahrensrechtlichen Stellung des Geschädigten und der Strafverfolgungsbehörden übergeht. Anders als die staatlichen Organe trägt der Geschädigte weder die Verantwortung für die Rechtmässigkeit und Gründlichkeit des Untersuchungsverfahrens, noch ist er ein zu Gerechtigkeit und Objektivität verpflichtetes Rechtspflegeorgan.²⁸⁸ Es geht deshalb nicht an, die Ermittlungen des Geschädigten an denjenigen Anforderungen zu messen, die gerade an die Stellung der

²⁸⁴ Vgl. dazu SK-WOHLERS, § 160 StPO N 40 m.w.N.; die Kantone FR, GL, SO, VD, VS, ZG, in denen das gesamte Vorverfahren unter der Führung eines unabhängigen Untersuchungsrichters steht, betrifft diese Problematik (noch) nicht, doch wird mit der beabsichtigten Vereinheitlichung der Strafprozessordnung zugleich die einheitliche Einführung des Staatsanwaltschaftsmodells angestrebt, vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 7 f., 34; umfassend dazu sowie zu den unterschiedlichen kantonalen Modellen Bericht der Expertenkommission, Aus 29 mach 1, S. 29 ff.

²⁸⁵ BOCKEMÜHL, S. 36 f.; vgl. zum gesetzlichen Konzept einer Entlastung des Opfers von der Strafverfolgung, ohne dass daraus ein Verbot privater Ermittlungen abgeleitet wird BOMMER, S. 156; GRUHL, DuD 2005, 399, 400 f.; HAURI, S. 120; HASSEMER/MATUSSEK, S. 10; KILCHLING, NSStZ 2002, 57 ff.; WEISHAUPT, S. 211.

²⁸⁶ Vgl. die gesetzliche Fassung des § 31 StPO ZH; § 160 Abs. 2 StPO; Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 34; Bericht der Expertenkommission, Aus 29 mach 1, S. 79; SK-WOHLERS, § 160 StPO N 37.

²⁸⁷ So aber HASSEMER/MATUSSEK, S. 61 f.

²⁸⁸ Vgl. zu dieser Funktion der Staatsanwaltschaft HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 11, 20; MEYER-GÖBNER, § 160 N 14; SCHMID, Strafprozessrecht, N 513 f.; SK-WOHLERS, § 160 StPO N 37; WOHLERS, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, S. 272 ff., und grundlegend zur Funktion der Staatsanwaltschaft S. 208 ff..

Staatsanwaltschaft und damit an ihre institutionelle Verpflichtung zu professioneller Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten geknüpft sind.

b) Zur Gefahr der „Verschmutzung“ staatlicher Erkenntnisquellen

Der eigentliche Einwand gegen eine Ermittlungs- und Beweisbeschaffungsbefugnis des Geschädigten liegt aber wohl weniger in der mangelnden Objektivität privater Ermittlungen als solcher. Im Vordergrund steht vielmehr die Befürchtung, dass die Einseitigkeit der Opferermittlungen und die fehlende Bindung des Geschädigten an den Objektivitätsgrundsatz den für staatliche Ermittlungsakten geltenden Grundsatz der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit gefährden könne, falls es interessierten Dritten gelinge, die von ihnen hergestellten Ergebnisse den Untersuchungsakten einzufügen.²⁸⁹ Eine solche Widerrede gegen private Beweisbeschaffung des Geschädigten muss sich allerdings den Vorwurf gefallen lassen, die Gefahr einer „Verschmutzung staatlicher Erkenntnisquellen“ allzu einseitig dem Geschädigten zuzuschreiben. Ebenso wenig wie der Geschädigte sind der Beschuldigte und die Verteidigung an den Objektivitätsgrundsatz gebunden, ohne dass deren Ermittlungs- und Beweisbeschaffungsrecht deshalb in Abrede gestellt wird.

Neben der Inkonsistenz der Argumentation ist aber vor allem zweifelhaft, ob sich die Sicherstellung der Transparenz der staatlichen Untersuchungsakte tatsächlich dem Verantwortungsbereich ausserstaatlicher Dritter zurechnen lässt und insoweit geeignet sein kann, die Ermittlungs- und Beweisbeschaffungsbefugnisse des Geschädigten zu beschränken. Zuständig zu Wahrung des Transparenzgebots sind vielmehr die staatlichen Untersuchungsorgane, die für den Fall der Berücksichtigung der „Opferermittlungsakte“ im staatlichen Strafverfahren den Grundsatz der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit zu gewährleisten und daher die private Herkunft der Beweismittel kenntlich zu machen haben – die Ermittlungsbefugnis des Geschädigten bleibt davon unberührt. Die Einseitigkeit der Geschädigteninteressen und die fehlende Objektivität Privater bei der Beweisbeschaffung sind daher allenfalls ein Fingerzeig dafür, dass die Strafverfolgungsbehörden im Umgang mit privaten Ermittlungsergebnissen Vorsicht walten lassen sollten und eine besonders gewissenhafte Beweiswürdigung vornehmen müssen.²⁹⁰

²⁸⁹ HASSEMER/MATUSSEK, S. S. 59 ff.; S. 63; ähnlich für verdeckte systematische Privatermittlungen MENDE, S. 136 ff.

²⁹⁰ Vgl. NÜSE, JR 1966, 281, 285; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 137; STÖRMER, S. 133; WÖLFL, S. 203; insoweit zustimmend für nicht strafrechtswidrig erlangte Beweismittel BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 159 f.; vgl. auch SCHROTH, Kapitel C N 55, der dem Geschädig-

2. **Offizialprinzip versus Privatermittlungen**

Das Offizialprinzip begründet das Recht und die Pflicht des Staates, Straftaten von Amts wegen zu verfolgen, und besagt damit zugleich, dass Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens in der Hand der staatlichen Strafverfolgungsorgane liegen.²⁹¹ Das Strafprozessrecht hat die Rolle des Ermittlers und Anklägers also nicht an Privatpersonen, sondern an die staatlichen Organe vergeben, worin sich eine dem heutigen Staatsverständnis entsprechende allgemeine Abkehr von privater Selbsthilfe zugunsten staatlicher Strafverfolgung ausdrückt.²⁹² Gegen die Zulässigkeit privater Straftatermittlungen spricht dies freilich nicht. Das Offizialprinzip stellt zwar positiv die Zuständigkeiten des Staates für die Strafverfolgung heraus, schliesst private Abklärungen aber gleichwohl nicht negativ aus. Dafür steht zunächst, dass das staatliche Strafverfahren von Gesetzes wegen auf unterschiedlichen Wegen in Gang gebracht werden kann: Anlass für die Aufnahme staatlicher Ermittlungen kann entweder die amtliche Wahrnehmung einer Straftat, eine Strafanzeige einer Privatperson oder aber ein Antrag auf Strafverfolgung sein.²⁹³ Da jedoch, wie gezeigt worden ist, eine allgemeine Anzeigepflicht für Privatpersonen nicht besteht, liegt es bei fehlender amtlicher Wahrnehmung durch die Strafverfolgungsorgane vielfach in der Hand des Bürgers, ob es zu einer staatlichen Strafverfolgung kommt oder nicht.²⁹⁴ Neben dieser faktischen Beschränkung des Offizialprinzips bestehen zudem verschiedene gesetzliche Relativierungen der staatlichen Strafverfolgungshoheit, welche die rechtliche Zulässigkeit privater Straftatermittlungen neben oder anstelle der staatlichen Strafverfolgung andeuten.

tenvertreter gerade im Interesse der späteren Nachprüfbarkeit des privaten Vorgehens die Empfehlung ausspricht, die privaten Abklärungen hinreichend zu dokumentieren.

²⁹¹ BGE 114 IV 78 f.; BGH, NStZ 1989, 279, 280; AESCHLIMANN, N 159; BEULKE, Strafprozessrecht, N 16; GRUHL, DuD 2005, 399, 401; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 47 N 1; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 297; OBERHOLZER, N 680; PIQUEREZ, N 271 ff.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 1 N 2; SCHMID, Strafprozessrecht, N 81.

²⁹² ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 1 N 2; vgl. auch BOMMER, ZStrR 2003, 173, 180; DAHS, NJW 1985, 1113; GRUHL, DuD 2005, 399, 400 f.; HAURI, S. 120; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 2 N 1, § 4 N 3 ff., § 38 N 5, § 47 N 1; JABORNIGG, S. 5 f.; KK-PFEIFFER, Einl. N 1; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 297; MAURER, S. 39 f.; PIQUEREZ, N 1 ff.; SCHILLING, S. 45; SCHMID, Strafprozessrecht, N 7 ff., 74 ff.; vgl. auch bereits Erster Teil: 1. Kapitel: § 1 I., S. 1.

²⁹³ Vgl. bspw. §§ 20 ff. ZH StPO; §§ 152 Abs. 2, 160 dStPO.

²⁹⁴ JABORNIGG, S. 3 f.; KREY, S. 31; OBERHOLZER, N 680; SCHMID, Strafprozessrecht, N 84; SCHÜNEMANN, NStZ 1986, 193, 195.

a) Das Privatstrafklageverfahren als Ausnahme vom Officialprinzip

Das Strafprozessrecht selbst macht eine Ausnahme vom Officialprinzip im Falle des Privatstrafklageverfahrens. Obgleich die Strafverfolgung grundsätzlich eine staatliche Tätigkeit ist, bleibt es bei den Privatklagedelikten²⁹⁵ ausnahmsweise dem Geschädigten überlassen, den staatlichen Strafanpruch durchzusetzen. Ihm wird die Möglichkeit eingeräumt, in gesetzlich abschliessend aufgezählten Fällen privat zu klagen und damit anstelle der sonst mit dieser Aufgabe betrauten staatlichen Organe die Rolle des Anklägers zu übernehmen und eine Verurteilung des Beschuldigten anzustreben.²⁹⁶ Zwar bleibt die auf eine Verurteilung hin ausgesprochene Strafe eine staatliche. Es steht aber beispielsweise zur Disposition des Privatstrafklägers, ob und wann er Anklage erhebt, weil er im Gegensatz zu den Strafverfolgungsbehörden als Privatperson nicht dem Legalitätsprinzip verpflichtet ist; die verfahrensrechtliche Stellung des Privatstrafklägers ist also derjenigen des zivilrechtlichen Klägers angenähert.²⁹⁷

b) Die Antragsdelikte als rechtliche Relativierung des Officialprinzips

Eine gewichtige Einschränkung erfährt die Officialmaxime bei den Antragsdelikten. Sie relativieren den aus der Officialmaxime folgenden Grundsatz, dass Strafverfolgungsbehörden von Amts wegen tätig werden, unabhängig davon, ob der Geschädigte, Dritte oder staatliche Stellen dies wünschen.²⁹⁸ Bei den absoluten Antragsdelikten macht das materielle Strafrecht die Verfolgung gewisser Straftatbestände davon abhängig, dass der Geschädigte einen entsprechenden Strafantrag stellt.²⁹⁹ Zwar sind auch in diesen Fällen Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich

²⁹⁵ Die Regelung der Privatstrafklage obliegt den einzelnen Kantonen und ist gesamtschweizerisch uneinheitlich ausgestaltet, vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 47 N 5, § 88 N 1; OBERHOLZER, N 696; SCHMID, Strafprozessrecht, N 871 ff.; vgl. zum „Privatklageverfahren“ in Deutschland §§ 374 ff. dStPO; BEULKE, Strafprozessrecht, N 16; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 12 N 15 f.

²⁹⁶ AESCHLIMANN, N 554; BEULKE, Strafprozessrecht, N 590; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 47 N 5, § 88 N 1; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 298; OBERHOLZER, N 696; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 12 N 15 f.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 871.

²⁹⁷ Vgl. OBERHOLZER, N 696, 698; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 12 N 15 f.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 874 f.

²⁹⁸ Vgl. BGE 114 IV 78; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 12 N 7 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 86; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Vor Art. 30 ff. N 1.

²⁹⁹ Vgl. Art. 30 ff. StGB; §§ 77 ff. dStGB; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 47 N 3; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 12 N 8; SCHMID, Strafprozessrecht, N 86; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Vor Art. 30 ff. N 1.

schon vor Antragstellung zulässig,³⁰⁰ und von den dafür vorgesehenen Organen ist wie auch sonst das Untersuchungsverfahren zu führen und die Anklage zu erheben.³⁰¹ Der Strafantrag ist jedoch nach überwiegender Ansicht eine Prozessvoraussetzung³⁰² und damit eine unverzichtbare Bedingung für die Zulässigkeit eines Sachurteils. Weil das Fehlen einer Prozessvoraussetzung für die Strafverfolgungsorgane aber grundsätzlich in jedem Stadium des Verfahrens beachtlich ist,³⁰³ haben sie von weiteren Ermittlungen Abstand zu nehmen, wenn bereits bei Kenntniserlangung von einer Straftat ersichtlich und unzweifelhaft festgestellt ist, dass der einzige Antragsberechtigte von der Stellung eines Strafantrags absehen wird.³⁰⁴ Soweit ein Delikt also nur auf Antrag verfolgt wird, kommt dem Antragsberechtigten insofern eine Schlüsselstellung zu, als es letztlich in seiner Hand liegt, ob ein Ermittlungsverfahren in Gang gesetzt bzw. fortgesetzt wird oder nicht, indem er entweder überhaupt keinen Antrag stellt oder einen gestellten Antrag rechtswirksam wieder zurückzieht.³⁰⁵

3. Ergebnis

Zu konstatieren bleibt, dass das Objektivitätsprinzip ausschliesslich die Organe der Strafrechtspflege adressiert und verpflichtet, nicht aber Privatpersonen; die Pflicht der staatlichen Ermittlungs- und Untersuchungsbehörden, belastende und entlastende Umstände gleichermaßen sorgfältig zu ermitteln, steht deshalb eigenen Ermittlungen des Geschädigten selbst dann nicht entgegen, wenn diese einseitig und interessenorientiert sind.

Darüber hinaus hat sich gezeigt, dass auch die *Offizialmaxime* private Ermittlungen und Beweissicherungen durch den Geschädigten nicht *a priori* ausschliesst. Es handelt sich weder in der Schweiz noch in Deutschland um einen starren und absoluten Grundsatz, sondern um ein von Gesetzes we-

³⁰⁰ Vgl. § 127 Abs. 3 dStPO; BSK-RIEDO, Art. 30 StGB N 68; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 47 N 3; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Vor Art. 30 ff. N 1.

³⁰¹ BEULKE, Strafprozessrecht, N 273, 283; BSK-RIEDO, Art. 30 StGB N 69; SCHMID, Strafprozessrecht, N 87; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Vor Art. 30 ff. N 1.

³⁰² So die herrschende Meinung, vgl. dazu m.w.N. BGE 105 IV 229, 231; 128 IV 81, 83; BGHSt 6, 155; 13, 363; 22, 103; BEULKE, Strafprozessrecht, N 273, 283; BSK-RIEDO, Vor Art. 30 StGB N 20 ff., Art. 30 StGB N 68; SCHMIDT, Strafprozessrecht, N 87; TRÖNDLE/FISCHER, Vor § 77 StGB N 2; umgekehrt kann das Fehlen des Strafantrags, ohne dass damit ein inhaltlicher Unterschied verbunden ist, terminologisch als Prozesshindernis bezeichnet werden, vgl. BEULKE, Strafprozessrecht, N 273 m.w.N.

³⁰³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 87.

³⁰⁴ Vgl. BSK-RIEDO, Art. 30 StGB N 68, 71; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Vor Art. 30 ff. N 1.

³⁰⁵ Vgl. Art. 33 StGB; § 77d dStGB; MORATH, S. 17.

gen relatives Prinzip, das Raum für eine Mitwirkung von Privatpersonen an der Einleitung des staatlichen Strafverfahrens und der prozessualen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs lässt. Tatsächlich beinhaltet das Offizialprinzip nicht weniger und nicht mehr als das Recht und die Pflicht des Staates, Straftaten von Amts wegen zu verfolgen und die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens zu gewährleisten; ein staatliches Ermittlungsmonopol nach Art des staatlichen Gewaltmonopols ist damit jedoch nicht begründet.³⁰⁶

IV. Ausgrenzung untauglicher Legitimationsversuche

Die dogmatische Begründung und Herleitung eines positiven Ermittlungsrechts des Geschädigten bleibt häufig bereits im Ansatz stecken. Vereinzelt wird ein „Recht auf Privatermittlung“ als Selbstverständlichkeit schlichtweg aus der Institutionalisierung professioneller Privatermittlungstätigkeit als weithin anerkannter und akzeptierter Bestandteil des gemeinschaftlichen Lebens abgeleitet: „Noch nie ist jemand auf die Idee verfallen, den Journalisten und anderen Dritten diese Aktivität zu verbieten [...]“.³⁰⁷ Bei genauerer Betrachtung erweist sich allerdings, dass auch einige über solche Simplifizierungen hinausgehende Argumentationsansätze untauglich sind, ein strafprozessuales Recht des Geschädigten zur systematischen Sachverhaltsaufklärung überzeugend zu begründen.

1. Durchbrechungen des Offizialprinzips

Die bloße Feststellung einer Vereinbarkeit von privater Ermittlungsbefugnis des Geschädigten und strafprozessualen Verfahrensprinzipien lässt den weitergehenden Schluss auf ein positives „Recht“ des Geschädigten zur Durchführung eigener Straftatermittlungen noch nicht zu.³⁰⁸ Die Durchbrechungen der Offizialmaxime durch das Privatklagestrafverfahren und die Antragsdelikte stellen eine Ausnahme und Einschränkung von der Grundregel staatlicher Strafverfolgung dar und müssen als solche grundsätzlich eng ausgelegt werden.³⁰⁹ Sie rechtfertigen demnach nicht die Annahme, dass über die strafprozessual ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen der

³⁰⁶ BOCKEMÜHL, S. 35; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 527; KREY, S. 31; MORATH, S. 18; OBERHOLZER, N 404; vgl. zur historischen Entwicklung der Offizialmaxime und der Verdrängung Privater aus der Strafverfolgung SCHWEIZER, S. 13 ff.

³⁰⁷ DELNON/RÜDY, Beweisführung, S. 164, 182; vgl. auch GRUHL, DuD 2005, 399 f.

³⁰⁸ In diese Richtung aber OBERHOLZER, N 404 f.

³⁰⁹ So im Ergebnis auch MENDE, S. 130; MORATH, S. 18.

Antrags- und Privatstrafklagedelikte hinaus ein umfassendes Ermittlungsrecht des Geschädigten bestehen müsste.³¹⁰

2. Privatermittlungen als Zeugenpflicht

Ein Recht zu aktiven Privatermittlungen des Verletzten wird im deutschen Schrifttum gelegentlich aus dessen Zeugenpflichten abgeleitet: Wenn der Zeuge verpflichtet sei, seine Wahrnehmungen der Polizei mitzuteilen, könne es ihm schlecht verboten sein, Wahrnehmungen zu *tätigen*, auch ein beweisgerichtetes Tätigwerden sei ihm nicht verboten.³¹¹ In dieselbe Richtung weist die Überlegung, der Verletzte könne seinen Zeugenpflichten nur durch ein umfassendes Recht zur systematischen Sachverhaltsaufklärung gerecht werden, er müsse sich gewissenhaft auf die ihm im Strafverfahren zukommende Funktion vorbereiten können.³¹² Solche Argumentationen überdehnen die Zeugenpflichten beträchtlich. *Wahrnehmungstätigkeit*, was nicht mehr heisst als Wahrnehmungen des Zeugen, ist zum einen bereits rein tatsächlich durchaus passiv ohne *Ermittlungstätigkeit* des Zeugen möglich. Zudem ist die Nützlichkeit der Zeugenaussage im Strafverfahren keine „Zeugenpflicht“. Bekundet der Zeuge, den Lebenssachverhalt, auf dem der Tatvorwurf beruht, nicht wahrgenommen zu haben, dann ist dieser unwissende Zeuge schlichtweg ein unergiebiges und für die Aufklärung des Tatvorwurfes wenig nützlich Beweismittel – seine Zeugenpflichten verletzt der Zeuge deshalb jedoch nicht. Die Zeugnispflicht des Zeugen beschränkt sich allein auf die Mitteilung seines deliktsrelevanten Wissens; zu weiterem aktivem Verhalten, wie etwa der Suche nach Beweismitteln, ist er nicht verpflichtet.³¹³ Die Pflichten des Zeugen können daher keinen Rechtsgrund für ein strafprozessuales Ermittlungsrecht des Geschädigten liefern. Denn wenn eine gesetzliche Ermittlungspflicht des Zeugen nicht besteht, dann vermag diese auch kein kehrseitiges Ermittlungsrecht des Geschädigten in der Rolle des Zeugen zu begründen.

3. Gleichstellung von Angeschuldigten- und Geschädigtenrechten

Die schweizerische Judikatur stellt sich bei der Legitimation privater Ermittlungsbefugnisse des Geschädigten zum Teil sinngemäss auf den Standpunkt: Was der Tatverdächtige zur Verteidigung seiner Interessen darf,

³¹⁰ Vgl. MENDE, S. 128 ff.

³¹¹ GÖTTING, S. 275.

³¹² BOCKEMÜHL, S. 37.

³¹³ JABORNIGG, S. 22 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 630.

darf der Geschädigte zur Verwirklichung seiner Interessen ebenso. So wird die Zulässigkeit privater Ermittlungen zum Teil daraus abgeleitet, dass die Interessen des Geschädigten an der Verurteilung des Tatverdächtigen nicht weniger schwer wiegen würden als die Interessen des Beschuldigten an der eigenen Entlassung bzw. Freisprechung;³¹⁴ daher sei die Zulässigkeit privater Abklärungen auch in diesem Zusammenhang zu bejahen, wengleich den eigenen Ermittlungen des Angeschuldigten eine besondere Bedeutung zukomme.³¹⁵

Schon die Prämisse dieses Argumentationsansatzes kann nicht geteilt werden. Anders als es die Rechtsprechung unterstellt, wiegen die Interessen des Angeschuldigten und des Geschädigten mitnichten gleich schwer: Der von staatlicher Strafe bedrohte Beschuldigte sieht sich der einschneidendsten aller staatlichen Massnahmen ausgesetzt und muss für den Fall der Verhängung einer Freiheitsstrafe eine „vollständige „Hintanstellung [seiner] Freiheitsinteressen [...] zugunsten der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit“ hinnehmen.³¹⁶ Dem Geschädigten dagegen geht es vor allem um die Befriedigung seiner Genugtuungsinteressen und um die finanzielle Kompensation der Rechtsverletzung.³¹⁷ Für den Beschuldigten steht also immer mehr und vor allem qualitativ anderes auf dem Spiel als für den Geschädigten.³¹⁸

Aus dieser Überlegung heraus wird deutlich, dass die in der Rechtsprechung behauptete „strafprozessuale Waffengleichheit“ zwischen Beschuldigtem und Geschädigtem auch die Disparität der jeweiligen Verfahrensrollen ignoriert. Der grundsätzlich ausserhalb der staatlichen Strafverfolgung bleibende Geschädigte sieht seine Rechte, zumindest in der Zielrichtung der Überführung des Angeschuldigten, bereits durch die Strafverfolgungsbehörden gewahrt und kann die Entwicklung des Ermittlungsverfahrens im Normalfall passiv mitverfolgen, während der zum Subjekt des Strafverfahrens gewordene Beschuldigte den gegen ihn gerichteten Tatverdacht als „Alleinkämpfer“ abzuwehren hat.³¹⁹ Dieser verfahrenstypische Gegensatz zwischen der Beschuldigten- und Geschädigtenstellung impli-

³¹⁴ Kassationsgericht ZH, ZR 103 (2004) Nr. 72, S. 279, 284; in diese Richtung geht auch der Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, ZR 106 (2007) Nr. 35, S. 161, 162, der zwischen Ermittlungen des Verteidigers und Ermittlungen durch den Verletzten nicht näher differenziert.

³¹⁵ Kassationsgericht ZH, ZR 103 (2004) Nr. 72, S. 279, 285.

³¹⁶ ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 2 N 1; vgl. BOMMER, ZStrR 2003, 172, 177; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 1 N 1 ff., § 2 N 2; OBERHOLZER, N 1, 11; SCHMID, Strafprozessrecht, N 11 ff.

³¹⁷ Vgl. BOMMER, S. 156; DERS., ZStrR 2003, 172, 1787.

³¹⁸ Vgl. BOMMER, S. 156; HASSEMER/MATUSSEK, S. 20; WEISHAUP, S. 211.

³¹⁹ Vgl. Kassationsgericht ZH, ZR 103 (2004) Nr. 72, S. 279, 284, 285; WEISHAUP, S. 211.

ziert, dass von den Rechten des Beschuldigten nicht auf die Rechte des Geschädigten geschlossen werden kann und dass deshalb auch ein Ermittlungsrecht des *Geschädigten* zur Verfolgung seiner Geschädigteninteressen nicht damit begründbar ist, dass dem *Beschuldigten* im Strafverfahren ein eigenes Ermittlungsrecht zur effektiven Wahrnehmung seiner Verteidigung eingeräumt wird.³²⁰

Ebenso wenig kann die von den Befugnissen des Beschuldigten losgelöste strafverfahrensrechtliche Stellung des Geschädigten als solche ein Ermittlungsrecht des Geschädigten legitimieren. Abgesehen davon, dass das Strafverfahrensrecht eine „eigentliche Teilhabe“ des Geschädigten am staatlichen Strafanspruch im modernen Staat nicht kennt und die Strafverfolgung grundsätzlich zu einer zweipolig strukturierten Angelegenheit zwischen Beschuldigtem und Staat erklärt hat,³²¹ ist ein Recht des Geschädigten zur Vornahme eigener, systematischer Ermittlungshandlungen den strafprozessualen Bestimmungen nach nicht vorgesehen. Im Hinblick auf Befugnisse des Geschädigten zur Informationssammlung werden üblicherweise allenfalls Benachrichtigungspflichten sowie Akteneinsichts- und Anwesenheitsrechte diskutiert³²² und selbst die zur Stärkung der Opferrechte im Opferhilfegesetz vorgesehenen, offensiven Verfahrens- und Beteiligungsrechte zur erleichterten Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche im Strafverfahren lassen ein eigenes Ermittlungsrecht des Opfers aussen vor.³²³ Dieses strafprozessuale Regelungsdefizit zu etwaigen Ermittlungsbefugnissen des Geschädigten führt dazu, dass die gesetzlich eben nicht vollumfänglich konkretisierte Stellung des Geschädigten im Strafverfahren weitgehend beliebig sowohl für als auch gegen die Zulässigkeit pri-

³²⁰ Mit denselben Erwägungen abzulehnen ist die von MORATH, S. 10 ff. geäußerte Annahme, das Privatermittlungsrecht des Geschädigten gehöre zum Recht auf ein faires Verfahren. Dieser Verfahrensgrundsatz ist nicht im Hinblick auf den Geschädigten, sondern als eigentliches „Beschuldigtenrecht“ konzipiert, weshalb sein Gewährleistungsinhalt nicht ohne weiteres auf den Geschädigten übertragen werden kann, vgl. zum Entstehungszusammenhang des konventionsrechtlichen Anspruchs auf ein faires Verfahren GAEDE, S. 339 ff. m.w.N.

³²¹ BOMMER, S. 156; GRUHL, DuD 2005, 399, 400 f.; HAURI, S. 120; HASSEMER/MATUSSEK, S. 10; KILCHLING, NSTz 2002, 57 ff.; WEISHAUP, S. 211.

³²² Vgl. die Darstellung der Verfahrensrechte des Geschädigten bei HASSEMER/MATUSSEK S. 21; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 7 ff.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 63 N 9 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, 515 ff.

³²³ Vgl. zu Verfahrens- und Beteiligungsrechten des Opfers nach dem Opferhilfegesetz Art. 8 OHG und de lege ferenda Art. 37 E-OHG; BGE 124 IV 137 ff.; 131, IV 183, 185 ff.; BOMMER, S. 34 ff.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 4 ff.; HOFER, ZStrR 120 (2002), 107, 116 ff.; KOLLY, FZR 1994, 32 ff.; MAURER, ZBJV 2000, 305, 315 f.; PIQUEREZ, N 460 ff.; WEDER, ZStrR 113 (1995), 39 ff.; WEISHAUP, S. 211 ff.; vgl. zur den Verfahrensrechten des Verletzten im deutschen Strafverfahren §§ 406d-406h dStPO; BEULKE, Strafprozessrecht, N 602; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 63 N 9 ff. m.w.N.

vater Straftatermittlungen nutzbar gemacht werden kann³²⁴ – als eine verbindliche Legitimationsgrundlage für ein strafprozessuales Ermittlungsrecht des Geschädigten scheint sie daher wenig tauglich.

V. Verfassungsrechtliche Legitimation in Deutschland: Das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ als Grundlage eines Privatermittlungsrechts?

Im deutschen strafprozessualen Schrifttum ist der Problematik der Zulässigkeit privater Ermittlungen sogleich Verfassungsschwere verliehen und Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zur rechtlichen Absicherung eines Ermittlungsrechts Privater herangezogen worden. Etabliert hat sich dabei die Auffassung, die private Ermittlungstätigkeit sei eine Ausprägung des verfassungsrechtlichen „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“, das den Bürger zur aktiven Teilnahme am Strafprozess berechtige und für den Straftatverletzten unter anderem bedeute, dass dieser sein strafrechtliches Genugtuungsinteresse durch eigene Ermittlungen über Tat und Täter verfolgen dürfe.³²⁵ Ausgangspunkt dieser Einschätzung ist eine Untersuchung KREYS zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, in der dieser auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts Bezug nimmt und dessen Gründe für die Zulässigkeit von Privatermittlungen als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Verletzten fruchtbar macht.³²⁶ Weitere Vertreter des strafprozessualen Schrifttums haben sich dieser Auffassung nachfolgend angeschlossen³²⁷ und damit zu ihrer Verbreitung beigetragen; dieser Entwicklung sollen die nachfolgenden Erwägungen entgegen gesetzt werden.

1. Der Rechtsbeistandsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 38, 105)

Im so genannten „Rechtsbeistandsbeschluss“ aus dem Jahre 1974 hat das Bundesverfassungsgericht die verfahrensmässige Selbständigkeit des Bürgers zum Verfahrensgebot erhoben und ein Recht des Bürgers auf „aktive

³²⁴ Vgl. zur Herleitung einer Ermittlungsbefugnis des Verletzten aus dessen Rechtsstellung im Strafverfahren KREY, S. 27 ff.; MORATH, S. 21 ff.; zum gegenteiligen Ergebnis ebenfalls aufgrund der Rechtsstellung des Verletzten kommen MENDE, S. 148 ff.; HASSEMER/MATUSSEK, S. 16 ff.

³²⁵ BOCKEMÜHL, S. 32 f.; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 527; KREY, S. 23 ff.; kritisch zum Anspruch des Verletzten auf Beteiligung am Strafverfahren VOLCKART, JR 2005, 181, 186.

³²⁶ KREY, S. 23 ff.

³²⁷ Vgl. BOCKEMÜHL, S. 33 Fn. 85; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 527.

Teilnahme an dem ihm zukommenden Rechtsschutz“ anerkannt. Das Gericht hatte über Verfassungsbeschwerden zu befinden betreffend die Rechtsstellung des Zeugen, der vor dem Richter im Beistand eines Rechtsanwalts aussagen will, und in diesem Zusammenhang auch die Zulässigkeit der Zurückweisung des von ihm beauftragten Rechtsanwalts von der Vernehmung zu behandeln.³²⁸ Im deutschen Schrifttum wird zur Begründung eines Ermittlungsrechts des Geschädigten im Wesentlichen folgende Passage dieses Beschlusses angeführt:

„Ein Zeuge darf ungeachtet seiner prozessualen Funktion als Beweismittel nicht zum blossen Objekt eines Verfahrens gemacht werden. Zwar gehört er nicht zu den „Parteien“ des Verfahrens. Seine passive Rolle im Verfahren lässt jedoch unberührt, dass der durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsbereich des Zeugen den Einwirkungen des Verfahrensrechts und seiner Anwendung durch die Verfahrensbeteiligten entzogen ist. (...) Der rechtsstaatliche Gehalt des in Art. 1 Abs. 1 GG wurzelnden Grundsatzes, dass über die Rechte des Einzelnen nicht kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt werden darf, liegt in der aktiven Teilnahme des Bürgers an dem ihm zukommenden Rechtsschutz.“³²⁹

2. Die Unmassgeblichkeit des Rechtsbeistandsbeschlusses für private Ermittlungen

Nicht zu bestreiten ist, dass sich der Geschädigte in einem anhängigen Untersuchungsverfahren, die rechtliche und faktische Zugriffsmöglichkeit der Strafverfolgungsbehörden vorausgesetzt, typischerweise in der strafverfahrensrechtlichen Rolle des Zeugen wieder finden wird, die ihn zu einem strafprozessualen Beweismittel macht und strafverfahrensrechtlichen Zeugnispflichten unterwirft.³³⁰ Gegen die bislang praktizierte umstandlose Übertragung des Rechtsbeistandsbeschlusses auf die Problematik des Privatermittlungsrechts des Geschädigten sind jedoch erhebliche Einwände geltend zu machen, die sich bei sachgerechter Würdigung der gerichtlichen Erwägungen aufdrängen.

a) Fehlender obrigkeitlicher Zugriff

Zum einen ist festzustellen, dass die zitierte Passage des Beschlusses für eine prinzipielle Legitimation von Privatermittlungen des Geschädigten

³²⁸ BVerfGE 38, 105, 106.

³²⁹ BVerfGE 38, 105, 114.

³³⁰ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 20 ff.; JABORNIGG, S. 22 ff.

auch insoweit herangezogen wird, als die Strafverfolgungsbehörden noch kein Untersuchungsverfahren eingeleitet, ein Untersuchungsverfahren eingestellt oder ein Untersuchungsverfahren abgelehnt haben.³³¹ Jedenfalls für derartige Formen privater Ermittlungen kann nun aber mangels obrigkeitlicher Beteiligung im Zeitpunkt der Vornahme der Ermittlungshandlungen des Geschädigten ersichtlich gar keine Rede davon sein, dass im Sinne des Beschlusses „über die Rechte des Einzelnen kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt“ wird oder der Geschädigte „den Einwirkungen des Verfahrensrechts und seiner Anwendung durch die Verfahrensbeteiligten“ aktuell ausgesetzt ist.

b) Inkongruenz von Privatermittlungsrecht und Recht auf Rechtsbeistand

Strikt bezogen auf den der Entscheidung zugrunde liegenden Lebenssachverhalt³³² begründet das Bundesverfassungsgericht ein Recht des Zeugen auf einen Rechtsbeistand zudem damit, dass die Lage des Zeugen, der sich in Erfüllung seiner allgemeinen staatsbürgerlichen Zeugenpflichten der Gefahr der eigenen Strafverfolgung aussetzt, enge Bezüge zu der Situation des Beschuldigten aufweise.³³³ Vor *diesem* Hintergrund ist betont worden, dass die Rechtsprechung seit langem das Recht des Zeugen, etwaige Verfehlungen geheim zu halten, als ein Persönlichkeitsrecht anerkenne.³³⁴ Zur sachgerechten Ausübung *dieses* Rechts wurde sodann unter Verweis auf den rechtsstaatlichen Gehalt des Art. 1 Abs. 1 GG das Recht des Einzelnen auf aktive Teilnahme an dem ihm zukommenden Rechtsschutz anerkannt, das das Recht des Zeugen beinhaltet, bei seiner Vernehmung einen Rechtsbeistand zur Wahrnehmung seiner prozessualen Befugnisse zu verpflichten. Das Bundesverfassungsgericht wollte damit letztlich die selbständige und sachgerechte Entscheidung über die Ausübung und Nichtausübung des Auskunftsverweigerungsrechts sicherstellen.³³⁵

Der Geschädigte verfolgt mit Privatermittlungen jedoch typischerweise eine ganz andere Zielrichtung, nämlich die Verwirklichung eigener Genugtuungsinteressen und etwaiger Ersatzansprüche sowie die dazu erforderli-

³³¹ Vgl. BOCKEMÜHL, S. 35; KREY, S. 31 f.

³³² Die Beschwerdeführer behaupteten, sie seien im Zuge des gegen ihren Institutsleiter anhängigen Disziplinarverfahrens nach eigenen Verfehlungen befragt worden, um sie zu beeinflussen und selbst einem Strafverfahren oder dienstrechtlichen Massnahmen auszusetzen, vgl. BVerfGE 38, 105, 107.

³³³ BVerfGE 38, 112.

³³⁴ BVerfGE 38, 105, 114.

³³⁵ Vgl. BVerfGE 38, 105, 113, 115.

che Beweissicherung, nicht aber vorrangig die Verteidigung seiner Zeugenrechte als eventuell potentiell gar selbst Beschuldigter. Es ist überdies nicht ansatzweise zu erkennen, weshalb dem Geschädigten in der (potentiellen) Rolle des Zeugen selbst in Ansehung der Gefahr eigener Belastung und damit zur Gewährleistung seiner Geheimhaltungsinteressen ein umfassendes, aktives Ermittlungsrecht als Ausfluss eines „Rechts des Einzelnen auf aktive Teilnahme an dem ihm zukommenden Rechtsschutz“³³⁶ zugestanden werden müsste. Vielmehr leitete das Bundesverfassungsgericht seine Erwägungen im Rechtsbeistandsbeschluss mit der – aus heutiger Sicht allzu apodiktischen – Klarstellung ein, dass der Zeuge *kein* selbständiges Ziel in dem gegen einen anderen gerichteten Verfahren verfolge und ihm *Rechte zur Verfahrensgestaltung nicht zustehen*.³³⁷

c) Ergebnis

Die Würdigung des Sach- und Sinnzusammenhangs des Rechtsbeistandsbeschlusses lässt hervortreten, dass das Recht des Bürgers zur aktiven Teilnahme an dem ihm zukommenden Rechtsschutz als rechtsstaatlicher Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht zur Legitimation eines systematischen Privatermittlungsrechts des Geschädigten herangezogen werden kann. Das vom Bundesverfassungsgericht im Rechtsbeistandsbeschluss betonte grundrechtliche Gebot, wonach der Zeuge ungeachtet seiner prozessualen Funktion als Beweismittel nicht zum blossen Objekt eines Verfahrens degradiert werden darf,³³⁸ bedingt dem Kontext der Beschlussfindung nach kein umfassendes Privatermittlungsrecht des Zeugen. Eine Sentenz des Rechtsbeistandsbeschlusses mag den Befürwortern eines Privatermittlungsrechts des Geschädigten „passend“ erschienen sein – dies hat sie aber offenbar auch dazu verleitet, den konkreten Zusammenhang der Aussage hintanzusetzen.

3. Schutzgehalt und Wirkungsrichtung des verfassungsrechtlichen „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“

Zurückzuweisen ist jedoch nicht allein die vom Schrifttum bevorzugte Lesart des Rechtsbeistandsbeschlusses. Entscheidend ist vielmehr, dass die rechtstechnische Konzeption des Schrifttums, Ermittlungen des Geschädigten dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu unterstellen, der

³³⁶ BVerfGE 38, 105, 114.

³³⁷ BVerfGE 38, 105, 112.

³³⁸ BVerfGE 38, 105, 114 f.

allgemeinen verfassungsrechtlichen Dogmatik zu Art. 2 Abs. 1 GG widerspricht. Dies zeigt ein Exkurs zur Handhabung und Ausdeutung des Art. 2 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht und zur daraus folgenden Abgrenzung der nach Schutzbereich und Wirkungsrichtung unterschiedlichen Grundrechtsgarantien der allgemeinen Handlungsfreiheit einerseits und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts andererseits.

a) Die allgemeine Handlungsfreiheit

Der Entstehungsgeschichte, der Teleologie und der radikalen sprachlichen Fassung des Art. 2 Abs. 1 GG wird nach herrschender Auffassung durch sein Verständnis als „allgemeine Handlungsfreiheit“ Rechnung getragen, die alle menschlichen Verhaltensweisen umfasst.³³⁹ Ein Spannungsausgleich zwischen verschiedenen Grundrechten und freiheitlichen Interessen findet nicht auf der Tatbestandsebene, sondern erst in einem zweiten Schritt bei der Rechtfertigung des staatlichen Eingriffs auf der Schranken-ebene des Grundrechtes statt.³⁴⁰ Mit dieser uferlos weiten Schutzbereichsdefinition wird es möglich, jedenfalls bei der Bestimmung des Schutzzumfangs auf die Qualifikation einzelner Handlungen des Grundrechtsträgers nach ihrer Erheblichkeit für die Persönlichkeitsentfaltung zu verzichten. Denn es sollte – gerade auch mit Blick auf die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG – nicht ein staatlicherseits festgeschriebenes Persönlichkeitsbild massgeblich sein, das die Bewertung von Handlungen durch den Grundrechtsträger vorausnimmt, sondern Raum gelassen werden für den Selbstentwurf des Menschen nach seinem freien, eigenen Willen.³⁴¹ Aus diesem Grund schützt Art. 2 Abs. 1 GG menschliches Verhalten im weitesten Sinne, ohne dass es einen besonders prägenden Bezug zur Entfaltung der Individualpersönlichkeit aufweisen muss:³⁴² „Die allgemeine Handlungsfreiheit ist die Freiheit, zu tun und zu lassen, was man will.“³⁴³ Zum sachlichen Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit

³³⁹ Grundlegend BVerfGE 6, 32, 36 (Elfes-Urteil); seither ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfGE 20, 150, 154; 55, 159, 165; 90, 145, 171; 97, 332, 340; ALEXY, S. 309; DUTTGE, S. 50 ff.; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 118 f.; KUBE, JuS 2003, 111 ff.; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 12; MAUNZ/DÜRIG-DÜRIG (Stand 1958), Art. 2 GG N 4 f.; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 12.

³⁴⁰ Vgl. BVerfGE 90, 145, 171 f.; 97, 332, 341; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 13 m.w.N.

³⁴¹ KUBE, JuS 2003, 111; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 13; ganz anders die schweizerische Grundhaltung, dazu HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 118 ff.

³⁴² BGHZ 24, 72, 78; ALEXY, S. 310; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 22; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 118 f.; KUBE, JuS 2003, 111; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 16; SACHSMURSWIEK, Art. 2 GG N 42, 52; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 12.

³⁴³ ALEXY, S. 311; vgl. auch BVerfGE 49, 15, 23; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 22; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 119.

gehört daher sowohl die Freiheit zu Betätigungen jedweder Art und Güte, als auch das Recht des Grundrechtsträgers, an diesen Betätigungen nicht gehindert zu werden, also von staatlichen Eingriffen in Handlungen grundsätzlich frei zu sein.³⁴⁴

Damit wird Art. 2 Abs. 1 GG in der Grundrechtssystematik des Grundgesetzes zwangsläufig eine sachliche Auffangfunktion zugewiesen: Die allgemeine Handlungsfreiheit ist überall dort anwendbar, wo ein spezielles Grundrecht nicht einschlägig ist. Sie ist dazu geeignet und nach deutschem Grundrechtsverständnis auch gerade dazu bestimmt, die notwendig lückenhaft bleibenden besonderen Grundrechtsgarantien zu ergänzen und so letztlich ein geschlossenes System grundrechtlich geschützten Verhaltens herzustellen, vor dem sich öffentliche Gewalt zu rechtfertigen hat.³⁴⁵ Art. 2 Abs. 1 GG ist damit nicht nur die verfassungsrechtliche Verbürgung dafür, dass die freie Entfaltung des Menschen diesem selbst zu überlassen ist, sondern er steht zugleich für das grundlegende Bekenntnis zur Vorrangstellung individueller Freiheit im Staat.³⁴⁶

b) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Die Interpretation der freien Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG als eine menschliche Handlungsfreiheit im umfassendsten Sinne bedingt eine sehr weitgehende Beschränkbarkeit des Grundrechts auf der Schrankenebene. Ein adäquater Schutz von Freiheiten mit Bezug zur Menschenwürdegarantie allein durch Art. 2 Abs. 1 GG ist damit praktisch nicht zu realisieren.³⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb in der Verfassungspraxis ein von der allgemeinen Handlungsfreiheit abgehobenes und gewissermassen zwischen Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG stehendes, richterrechtliches Grundrecht geschaffen, das im Anschluss an die zivilrechtliche Rechtsprechung³⁴⁸ als verfassungsrechtlich gewährleistetetes „allgemeines Persönlichkeitsrecht“ bezeichnet wird.³⁴⁸ Rechtssystematisch

³⁴⁴ DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 27; vgl. BVerfGE 49, 15, 23; ALEXY, S. 310 f.; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 12, 16; vgl. aber zu möglichen Abstufungen bei der Beeinträchtigungintensität von staatlichen Verbotensanordnungen ALEXY, S. 319 f.

³⁴⁵ BVerfGE 6, 32, 37; 65, 297, 303; 80, 137, 154; ALEXY, S. 310 ff.; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 22; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 118 f.; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 15; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 12; vgl. zu den Einwänden des Schrifttum gegen das weite Schutzbereichsverständnis des Art. 2 Abs. 1 GG die kritische Darstellung bei ALEXY, S. 313 ff. m.w.N. KUBE, JuS 2003, 111; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 13 f.

³⁴⁶ Vgl. BVerfGE 54, 148, 153; KUBE, JuS 2003, 111, 114 ff.; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 18; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 30; vgl. auch HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 119.

³⁴⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 6, 389, 433; 34, 238, 245; 42, 234, 236; 54, 148, 153; 80, 367, 373 f.; 90, 255, 259; 100, 313, 358; 101, 106, 121; ALEXY, S. 333; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N

bleibt das allgemeine Persönlichkeitsrecht allerdings nach wie vor Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet. Der Menschenwürdesatz des Art. 1 Abs. 1 GG hat die Funktion einer programmatischen Auslegungs- und Richtlinie zur Bestimmung der Reichweite und Grenzen des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ohne aber das eigentlich betroffene Grundrecht zu sein.³⁴⁹

Im Gegensatz zum uferlos weiten Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesichts der zunehmenden Nähe zur Menschenwürde enger gezogen: Es sind Tatbestände erfasst, „die der Sicherung personaler Autonomie im Sinne eines Integritätsschutzes dienen.“³⁵⁰ Geschützt wird hier, soweit dieser Schutz nicht bereits durch Spezialgrundrechte gewährleistet ist, der seinsbezogene Zustand der Person im Unterschied zum handlungsbezogenen Tun.³⁵¹ Diese Erweiterung um den Schutz von Zuständen der Person im Sinne eines Rechts auf Integrität der Persönlichkeit ist der eigentliche Gegenstand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: Im Ausgangspunkt schützt es vor dem unbefugten Eingriff in einen „bereits materialisierten oder gefestigten Status“ und garantiert so einen „grundrechtlich abgeschirmten Bereich freier Entfaltung“.³⁵² Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat den abstrakten Schutzgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht abschliessend umschrieben, sondern anhand des zu entscheidenden Falles verschiedene konkretere Schutzgüter herausgearbeitet und im Verlaufe der Zeit um jeweils neue Teilgehalte ergänzt. Inzwischen sind als konkrete Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts insbesondere das Recht auf Privat-, Ge-

68; DUTTGE, S. 52 f.; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 127 f., 143; SACHS-MURSWIEK, Art. 2 GG N 60; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 N 30.

³⁴⁹ ALEXY, S. 333; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 68; DUTTGE, S. 90; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 128; SACHS-MURSWIEK, Art. 2 GG N 63; in diese Richtung auch BVerfGE 27, 344, 350 f.; 34, 238, 245; 54, 148, 153; 79, 256, 268; eingehend zum Privatsphärenschutz DUTTGE, S. 52 ff.; ROHLF, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, passim, insbesondere S. 70 ff., 192 ff.

³⁵⁰ BVerfGE 54, 148, 153; DORF, NJW 2006, 951, 952; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 22 ff., 68; DUTTGE, S. 52 ff., 83; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 N 129, 131, 147; SACHS-MURSWIEK, Art. 2 GG N 61; SCHMIDT, JZ 1974, 241, 247; eine abschliessende Definition des Schutzbereichs wird von der Rechtsprechungspraxis nicht angestrebt, im Gegenteil wird die Entwicklungsoffenheit betont, vgl. BVerfGE 54, 148, 153 f.; 72, 155, 170; 79, 256, 268; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 147.

³⁵¹ Vgl. BVerfGE 54, 148, 153; ALEXY, S. 333; DORF, NJW 2006, 951, 952; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 23; DUTTGE, S. 83; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 131; SACHS-MURSWIEK, Art. 2 GG N 59 f.

³⁵² DEGENHART, JuS 1992, 361; ebenso DORF, NJW 2006, 951, 952; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 23, 70; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 129, 149; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 11.

heim- und Intimsphäre, das Recht am eigenen Bild und am gesprochenen Wort, die nach aussen gerichtete Selbstdarstellung sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung anerkannt.³⁵³

c) **Abgrenzung von allgemeiner Handlungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht**

Während sich die allgemeine Handlungsfreiheit auf jedes nur erdenkliche Verhalten des Grundrechtsträgers bezieht, ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht gleichsam das passive Element der freien Entfaltung der Persönlichkeit.³⁵⁴ Auf der einen Seite wird die Verhaltensfreiheit gewährleistet, auf der anderen Seite ein Schutz vor dem Zugriff auf all das, wodurch sich die Verhaltensfreiheit nach aussen hin manifestiert.³⁵⁵ Beide Ausprägungen des Art. 2 Abs. 1 GG sind notwendige, einander ergänzende Grundbedingungen einer freien Entfaltung der Persönlichkeit, wenn man diese als umfassendes allgemeines Freiheitsrecht begreift. Der grundrechtliche Schutz darf sich dann nicht auf Handlungen beschränken, sondern er muss auf Zustände und Rechtspositionen des Grundrechtsträgers ausgedehnt werden.³⁵⁶ Zwar hat auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Aktivitätskomponente, soweit es die „private Sphäre als Handlungssphäre“ schützt.³⁵⁷ Damit ist jedoch der Sache nach das Recht gemeint, eine Privatsphäre zu begründen und sie vor staatlicher Einsichtnahme anderer zu bewahren, so dass die Integrität der Privatsphäre als eigentlicher Schutzgegenstand im Vordergrund steht.³⁵⁸ Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt die Produktion von „Daten über die Lebensführung im weiten Sinne“, während das allgemeine Persönlichkeitsrecht als klassisches Abwehrrecht vor der Erforschung dieser „Daten“, vor ihrer Kenntnisnahme sowie vor ihrer Ent-

³⁵³ BVerfGE 54, 148, 154; ALEXY, S. 333 f.; DUTTGE, S. 52 ff., 83; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 69; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 147 ff.; vgl. zur „Entwicklungsoffenheit“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts BVerfGE 72, 155, 170; 79, 256, 268; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 147 m.w.N.

³⁵⁴ Vgl. BVerfGE 54, 148, 153 f.; ALEXY, S. 333; DEGENHART, JuS 1992, 361 ff.; DORF, NJW 2006, 951, 952; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 23; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 128.

³⁵⁵ Vgl. DEGENHART, JuS 1992, 361 f.; DORF, NJW 2006, 951, 952; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 23; DUTTGE, S. 83; JARASS, NJW 1989, 857, 859; SCHMIDT, JZ 1974, 241, 247; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 128 f.

³⁵⁶ ALEXY, S. 311; vgl. auch DEGENHART, JuS 1992, 361; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 25; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 129; ähnlich JARASS, NJW 1989, 857, 859.

³⁵⁷ Vgl. BVerfGE 54, 148, 153; ALEXY, S. 333; DEGENHART, JuS 1992, 361; DUTTGE, S. 83 f.; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 129; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 32.

³⁵⁸ Vgl. BVerfGE 27, 1, 6; 54, 148, 153; DUTTGE, S. 83; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 32; ähnlich JARASS, NJW 1989, 857, 859; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 129, 149; DEGENHART, JuS 1992, 361 f.

stellung und Verfälschung schützt.³⁵⁹ Das Schrifttum hat diese zwei komplementären Schutzgehalte des Art. 2 Abs. 1 GG auf die prägnante Kurzformel gebracht: Die allgemeine Handlungsfreiheit bietet Aktivitätsschutz und das allgemeine Persönlichkeitsrecht Integritätsschutz.³⁶⁰

d) Die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht für private Ermittlungen

Bezogen auf die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Privatermittlungsrechts des Geschädigten führen die vorstehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Ausgangspunkt der Kritik zurück: Das Privatermittlungsrecht des Geschädigten kann nicht in Anlehnung an den Rechtsbeistandsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder als Teil des Rechts des Einzelnen auf aktive Teilnahme an dem ihm zukommenden Rechtsschutz begriffen werden. Zwar liesse sich einwenden, wenigstens im Falle der Parallelermittlungen von Geschädigtem und Strafverfolgungsbehörden drohe dem Geschädigten zugleich eine Einsichtnahme in seinen grundsätzlich abgeschirmten Bereich privater Lebensgestaltung und insoweit sei das allgemeine Persönlichkeitsrecht einschlägig. Dies mag zutreffen, soweit die Strafverfolgungsbehörden den Geschädigten ihrerseits im Zuge der Ermittlungen als Beweisperson aufbieten oder sich über dessen Lebensführung und Handlungsweisen Kenntnis verschaffen wollen. Die hier entscheidende Frage der Zulässigkeit privater Ermittlungen durch den Geschädigten weist aber in eine ganz andere Richtung. Bei einem Ermittlungsrecht des Geschädigten geht es nicht um einen Schutz seiner Integrität vor staatlicher Einsichtnahme, sondern im Gegenteil darum, ob der privat ermittelnde Geschädigte *seinerseits* auf Daten über die Lebensführung zugreifen darf, die *Dritte* in Wahrnehmung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit geschaffen haben. Die danach gebotene Zuordnung des Privatermittlungsrechts unter den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit wird umso deutlicher, wenn gedanklich ein staatlich verordnetes Verbot privater Ermittlungen

³⁵⁹ DEGENHART, JuS 1992, 361 ff. mit einem Überblick über die einschlägigen Fallkonstellationen; DORF, NJW 2006, 951, 952; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 23; JARASS, NJW 1989, 857, 859; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 128.

³⁶⁰ DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 23 mit Übernahme der in der zivilrechtlichen Literatur verwendeten Termini, vgl. die Nachweise bei DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 23, Fn. 78; ähnlich ALEXY, S. 333; DORF, NJW 2006, 951, 952; LAUFS/REILING, NJW 1994, 775, 776 bezogen auf das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht; vgl. zur Spezialität des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit BVerfGE 54, 148, 153; DUTTGE, S. 90.

gen des Geschädigten unterstellt wird:³⁶¹ Eingeschränkt ist dann die Freiheit des Geschädigten, bestimmte Handlungen, nämlich eigene Ermittlungen, weiterhin ausüben zu dürfen – seine personale Integrität jedoch und mithin sein allgemeines Persönlichkeitsrecht bleibt unberührt.

4. Ergebnis

Bei Einbeziehung der verfassungsrechtlichen Dogmatik zu Art. 2 Abs. 1 GG tritt hervor, dass Privatermittlungen des Geschädigten nicht etwa durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht abgesichert sind, sondern allenfalls dem durch die allgemeine Handlungsfreiheit garantierten Aktivitätsschutz unterstehen, soweit im konkreten Fall kein Spezialgrundrecht einschlägig ist.³⁶² Mit dieser Herauslösung privater Ermittlungen aus dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Subsumtion unter die allgemeine Handlungsfreiheit geht dann allerdings eine weitergehende Beschränkbarkeit solcherart grundrechtlich geschützter Tätigkeiten einher: Der Grundrechtsträger hat einen Ausgleich des weiten Schutzbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit auf der Schrankenebene hinzunehmen und er müsste insbesondere mit einem Verbot von Privatermittlungen leben, „wenn der Staat plausible Gründe für die Einschränkung dieser Freiheit anführen kann.“³⁶³

VI. Verfassungsrechtliche Legitimation in der Schweiz

1. Private Ermittlungen als Bestandteil der „persönlichen Freiheit“?

Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive heraus drängt sich die Frage auf, ob in der Schweiz private Ermittlungen durch den Geschädigten vom Schutzbereich der „persönlichen Freiheit“ umfasst ist, die ihrem Gewähr-

³⁶¹ Vgl. zu Beeinträchtigungen des Art. 2 Abs. 1 GG durch direkt an den Grundrechtsträger gerichtete staatliche Verbote DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 50 m.w.N.

³⁶² Im Ergebnis ebenso GÖTTING, S. 276.

³⁶³ Vgl. MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 14; vgl. zu den Grundrechtsbegrenzungen durch die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG ALEXY, S. 312; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 52 ff.; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 119; MAUNZ/DÜRIG-DI FABIO, Art. 2 GG N 37, 39 ff.; MERTEN, JuS 1976, 345, 346; SACHS-MURSWIEK, Art 2 GG N 89 ff. jeweils m. w. N.; kritisch zur weiten Auslegung der Schrankentrias, die das Grundrecht der völligen Disposition des Gesetzgebers ausgeliefert habe RUPP, Gutachten DJT, S. 195 f.; vgl. zur Kompensation der weiten Schutzbereiche der Grundrechte durch ein weites Schrankenverständnis MÖLLERS, NJW 2005, 1973 ff.

leistungsinhalt nach dem deutschen Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zumindest nahe steht.³⁶⁴

a) Der Gewährleistungsinhalt des Art. 10 Abs. 2 BV

Im Zentrum des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes steht Art. 10 Abs. 2 BV, der jedem Menschen das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit garantiert. Dieses verfassungsmässige „Recht auf persönliche Freiheit“ hat ausdrücklich erst mit der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Bundesverfassung vom 18. April 1999 Eingang in den Grundrechtskatalog gefunden. Das Bundesgericht hatte zwar bereits im Jahre 1963 ein ungeschriebenes Grundrecht der persönlichen Freiheit richterrechtlich anerkannt. Jenes ist mit dem heutigen Art. 10 Abs. 2 BV trotz der Gleichnamigkeit allerdings nicht identisch; vielmehr ist die „persönliche Freiheit“ im früheren, umfassenden Sinne inzwischen in spezifische Grundrechtsbestimmungen der neuen Bundesverfassung aufgefächert worden, die einzelne Elemente der vorherigen „persönlichen Freiheit“ regeln.³⁶⁵ Dennoch kann die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV nach wie vor als das grundlegende Freiheitsrecht bezeichnet werden, das über die ausdrücklich genannten Verbürgungen hinaus weitere Bereiche garantiert.³⁶⁶ Die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV stellt daher eine Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit dar, „die weiterhin auch all jene Freiheiten umfasst, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeit darstellen und ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit erlauben.“³⁶⁷

³⁶⁴ Vgl. die rechtsvergleichende Darstellung bei DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 19; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 118 ff.

³⁶⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 1 BV (Recht auf Leben); Art. 10 Abs. 3 BV (Körperliche Integrität); Art. 31 BV (Bewegungsfreiheit); Art. 13 BV (geistige Unversehrtheit); BGE 127 I 6, 11 f.; vgl. J.P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, S. 7, 10 zum Begriff des „Persönlichkeitsschutzes des Verfassungsrechts“ als neuer, zusammenfassender Begriff für alle früher durch das ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit garantierten Rechte; vgl. zu den Wandlungen des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes auch HUBER, SJZ 69 (1973), 113 ff.; vgl. zur Gewährleistung der persönlichen Freiheit durch kantonale Grundrechte WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, S. 11 ff.

³⁶⁶ BGE 127 I 6, 12.

³⁶⁷ BGE 127 I 6, 12 zu Art. 10 Abs. 2 BV in Fortsetzung der Rechtsprechung zum ungeschriebenen Grundrecht der persönlichen Freiheit, vgl. BGE 103 Ia 293, 295; 108 Ia 59, 60; 115 Ia 234, 246; 118 Ia 305, 315; 123 I 112, 118; vgl. HUTZLI, S. 207; J.P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, S. 42 f.; SCHWEIZER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 43 N 20.

b) **Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG**

Die durch Art. 10 Abs. 2 BV gewährleistete persönliche Freiheit ist ebenso wie das frühere ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit deutlich abzugrenzen gegenüber einer allgemeinen Handlungsfreiheit, die menschliches Verhalten in umfassendem Sinne schützt.

aa) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Im Jahre 1971 umschrieb das Bundesgericht den Schutzbereich der persönlichen Freiheit zunächst ausserordentlich weit.³⁶⁸ Ausgehend von einer Werteordnung, welche die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums in den Vordergrund stellte, führte das Bundesgericht aus, dass die in diesem Sinne institutionell verstandene persönliche Freiheit als verfassungsrechtlicher Leitgrundsatz alle Freiheiten gewährleiste, welche elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellten;³⁶⁹ sie biete auf diese Weise einen „umfassenden Grundrechtsschutz“ und wirke überdies „als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht in dem Sinne komplementär, als sich der Bürger in Fällen, in denen kein dem geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörendes Freiheitsrecht in Frage steht, zum Schutz seiner Persönlichkeit und Menschenwürde auf sie berufen [könne]“;³⁷⁰ die persönliche Freiheit schütze den Bürger auch in seiner Freiheit, „über seine Lebensweise zu entscheiden, insbesondere seine Freizeit zu gestalten, Beziehungen zu seinen Mitmenschen zu knüpfen und sich Kenntnis über das Geschehen in seiner näheren und weiteren Umgebung zu verschaffen.“³⁷¹

Teile der Lehre deuteten diese Interpretation des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit kritisch als eine tendenzielle Annäherung an die bundesdeutsche Praxis.³⁷² Das Bundesgericht sah sich daraufhin zu einer Präzisierung veranlasst, mit der es von der ursprünglichen Ausdehnung des Schutzbereichs Abstand nahm und klarstellte:

³⁶⁸ Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung die Darstellungen bei HÄFELIN/HALLER, N 336 ff., 355 ff.; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 114 ff.; HUTZLI, S. 145 ff.

³⁶⁹ BGE 97 I 45, 49 f.; HÄFELIN/HALLER, N 357; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 115 f.; HUTZLI, S. 207; J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, S. 9 ff.; DERS., ZSR 91 (1972), 209 ff.

³⁷⁰ BGE 97 I 45, 49 f.; dazu HUTZLI, S. 207 mit Fn. 165; J.P. MÜLLER, ZSR 91 (1972), 209, 211 ff.

³⁷¹ BGE 97 I 839, 842; HÄFELIN/HALLER, N 357; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 115 f.

³⁷² HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 118 ff.; J.P. MÜLLER, ZSR 91 (1972), 209, 211 ff.; vgl. BGE 101 Ia 336, 346 f.; HÄFELIN/HALLER, N 359.

„Im Zuge der Entwicklung dieser neueren Praxis wurden in einzelnen Urteilsbegründungen sehr weitgehende Formulierungen gewählt. [...] Auf jeden Fall umfasst auch die in neueren Urteilen vorgenommene Erweiterung des Schutzbereichs dieses Grundrechts sinngemäss nicht jede noch so nebensächliche Wahl- oder Betätigungsfreiheit des Menschen. [...] Auch im Rahmen des [...] Grundrechts der persönlichen Freiheit schützt das Bundesgericht nur elementare Möglichkeiten, die für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlich sind und jedem Menschen zustehen sollten.“³⁷³

In ausdrücklicher Abgrenzung zu Art. 2 Abs. 1 GG als umfassendes „Aufsicht Grundrecht“ brachte das Bundesgericht zudem ab 1975 zum Ausdruck, dass die persönliche Freiheit „nicht die Funktion einer allgemeinen Handlungsfreiheit [habe], auf die sich der einzelne gegenüber jedem staatlichen Akt, der seine persönliche Lebensgestaltung auswirkt, berufen kann“; eine Grenzziehung sei daher notwendig.³⁷⁴

bb) Die Haltung der Literatur

In der Literatur ist in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Praxis die Auffassung vorherrschend, die persönliche Freiheit des Art. 10 Abs. 2 BV schütze alle Rechte, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen, sie vermittele aber keine allgemeine Handlungsfreiheit.³⁷⁵ Vereinzelt wird der Schutzbereich allerdings auf die freie Bestimmung über die Freizeitgestaltung erstreckt und damit überaus grosszügig gefasst.³⁷⁶ Insoweit ist kritisch zu bemerken, dass eine solche Schutzbereichsdefinition – jedenfalls solange sie derart allgemein gehalten ist – faktisch eine Erweiterung des sachlichen Gewährleistungsinhalts fortführt, die das Bundesgericht ab 1975 explizit hatte aufgeben wollen. Zweifelhaft ist überdies, wie die Einbeziehung des uferlosen Rechts zur selbstbestimmten „Freizeitgestaltung“ mit der zugleich erhobenen Forderung vereinbar sein soll, das Grundrecht keinesfalls einer allgemeinen

³⁷³ BGE 101 Ia 336, 346 f.; 114 Ia 216, 220; 115 Ia 234, 246; 119 Ia 460, 474; 133 I 58, 66; HÄFELIN/HALLER, N 359; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 83.

³⁷⁴ Vgl. BGE 102 Ia 325; 107 Ia 52, 56; 112 Ia 97, 100; 114 Ia 216, 220; 115 Ia 234, 246; 119 Ia 460, 474; 127 I 6, 11; 130 I 369, 373; 133 I 58, 66; HÄFELIN/HALLER, N 359; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 83.

³⁷⁵ Vgl. HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 120 ff.; J.P. MÜLLER, ZSR 91 (1972), 209, 216 ff.; RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1154; SCHWEIZER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 43 N 20; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 24; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 83; wohl auch HÄFELIN/HALLER, N 357 f.

³⁷⁶ In diesem Sinne RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1209; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 26.

Handlungsfreiheit gleichzusetzen und klare Konturen des Schutzbereichs zu bewahren.³⁷⁷

c) **Bundesgerichtliche Kasuistik zum Schutzbereich der persönlichen Freiheit**

Die konkretisierungsbedürftige Umgrenzung des sachlichen Schutzbereichs der „persönlichen Freiheit“ lässt zugleich hervortreten, dass sich das Grundrecht einer abstrakt-generellen definitiven Festlegung weitgehend entzieht, weil es sich in einer Vielzahl menschlicher Lebensbeziehungen entfaltet.³⁷⁸ Die notwendige Grenzziehung kann daher nur fallweise unter besonderer Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs und der konkreten Situation des Betroffenen erfolgen.³⁷⁹ Immerhin kann die reichhaltige Kasuistik des Bundesgerichts zum Schutzbereich als Anhaltspunkt und grober Massstab dienen: Zu den elementaren, schützenswerten Bedürfnissen zählen etwa Gesundheits- und Ernährungsbedürfnisse,³⁸⁰ der Kinderwunsch und das Bedürfnis nach Elternschaft,³⁸¹ die sexuelle Selbstbestimmung³⁸² sowie die Achtung der persönlichen Ehre und der sozialen Geltung.³⁸³ Nicht zum Schutzbereich zählt das Bundesgericht dagegen beispielsweise die Möglichkeit an Geldspielautomaten um Geld zu spielen,³⁸⁴ bewilligungsfrei eine Waffe zu erwerben,³⁸⁵ für das Parken in der Innenstadt keine Gebühr entrichten zu müssen,³⁸⁶ den Einsatz von V-Leuten zur

³⁷⁷ Vgl. zu dieser Forderung HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 120 ff.; J.P. MÜLLER, ZSR 91 (1972), 209, 216; RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1154; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 24; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 83.

³⁷⁸ Vgl. BGE 107 Ia 52, 56; 112 Ia 97, 100; HÄFELIN/HALLER, N 357 ff.; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 24 ff.

³⁷⁹ Vgl. BGE 101 Ia 336, 346 f.; 108 Ia 59, 61; 112 Ia 97, 100; 119 Ia 460, 474; 127 I 6, 12; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 24 ff.

³⁸⁰ SCHWEIZER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 43 N 21; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 24.

³⁸¹ BGE 115 Ia 234, 247; 119 Ia 460, 475; HÄFELIN/HALLER, N 366; RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1209 f.; SCHWEIZER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 43 N 21; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 24.

³⁸² RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1209; SCHWEIZER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 43 N 21; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 24; vgl. BGE 119 II 264, 269 ff. und 120 V 463 ff. zum rechtlichen Nachvollzug einer durchgeführten Geschlechtsumwandlung.

³⁸³ Vgl. z.B. BGE 107 Ia 52 ff.; 119 Ia 99 ff.; RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1209; SCHWEIZER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 43 N 21.

³⁸⁴ BGE 101 Ia 336, 347; 107 Ia 52, 56; RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1212; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 27.

³⁸⁵ BGE 118 Ia 305 ff.; HÄFELIN/HALLER, N 360; RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1212; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 27.

³⁸⁶ BGE 122 I 279 ff.; RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1212.

verdeckten Fahndung,³⁸⁷ das Halten von Tieren³⁸⁸ sowie die Möglichkeit einen See an beliebiger Stelle zu befahren.³⁸⁹

d) Private Ermittlungen als „elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung“?

Die grundrechtliche Legitimation eines Privatermittlungsrechts des Geschädigten setzt in Anlehnung an die herrschende Meinung zum Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV und dessen Grenzen folglich voraus, dass Privatermittlungen zu den elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Geschädigten gehören.³⁹⁰ Eine abschliessende Beurteilung dieser Frage ist bereits deshalb kaum möglich, weil sich die fallspezifische Würdigung der Intensität des Eingriffs und der konkreten Situation des Betroffenen nicht vorwegnehmen lässt. Abstrakt-generell kann allein erwogen werden, dass die typischerweise zum Zwecke der Beweisgewinnung vorgenommene Privatermittlung des Geschädigten eine Verhaltensweise ist, die nicht ursprünglich der Persönlichkeit des Geschädigten entspringt, sondern durch die Prozessordnungen des Zivil- und Strafverfahrens veranlasst und damit vor allem durch äussere rechtliche Zwänge motiviert und geleitet ist. Ohne den Charakter eines Selbstbekenntnisses, den beispielsweise Fragen der Sexualität oder des Kinderwunsches haben können, ist die Privatermittlung eine schlicht zweckorientierte und letztlich vor allem prozesstaktische Verhaltensweise, in der sich folglich weder Eigenwert noch Einzigartigkeit einer Person ausdrücken. Zudem ist nicht davon auszugehen, dass die einzelne Person Privatermittlungen für ihr Leben „elementar“ benötigt, was in Abgrenzung zum Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit jedoch eine erforderliche Bedingung der freiheitsrechtlichen Sicherung wäre.³⁹¹

Freilich liesse sich angesichts der sehr weiten, kaum näher konkretisierten Formel des schweizerischen Schrifttums, wonach sogar die freie Bestimmung über die Freizeitgestaltung der persönlichen Freiheit des Art. 10 Abs.

³⁸⁷ BGE 112 Ia 18, 22.

³⁸⁸ BGer, ZBl 79 (1978) 35; HÄFELIN/HALLER, N 360.

³⁸⁹ BGE 108 Ia 59, 61; HÄFELIN/HALLER, N 360; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 27.

³⁹⁰ Vgl. zu diesem Subsumtionsmassstab BGE 101 Ia 336, 346 f.; 114 Ia 216, 220; HÄFELIN/HALLER, N 359; RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1154; SCHWEIZER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 43 N 20; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 24.

³⁹¹ Vgl. BGE 113 Ia 257, 262; 124 I 85, 86 f.; RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1154; SCHWEIZER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 43 Rn.1; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 83.

2 BV unterfallen soll,³⁹² auch das gegenteilige Ergebnis erzielen: Nicht-professionelle Privatermittlungen des Geschädigten könnten als „Freizeitgestaltung“ dem Schutz der persönlichen Freiheit unterstehen. Denn soweit „Freizeit“ schlicht den von der Berufsarbeit nicht beanspruchten Zeitraum bezeichnet, müsste jede ausserhalb der Arbeitszeit vorgenommene Privatermittlung grundsätzlich als Freizeitgestaltung gelten können mit der Folge, dass derartige Betätigungen vom Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV umfasst wären. Eine solche – zugegeben waghalsige – Argumentation ist mit der in der schweizerischen Verfassungsrechtsdogmatik an sich gewollten Schutzbereichsbegrenzung und der historischen Entwicklung des Grundrechts indes schwerlich vereinbar, zumal die Grenzziehung zur allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG vollständig verloren geht. Für private Ermittlungen des Geschädigten besteht, dies hat der Exkurs zur deutschen Grundrechtsdogmatik gezeigt, gerade kein von einer allgemeinen Handlungsfreiheit abgehobenes, qualifiziertes Schutzbedürfnis;³⁹³ im Interesse einer konsistenten Fortführung der bisherigen Verfassungspraxis in der Schweiz scheint es deshalb angebracht, die freiheitsrechtliche Sicherung des Art. 10 Abs. 2 BV dem Grundsatz nach nicht auf Privatermittlungen des Geschädigten zu erstrecken.

2. Das Fehlen eines Ermittlungsverbots als Indiz für ein Ermittlungsrecht des Geschädigten

Soweit davon auszugehen ist, dass Privatermittlungen durch den Geschädigten nicht in den Gewährleistungsbereich eines Grundrechts fallen, stellt sich die Frage, ob eine prinzipielle Befugnis des Geschädigten zur Vornahme privater Ermittlungen auf anderem Weg verfassungsrechtlich begründbar ist. Ausgangspunkt dieser verfassungsrechtlichen Herleitung eines Privatermittlungsrechts des Geschädigten kann – jenseits des Schutzzumfangs der Grundrechte – allein die Feststellung sein, dass das geltende Recht jedenfalls keinen expliziten oder konkludenten Ausschluss privater Ermittlungen des Geschädigten normiert. Dieser Befund kann zusammen mit einem freiheitlich-rechtsstaatlichen Grundverständnis, auf das sich die Eidgenossenschaft und das schweizerische Verfassungsrecht gründen,³⁹⁴

³⁹² So RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1209 und St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 26, obgleich der Schutzbereich gerade keine allgemeine Handlungsfreiheit vermitteln soll, vgl. RHINOW, Grundzüge, § 14 N 1154; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 10 BV N 24.

³⁹³ Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 V., S. 86 ff.

³⁹⁴ Vgl. GIACOMETTI, ZSR 74 (1955), 149 ff.; KOHLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 15 N 1.

die normative Grundlage einer prinzipiellen Ermittlungsbefugnis des Geschädigten bilden.

a) Die Lückenhaftigkeit des Grundrechtsschutzes

Festzuhalten ist zunächst, dass ein fehlender grundrechtlicher Schutz dem Versuch einer verfassungsrechtlichen Legitimation von Privatermittlungen nicht von vornherein entgegensteht. Grundrechte haben nach schweizerischem Grundrechtsverständnis die Funktion, Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat im Bereich *elementarer* Erscheinungen des menschlichen Lebens zu gewährleisten, so dass prinzipiell nur solche Betätigungen erfasst werden, denen ein *erhöhter* Schutz zukommt.³⁹⁵ Grundrechte schützen demgemäss nur punktuell, denn nicht alle Bereiche des menschlichen Daseins sind elementarer Natur.³⁹⁶ Diese Prämisse eines nicht allumfassenden grundrechtlichen Schutzes drückt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts aus, das sich – im Unterschied zur deutschen Verfassungspraxis – explizit gegen die Auffassung ausgesprochen hat, wonach die Verfassung, unter Vorbehalt ausdrücklicher Ausnahmen, überhaupt jede individuelle Freiheit gewährleistet, die durch einen staatlichen Eingriff je verletzt werden könnte.³⁹⁷ Die Annahme, dass die Verfassung Lücken lässt und individuelle Rechte gewissermassen erst im Anschluss an eine Erheblichkeitsprüfung grundrechtlichem Schutz unterstellt werden, impliziert jedoch zugleich, dass es noch weitere, nur eben nicht grundrechtlich geschützte Freiheiten und Rechte des Bürgers geben muss³⁹⁸ – diesem Bereich können auch Ermittlungen durch den Geschädigten zur eigenmächtigen Aufklärung eines Straftatverdachts zugeordnet sein.

b) Die Freiheit des Einzelnen als Prinzip des liberalen Rechtsstaats

Das Kernanliegen des Rechtsstaats ist „die Befriedung des Gemeinwesens durch die Herrschaft des Rechts, die der Ausübung politischer Macht den Rahmen einer rechtlich vermittelten, rechtlich begrenzten und rechtlich

³⁹⁵ GIACOMETTI, ZSR 74 (1955), 149, 153 ff.; J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 6; TSCHANNEN, § 7 N 2; vgl. zu den wichtigsten Funktionen und Zielsetzungen der Grundrechte HÄFELIN/HALLER, N 222, 246 ff.; J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 6 ff.

³⁹⁶ Vgl. J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 6; TSCHANNEN, § 7 N 4.

³⁹⁷ Vgl. jeweils m.w.N. BGE 97 I 45, 49; 101 Ia 336, 346 f.; 114 Ia 216, 220; 115 Ia 234, 246; 119 Ia 460, 474; 133 I 58, 66; GIACOMETTI, ZSR 74 (1955), 149, 153 ff.; HÄFELIN/HALLER, N 359; J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 6.

³⁹⁸ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N 226 bezogen auf ungeschriebene Grundrechte; SCHMID/UHLMANN, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 13 N 15; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 17.

überprüfbarer Gestalt vorgibt.³⁹⁹ Der liberale Rechtsstaat versteht sich als *begrenzter* Staat, der neben sich die Autonomie der Gesellschaft und die Freiheit seiner Bürger anerkennt und durch die Rechtsbindung seiner Staatsgewalt sichert.⁴⁰⁰ Im Unterschied zum totalitären Staat verzichtet der Rechtsstaat darauf, den Inhalt von Freiheiten autoritativ vorwegzunehmen und jeden Lebensbereich staatlich zu steuern.⁴⁰¹ Freiheit wird deshalb in einer rechtsstaatlichen Staats- und Verfassungsordnung an den Einzelnen nicht etwa mittels rechtlicher Zuweisungsakte verteilt, sondern der Staat ist im Gegenteil auf die vorbestehende Freiheit des Einzelnen gegründet und durch den prinzipiellen Vorrang individueller Freiheit überhaupt erst legitimiert.⁴⁰² Zwar ist das so umschriebene allgemeine, strukturbestimmende Prinzip einer freiheitlich orientierten Rechtsstaatlichkeit von hoher Unbestimmtheit und daher für sich genommen weder geeignet noch darauf angelegt, die „Regel der Freiheit“ im Sinne eines subjektiven verfassungsrechtlichen Rechts vorzugeben.⁴⁰³ Der Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns steht seinem Inhalt nach aber immerhin für das „Grundanliegen des Staates, im Staat die Herrschaft des Rechts und damit verbunden die Freiheit des Menschen sicherzustellen“⁴⁰⁴ und es fusst damit auf dem Prinzip a priori bestehender, umfassender bürgerlicher Freiheit.⁴⁰⁵

³⁹⁹ TSCHANNEN, § 6 N 21 f.; vgl. DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 52; GIACOMETTI, ZSR 74 (1955), 149 f.; HÄFELIN/HALLER, N 170; KOHLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 15 N 20 ff.; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 6; SALADIN, Wozu noch Staaten, S. 164 f., 166; DERS., Festschrift Huber, S. 297, 307 f.; SCHMID/UHLMANN, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 13 N 1; St. Galler Kommentar-HANGARTNER, Art. 5 BV N 1 ff.

⁴⁰⁰ TSCHANNEN, § 6 N 21 f.; vgl. DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 52; HÄFELIN/HALLER, N 170 ff.; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 120 mit Fn. 74; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 119; KOHLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 15 N 16; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 105; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 6; SCHLINK, EuGRZ 1984, 457, 467; St. Galler Kommentar-HANGARTNER, Art. 5 BV N 5 ff.

⁴⁰¹ TSCHANNEN, § 6 N 22; vgl. HÄFELIN/HALLER, N 247; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 120 mit Fn. 74; IPSEN, N 63 f.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 119.

⁴⁰² Vgl. HÄFELIN/HALLER, N 170; IPSEN, N 63 f.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 119; JAECKEL, S. 73 f.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 128; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 105; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 6; SALADIN, Wozu noch Staaten, S. 164 ff.; DERS., Festschrift Huber, S. 297, 308; SCHLINK, EuGRZ 1984, 457, 467 auch zum sog. „rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip“; St. Galler Kommentar-HANGARTNER, Art. 5 BV N 6.

⁴⁰³ Vgl. SCHMID/UHLMANN, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 13 N 2 ff.; St. Galler Kommentar-HANGARTNER, Art. 5 BV N 2.

⁴⁰⁴ HÄFELIN/HALLER, N 170; vgl. KOHLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 15 N 12 ff.; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 6; SALADIN, Wozu noch Staaten, S. 164 f.; SCHMID/UHLMANN, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 13 N 1.

⁴⁰⁵ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N 207 ff.; IPSEN, N 63 f.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 119; KOHLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 15 N 12, 16 ff.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 128; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 6; SALADIN, Wozu noch Staaten, S. 164 f.; SCHMID/UHLMANN, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 13 N 4.

Zudem war der Verfassungsgeber bemüht, die tragenden Grundwerte der schweizerischen Staats- und Verfassungsordnung in den Verfassungstext einfließen zu lassen,⁴⁰⁶ woraus sich erklärt, dass insbesondere die elementare rechtsstaatlich-liberale Staatsidee sowohl in der Struktur als auch im Wortlaut der Verfassung sichtbar wird.⁴⁰⁷ So bringen zum einen die Grundrechte in ihrer klassisch-rechtsstaatlichen Bedeutung als Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat die prinzipielle Vorrangigkeit bürgerlicher Freiheit gegenüber der öffentlichen Gewalt dadurch zum Ausdruck, dass sie individuelle Freiheiten von Staats wegen anerkennen.⁴⁰⁸ Zum anderen hat das freiheitlich-rechtsstaatliche Grundverständnis im Zweckartikel der Bundesverfassung Spuren hinterlassen, wonach die Eidgenossenschaft „die Freiheit (...) des Volkes“ schützt⁴⁰⁹ und damit zugleich dessen Autonomie und Freiheit als ursprünglich bestehend voraussetzt. Und schliesslich liegt die Regel der Freiheit des Einzelnen den in Art. 5 BV aufgezählten Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns zugrunde; sie drückt sich insbesondere darin aus, dass in Art. 5 Abs. 1 BV das Recht als Grundlage und Schranke staatlichen Handelns bestimmt wird.⁴¹⁰ Dieses mit dem Erfordernis der Rechtsgrundlage verfassungsrechtlich normierte „Prinzip der Spezialermächtigung“ lässt den grundlegenden Gegensatz in der Stellung von Staat und Privatperson sichtbar werden: Der Staat – und *nur* der Staat – benötigt eine spezielle Rechtsgrundlage für sein jeweiliges Handeln, während der Private alles tun darf, was ihm die Rechtsordnung nicht speziell verbietet;⁴¹¹ die prinzipiell unbegrenzte Freiheit des Einzelnen gilt als Regel, während die Befugnisse des Staates prinzipiell begrenzt sind. Das Erfordernis einer Rechtsgrundlage für staatliches Handeln zeigt, dass der Staat Eingriffe in die Freiheiten des Bürgers rechtfertigen muss, woran sich der generelle Vorrang bürgerlicher Freiheit erweist.⁴¹²

⁴⁰⁶ HÄFELIN/HALLER, N 169; SCHMID/UHLMANN, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 13 N 9 f.; St. Galler Kommentar-HANGARTNER, Art. 5 BV N 2.

⁴⁰⁷ SCHMID/UHLMANN, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 13 N 9 f.

⁴⁰⁸ Vgl. DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 54; GIACOMETTI, ZSR 74 (1955), 149 ff.; HÄFELIN/HALLER, N 247, 256 ff.; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 120 mit Fn. 74; IPSEN, N 63 f.; JAECKEL, S. 73 f.; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 6.

⁴⁰⁹ Art. 2 Abs. 1 BV; vgl. St. Galler Kommentar-EHRENZELLER, Präambel der BV N 3 ff., 26.

⁴¹⁰ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N 169; SCHMID/UHLMANN, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 13 N 10; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 20; St. Galler Kommentar-HANGARTNER, Art. 5 BV N 5 ff.

⁴¹¹ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N 169, 256 ff.; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 120 mit Fn. 74; IPSEN, N 63 f.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 119; KOHLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 15 N 16, 20 ff., 31; SCHLINK, EuGRZ 1984, 457, 467; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 20; St. Galler Kommentar-HANGARTNER, Art. 5 BV N 6.

⁴¹² Vgl. SCHLINK, EuGRZ 1984, 457, 467: „Diese ungleiche Verteilung ist die eigentliche Pointe des sogenannten rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips.“

c) Ergebnis

Nach allem ist deutlich geworden, dass sich der Staat als Rechtsstaat zu einem zwingenden freiheitlichen Prinzip bekennt, wonach jeder – unter dem Vorbehalt bestimmter Grenzen – prinzipiell frei ist, „zu tun und zu lassen, was er will.“⁴¹³ Eine Ermittlungsbefugnis des Geschädigten besteht folglich nicht nur und erst dann, wenn solche Betätigungen durch die Rechtsordnung gestattet worden sind, sondern sie besteht ohne eine besondere gesetzliche Ermächtigung bereits allein deshalb, weil der Staat kein Verbot privater Ermittlungen geschaffen hat. Angesichts der a priori bestehenden umfassenden Freiheit des Einzelnen stellt das Fehlen eines staatlichen Verbots in einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Staats- und Verfassungsordnung zugleich die positive Legitimation des freiheitlichen Anspruchs dar.⁴¹⁴

VII. Einfachgesetzliche Legitimation eines Privatermittlungsrechts

Die vorstehenden Ausführungen haben zwar erkennen lassen, dass sich eine Ermittlungsbefugnis des Geschädigten durchaus verfassungsrechtlich abstützen lässt. Es ist allerdings nicht zwingend notwendig, mit dem deutschen strafprozessualen Schrifttum sogleich die Verfassung und speziell die Grundrechte des Einzelnen zur Begründung eines Privatermittlungsrechts des Geschädigten zu bemühen. Ein positives „Recht des Geschädigten auf Privatermittlungen“ als Komponente eines „status activus“ des Deliktsofners kann ebenso gut durch einfachgesetzliche Erwägungen begründet werden, die das Interesse des Geschädigten an der zivilprozessualen Durchsetzung seiner Ersatzansprüche in den Vordergrund stellen.

⁴¹³ Vgl. DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 54; IPSEN, N 64; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 119; KOHLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 15 N 20, 31; SALADIN, Wozu noch Staaten, S. 164 ff.; St. Galler Kommentar-HANGARTNER, Art. 5 BV N 6.

⁴¹⁴ Vgl. DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 54; HÄFELIN/HALLER, N 169 f.; HUBER, SJZ 69 (1973), 113, 120 mit Fn. 74; IPSEN, N 63 f.; JAECKEL, S. 36, 73 f.; KOHLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 15 N 16, 20, 24, 31; SCHLINK, EuGRZ 1984, 457, 467; St. Galler Kommentar-HANGARTNER, Art. 5 BV N 6.

1. Verknüpfungen der Teilrechtsordnungen des Zivil- und Strafrechts

a) Mitberücksichtigung der zivilrechtlichen Interessenlage im Strafverfahren

Obgleich die Zwecksetzungen des Zivil- und Strafrechts und des Zivil- und Strafverfahrens zu unterschiedlich sind, um mit dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung eine automatische Gleichschaltung dieser Teilrechtsordnungen in dem Sinne begründen zu wollen, dass im Strafverfahren gestattet sein müsse, was das Zivilverfahren erlaubt,⁴¹⁵ gilt es doch Wertungswidersprüche und Unstimmigkeiten innerhalb der Gesamtrechtsordnung möglichst zu unterbinden. Diese Vorgabe wird im Hinblick auf die strafprozessuale Ermittlungskompetenz des Geschädigten relevant, weil dieser als von der Straftat Betroffener in zweierlei Hinsicht am Strafverfahren und dessen Ausgang interessiert ist: Zum einen kann dem Geschädigten daran gelegen sein, dass eine staatliche Bestrafung erfolgt, weil er sein strafrechtliches Genugtuungsinteresse befriedigt sehen will; zum anderen strebt der Geschädigte einen Ausgleich seines materiellen und immateriellen Schadens durch die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatz- und Genugtuungsansprüche an, wofür die strafrechtliche Verurteilung des Täters eine wichtige Grundlage darstellt.⁴¹⁶ Es ist daher eine der zentralen Aufgaben des Straf- und Strafprozessrechts, nicht zuletzt auch diese durch die Straftat begründeten Ansprüche des Geschädigten im Blick zu behalten und dem Geschädigten eine entsprechende Beteiligung am staatlichen Strafverfahren zu ermöglichen.⁴¹⁷

b) Ansprüche aus unerlaubter Handlung infolge der Straftat

Nach der Grundnorm des Art. 41 Abs. 1 OR des schweizerischen Deliktsrechts ist derjenige zu Schadenersatz verpflichtet, der einem anderen wider-

⁴¹⁵ Vgl. DALAKOURAS, S. 310; WERNER, NJW 1988, 993, 998 f.; WÖLFL, S. 198.

⁴¹⁶ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 5; OBERHOLZER, N 658; SCHMID, Strafprozessrecht, N 513; vgl. auch OHG-Kommentar-STEIGER-SACKMANN, Art. 8 OHG N 13 im Zusammenhang mit Beteiligungsrechten des Opfers am Strafverfahren.

⁴¹⁷ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 5; OBERHOLZER, N 658; DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 192 StPO ZH N 1; SCHMID, Strafprozessrecht, N 513; VOGEL, wistra 1996, 219, 220; vgl. zu den durch das OHG garantierten Mindest-Verfahrens- und Beteiligungsrechten des Opfers gemäss Art. 8 OHG und de lege ferenda gemäss Art. 37 E-OHG: BGE 124 IV 137 ff.; 131, IV 183, 185 ff.; BOMMER, S. 34 ff.; KOLLY, FZR 1994, 32 ff.; MAURER, ZBJV 2000, 305, 315 f.; HOFER, ZStrR 120 (2002), 107, 116 ff.; PIQUEREZ, N 458, 475 ff.; OHG-Kommentar- STEIGER-SACKMANN, Art. 8 OHG N 9 ff.; WEDER, ZStrR 113 (1995), 39 ff.; WEISHAUPT, S. 211 ff.

rechtlich und schuldhaft Schaden zufügt.⁴¹⁸ Anders als im deutschen Deliktsrecht mit den Grundnormen der §§ 823 ff. BGB wurde Art. 41 OR als Generalklausel formuliert. Danach sind Haftungsvoraussetzungen Schaden, Kausalität, Widerrechtlichkeit und Verschulden.⁴¹⁹ Widerrechtlich ist eine Schädigung jedenfalls dann, wenn sie ein absolutes Recht verletzt, also etwa Leib und Leben oder andere Aspekte des Persönlichkeitsrechts, was im Wesentlichen den tatbestandlichen Erfordernissen des § 823 Abs. 1 BGB entspricht.⁴²⁰ Das Vermögen als solches ist weder durch Art. 41 Abs. 1 OR noch durch § 823 Abs. 1 BGB erfasst, weil es sich hierbei nicht um ein absolut geschütztes Rechtsgut handelt.⁴²¹ Reine Vermögensschäden, also solche, die nicht aus der Verletzung eines absoluten Rechts resultieren, sind jedoch nach schweizerischem Deliktsrecht ersatzfähig, wenn eine Verhaltensnorm verletzt wurde, die bezweckt, das Vermögen gegenüber Schädigungen der konkreten Art zu schützen.⁴²² Im deutschen Deliktsrecht finden diese Voraussetzungen eine Entsprechung in der Regelung des § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB, wonach denjenigen eine Schadensersatzpflicht trifft, „welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“.⁴²³ Als Verhaltensnorm bzw. Schutzgesetz kommen in der Schweiz und in Deutschland namentlich Vorschriften des StGB in Betracht.⁴²⁴ Die rechtliche Verknüpfung der Teilrechtsordnungen des Straf- und Zivilrechts wird somit am Beispiel des Deliktsrechts besonders deutlich: Die Verwirklichung strafrechtlicher Tatbestände durch den Täter fällt regelmässig mit der Verletzung absoluter Rechte des Geschädigten zusammen, wodurch zivilrechtliche Ersatz- und Genugtuungsansprüche des Geschädigten – nicht nur, aber jedenfalls – aus unerlaubter Handlung begründet werden.⁴²⁵

⁴¹⁸ OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, § 1 N 146; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, N 252; VON TUHR-PETER, AT OR, § 46, S. 406, 408.

⁴¹⁹ AEPLI, SJZ 93 (1997), 405; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, § 1 N 146 ff.; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, N 252, 291; VON TUHR-PETER, AT OR, § 46, S. 406, 408.

⁴²⁰ JAUERNING-TEICHMANN, § 823 BGB N 1; MüKo-WAGNER, § 823 BGB N 66 ff.; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, N 258; VON TUHR-PETER, AT OR, § 46, S. 406, 409.

⁴²¹ Vgl. BGE 118 II 176, 179; BGHZ 27, 137, 140 = NJW 1958, 1041, 1042; 41, 123, 126f. = NJW 1964, 720, 722; 86, 152, 155 = NJW 1983, 2313, 2314; JAUERNING-TEICHMANN, § 823 BGB N 19; MüKo-WAGNER, § 823 BGB N 176 ff.; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, N 139.

⁴²² Vgl. BGE 101 Ib 252, 254 ff.; 102 II 85, 88 ff.; 118 II 176, 179; Bundesstrafgericht, Entscheid vom 30. Juli 2007, I. Beschwerdekammer, BK.2007.1, E.4.1; AEPLI, SJZ 93 (1997), 405 ff. m.w.N.; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, N 139 ff., 261.

⁴²³ Vgl. BGH, NJW 2006, 2110, 2112; JAUERNING-TEICHMANN, § 823 BGB N 40 ff.; MüKo-WAGNER, § 823 BGB N 317 ff.

⁴²⁴ Vgl. BGE 101 Ib 252, 255 ff.; 102 II 85, 88 ff.; Bundesstrafgericht, Entscheid vom 30. Juli 2007, I. Beschwerdekammer, BK.2007.1, E.4.1; MüKo-WAGNER, § 823 BGB N 359; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, N 140.

⁴²⁵ Vgl. BEULKE, Strafprozessrecht, N 598; BROMMER, S. 50 f.; DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 192 StPO ZH N 19, 46 auch zu weiteren zivilrechtlichen Folgeansprüchen; HAU-

c) **Massgeblichkeit der Verhandlungsmaxime vor dem Zivilgericht**

Angesichts der im Zivilverfahren herrschenden Verhandlungs- und Beibringungsmaxime ist es prinzipiell Sache der Parteien, dem Gericht den Tatbestand darzulegen und zu beweisen, den es bei seiner Entscheidung zu Grunde legen und auf den es die jeweils massgeblichen Rechtssätze zur Anwendung bringen soll.⁴²⁶ Diese zivilrechtlichen Verfahrensprinzipien gelten selbstverständlich auch für den Geschädigten, der seine aus der Straftat erwachsenen Zivilforderungen vor dem Zivilgericht geltend macht. Wollen die Prozessparteien einem eventuellen Bestreiten der Gegenseite im Zivilprozess begegnen und ihrer Beweislast genügen, sind sie dazu gezwungen, sich vor oder in einem Prozess die notwendigen Beweismittel zu sichern,⁴²⁷ was üblicherweise durch schriftliche Fixierung der Abreden oder durch schriftliche Bestätigung bestimmter Vorgänge erfolgt.⁴²⁸ In zahlreichen Fällen und insbesondere in solchen, in denen zivilrechtliche Ersatzansprüche erst mit der Verwirklichung eines strafrechtlichen Tatbestandes entstehen, existiert die Möglichkeit derartiger, relativ einfacher vorheriger Beweissicherungen jedoch nicht.⁴²⁹ Es steht den Prozessparteien daher frei, zur Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Ansprüche umfangreiche eigene zivilrechtliche Ermittlungen durchzuführen, um Beweismittel für eine Erfolg versprechende Prozessführung zu gewinnen, die sie sodann im zivilgerichtlichen Verfahren benennen und beibringen können.⁴³⁰ Anders als das Strafprozessrecht setzt das Zivilprozessrecht im Rahmen materiell-rechtlicher Schranken die private Beweisermittlung und Beweisbeschaffung also voraus, weil solche Handlungen der Prozessparteien erforderlich sind, um die streitentscheidenden Tatsachen darlegen und nötigenfalls beweisen zu können.

SER/SCHWER/HARTMANN, § 38 N 12; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 15 N 1 f.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 518.

⁴²⁶ Vgl. jeweils m.w.N. BGE 131 I, 113, 119; BGer, Urteil vom 10. Mai 2007, 4P.12/2007, E. 7.2; DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 192 StPO ZH N 46; JAUERNING-TEICHMANN, § 823 N 63; MUSIELAK-MUSIELAK, Einl. N 37 ff.; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, § 1 N 150; STÜRNER, NJW 1981, 1757, 1759 f.; WERNER, NJW 1988, 993, 995.

⁴²⁷ Vgl. ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 15 N 1 f.; STÜRNER, NJW 1981, 1757, 1759 f.; WERNER, NJW 1988, 993.

⁴²⁸ WERNER, NJW 1988, 993.

⁴²⁹ Vgl. ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 15 N 1 f.; WERNER, NJW 1988, 993.

⁴³⁰ Vgl. KREY, S. 24; STÜRNER, NJW 1981, 1757, 1759 f.; WERNER, NJW 1988, 993.

d) Massgeblichkeit der Verhandlungsmaxime bei Geltendmachung der Zivilforderungen im strafprozessualen Adhäsionsverfahren**aa) Schweiz**

Bei dieser Sachlage bleibt es grundsätzlich auch dann, wenn der Geschädigte, der zugleich Opfer der Straftat im Sinne des OHG oder diesem gleichgestellt ist, seine Zivilansprüche im Strafverfahren geltend macht und sie damit der Beurteilung durch das Strafgericht überantwortet. Das OHG erstreckt die im Strafverfahren geltende Untersuchungsmaxime nicht auf die Zivilansprüche des Opfers, so dass der Adhäsionskläger – soweit die kantonalen Prozessordnungen nichts ausdrücklich anderes vorsehen – prinzipiell wie im Zivilverfahren für die anspruchsbegründenden Tatsachen beweispflichtig ist.⁴³¹ Die kantonale Prozesshoheit wird durch das OHG nur insoweit beschnitten, als der Strafrichter, der im Adhäsionsverfahren über die Zivilansprüche des Opfers urteilt oder später darüber entscheidet, an seine eigenen tatsächlichen Feststellungen im Strafverfahren gebunden ist. Dies bedeutet, dass der Strafrichter bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Forderungen des Opfers von dem für die Entscheidung in der Strafsache festgestellten Sachverhalt auszugehen hat, was das Opfer bei der Geltendmachung der Zivilansprüche im Strafverfahren grundsätzlich privilegiert.⁴³² Diese Privilegierung des Adhäsionsklägers ist allerdings akzessorisch zu denjenigen Beweiserhebungen, welche die staatlichen Organe zum Nachweis der Begehung der Straftat vorgenommen haben und sie ist damit für den Zivilpunkt nur bedingt von Nutzen: Das Opfer kann bei der Adhäsionsklage nämlich nur insoweit auf eigene Beweisbeschaffungen verzichten, als die zum Strafpunkt von Amts wegen ermittelten und in das Verfahren eingeführten Beweise zugleich seine zivilrechtlichen Forderungen stützen; für die Beschaffung von Beweismaterial zu Tatsachen, die nur für den Zivilpunkt Bedeutung haben, ist der Adhäsionskläger nach wie vor selbst zuständig.⁴³³

⁴³¹ Vgl. Art. 8 ZGB; BGE 127 IV 215, 218; eingehend dazu BOMMER, S. 49 ff.; vgl. zum Adhäsionsverfahren und der Geltung der Verhandlungsmaxime auch DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 192 StPO ZH, N 46; HAUSER/SCHWER/HARTMANN, § 38 N 4c, 12, 15; OBERHOLZER, N 658; OHG-Kommentar-STEIGER-SACKMANN, Art. 8 OHG N 50, 53; WEISHAUPT, S. 242 f.; vgl. zu kantonalen Bestimmungen über die Abklärung der Zivilansprüche von Amts wegen z.B. § 60 Abs. 2 Satz 1 StPO LU: „Hat der Geschädigte Zivilansprüche geltend gemacht, so erhebt der Amtsstatthalter die zu ihrer Abklärung nötigen Beweise.“; vgl. dazu auch OHG-Kommentar-STEIGER-SACKMANN, Art. 8 OHG N 50 ff.

⁴³² Vgl. BGE 120 Ia 101, 108; 127 IV 215, 218; BOMMER, S. 48 f.; DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 192 StPO ZH, N 46, 52; HAUSER/SCHWER/HARTMANN, § 38 N 15; OHG-Kommentar-STEIGER-SACKMANN, Art. 8 OHG N 50; WEISHAUPT, S. 242 f.

⁴³³ BOMMER, S. 49 f.; DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 192 StPO ZH, N 46, 52; OHG-Kommentar-STEIGER-SACKMANN, Art. 8 OHG N 50, 53; WEISHAUPT, S. 243; abzulehnen KOLLY, FZR 1994,

Zudem ist zu berücksichtigen, dass das „ausgebaute und ausgefeilte Instrumentarium zivilrechtlichen Prozessierens“⁴³⁴ im Strafverfahren in dieser Form nicht erwünscht und einer zügigen Erledigung des Strafverfahrens abträglich ist. Nicht umsonst sieht deshalb das OHG die Möglichkeit vor, die adhäsionsweise in das Strafverfahren eingebrachten Zivilansprüche nur dem Grundsatz nach zu beurteilen und die Sache im Übrigen auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.⁴³⁵ Im Hinblick auf das Erfordernis eigeninitiativer Beweisbeschaffungen durch den Geschädigten in der Rolle des Adhäsionsklägers wird damit offenkundig, dass dieser keinesfalls passiv bleiben und darauf vertrauen kann, nicht selbst Beweismittel zusammen tragen zu müssen, um seine Zivilansprüche nachzuweisen und abzusichern; die Möglichkeit der adhäsionsweisen Geltendmachung der Zivilansprüche im Strafverfahren stellt ihn von der Notwendigkeit eigener Nachforschungen und Beweisbeschaffungen zum Zivilpunkt also mitnichten frei.

bb) Deutschland

Dieser Befund gilt für die Geltendmachung von Zivilforderungen im Adhäsionsverfahren vor den deutschen Strafgerichten entsprechend. Der Verletzte kann nach deutschem Strafverfahrensrecht zwar seinen aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch gegen den Beschuldigten im Strafverfahren geltend machen und er wird dabei, weitergehend als in der Schweiz, sogar dadurch begünstigt, dass der Amtsermittlungsgrundsatz auch für die Sachaufklärung zum zivilrechtlichen Haftungsgrund gilt.⁴³⁶ Diese im strafprozessualen Adhäsionsverfahren vorgesehenen Erleichterungen bei der Geltendmachung der durch die Straftat begründeten Zivilforderungen werden aber von Gesetzes wegen entscheidend relativiert. Zum einen ist es den Gerichten gestattet, unter bestimmten Umständen nur ein Grund- oder Teilurteil über den Anspruch zu erlassen und die Feststellung der Anspruchshöhe den Zivilgerichten zu

32, 39, der aus der Entscheidungspflicht des Strafrichters zugleich eine Amtsermittlungspflicht des entsprechenden Tatsachenstoffs ableitet, vgl. dagegen auch BOMMER, S. 49 mit Fn. 161.

⁴³⁴ BOMMER, S. 53.

⁴³⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 3 OHG; BGE 120 Ia 101, 106; 123 IV 78, 80 f.; OGer ZH, ZR 96 (1997) Nr. 47; DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 192 StPO ZH, N 58; HAUSER/SCHWER/HARTMANN, § 38 N 16 f.; KOLLY, FZR 1994, 32, 38 f.; OBERHOLZER, N 660; SCHMID, Strafprozessrecht, N 845; WEISHAUP, S. 244.

⁴³⁶ Vgl. §§ 403 ff. dStPO; BGHSt 37, 260, 261; BEULKE, Strafprozessrecht, N 597 ff., 599; FERBER, NJW 2004, 2562, 2565; HINZ, ZRP 2002, 475, 477; KK-ENGELHARDT, § 404 StPO N 11; KÖCKERBAUER, NSiZ 1994, 305, 308; MEYER-GÖBNER, § 404 StPO N 11; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 63 N 3, 5; SK-VELTEN, § 403 StPO N 1, § 404 StPO N 12; WOHLERS, MDR 1990, 763, 765.

überantworten, und zum anderen verbleibt den Gerichten die Möglichkeit, bei Nichteignung des Antrags zur Erledigung im Strafverfahren von einer Entscheidung ganz abzusehen.⁴³⁷ Dem Verletzten einer Straftat wird also auch insoweit nichts anderes übrig bleiben, als zunächst selbst die zum Zivilpunkt erforderlichen Beweise zu sichern, weil er jederzeit mit der Rückweisung seines Adhäsionsbegehrens rechnen muss und deshalb niemals mit Gewissheit davon ausgehen kann, dass die staatlichen Organe ihn von diesen Aufgaben im Hinblick auf die Zivilforderungen entlasten werden.⁴³⁸

2. Legitimierung strafrechtlicher Ermittlungen durch das Erfordernis zivilrechtlicher Ermittlungen

Die kursorische Betrachtung der gesetzlichen Ausgestaltung des Deliktsrechts sollte sichtbar gemacht haben, dass zivilrechtliche Schadensersatz- und Genugtuungsansprüche des Geschädigten gerade *wegen* der Begehung der Straftat entstehen können; es zeigt sich daran die unauflösbare und vor allem gesetzlich so angelegte Verzahnung der Teilrechtsordnungen des Zivil- und Strafrechts. Diese Konnexität des materiellen Rechts setzt sich auf prozessualer Ebene bei eigenverantwortlichen Ermittlungsmassnahmen und Beweisbeschaffungen des Geschädigten fort: Ermittlungen des Geschädigten, die der Absicherung seiner infolge der Straftat entstandenen zivilrechtlichen Ansprüche dienen, stellen zwangsläufig zugleich Ermittlungen zur Abklärung des Straftatverdachts dar. Wenn der Geschädigte aber – wovon auszugehen ist – ein zivilrechtliches Ermittlungsrecht hat, dann ist damit vorgegeben, dass zugleich ein strafrechtliches Ermittlungsrecht bestehen muss; das eine ist ohne das andere angesichts der rechtlichen Verknüpfungen der Teilrechtsordnungen des Zivil- und Strafrechts sowie der Einheitlichkeit des zivil- und strafrechtsrelevanten Lebensvorgangs nun einmal

⁴³⁷ Vgl. §§ 405, 406 dStPO; BEULKE, Strafprozessrecht, N 600; FERBER, NJW 2004, 2562, 2565 f.; HINZ, ZRP 2002, 475, 478; KK-ENGELHARDT, § 405 StPO N 1; KÖCKERBAUER, NStZ 1994, 305, 307; MEYER-GÖBNER, § 406 StPO N 3, 8 ff.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 63 N 7; SK-VELTEN, § 405 StPO N 1; WEIGEND, NJW 1987, 1170, 1176; WOHLERS, MDR 1990, 763, 764 ff.; vgl. zur mangelnden Akzeptanz des Adhäsionsverfahrens in der Praxis, die durch die Möglichkeit der vollständigen Rückweisung des Adhäsionsbegehrens mit verursacht ist KÖCKERBAUER, NStZ 1994, 305, 307 ff.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 63 N 1; SK-VELTEN, Vor § 403 StPO N 4, § 405 StPO N 1; WEIGEND, NJW 1987, 1170, 1176.

⁴³⁸ Vgl. zur Kritik an der gesetzlichen Ausgestaltung des Adhäsionsverfahrens in Deutschland BOMMER, S. 46; FERBER, NJW 2004, 2562, 2565 f.; GRANDERATH, NStZ 1984, 399 ff.; JUNG, JuS 1987, 157 ff.; KÖCKERBAUER, NStZ 1994, 305, 307; WEIGEND, NJW 1987, 1170, 1176; vgl. zu Nachteilen einer Geltendmachung der Zivilforderungen im Strafverfahren angesichts der strukturellen Unterschiede zwischen Zivil- und Strafverfahren BOMMER, S. 63 ff.; HINZ, ZRP 2002, 475, 477; SK-VELTEN, Vor §§ 403 StPO N 5.

nicht denkbar. Schlechterdings ausgeschlossen ist es zudem, das an sich bestehende zivilrechtliche Ermittlungsrecht des Geschädigten allein deshalb untergehen zu lassen, weil eine Handlung, die zivilrechtliche Ansprüche begründet, zugleich strafrechtlich relevant ist. Damit würde der Gläubiger eines zivilrechtlichen Anspruchs benachteiligt, weil die zum Ersatz verpflichtende Handlung des Schuldners *sogar* einen strafrechtlichen Tatbestand verwirklicht.⁴³⁹

Nach allem zeigt sich also, dass die strafprozessuale Befugnis des Geschädigten zu eigenverantwortlichen Ermittlungsmassnahmen, systematischen Nachforschungen und umfangreichen privaten Beweisbeschaffungen gesetzessystematisch vorgegeben ist, wenn bei der Umgrenzung offensiver Verfahrensrechte des Geschädigten seine durch die Straftat begründeten zivilrechtlichen Ersatzansprüche und Genugtuungsinteressen neben dem öffentlichen Interesse an der staatlichen Verfolgung und Bestrafung des Täters hinreichend gewichtet werden.

3. Ermittlungsbefugnisse der nichtanwaltlichen Geschädigtenvertreter

Dem Geschädigten steht es grundsätzlich frei, Dritte mit der Durchführung der Ermittlungen zu betrauen, anstatt eigenhändig tätig zu werden.⁴⁴⁰ Beauftragt der Geschädigte nichtanwaltliche professionelle Privatermittler, wie etwa die Forensic Services, zur Vornahme der Ermittlungen, so sind diese weder Inhaber eines öffentlichen Amtes noch Organe der Strafrechtspflege. Als nichtanwaltliche Geschädigtenvertreter sind sie zudem regelmässig nicht Rechtsbeistand des Verletzten bzw. Geschädigten im strafprozessualen Sinne,⁴⁴¹ so dass die anwaltlichen Standesregeln nicht anwendbar sind. Ein Ermittlungsrecht können die professionellen Privatermittler zum einen originär aus der in der Schweiz und in Deutschland verfassungsrechtlich garantierten Wirtschafts- und Berufsfreiheit ableiten, unter deren Schutz ihre Ermittlungstätigkeit prinzipiell steht.⁴⁴² Zum ande-

⁴³⁹ KREY, S. 27; vgl. auch OHG-Kommentar-STEIGER-SACKMANN, Art. 8 OHG N 13.

⁴⁴⁰ Vgl. BGH, NSiZ 1989, 279, 280.

⁴⁴¹ Ggfs. sind berufsspezifische Sondervorschriften zu beachten, vgl. zu anwaltlichen Geschädigtenvertretern BOCKEMÜHL, S. 38 ff.; KREY, S. 39 ff.; MORATH S. 64 ff.; zur Rechtsstellung von Detektiven BOCKEMÜHL, S. 43 ff.; KREY, S. 43 ff.; zu Sondervorschriften für private Sicherheitsdienste MORATH, S. 145 ff.

⁴⁴² Abweichend MENDE, S. 121 f., der Art. 12 Abs. 1 GG wegen seiner Beschränkbarkeit als Legitimationsgrundlage ablehnt, was aber bereits deshalb nicht schlüssig ist, weil sich der Schutzbereich eines Grundrechts nicht aufgrund der Beschränkbarkeit des Grundrechts auflöst. Vgl. zur Beschränkbarkeit des Art. 27 BV und der Massgeblichkeit der durch Art. 36 BV aufgestellten

ren haben die nichtanwaltlichen Geschädigtenvertreter ein vom Geschädigten abgeleitetes Ermittlungsrecht. Die Geschädigtenvertreter fungieren als Auftragnehmer und sind im Rahmen des Auftrags befugt, für den Auftraggeber im Rahmen seiner Befugnisse tätig zu werden;⁴⁴³ ihr derivatives Ermittlungsrecht ist im Umfang des Ermittlungsrechts des Geschädigten als Auftraggeber legitimiert.⁴⁴⁴

Grundsätze BGE 123 I 12, 15; 124 I 310, 313; 125 I 335, 337; 128 Ia 92, 95; BIAGGINI, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 49 N 15 ff.; St. Galler Kommentar-VALLANDER, Art. 27 BV N 33 ff., je m.w.N.; vgl. zum Schrankensystem des Art. 12 Abs. 1 GG grundlegend BVerfGE 7, 377 ff. (Apothekenurteil); vgl. auch BVerfGE 33, 125 ff.; 33, 303 ff.; BGH, NJW 1989, 1924, 1928; NStZ 1989, 279, 280; MAUNZ/DÜRIG-SCHOLZ, Art. 12 N 300 ff. m.w.N.

⁴⁴³ BOCKEMÜHL, S. 44; KREY, S. 42.

⁴⁴⁴ BOCKEMÜHL, S. 44; vgl. aber auch zur Kritik an „systematisch“ vom Auftraggeber abgeleiteten Not- und Jedermannsrechten durch professionelle private Sicherheitsdienste STEEGMANN, in: Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 237, 248 ff.

4. Kapitel: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

1.

Die von Revisionsgesellschaften und Beratungsunternehmen angebotene Dienstleistung „Forensic Services“ ist ein Beispiel für die zunehmende Privatisierung staatlicher Aufgaben: In der Schweiz und in Deutschland sind „Private Ermittlungsverfahren“ bei der Aufdeckung und Verfolgung von Wirtschaftskriminalität zu einem festen Bestandteil der Rechtswirklichkeit geworden.⁴⁴⁵

2.

Praktisch relevant sind private Ermittlungen der „Forensic Services“ insbesondere beim Verdacht der Mitarbeiterdelinquenz in Unternehmen. In diesen Fällen werden die Spezialabteilungen durch das potentiell geschädigte Unternehmen eingeschaltet, um systematische Ermittlungen gegen den oder die verdächtigen Mitarbeiter durchzuführen. Der verdächtige Mitarbeiter ist in dieser Konstellation arbeitsvertraglichen Rahmenbedingungen unterworfen, welche die beauftragten Privatermittler bei der Sachverhaltsaufklärung für sich nutzbar machen können:⁴⁴⁶

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland können Straftaten des Arbeitnehmers eine ordentliche und eine ausserordentliche/fristlose Kündigung wegen der Straftat rechtfertigen. Die Möglichkeit einer ausserordentlichen/fristlosen Kündigung wegen des blossen Verdachts der Straftat ist umstritten. Der deutschen Rechtsprechung zufolge ist die fristlose Verdachtskündigung zwar an überaus strenge Voraussetzungen gebunden, sie wird aber überwiegend als zulässig erachtet. Die schweizerische Rechtsprechung hat die Zulässigkeit der ausserordentlichen Verdachtskündigung bislang offen gelassen, weshalb dem Arbeitgeber einvernehmlich dazu angeraten wird, sich beim blossen Verdacht der Straftat vorerst auf mildere arbeitsrechtliche Massnahmen zu beschränken.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Erster Teil: 1. Kapitel, S. 15 ff.

⁴⁴⁶ Vgl. Erster Teil: 2. Kapitel, S. 46 ff.

⁴⁴⁷ Vgl. zu arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz Erster Teil: 2. Kapitel: § 1, S. 47 ff. und zu arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland Erster Teil: 2. Kapitel: § 2, S. 58 ff.

Eine materiell-rechtliche Mitwirkungspflicht des verdächtigten Arbeitnehmers bei der Aufklärung des Verdachtsfalles besteht weder in der Schweiz noch in Deutschland. Die Verweigerung der aktiven Mitwirkung kann nach schweizerischem Arbeitsrecht eine Kündigung des Arbeitgebers wegen „treuwidriger Behinderung der Aufklärung“ nicht rechtfertigen; die Selbstbelastungsfreiheit des verdächtigten Arbeitnehmers ist ein vorrangiges Arbeitnehmerinteresse, das die Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber rechtlich begrenzt. Für die arbeitsrechtlichen Nebenpflichten nach deutschem Recht gilt dies entsprechend; bei Gefahr der Selbstbelastung ist der Arbeitnehmer zur aktiven Mitwirkung an den Ermittlungen des Arbeitgebers rechtlich nicht verpflichtet.⁴⁴⁸

3.

Private Ermittlungen des Geschädigten im Strafverfahren sind zulässig. Die Grundsätze des Strafprozessrechts schliessen Privatermittlungen des Geschädigten nicht aus, insbesondere besteht kein staatliches Ermittlungsmonopol zugunsten der Strafverfolgungsorgane.⁴⁴⁹

Darüber hinaus lässt sich ein positives „Recht“ des Geschädigten zur Durchführung privater Ermittlungen herleiten, das in Deutschland sogar grundrechtlich abgesichert ist.⁴⁵⁰ Die Analyse des gegenwärtigen Meinungsstandes hat allerdings ergeben, dass das deutsche strafprozessuale Schrifttum die verfassungsrechtliche Dogmatik bislang nur unzureichend rezipiert und ein Ermittlungsrecht des Geschädigten vorschnell als Ausprägung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts begriffen hat. Als Fehlentwicklung hat es sich insbesondere erwiesen, den „Rechtsbeistandsbeschluss“ des deutschen Bundesverfassungsgerichts⁴⁵¹ als Rechtsprechungsbeleg für die Behauptung heranzuziehen, dass ein systematisches Privatermittlungsrecht des Geschädigten aus dem verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folge.⁴⁵² Im Gegenteil: Damals hat das Bundesverfassungsgericht noch ausdrücklich darauf bestanden, dass der Zeuge kein selbständiges Ziel in dem gegen einen anderen gerichteten Verfahren verfolgt und ihm Rechte zur Verfahrensgestaltung nicht zustehen.⁴⁵³ Dem Gesamtzu-

⁴⁴⁸ Vgl. Erster Teil: 2. Kapitel: § 1 II. 3., S. 55 ff. für die Schweiz und Erster Teil: 2. Kapitel: § 2 III., S. 63 ff.

⁴⁴⁹ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2, S. 74 ff. und zur Vereinbarkeit privater Ermittlungen mit den Grundsätzen des Strafverfahrens insbesondere Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 III., S. 76 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2, S. 74 ff.

⁴⁵¹ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 V. 1., S. 86 f.

⁴⁵² Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 V., S. 86 ff.

⁴⁵³ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 V. 1., S. 86 ff.

sammenhang des Beschlusses nach ging es dem Gericht vor allem darum, dem Zeugen die sachgerechte Ausübung seines Auskunftsverweigerungsrechts und insbesondere die Geheimhaltung etwaiger Verfehlungen zu ermöglichen. Der Geschädigte nimmt Privatermittlungen aber typischerweise nicht zur Verteidigung und sachgerechten Wahrnehmung seiner Zeugenrechte vor, sondern zu dem ganz anderen Zweck, sich Informationen über den Tathergang zu verschaffen und entsprechende Beweismittel zu sichern.⁴⁵⁴

Eine vom Rechtsbeistandsbeschluss losgelöste Betrachtung des Schutzbereichs und der Schutzrichtung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts zeigt zudem, dass das Grundrecht spezifisch darauf ausgerichtet ist Integritätsschutz zu vermitteln, also eine staatliche Einsichtnahme in einen grundsätzlich abgeschirmten Bereich privater Lebensgestaltung abzuwehren. Der privat ermittelnde Geschädigte bedarf jedoch nicht des Integritäts-, sondern des Aktivitätsschutzes, da er Einblicke in Lebensbereiche seiner Mitbürger begehrt.⁴⁵⁵ Eine solche Befugnis des Geschädigten lässt sich aber nicht durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern grundsätzlich nur aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG herleiten, die als Auffanggrundrecht mit geringerer Schutzintensität zur Geltung kommt, soweit im konkreten Einzelfall keine Spezialgrundrechte einschlägig sind.⁴⁵⁶

Die im schweizerischen Verfassungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 BV grundrechtlich geschützte persönliche Freiheit ist der allgemeinen Handlungsfreiheit des deutschen Grundgesetzes zwar ähnlich, es bestehen aber gleichwohl gewichtige Unterschiede. Vor allem soll die persönliche Freiheit des Art. 10 Abs. 2 BV nach schweizerischem Grundrechtsverständnis einer allgemeinen Handlungsfreiheit gerade nicht gleichgesetzt werden. Geschützt sind nur Rechte, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen.⁴⁵⁷ Privatermittlungen erfüllen diese Anforderungen typischerweise nicht und unterstehen danach grundsätzlich nicht der freiheitsrechtlichen Sicherung des Art. 10 Abs. 2 BV.⁴⁵⁸ Ausserhalb des Anwendungsbereichs eines einzelnen Grundrechts lässt sich ein Privatermittlungsrecht des Geschädigten auf Verfassungsebene nur aus übergeordneten Grundsätzen und Leitprinzipien der schweizerischen

⁴⁵⁴ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 V. 2. b), S. 88 ff.

⁴⁵⁵ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 V. 3., S. 89 ff.

⁴⁵⁶ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 V. 3. d), S. 94 ff.

⁴⁵⁷ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VI. 1., S. 95 ff. und zum Gewährleistungsinhalt des Art. 10 Abs. 2 BV Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VI. 1. a), S. 96.

⁴⁵⁸ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VI. 1. d), S. 100 ff.

Bundesverfassung herleiten: Die Ermittlungsbefugnis des Geschädigten folgt schlicht daraus, dass ein prinzipielles Verbot privater Ermittlungstätigkeit nicht feststellbar ist. Denn in einer Staatsordnung, die sich der liberalen Rechtsstaatsidee verpflichtet hat, bedeutet die Nichtfeststellbarkeit der Unzulässigkeit des Verhaltens im Umkehrschluss zugleich das Bestehen eines positiven freiheitlichen Anspruchs auf dessen Betätigung.⁴⁵⁹

Die Annahme eines positiven „Rechts des Geschädigten auf Privatermittlungen“ wird zudem durch einfachgesetzliche Erwägungen gestützt.⁴⁶⁰ Im Unterschied zum Strafprozessrecht setzt das Zivilprozessrecht selbständige Beweisermittlungen der Parteien voraus.⁴⁶¹ Die Begehung einer Straftat löst zivilrechtliche Ansprüche aus, für deren Beweis der Gläubiger selbst Sorge zu tragen hat, und zwar erforderlichenfalls durch eigene Ermittlungen und Nachforschungen. Diese zivilrechtlichen Ermittlungen des Gläubigers stellen zwangsläufig zugleich strafrechtliche Ermittlungen des Geschädigten dar. Da nun aber das zivilrechtliche Ermittlungsrecht nicht deshalb entfallen kann, weil der Anspruchsgegner mit der deliktischen Handlung zusätzlich einen Straftatbestand verwirklicht hat, legitimiert das zivilrechtliche Ermittlungsrecht des Geschädigten zugleich dessen strafrechtliches Ermittlungsrecht. Das eine ist mit dem anderen rechtlich und tatsächlich unauflösbar verbunden.⁴⁶²

⁴⁵⁹ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VI. 2, S. 101 ff.

⁴⁶⁰ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VII., S. 105 ff.

⁴⁶¹ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VII., S. 105 ff.

⁴⁶² Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VII., S. 105 ff.

Zweiter Teil:
Beweisverbote nach privaten
Beweisbeschaffungen des
Geschädigten

1. Kapitel: Private Beweisbeschaffung durch den Geschädigten

Die Entwicklung dogmatischer Grundlagen der Beweisverbote wird in dieser Abhandlung stets auf eine besondere Sachverhaltsgestaltung bezogen und beschränkt bleiben: auf die Konstellation „privater Beweisbeschaffung des Geschädigten“, wie sie am Beispiel der privaten Straftatabklärung und Beweissicherung durch die „Forensic Services“ exemplarisch vorgestellt wurde. Damit freilich ist der Ausgangspunkt der Beweisverbotsfrage erst grob umrissen. Die nachfolgende begriffliche und inhaltliche Umschreibung privater Beweisbeschaffung durch den Geschädigten wird den spezifischen Bezugsrahmen der Beweisverbotsproblematik konkretisieren und für die weitere Untersuchung festlegen. Zudem sollen „private“ Ermittlungen und Beweissicherungen durch den Geschädigten mit anderen strafprozessualen Problemlagen einer Beteiligung von Privatpersonen an staatlichen Ermittlungen und Beweiserhebungen kontrastiert werden, um klarzustellen, womit sich diese Abhandlung explizit nicht befasst.

§ 1 Begriffsbestimmungen

I. Der Begriff des „Geschädigten“

Als „Geschädigter“ im Sinne des Strafverfahrensrechts des Kantons Zürich gilt jede natürliche oder juristische Person, der durch das Delikt unmittelbar ein Schaden zugefügt wurde oder zu erwachsen drohte; dies ist grundsätzlich der Träger des Rechtsgutes, welches durch das strafbare Verhalten verletzt oder deliktisch geschädigt oder gefährdet wurde oder hätte verletzt oder gefährdet werden sollen.⁴⁶³ Enger als der kantonalrechtliche Begriff des Geschädigten ist derjenige des „Opfers“ im Sinne des eidgenössischen Opferhilfegesetzes (OHG), der nur die durch eine Straftat in ihrer körperli-

⁴⁶³ Vgl. zum strafprozessualen Begriff des Geschädigten § 395 Abs. 1 Ziff. 2 StPO ZH; Art. 113 Abs. 1 E-StPO; BGE 117 Ia 137; 118 Ia 16; 128 I 217; DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 192 StPO ZH N 9, § 395 N 8; HAURI, S. 45; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 1; HOFER, ZStrR 120 (2002), 107, 109; JABORNIGG, S. 11 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 502; WEDER, ZStrR 113 (1995), 39, 40; WEISSHAUPT, S. 21 mit Fn. 108.

chen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigen Personen umfasst.⁴⁶⁴

Der Begriff des Geschädigten im Zürcher Strafprozess ist mit dem Verletztenbegriff im deutschen Rechtsraum vergleichbar, aber nicht identisch. In der deutschen Strafprozessordnung wurde davon abgesehen, den Begriff des Verletzten gesetzlich zu definieren; er ist aus dem jeweiligen Funktionszusammenhang abzuleiten, in dem er steht und damit zwangsläufig uneinheitlich.⁴⁶⁵ Als „Verletzter“ im Sinne der §§ 406d ff. dStPO, welche unter der Marginalie „sonstige Befugnisse des Verletzten“ die im Strafverfahren für alle Verletzten geltenden Vorschriften zusammenfassen, gilt nach überwiegender Ansicht jedenfalls derjenige, der durch die behauptete Tat, ihre tatsächliche Begehung unterstellt, unmittelbar in seinem Rechtsgut beeinträchtigt ist.⁴⁶⁶

In der vorliegenden Untersuchung wird der Begriff des Geschädigten aus der vorangegangenen einfachgesetzlichen Legitimation der Ermittlungsbefugnis des Geschädigten heraus entwickelt, für welche die Prämisse leitgebend war, dass die privaten Straftatermittlungen zugleich die Durchsetzung privatrechtlicher Schadensersatz- und Genugtuungsansprüche erleichtern sollten.⁴⁶⁷ Daneben ist zu berücksichtigen, dass die rechtliche Absicherung der privaten Ermittlungsbefugnis des Geschädigten insbesondere dazu diene, dem durch die Straftat Betroffenen eine gesicherte Rechtsposition bei der Wahrnehmung und Verwirklichung seiner zivil- und strafrechtli-

⁴⁶⁴ Art. 2 Abs. 1 OHG und de lege ferenda ebenso Art. 114 Abs. 1 E-StPO, Art. 1 Abs. 1 E-OHG; vgl. aber auch Art. 2 Abs. 2 lit. b OHG zur teilweisen Gleichstellung Angehöriger und ähnlich nahestehender Personen bei der Wahrnehmung bestimmter Verfahrensrechte; vgl. zum Begriff des „Opfers“ im Strafverfahren GREINER, ZStrR 2007, 57, 58 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 38 N 4; HOFER, ZStrR 120 (2002), 107, 109; JABORNIGG, S. 16 ff.; KOLLY, FZR 1994, 32, 34; MAURER, ZBJV 2000, 305, 306 f.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 502; WEDER, ZStrR 113 (1995), 39, 40; WEISSHAUPT, S. 21 ff.

⁴⁶⁵ BT-Drs. 10/5305, S. 16; BGHSt 4, 202, 203; RGSt 69, 107, 108; OLG Koblenz, NSiZ 1988, 89, 90; HK-KURTH § 406d StPO N 2; JABORNIGG, S. 12 ff.; KUHN, ZRP 2005, 125, 126; MEYER-GÖBNER, Vor § 406d StPO N 2; SK-VELTEN, Vor § 406d StPO N 5; WEIGEND, NJW 1987, 1170, 1173.

⁴⁶⁶ Vgl. zur Verletzeneigenschaft des Rechtsgutsträgers bei unmittelbarer Rechtsgutsbeeinträchtigung OLG Düsseldorf, NSiZ 1995, 49 zum Begriff des Verletzten im Sinne des § 172 Abs. 1 dStPO, an dem sich die Auslegung des Verletztenbegriffs im Sinne der § 406d ff. dStPO orientiert; BEULKE, Strafprozessrecht, N 346; FERBER, NJW 2004, 2562, 2563; HK-KREHL, § 172 StPO N 8; HK-KURTH, § 406d StPO N 2; JABORNIGG, S. 15; KUHN, ZRP 2005, 125, 126; LR-HILGER, Vor § 406d StPO N 6; MEYER-GÖBNER, Vor § 406d StPO N 2; SCHÜNEMANN, NSiZ 1986, 193, 195; SK-VELTEN, Vor § 406d StPO N 5; im übrigen ist die Verletzeneigenschaft allerdings in Deutschland sehr umstritten, vgl. zur Übersicht über den Meinungsstand HK-KREHL, § 172 StPO N 8 ff.; HK-KURTH, § 406d StPO N 2; MEYER-GÖBNER, § 172 StPO N 9 ff.; SK-VELTEN, Vor § 406d StPO N 5, jeweils m.w.N.

⁴⁶⁷ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VII., S. 105 ff.

chen Beweis- und Informationsinteressen einzuräumen.⁴⁶⁸ Vorliegend muss der Begriff des Geschädigten deshalb tendenziell weit verstanden und mit unmittelbar oder mittelbar straftatbedingten Ansprüchen des Zivilrechts harmonisiert werden. Als Geschädigter gilt danach zunächst einmal derjenige, der durch die Straftat unmittelbar in seinen Rechten beeinträchtigt worden ist, also jedenfalls der Träger des durch die Strafnorm geschützten Rechtsgutes.⁴⁶⁹ Darüber hinaus soll der Begriff des „Geschädigten“ hier weitergehend alle natürlichen und juristischen Personen erfassen, die einen mit der strafbaren Handlung konnexen privatrechtlichen Anspruch geltend machen können, sei es ein originärer Anspruch, der bei der Person selbst entstanden ist, oder ein abgeleiteter oder kraft Gesetzes oder Vertrags auf sie übergegangener Anspruch.⁴⁷⁰ Ausgenommen bleiben damit insbesondere strafprozessuale „Popularermittlungen“, bei denen der Einzelne nur „als Angehöriger der Rechtsgemeinschaft“ betroffen ist,⁴⁷¹ sowie Ermittlungshandlungen des Beschuldigten und der Verteidigung. Als Teilmenge mit umfasst sind angesichts des weiteren Geschädigtenbegriffs Privatermittlungen des „Opfers“ im Sinne des OHG.⁴⁷²

II. Kriterien der „Privatheit“ strafprozessualer Ermittlungen und Beweisbeschaffungen

Für das Adjektiv der „privaten“ Ermittlung und Beweisbeschaffung gilt hier ein enges Begriffsverständnis, nicht zuletzt, um eine klare Abgrenzung zwischen staatlichen Eingriffen und privaten Handlungen gewährleisten zu können, die für die Beweisverbotsdogmatik grundlegend ist.⁴⁷³ Erforder-

⁴⁶⁸ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VII., S. 105 ff.

⁴⁶⁹ Vgl. zur entsprechenden Definition des Geschädigtenbegriffs z.B. Art. 28 Abs. 1 StPO AI; Art. 31 Abs. 1 StPO FR; Art. 45 Abs. 2 StPO UR; § 395 Abs. 1 Ziff. 2 StPO ZH; ebenso zum Verletztenbegriff im deutschen Strafverfahrensrecht OLG Düsseldorf, NSIZ 1995, 49; BEULKE, Strafprozessrecht, N 346; HK-KREHL, § 172 StPO N 8; HK-KURTH, § 406d StPO N 2; KUHN, ZRP 2005, 125, 126; LR-HILGER, Vor § 406d StPO N 6; MEYER-GÖBNER, Vor § 406d StPO N 2.

⁴⁷⁰ Vgl. BGer, Urteil vom 27. März 2007, 1P.759/2006, E. 2.3.5 zur Auslegung des Geschädigtenbegriffs des § 56 Abs. 1 Ziff. 3 StPO AG; vgl. zur zivilrechtlichen Anspruchs begründung aus unerlaubter Handlung Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 VII. 1. b), S. 106.

⁴⁷¹ Vgl. HK-KURTH, § 406d dStPO N 2, was insbesondere der Fall ist „bei der Verletzung von Strafvorschriften, die ausschliesslich gemeinschaftsbezogene Rechtsgüter schützen.“

⁴⁷² Vgl. zum Opferbegriff als „Teilmenge“ des weiteren Geschädigtenbegriffs GREINER, ZStrR 2007, 58 f.; WEDER, ZStrR 113 (1995), 39, 40.

⁴⁷³ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2, S. 171 ff. zu den Grenzen einer Zurechnung privater Handlungen zum Staat, welche die Unterscheidung zwischen staatlichem Eingriff und privater Handlung vorgibt; vgl. zu dieser Problematik auch EGMR, Entscheid vom 25. Oktober 2007, van Vondel

lich ist danach zum einen, dass der Geschädigte die Ermittlungen aus eigenem Antrieb, also ohne staatliche „Anstiftung“ vornimmt; zudem müssen die Strafverfolgungsbehörden an den Ermittlungen des Geschädigten und insbesondere am Vorgang der Gewinnung des Beweismittels gänzlich unbeteiligt sein.⁴⁷⁴

Das zeitliche Verhältnis von privater Ermittlung und staatlicher Strafuntersuchung ist weitgehend beliebig, solange nur die absolute Unabhängigkeit der privaten Ermittlungs- und Beweisbeschaffungshandlungen von der staatlichen Strafuntersuchung gewährleistet bleibt: Der Geschädigte kann eigene Ermittlungen anstellen und Beweise sichern, wenn die Strafverfolgungsbehörden ein Untersuchungsverfahren (noch) nicht eingeleitet, eine Einleitung abgelehnt oder das Untersuchungsverfahren in derselben Sache bereits eingestellt haben; er kann ausserdem Ermittlungen vornehmen und Beweise beschaffen, wenn die Strafverfolgungsbehörden in derselben Sache ebenfalls ein Untersuchungsverfahren führen. Die zentrale Frage der Verwertbarkeit der vom Geschädigten beschafften Beweismittel wird sich freilich nur dann stellen, wenn die staatlichen Organe das vom Geschädigten im Rahmen seiner Ermittlungen eigenverantwortlich beschaffte Beweismaterial auch tatsächlich für ein staatliches Strafverfahren nutzen wollen.

§ 2 „Private“ Ermittlungen in Abgrenzung zu Beteiligungen Privater an der staatlichen Strafverfolgung

I. Verdeckte Privatermittlungen in Abgrenzung zu „Verdeckten Ermittlungen“ im Sinne des BVE und der §§ 110a -110e dStPO

Der Begriff der „verdeckten Ermittlung“ wird in der strafprozessualen Diskussion sehr unterschiedlich verwendet, so dass terminologische und inhaltliche Abgrenzungsschwierigkeiten zu den jeweils gemeinten Fall-

vs. Niederlande, Nr. 38258/03, §§ 41 ff.; DEMKO, HRRS 2004, 382, 384 ff.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 28 ff.; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 904.1 f.

⁴⁷⁴ Vgl. aber auch zu entsprechenden Manipulationsmöglichkeiten in der Praxis, indem Belege über eine Kooperation von Strafverfolgungsbehörden und Privatermittlern bewusst aus den Akten ferngehalten werden BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S 151, 155; vgl. zu ähnlichen Kriterien einer „privaten“ Tonbandaufnahme FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 28 ff.

konstellationen entstehen.⁴⁷⁵ Strikt zu unterscheiden sind die Fälle „verdeckter“ – das heisst vor dem Betroffenen geheim gehaltener – Ermittlungen durch Privatpersonen aber jedenfalls vom strafprozessualen Problemkreis der „verdeckten Ermittlungen“ im Sinne des BVE und der §§ 110a–110e dStPO.

In der Schweiz ist als Rechtsgrundlage für „verdeckte Ermittlungen“ das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) geschaffen worden, das für alle Strafverfahren des Bundes und der Kantone anwendbar ist.⁴⁷⁶ Die verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE „hat zum Zweck, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind, in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären.“⁴⁷⁷ Verdeckte Ermittlungen durch ausserhalb des Polizeiapparates stehende Privatpersonen – ungeachtet dessen, ob diese nun eigenverantwortlich oder staatlich angewiesen handeln – werden vom Regelungsbe- reich des BVE demgegenüber nicht umfasst. Zwar lässt die Bestimmung des Art. 5 Abs. 2 lit. b BVE scheinbar eine andere Deutung zu, weil danach als verdeckte Ermittler auch Personen ernannt werden können, „die vorübergehend für eine polizeiliche Aufgabe angestellt werden, auch wenn sie nicht über eine polizeiliche Ausbildung verfügen.“ Allerdings ergeben der eindeutige Wille des Gesetzgebers,⁴⁷⁸ der systematische Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a BVE sowie die Gesamtkonzeption der verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE, dass auch in diesen Fällen eine feste Bindung an die Führungsperson und das Polizeikommando bestehen muss, was wenigstens ein Arbeitsverhältnis in einem Polizeikorps voraussetzt; schon ein blosses Auftragsverhältnis genügt wegen der Möglichkeit dessen jederzeitiger Auflösung und der insoweit loseren Bindung an die staatlichen Stellen nicht mehr.⁴⁷⁹

In Deutschland sind die Einsatzvoraussetzungen für „verdeckte Ermittler“ in den §§ 110a–110e der Strafprozessordnung gesetzlich niedergelegt. Der Regelungsbereich dieser Bestimmungen umfasst jedoch gemäss dem klaren

⁴⁷⁵ Vgl. OBERHOLZER, N 79.

⁴⁷⁶ Art. 2 BVE; WOHLERS, ZSR 124 (2005), 219, 220. Die Vorschriften des BVE sollen de lege ferenda in eine vereinheitlichte eidgenössische Strafprozessordnung integriert werden, vgl. Art. 285 ff. E-StPO; Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, S. 59; WOHLERS, ZSR 124 (2005), 219, 220.

⁴⁷⁷ Art. 1 BVE; vgl. HANSJAKOB, ZStR 122 (2004), 97, 98; WOHLERS, ZSR 124 (2005), 219, 222.

⁴⁷⁸ Vgl. Botschaft BVE, BBl 1998, 4241, 4283, 4288; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 75 N 28; WOHLERS, ZSR 124 (2005), 219, 222.

⁴⁷⁹ Vgl. Botschaft BVE, BBl 1998, 4241, 4283, 4288; HANSJAKOB, ZStR 122 (2004), 97, 100; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 75 N 28; WOHLERS, ZSR 124 (2005), 219, 222.

Wortlaut der gesetzlichen Legaldefinition des § 110a Abs. 2 dStPO nur „Beamte des Polizeidienstes [...]“, so dass, ähnlich wie in der Schweiz, eine enge Anbindung des Ermittlers an den Staat, und zwar zudem in der Form des Beamtenverhältnisses, erforderlich ist.⁴⁸⁰

Die Unmassgeblichkeit des BVE und der §§ 110a–110e dStPO für private verdeckte Ermittlungen ist damit offensichtlich: Verdeckt ermittelnde Privatpersonen, die unabhängig von Polizei und Staatsanwaltschaft eigenmächtig vorgehen und zudem nicht formell in den Staatsapparat eingebunden sind, werden weder, wie vom BVE vorausgesetzt, als Angehörige der Polizei noch als Beamte des Polizeidienstes im Sinne des § 110a Abs. 2 dStPO tätig.

II. „Private“ Ermittlungen in Abgrenzung zum Einsatz von V-Leuten

Unklar ist im strafprozessualen Diskurs zur Einbindung von Privatpersonen in das staatliche Strafverfahren auch der Begriff der „V-Personen“.⁴⁸¹ In Abgrenzung zum „verdeckten Ermittler“ kann als „V-Person“ bezeichnet werden, wer, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, mit oder ohne finanzielle Gegenleistung, die Strafverfolgungsbehörden bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich unterstützt, ohne dass seine Identität preisgegeben wird.⁴⁸² Das „V“ steht für die Vertrau-

⁴⁸⁰ Vgl. BT-Drucks. 12/989, 42; BGHSt 41, 43; 45, 321, 324; BGH, Entscheid vom 20. Juni 2007, 1 StR 251/07 (LG Konstanz) = HRRS 2007 Nr. 704; BEULKE, Strafprozessrecht, N 481a; KK-NACK, § 110a StPO N 5; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 534; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 10 N 25; vgl. zur Unanwendbarkeit der §§ 110a ff. dStPO auf V-Leute und zur Folgeproblematik der Zulässigkeit ihres Einsatzes BT-Drucks. 12/989, 41; BGHSt 41, 42 ff.; 45, 321 ff.; KK-NACK, § 110a StPO N 9; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 534; MEYER-GÖBNER, § 110a StPO N 4; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 10 N 26c ff.; SK-RUDOLPHI, § 110a StPO N 3, je m.w.N.; vgl. zur Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes beim Einsatz verdeckter Ermittler mit Rezeption der Rechtspraxis des EGMR den Entscheid des BGH vom 26. Juli 2007, 3 StR 104/07 (LG Wuppertal) = HRRS 2007, Nr. 676.

⁴⁸¹ Vgl. zur unterschiedlichen Verwendung des Begriffs der „V-Person“, der zum Teil auch stellvertretend für „verdeckte Ermittler“ im Sinne des BVE verwendet oder gar nicht erläutert wird AESCHLIMANN, N 1261; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 75 N 24; MAURER, S. 347 f.; OBERHOLZER, N 78; SCHMID, Strafprozessrecht, N 772a; vage bleibend bei der Definition des Begriffs der „V-Person“ auch BEULKE, Strafprozessrecht, N 481b; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 534; MEYER-GÖBNER, § 110a StPO N 4; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 10 N 25.

⁴⁸² Vgl. OGer ZH, ZR 83 (1984) Nr. 124, S. 294; vgl. zu dieser Definition der V-Person auch dRiStBV Anlage D Abschnitt I, 2.2; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 75 N 24; KK-NACK, § 110a StPO N 9; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 534; MENDE, S. 64; MEYER-GÖBNER, § 110a StPO N 4; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 10 N 29; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 83; vgl. zu den begrifflichen Unklarheiten GÖTTING, S. 171.

lichkeit und damit für die Anonymität, welche die Strafverfolgungsbehörden den kooperierenden Personen zusagt.⁴⁸³ Davon abweichend werden vereinzelt auch so genannte „undercover-agents“, die dem Polizeiapparat angehören und als Untergrundfahnder der Polizei eingesetzt werden, mit dem Begriff der V-Person belegt.⁴⁸⁴ Teilweise als V-Person und teilweise davon unterschieden und als „Informanten“ bezeichnet werden zudem Personen, die im Einzelfall bereit sind, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben.⁴⁸⁵ Ungeachtet der begrifflichen Differenzen ist für diese Form verdeckter Ermittlungen aber jedenfalls signifikant, dass V-Leute mit Wissen und Wollen oder im Auftrag und auf Weisung der Strafverfolgungsbehörden handeln, wie es auch die gebräuchliche sprachliche Wendung des *V-Mann-Einsatzes* impliziert.⁴⁸⁶

Im Gegensatz zur staatlichen Ermittlungsmassnahme des *V-Mann-Einsatzes* setzen „private Ermittlungen“ im hier gemeinten Sinne begrifflich voraus, dass gerade kein Auftrag und keine Weisung der Strafverfolgungsbehörden vorliegen; „private Ermittlungen“ des Geschädigten können ohne das Wissen und möglicherweise sogar gegen den Willen der staatlichen Strafverfolgungsorgane erfolgen. Zwar mögen sich Privatpersonen und namentlich Geschädigte, ähnlich wie V-Leute und Informanten, im Einzelfall oder wiederholt zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden entschliessen. Solange der Kooperation jedoch keine verpflichtende Abrede oder eine staatliche Beauftragung zu weiterer Informationsbeschaffung zugrunde liegt, handelt es sich nach wie vor um vollkommen selbständige, eigeninitiative Abklärungen der Privatperson und damit um „private Ermittlungen“.

⁴⁸³ GÖTTING, S. 171; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 534; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 10 N 29.

⁴⁸⁴ Vgl. BGHSt 32, 115, 121; ähnlich OBERHOLZER, N 78; SCHMID, Strafprozessrecht, § 40 N 632: „anonyme polizeiliche Gewährsperson (V-Leute u.ä.)“.

⁴⁸⁵ Vgl. zum Begriff „Informant“ BEULKE, Strafprozessrecht, N 481b; KK-NACK, § 110a N 9; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 83; dRiStBV Anlage D Abschnitt I, 2.2; V-Mann und Informant gleichsetzend Botschaft BVE, BBl 1998, 4241, 4283; MEYER-GÖBNER, § 110a StPO N 4 bezeichnet den V-Mann als „freien Mitarbeiter der Polizei“; vgl. zum V-Mann als „Oberbegriff“ trotz nur vereinzelter Meldung an die Strafverfolgungsbehörden OGer ZH, ZR 83 (1984) Nr. 124, S. 294; noch anders HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 75 N 24, die verdeckt ermittelnde Privatpersonen als V-Leute, und zwar „Informanten“, bezeichnen, wenn die Zusammenarbeit über die Entgegennahme einzelner Meldungen hinausgeht; vgl. zur Abgrenzung von V-Mann und Informant bei fehlendem staatlichem Auftrag auch SCHNEIDER, NStZ 2001, 8, 11.

⁴⁸⁶ Vgl. BGHSt 34, 362 ff.; AESCHLIMANN, S. 335; BEULKE, Strafprozessrecht, N 481b; GÖTTING, S. 172; MAURER, S. 347; OBERHOLZER, N 78; SCHNEIDER, NStZ 2001, 8, 11.

III. „Private“ Ermittlungen in Abgrenzung zu staatlichen Hörfällen mit Beteiligung Privater

Unter den vornehmlich im deutschen Schrifttum geläufigen Begriff der „Hörfällen“ oder „Mithörfälle“ wird eine variantenreiche Phänomenologie subsumiert, die sich mit jeder neuen, von der Rechtsprechung behandelten Sachverhaltsabwandlung stetig erweitert.⁴⁸⁷ Ohne die Kasuistik in allen Einzelheiten aufzugreifen, lassen sich indes bestimmte Sachverhaltsmerkmale herausstellen, welche die Mithörfälle in ihren unterschiedlichen Ausprägungen kennzeichnen und eine Abgrenzung zu „privaten“ Ermittlungen und Beweisbeschaffungen im hier gemeinten Sinne ermöglichen.

1. Ausforschung durch Privatpersonen in staatlichem Auftrag

Als „klassische“ Hörfällen mit Beteiligung Privater können Fahndungsmethoden des Staates bezeichnet werden, bei denen eine Privatperson im Auftrag und im Interesse der Strafverfolgungsbehörden tätig und von diesen für den primären Akt der „Beweiserhebung“ zielgerichtet zur Ausforschung einer anderen Privatperson eingesetzt wird.⁴⁸⁸ Damit sind insbe-

⁴⁸⁷ Vgl. aus der deutschen Judikatur BGHSt 31, 304 (Verwertbarkeit eines durch einen „V-Mann“ aufgezeichneten Telefongesprächs); 33, 217 (Frage der Verletzung des § 136a dStPO, wenn bei angeordneter Überwachung des Fernmeldeverkehrs der Beschuldigte durch polizeiliches Handeln zu einem Ferngespräch veranlaßt wird); 34, 39 (Durch heimliches Abhören erlangte Stimmprobe); 34, 362 (Polizeispitzel in der Untersuchungshaft); 39, 335 (Zulässigkeit des Telefonmithörens durch die Polizei); 40, 211 (Verwertbarkeit von Aussagen gegenüber V-Männern, Fall Sedlmayr); 44, 129 (Beweisverwertungsverbot von belastenden Angaben gegenüber wahrsagender Mitgefänger); 44, 138 (Überwachung von Gesprächen des Untersuchungsgefangenen mit Angehörigen); vgl. ausserdem die Entscheidung des Grossen Senats in Strafsachen BGHSt 42, 139 (Privatperson hat auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden mit dem Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht ein auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichtetes Gespräch geführt), dazu BERNSMANN, StV 1997, 116; RIEB, NStZ 1996, 505 f.; ROXIN, NStZ 1997, 18 ff.; vgl. sodann BVerfG, NStZ 2000, 488 mit Ablehnung der Verfassungsbeschwerde gegen den Entscheid des Grossen Senats in Strafsachen; EGMR, Entscheid vom 23. November 1993, A. vs. Frankreich, Nr. 40/1992/385/463, Serie A Nr. 277-B; Entscheid vom 5. November 2002, Allan vs. Grossbritannien, Nr. 48539/99, StV 2003, 257 ff.; Entscheid vom 8. April 2003, M.M. vs. Niederlande, Nr. 39339/98 = StV 2004, 1 ff.

⁴⁸⁸ Vgl. BGHSt 31, 304 (Verwertbarkeit eines durch einen „V-Mann“ aufgezeichneten Telefongesprächs); 34, 362 (Polizeispitzel in der Untersuchungshaft); 39, 335 (Zulässigkeit des Telefonmithörens durch die Polizei); 42, 139 (Privatperson hat auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden mit dem Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht ein auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichtetes Gespräch geführt) = NStZ 1996, 502.; 44, 129 (Beweisverwertungsverbot von belastenden Angaben gegenüber wahrsagender Mitgefänger, wobei die Zeugin eine langjährige Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden bekundet hatte) = NStZ 1999, 147; BGH, NStZ 1995, 410 ff. (Verwertbarkeit

sondere Sachverhaltskonstellationen angesprochen, in denen die Polizei eine Privatperson bittet, den Beschuldigten oder einen Zeugen über eine abgeschlossene Straftat ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht gezielt zu befragen, beispielsweise in einem direkten persönlichen Gespräch oder in einem Telefongespräch, das die Polizei selbst oder mit Hilfe eines Dolmetschers mithören lässt.⁴⁸⁹

Die zum Gegenstand dieser Abhandlung bestimmten „privaten“ Ermittlungen und Beweisbeschaffungen durch den Geschädigten setzen allerdings voraus, dass dieser die Ermittlungshandlungen ohne jede Veranlassung, Steuerung und Beteiligung der Strafverfolgungsbehörden durchführt. Sachverhaltskonstellationen, die sich durch eine zielgerichtete Einflussnahme der Strafverfolgungsbehörden auf „Ermittlungsmassnahmen“ durch Privatpersonen auszeichnen, bleiben darum von der vorliegenden Untersuchung ausgenommen.

2. Staatliche Assistenz beim Ausforschungsvorgang

Dem Problemkreis der Hörfallen lassen sich mit Blick auf die Rechtspraxis des EGMR auch Sachverhaltskonstellationen zuordnen, in denen sich der massgebliche staatliche Beitrag zur privaten Ermittlungshandlung im Sinne einer staatlichen Gehilfenschaft auf eine Unterstützung des Ausforschungsvorgangs beschränkt. Erforderlich ist danach, dass die Privatperson den Ausforschungsentschluss zunächst autonom gefasst hat, dann aber bei der konkreten Umsetzung dieses Entschlusses, also bei der Ausforschung selbst, staatliche Mithilfe erhält. Für diese Fallgruppe können stellvertretend Sachverhalte angeführt werden, in denen eine Privatperson der Polizei

eines von der Polizei veranlassten Telefongesprächs, Anfragebeschluss des 5. Senats); BVerfG, NStZ 2000, 488 f. (Polizeilich veranlassetes Ferngespräch mit dem Tatverdächtigen); vgl. zum Problem der „Hörfallen“ bei zielgerichtetem Einsatz von Privatperson durch staatliche Organe BEULKE, Strafprozessrecht, N 481g; DENCKER, StV 1994, 667 ff.; EISENBERG, Beweisrecht, N 395 ff.; FEZER, NStZ 1996, 289 f.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 32 ff.; HALLER/CONZEN, N 565 ff.; HANACK, JR 1999, 348 ff.; HASSEMER/MATUSSEK, S. 83 f.; Hk-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 52a; JAHN, JuS 2000, 441, 443 ff.; JOERDEN, JuS 1993, 927, 928; KK-BOUJONG, § 136a StPO N 6; KK-NACK, § 110c StPO N 17; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 534; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 891, 904.1 f.; LAGODNY, StV 1996, 167 ff.; LESCH, GA 2000, 335 ff.; MENDE, S. 67; MEYER-GÖBNER, § 136a StPO N 4a; PETERS, Gutachten DJT, S. 162; POPP, NStZ 1998, 95 ff.; RIEB, NStZ 1996, 505 f.; ROXIN, NStZ 1995, 465 ff.; DERS., NStZ 1997, 18 ff.; SCHLAURI, S. 205; SCHNEIDER, NStZ 2001, 8, 9; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 119 ff.; WAGNER, NStZ 1989, 34 f.; WALDER, Die Vernehmung des Beschuldigten, S. 189; WÖFL, S. 194.

⁴⁸⁹ BGHSt 39, 335; 42, 139 = NStZ 1996, 502; vgl. dazu BEULKE, Strafprozessrecht, N 481g; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 32; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 904; POPP, NStZ 1998, 95 ff.; RIEB, NStZ 1996, 505 f.; ROXIN, NStZ 1995, 465 ff.; DERS., NStZ 1997, 18 ff.

aus eigener Initiative anbietet, den Teilnehmer einer Verbrechenverabredung anzurufen und das Telefonat aufzuzeichnen, woraufhin der Polizist sein Büro, Telefon und ein Tonbandgerät zur Verfügung stellt⁴⁹⁰ oder in denen eine um ihren Tatbeweis besorgte Privatperson eingehende Gespräche des Verdächtigen aufzeichnen will, wobei die Polizei bei der technischen Installation des Aufnahmeapparates behilflich ist und den Rat erteilt, das Gespräch auf den Täter belastende Inhalte zu lenken.⁴⁹¹

Die insoweit auch auf konventionsrechtlicher Stufe virulent werdende Frage, welche Intensität die staatliche Beteiligung mindestens erreichen muss, um die Handlung einer Privatperson im Wege der Zurechnung zu einem hoheitlichen Eingriff zu qualifizieren, ist im Schrifttum erst ansatzweise durchdrungen und auch durch die Rechtspraxis des EGMR keinesfalls abschliessend geklärt.⁴⁹² Für die hier im Vordergrund stehende Abgrenzung derartiger Fallkonstellationen gegenüber „privaten“ Ermittlungen und Beweisbeschaffungen wird aber gleichwohl der entscheidende Unterschied sichtbar: Angesichts des Umstandes, dass der vollständige Ausschluss der Strafverfolgungsbehörden von den Ermittlungshandlungen der Privatperson zu einem wesentlichen Kriterium „privater“ Ermittlungen erklärt worden ist, werden Sachverhaltskonstellationen, die durch eine zumindest assistierende staatliche Beteiligung an der „Beweiserhebung“ der unmittelbar handelnden Privatperson gekennzeichnet sind, in dieser Abhandlung nicht näher behandelt.

⁴⁹⁰ EGMR, Entscheid vom 23. November 1993, A. vs. Frankreich, Nr. 40/1992/385/463, Serie A Nr. 277-B, dazu DEMKO, HRRS 2004, 382, 385 ff.; soweit MENDE, S. 63 ff. die Fallgestaltungen der staatlichen Beteiligung auf die unmittelbare und mittelbare staatliche Veranlassung und Steuerung reduziert, genügt diese Differenzierung den vom EGMR behandelten Fallkonstellationen mit staatlicher Beteiligung an Ausforschungen durch Privatpersonen nicht mehr.

⁴⁹¹ EGMR, Entscheid vom 8. April 2003, M.M. vs. Niederlande, Nr. 39339/98 = StV 2004, 1 ff.; dazu DEMKO, HRRS 2004, 382 ff.; GAEDE, StV 2004, 46 ff.; ähnlich das Fallbeispiel bei BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S 151, 155; vgl. auch EGMR, Entscheid vom 25. Oktober 2007, van Vondel vs. Niederlande, Nr. 38258/03, §§ 41 ff.

⁴⁹² Vgl. aus dem Schrifttum zu dieser Frage und damit auch zur Abgrenzung von privaten Handlungen und staatlichen Massnahmen in der Spruchpraxis der Strassburger Organe DEMKO, HRRS 2004, 382 ff.; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 25 EMRK N 49; GAEDE, StV 2004, 46, 47 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 50 ff.; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 904 ff.; TIETJE, MDR 1994, 1078, 1079 f.; TRECHSEL, EuGRZ 1987, 69, 77; vgl. das abweichende Sondervotum der RichterIn PALM zum Entscheid EGMR vom 8. April 2003, M.M. vs. Niederlande, Beschwerde Nr. 39339/98, StV 2004, 1,2.

3. Ausforschungen in Haftzellen

Eine Hörfalle wird dem Beschuldigten auch dann gestellt, wenn er als Inhaftierter innerhalb einer Haftanstalt von einem anderen Inhaftierten, insbesondere einem „Zellengenossen“, ausgeforscht und das Ergebnis der Ausforschung sodann den Strafverfolgungsbehörden übermittelt wird. Derartige Bespitzelungen in Haftanstalten können auf eigener Initiative eines Mitinsassen, auf einer stimulierenden staatlichen Einflussnahme oder sogar auf einer zielgerichteten Veranlassung und Steuerung der Strafverfolgungsbehörden beruhen. Exemplarisch ist auf Sachverhalte zu verweisen, in denen ein V-Mann oder Informant mit einem polizeilichen Ausforschungsauftrag in die Zelle des Verdächtigen als „Spitzel“ verlegt wird⁴⁹³ oder in denen ein Zellengenosse den anderen zunächst aus eigener Initiative aushorcht, die Ausforschung sodann in Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden fortsetzt und diese über das Ergebnis der Ausforschung informiert.⁴⁹⁴

Die Sonderkonstellation der Hörfalle in Haftzellen erfüllt indes ungeachtet der konkreten Umstände der Ausforschung die Kriterien der „privaten“ Ermittlung nicht. Zumindest theoretisch denkbar mögen zwar Fallkonstellationen sein, in denen der Geschädigte – und nicht der Staat – einen Mitinsassen des Verdächtigen zu dessen Ausforschung anstiftet. Der Verdächtige allerdings befindet sich während dieser „Beweisgewinnung“ in staatlichem Gewahrsam, weshalb eine staatliche „Beteiligung“ an der Ermittlungsmassnahme jedenfalls insoweit vorliegt, als der Staat die fakti-

⁴⁹³ EGMR, Urteil vom 5. November 2002, Allan vs. Grossbritannien, Nr. 48539/99 = StV 2003, 257 ff.; vgl. ESSER, JR 2004, 98 ff.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 32 f.; GAEDE, StV 2003, 260, 262 f.; HALLER/CONZEN, N 565 ff., 571; Hk-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 52a; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 904; vgl. im Zusammenhang mit § 136a StPO BGHSt 34, 362 = NJW 1987, 2525; 42, 139 = NJW 1996, 2940; BERNSMANN, StV 1997, 116 ff.; BEULKE, Strafprozessrecht, N 136; JAHN, JuS 2000, 441 ff.; KUDLICH, JuS 1997, 696, 699; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 891, 896, 904; PETERS, Gutachten DJT, S. 162; RENZIKOWSKI, JZ 1997, 710, 717; RIEB, NStZ 1996, 505 f.; ROXIN, NStZ 1995, 465, 467; DERS., NStZ 1997, 18 ff.; SCHLÜCHTER/RADBRUCH, NStZ 1995, 354 f.; SCHNEIDER, NStZ 2001, 8, 9; VERREL, S. 152 ff.; WEBLAU, ZStW 110 (1998), 1 ff.; WOLTER, NStZ 1993, 1, 6.

⁴⁹⁴ BGH, NStZ 1989, 32 f. (Verwertbarkeit der Aussage eines Mitgefangenen, der aus eigenem Antrieb den Angeklagten dazu veranlasst, die vorgeworfene Tat zu gestehen); SCHNEIDER, NStZ 2001, 8, 10; vgl. zum Sonderfall der verdeckten Ermittlungen in Haftanstalten auch BGHSt 34, 362 (Polizeispitzel in der Untersuchungshaft); fortgeführt mit BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502; 44, 129 = NStZ 1999, 147 mit Anm. ROXIN, NStZ 1999, 149; 44, 138 (Überwachung von Gesprächen des Untersuchungsgefangenen mit Angehörigen); zu dieser Problematik ESSER, JR 2004, 98 ff.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 32; HALLER/CONZEN, N 565 ff., 571; JAHN, JuS 2000, 441 ff.; LESCH, GA 2000, 335 ff.; SCHNEIDER, NStZ 2001, 8 ff.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 119-121, 124 f.; WAGNER, NStZ 1989, 34 f.

schen Bedingungen für die Einwirkung der Privatperson auf den Beschuldigten geschaffen, die Lebensverhältnisse des Beschuldigten einschliesslich seiner Kommunikationsbeziehungen beschränkt und den „intimen Ort“ der Ausforschung vorgegeben hat.⁴⁹⁵ Die Gegebenheiten der staatlich angeordneten Haft stehen der Annahme echter „Privatermittlungen“ folglich entgegen.

⁴⁹⁵ Vgl. BGHSt 44, 129 ff.; BGH, NStZ 1989, 32 f.; ESSER, JR 2004, 98 ff., GAEDE, StV 2003, 260, 261; HALLER/CONZEN, N 565 ff., 571; HANACK, JR 1999, 348 ff.; JAHN, JuS 2000, 441 ff.; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 904; LESCH, GA 2000, 335 ff.; LR-HANACK, § 136a StPO N 37; ROXIN, NStZ 1999, 149, 151; SCHNEIDER, NStZ 2001, 8 ff.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 124; WAGNER, NStZ 1989, 34 f.

2. Kapitel: Grundlagen der Beweisverbote

§ 1 Einführung

Das Auffinden der Wahrheit im Strafprozess erfordert ihr gründliches Erforschen;⁴⁹⁶ dennoch kennt das Strafverfahren – mit den Worten des deutschen Bundesgerichtshofs gesprochen – keinen Grundsatz, dass die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müsste.⁴⁹⁷ Vielmehr hat sich auch das wichtige Allgemeininteresse an der Aufklärung und Ahndung von Straftaten in die zu berücksichtigenden Gesamtinteressen einzuordnen, weshalb der Gesetzgeber zur Wahrung solch übergeordneter Interessen bestimmte Tatsachen der staatlichen Aufklärungstätigkeit entzieht, indem er Beweisverbote festlegt.⁴⁹⁸ Diese werden in der strafprozessualen Systematik daher gemeinhin als Beschränkungen der Eingriffsbefugnisse bei der Beweiserhebung und der Beweisverwertung und dadurch als funktionale Einschränkungen des Grundsatzes der umfassenden richterlichen Aufklärungspflicht verstanden.⁴⁹⁹ Ein weitgehender Konsens darf ausserdem insoweit konstatiert werden, als die Beweisverbote, trotz des stetigen Wandels in ihrer Entwicklung seit ihrer Schöpfung durch BELING im Jahre 1903, in der deutschen⁵⁰⁰ und nachfolgend auch in der schweizerischen

⁴⁹⁶ Vgl. entsprechend zum Untersuchungsgrundsatz Kantonsgericht ZH, ZR 91 (1992), Nr. 10, S. 22; AESCHLIMANN, N 165; BEULKE, Strafprozessrecht, N 21; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 53 N 8; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 299; OBERHOLZER, N 721; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 15 N 3 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 269.

⁴⁹⁷ So erstmals BGHSt 14, 358, 365; vgl. BAUMANN/BRENNER, S. 15; BELING, 1 f., 32 f.; LR-GÖSSEL, Einl. Abschnitt K N 2; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 16; vgl. für die Schweiz ebenso Kassationsgericht ZH, ZR 73 (1974), Nr. 44, S. 106, 108; Kantonsgericht SG, GVP 1987, Nr. 63, S. 132, 133; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 1; HAUSER, SJZ 82 (1986), 253 f.; KÜNG/HAURI/BRUNNER, HK-StPO ZH, § 284 StPO ZH N 5; OBERHOLZER, N 802; WALDER, ZStr 1966, 36.

⁴⁹⁸ Vgl. BGHSt 19, 325, 329; BELING, S. 3, 32 f.; BÉNÉDICT, S. 18 ff.; FORNITO, S. 8 f., 51; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 1; HAUSER, SJZ 82 (1986), 253, 254; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 20; KÜHNE, Strafprozessrecht, § 54 N 880; OBERHOLZER, N 802; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 10; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 13.

⁴⁹⁹ Vgl. Kantonsgericht SG, GVP 1987, Nr. 63, S. 132, 133; Obergericht SH, ABSH 1993, 156, 159; Kassationsgericht ZH, ZR 72 (1973), Nr. 75, S. 185, 188; SJZ 70 (1974), Nr. 23, S. 125, 127; ZR 73 (1974), Nr. 44, S. 106, 108; AK-KÜHNE, Vor § 48 StPO N 47; FORNITO, S. 16; KELNHOFER, S. 47; KK-PFEIFFER, Einl. N 117; KÜNG/HAURI/BRUNNER, HK-StPO ZH, § 284 StPO ZH N 5; LR-GÖSSEL, Einl. Abschnitt K N 1 f.; MEYER-GÖBNER, Einl. N 50; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 13; SCHMID, Strafprozessrecht, N 601; vgl. auch BGE 96 I 437, 440 f.; Kantonsgericht SG, GVP 1977, Nr. 35, S. 65, 67.

⁵⁰⁰ BELING, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 46, 1903, Nachdruck 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1977; vgl. nachfol-

Strafrechtswissenschaft⁵⁰¹ stets als feste Institution des Strafprozessrechts begriffen worden sind.

Die allseitige dogmatische Akzeptanz dieses Rechtsinstituts darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Beschränkung der Strafverfolgungstätigkeit durch Beweisverbote im Zwiespalt mit einer philosophischen Tradition steht, der es unerträglich scheint, wenn eine Straftat ungesühnt bleibt.⁵⁰² Es erstaunt daher nicht, dass es in der Verfahrenswirklichkeit immer noch als „Niederlage des Rechtsstaates“ empfunden wird, wenn „ein Angeklagter, von dessen Schuld der Richter überzeugt ist, nicht etwa mangels Beweisen, sondern mangels rechtlich *verwertbarer* Beweise freigesprochen wird.“⁵⁰³ Tatsächlich wird den Opfern einer Straftat auch nur schwer vermittelbar sein, dass dieser „Mangel“ des Strafverfahrens gar als „der grösste Wert unserer Verfahrensordnung“ gelten soll⁵⁰⁴ und gerade der Wahrung gesetzlicher Grenzen der Strafverfolgung entspricht, wie es der Grundsatz der Justizförmigkeit des Strafprozesses gebietet.⁵⁰⁵ Aus der Perspektive einer von der konkreten Tat verschonten Allgemeinheit bleibt aber gleichwohl daran zu erinnern, dass es wohl nicht die strafgerichtliche Ahndung jeder kriminellen Tat ist, die uns ein Leben ohne ständige Angst ermöglicht, sondern vielmehr die Existenz einer Strafrechtspflege, in der es insgesamt „mit rechten Dingen“ zugeht.⁵⁰⁶ Für eine Verfahrenswirklichkeit, die sich durch die gesetzmässige Durchführung des Strafverfahrens auszeichnen will, ist aber nun einmal der Preis zu zahlen, dass der Grundsatz der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren nicht der höchste Wert sein kann, dem sich alle anderen Werte a priori unterzuordnen haben.⁵⁰⁷

gend AK-KÜHNE, Vor § 48 StPO N 47; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 20; LR-GÖSSEL, Einl. Abschnitt K N 2; MEYER-GÖBNER, Einl. N 50; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 4; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 13.

⁵⁰¹ Vgl. AESCHLIMANN, N 825; BÉNÉDICT, S. 49; DELNON/RÜDY, Beweisführung, S. 164, 181 ff.; FORNITO, S. 3 ff.; HABSCHIED, SJZ 89 (1993) 185; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 1 ff.; KAUFMANN, AJP 2003, 1199, 1200 aus zivilprozessualer Perspektive; MAURER, S. 36 ff.; OBERHOLZER, N 802; PIQUEREZ, N 545 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 601 ff.; VEST/EICKER, AJP 2005, 885 ff.; WALDER, ZStrR 1966, 36 ff.; DERS., SJZ 89 (1993), 191 ff.

⁵⁰² VOLCKART, JR 2005, 181.

⁵⁰³ WOHLERS, AJP 2006, 629; vgl. auch bereits BELING, S. 32.

⁵⁰⁴ So KÜHNE, Strafprozessrecht, § 54 N 880.

⁵⁰⁵ Vgl. RUCKSTUHL, AJP 2005, S. 150, 157; WALDER, ZStrR 1966, 36; WOHLERS, AJP 2006, 629.

⁵⁰⁶ Vgl. RUCKSTUHL, AJP 2005, S. 150, 157; VOLCKART, JR 2005, 181.

⁵⁰⁷ Vgl. Kassationsgericht ZH, ZR 73 (1974), Nr. 44, S. 106, 108; BELING, S. 32 f.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 92; KÜHNE, Strafprozessrecht, § 54 N 880; KÜNG/HAURI/BRUNNER, HK-StPO ZH, § 284 StPO ZH N 5; OBERHOLZER, N 802; WOHLERS, AJP 2006, 629.

§ 2 Terminologiedivergenzen

I. Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote

Als eine Nebenfolge der Problemträchtigkeit der inhaltlichen Ausgestaltung einer Beweisverbotslehre wird in Deutschland der Zugang zum Stand der Diskussion durch eine uneinheitliche Terminologie erschwert,⁵⁰⁸ deren semantische Bereinigung nicht das Ziel dieser Untersuchung sein kann. Anerkannt ist im deutschen und schweizerischen Strafverfahrensrecht aber immerhin der von BELING geprägte Begriff der *Beweisverbote*, der über seinen ursprünglichen Bedeutungsinhalt hinaus heute sämtliche Grenzen der Wahrheitserforschung sowohl im Zuge der Beweisgewinnung als auch im Zuge der Beweisverwertung umfasst und damit als eine Art Oberbegriff dient.⁵⁰⁹ Weitgehende Einigkeit besteht zudem darüber, dass zwischen *Beweiserhebungsverboten* und *Beweisverwertungsverboten* zu differenzieren ist,⁵¹⁰ ohne dass damit viel über die Auswirkungen dieser

⁵⁰⁸ Vgl. zu dieser Einschätzung GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; GÖTTING, S. 24 f.; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 881; NÜSE, JR 1966, 281, 282; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1; vgl. die Zusammenstellung der geläufigsten Begriffe bei FORNITO, S. 17 f.; eingehend zur Terminologie der Beweisverbote im Strafverfahren MICHAEL NAGEL, Verwertung und Verwertungsverbote im Strafverfahren, Leipzig 1998, passim.

⁵⁰⁹ Grundlegend BELING, S. 3; vgl. sodann BGE 96 I 437, 440 f.; Kantonsgericht SG, GVP 1977, Nr. 35, S. 65, 67; GVP 1987, Nr. 63, S. 132, 133; Kassationsgericht ZH, ZR 72 (1973), Nr. 75, S. 185, 188; SJZ 70 (1974), Nr. 23, S. 125, 127; ARZT, Festschrift Peters, S. 223, 231; BÉNÉDICT, S. 49; FORNITO, S. 3; GAUTHIER, ZStW 103 (1991), 796 ff.; GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; DERS., NJW 1981, 649; GROPP, StV 1989, 216, 217; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 1; HAUSER, ZStrR 88 (1972), S. 130 f.; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 780; HOFMANN, JuS 1992, 587; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 20; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 484; KÜNG/HAURI/BRUNNER, HK-StPO ZH, § 284 StPO ZH N 5; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 881; KÜPPER, JZ 1990, 416; MAURER, S. 36 ff.; MEYER-GÖBNER, Einl. N 50; OBERHOLZER, N 802; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 94; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 7; DERS., Grundsatzfragen, S. 119, 125; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 13; SCHMID, Strafprozessrecht, N 601; vgl. die Zusammenstellung bei BAUMANN/BRENNER, S. 15 ff.

⁵¹⁰ Vgl. AK-KÜHNE, Vor § 48 StPO N 48; BAUMANN/BRENNER, S. 15; BÉNÉDICT, S. 50; DONATSCH/SCHMID-SCHMID, § 430 StPO ZH N 18; GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; DERS., NJW 1981, 649, 650; DERS., Festschrift Hanack, S. 277, 278; DERS., GA 1991, 483, 484; GROPP, StV 1989, 216, 217; HALLER/CONZEN, N 548; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 1 ff.; HAUSER, ZStrR 88 (1972), 130 f.; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 781 ff.; HOFMANN, JuS 1992, 587 f.; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 22, 27; KRAMER, N 161 f.; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 881; KÜPPER, JZ 1990, 416; MAURER, S. 36 ff.; MENDE, S. 158; MEYER-GÖBNER, Einl. N 51 ff.; NÜSE, JR 1966, 281, 286; OBERHOLZER, N 803 ff.; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 2 f.; ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 125; ROGALL, JZ 1996, 944, 946; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 13; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 171; SCHLÜCHTER, N 4.2; SCHMID, Strafprozessrecht, N 602 ff.; ablehnend FORNITO, S. 24 f.

Einteilung gesagt ist oder über die Regeln, die ihr vorangehen: Beweiserhebungsverbote begrenzen den Vorgang der Beweisbeschaffung, indem sie wegen höherwertiger Interessen bereits das Erheben von bestimmten Beweisen gesetzlich ausschliessen.⁵¹¹ Die Beweisverwertungsverbote bezeichnen die Grenzen, die der Verwertung von Beweisen im Strafprozess gesetzt sind, indem ein Beweisergebnis nicht zur Grundlage des weiteren Verfahrens gemacht werden darf.⁵¹² Dies bedeutet weiterhin, dass Verwertungsverbote nicht allein die Gerichtsverwertung von Beweismitteln in der Hauptverhandlung und in der Urteilsfindung untersagen, auch wenn diese Problematik Rechtsprechung und Lehre vorwiegend beschäftigt.⁵¹³ Vielmehr sind Beweisverwertungsverbote bereits im Untersuchungs- bzw. Vorverfahren von den Strafverfolgungsorganen und den Gerichten bei ihrer Überzeugungsbildung zu berücksichtigen, was etwa bei der Entscheidung über den dringenden Tatverdacht, über das Vorliegen der Voraussetzungen einer Beschlagnahme- oder Durchsuchungsanordnungen und im Haftrecht praktisch relevant werden kann.⁵¹⁴ Denn: Das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen lässt sich in jedem Verfahrensstadium nur durch verwertbare Erkenntnisse zu belegen. Darin zeigt sich, dass das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots letztlich eine in jedem Verfahrensstadium beachtliche „Subsumtionssperre“ der dem Beweisverwertungs-

⁵¹¹ Vgl. EISENBERG, Beweisrecht, N 336; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 2; GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 650; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 1 ff.; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 781; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 22; MENDE, S. 158; MEYER-GÖBNER, Einl. N 51 ff.; OBERHOLZER, N 803; ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 126; SCHMID, Strafprozessrecht, N 602.

⁵¹² Vgl. ARZT, Festschrift Peters, S. 223, 231; EISENBERG, Beweisrecht, N 356; GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 650; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 5; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 782 ff.; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 27; KÜNG/HAURI/BRUNNER, HK-StPO ZH, § 284 StPO ZH N 5; MEYER-GÖBNER, Einl. N 55; SCHLÜCHTER, N 4.2; SCHMID N 606; SCHROTH, JuS 1998, 969; vgl. zur Vorauswirkung eines Verwertungsverbots auf Erhebungsverbote GÖSSEL, NSTZ 1998, 126 ff.; kritisch zur Unterscheidung von Erhebungs- und Verwertungsverbotten FORNITO, S. 20 ff.

⁵¹³ FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 2; KRAMER, N 164; auf die Gerichtsverwertung abstellend: ARZT, Festschrift Peters, S. 223, 231; FORNITO, S. 21 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 5; HOFMANN, JuS 1992, 587, 588; OBERHOLZER, N 805 ff.; SCHLÜCHTER, N 4.2; SCHMID, Strafprozessrecht, N 606 f.

⁵¹⁴ Vgl. BGer, Urteil vom 23.8.2007, 1B_159/2000; Urteil vom 23. August 2007, 1B_159/2007, E.1 zur Verwertbarkeit von Beweismitteln im Haftprüfungsverfahren; BGHSt 36, 396, 398 ff.; Kassationsgericht ZH, ZR 72 (1973), Nr. 75, S. 185, 188; SJZ 70 (1974), Nr. 23, S. 125, 127; SJZ 71 (1975), Nr. 28, S. 60 ff.; DENCKER, S. 19 unter Verweis auf §§ 163a Abs. 3, 136a dStPO; EISENBERG, Beweisrecht, N 356; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 2; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 657; JÄHNKE, DAV, S. 69, 70; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 502; KRAMER, N 164; OBERHOLZER, N 811; PELZ, S. 89; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 7 f.

verbot unterliegenden Umstände unter die Vorschriften des Straf- und Strafverfahrensrechts auslöst.⁵¹⁵

Da Beweiserhebungsverbote anerkanntermassen in unterschiedlicher Form auftreten, ist ihre weitere Untergliederung, je nach ihrem Anknüpfungspunkt, in Beweisthemen-, Beweismittel- und Beweismethodenverbote verbreitet: *Beweisthemenverbote* scheiden bestimmte Sachverhalte als Gegenstand strafprozessualer Beweisführung aus,⁵¹⁶ wodurch im Interesse der Rechtssicherheit vor allem Tatsachen von der Aufklärung ausgenommen werden, die im anhängigen Verfahren oder in anderen Verfahren bereits bindend festgestellt sind.⁵¹⁷ *Beweismittelverbote* schliessen bestimmte sachliche oder persönliche Beweismittel, wie etwa den zeugnisverweigernden Zeugen, von der an sich zulässigen Beweiserhebung aus,⁵¹⁸ während die *Beweismethodenverbote* eine bestimmte Art und Weise der Beweisgewinnung bei an sich zulässiger Aufklärung des Beweisthemas untersagen.⁵¹⁹

Weil aber aus der Zugehörigkeit des Beweisverbots zu einer dieser drei Gruppen, soweit ersichtlich, keine weitergehenden sachlichen Schlüsse gezogen werden, bleibt die Einteilung begrifflich-systematisch verzichtbar.⁵²⁰ Angesichts der zahlreichen weiteren semantischen Spitzfindigkeiten

⁵¹⁵ KRAMER, N 164; tendenziell ähnlich ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 126.

⁵¹⁶ Vgl. AK-KÜHNE, Vor § 48 StPO N 48; BÉNÉDICT, S. 51; EISENBERG, Beweisrecht, N 338; GÖSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; DERS., NJW 1981, 649, 650; DERS., GA 1991, 483, 484; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 2; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 780; HOFMANN, JuS 1992, 587; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 23; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 882; MAURER, S. 37; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 106 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 603; SCHROTH, JuS 1998, 969.

⁵¹⁷ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 2; HOFMANN, JuS 1992, 587; MEYER-GÖBNER, Einl. N 52.

⁵¹⁸ Vgl. AK-KÜHNE, Vor § 48 StPO N 48; BÉNÉDICT, S. 51; EISENBERG, Beweisrecht, N 348; GÖSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; DERS., NJW 1981, 649, 650; DERS., GA 1991, 483, 484; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 4; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 780; HOFMANN, JuS 1992, 587; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 24; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 883; MAURER, S. 37; MEYER-GÖBNER, Einl. N 53; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 114 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 604; SCHROTH, JuS 1998, 969.

⁵¹⁹ Vgl. AK-KÜHNE, Vor § 48 StPO N 48; BÉNÉDICT, S. 53; EISENBERG, Beweisrecht, N 347; GÖSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; DERS., NJW 1981, 649, 650; DERS., GA 1991, 483, 484; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 3; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 780; HOFMANN, JuS 1992, 587; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 25; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 890 ff.; MAURER, S. 37; MEYER-GÖBNER, Einl. N 54; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 135 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 605; SCHROTH, JuS 1998, 969.

⁵²⁰ So auch FORNITO, S. 19; GÖSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; DERS., NJW 1981, 649, 650; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 3.

in der Beweisverbotslehre⁵²¹ ist zudem zu bemerken, dass die Begrifflichkeiten vielfach von der Verwertbarkeitsfolge her entwickelt werden, worin sich die allgemeine Tendenz zeigt, die Problematik von hinten her anzugehen und klare Regeln zur Herleitung von Verwertungsverboten durch eine präjudizierende Terminologie zu ersetzen.⁵²² Weitgehend vermeidbar sind Vorabdefinitionen, soweit allein danach getrennt wird, ob die Erhebung eines Beweises oder seine Verwertung verboten ist,⁵²³ weshalb hier lediglich der klassischen Einteilung der Beweisverbote in Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote gefolgt wird.

II. Zur Unterscheidbarkeit von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten

Die Berechtigung der Unterscheidung von Beweiserhebungsverboten und Beweisverwertungsverboten ist von einer Mindermeinung im strafprozessualen Schrifttum, wenn auch mit bescheidener Wirkung, immer wieder in Frage gestellt worden.⁵²⁴ Unter Verweis auf die Komplexität des Beweisvorgangs in der Praxis wird vor allem kritisiert, dass eine derartige Differenzierung der Realität nicht gerecht werde, weil die Vorgänge der Beweiserhebung und Beweisverwertung ohnehin faktisch identisch seien und untrennbar ineinander fließen würden; eine Beweisverwertung ohne vorherige Beweiserhebung sei im Ergebnis gar nicht möglich.⁵²⁵ Im deutschen Schrifttum wird dieser Einteilung ausserdem die widersprüchliche praktische Konsequenz zugeschrieben, dass bei einem nicht mit einem Verwertungsverbot verknüpften Erhebungsverbot die Strafverfolgungsbehörden bzw. die Gerichte den Sachverhalt auch unter Verstoß gegen das

⁵²¹ Vgl. die Zusammenstellung der geläufigsten Unterscheidungen bei FORNITO, S. 17; GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; GÖTTING, S. 24 f.

⁵²² GÖTTING, S. 25; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1; vgl. die präjudizierende Unterscheidung von Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften bei HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 6 f.; OBERHÖLZER, N 805 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 608; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 889; vgl. auch bereits RGSt 42, 168, 169 f. zur Definition der Ordnungsvorschriften, bei denen dem Rechtsanwender die Befugnis zur Abweichung grundsätzlich mit eingeräumt sei; vgl. zu weiteren begrifflichen Ansätzen JESCHECK, Gutachten DJT, S. 2; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 100; ähnlich KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538 mit der Unterscheidung zwischen Beweisverboten sowie einfachen und qualifizierten Beweisverfahrensverboten; abstellend auf „lediglich formale Mängel“ auch BGH, NStZ 1989, 375, 376.

⁵²³ ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 2; vgl. auch HEINITZ, JR 1964, 441, 443.

⁵²⁴ ALSBERG/NÜSE/MEYER, S. 431; FORNITO, S. 20 ff.; GÖSSEL, Festschrift Hanack, S. 277 ff.; GÖSSEL, NStZ 1998, 126 ff.; PERES, S. 14; vgl. dazu auch JÄGER, S. 133 ff.

⁵²⁵ FORNITO, S. 22; GÖSSEL, Festschrift Hanack, S. 277, 281 ff.

Erhebungsverbot feststellen müssten.⁵²⁶ Vorzugswürdig soll es darum sein, anstelle einer Unterscheidung zwischen Verstößen gegen Beweiserhebungs- oder Verwertungsverbote allein auf den für ein Verwertungsverbot stets erforderlichen Verstoss gegen die Rechtsordnung auf dem Weg zum Urteil abzustellen.⁵²⁷

Diese vereinzelt gebliebenen Positionen im Schrifttum sollen hier gar nicht zum Anlass genommen werden, Sinn und Unsinn einer Unterscheidung von Erhebungs- und Verwertungsverböten von allen Seiten her zu beleuchten. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass sich die Kritik an dieser Einteilung letztlich vor allem an dem Umstand entzündet, dass das Verhältnis von Beweiserhebung und Beweisverwertung und damit verbunden das Verhältnis von Beweiserhebungsverböten und Beweisverwertungsverböten bislang noch nicht befriedigend geklärt werden konnte.⁵²⁸ Zu konstatieren ist ausserdem, dass sich die Unterscheidung als solche in Judikatur und Schrifttum inzwischen eindeutig verfestigt hat und zur Vermeidung weiterer Terminologiedivergenzen schon allein deshalb fortgeführt werden sollte, weil Alternativvorschläge jedenfalls der Sache nach keine Vereinfachung der insgesamt komplexen Problematik der Beweisverböte versprechen. Immerhin haben selbst die Kritiker der Einteilung einsehen müssen, dass es unausweichlich wieder auf dieselben Gesichtspunkte ankommt und auf dieselben Schwierigkeiten hinausläuft, wenn das Wesensmerkmal eines Verwertungsverbötes zu bestimmen ist, gleichviel ob von den Verwertungsverböten noch Erhebungsverböte unterschieden werden oder ohne nähere Differenzierung auf den Rechtsverstoss im Verfahren abgestellt wird.⁵²⁹

Ein schwacher Einwand ist überdies die faktische Identität von Beweiserhebung und Beweisverwertung, weil die natürliche Betrachtung und die rechtliche Bewertung eines Vorgangs nicht notwendig identisch sein müssen, wie beispielsweise das aus anderen Teilrechtsgebieten hinlänglich bekannte theoretische Konstrukt der „juristischen Sekunde“ zeigt.⁵³⁰ Dement-

⁵²⁶ GÖSSEL, NStZ 1998, 126, 127; GÖSSEL, Festschrift Hanack, S. 277, 280 f.

⁵²⁷ Vgl. FORNITO, S. 286 ff.; GÖSSEL, Festschrift Hanack, S. 277, 284.

⁵²⁸ So auch JÄGER, S. 135; vgl. HOFMANN, JuS 1992, 587, 588.

⁵²⁹ So im Ergebnis auch GÖSSEL, Festschrift Hanack, S. 277, 285; vgl. auch FORNITO, S. 27 ff., der trotz Vermeidung der Unterscheidung von Beweiserhebung und Beweisverwertung letztlich dieselben Gesichtspunkte behandelt, die ansonsten im Gewand der Verstöße gegen „Beweiserhebungsvorschriften“ auftreten.

⁵³⁰ Vgl. zu dessen Relevanz bei der zivilrechtlichen „Durchgangstheorie“ zur Gläubigerstellung des Zedenten bei der Abtretung künftiger Forderungen z.B. BGE 111 III 73, 75 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY-SCHMID, OR Allgemeiner Teil, § 32 N 3646 m.w.N.; vgl. zur Relevanz der „juristischen Sekunde“ beim Grundstückserwerb durch Minderjährige BGH, NJW

sprechend hängt auch die Möglichkeit oder die Unmöglichkeit der Trennung von Beweiserhebung und Beweisverwertung eng damit zusammen, wie diese Vorgänge jeweils definiert werden.⁵³¹ So ist etwa eine Beweiserhebung, verstanden als „Sammlung und Wahrnehmung von Tatsachen“,⁵³² von der „Beweisverwertung“ durchaus unterscheidbar, weil bei formeller Betrachtung des Beweisvorgangs nicht schon die blossе Kennnismahme der gewonnenen Information und das Anstellen interner Schlussfolgerungen als „Verwertung“ gelten kann,⁵³³ sondern eine solche nur und erst dann vorliegt, wenn ein Beweisergebnis zur Grundlage des weiteren Verfahrens gemacht wird.⁵³⁴

Einmal abgesehen davon, dass eine Differenzierung zwischen rechtlicher und natürlicher Betrachtungsweise also durchaus möglich ist, muss letztlich aber vor allem anerkannt werden, dass die Erhebung und die Verwertung des Beweises zwei unterschiedliche Seiten des Beweisvorgangs betreffen, dessen Unterscheidung in der Systematik des Gesetzes selbst so angelegt ist.⁵³⁵ Denn auf der einen Seite sind selbständige Verwertungsverbote existent, die nicht an einen Fehler im Erhebungsvorgang anknüpfen,⁵³⁶ auf der anderen Seite lässt es sich spätestens auf der Wertungsebene gar nicht durchhalten, an jeden Verstoss gegen eine gesetzliche Erhebungsvorschrift zwangsläufig ein Verwertungsverbot zu knüpfen,⁵³⁷ zumal die Möglichkeit einer Begrenzung der Fehlerfolgen der Beweiserhebung

2005, 1430 ff.; vgl. zum Unterschied von tatsächlicher und rechtlicher Bewertung auch JÄGER, S. 136.

⁵³¹ Vgl. z.B. das unterschiedliche Verständnis von „Beweiserhebung“ bei DENCKER, S. 105 und FORNITO, S. 22.

⁵³² GÖSSEL, Festschrift Hanack, S. 277, 282; vgl. FORNITO, S. 21.

⁵³³ So aber GROPP, StV 1989, 217; vgl. auch FORNITO, S. 22, der die blossе summarische Sichtung von Dokumenten bereits als Verwertungshandlung bezeichnet; ablehnend ROGALL, Beweisverbote, S. 113, 145.

⁵³⁴ In diese Richtung bei der Definition des Beweisverwertungsverbotes EISENBERG, Beweisrecht, N 356; GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; DERS., NJW 1981, 649, 650; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 5; HOFMANN, JuS 1992, 587, 588; KK-SENGE, Vor § 48 StPO, N 27; MEYER-GÖBNER, Einl. N 55; SCHLÜCHTER, N 4.2; SCHMID, Strafprozessrecht, N 606; SCHROTH, JuS 1998, 969; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 6; vgl. zum unnützen Streit über den Begriff der „Verwertung“ ROGALL, Beweisverbote, S. 113, 144 f.

⁵³⁵ JÄGER, S. 135, 137 f.; HEINITZ, JR 1964, 441, 442 f.; HOFMANN, JuS 1992, 587, 591; ROGALL, Beweisverbote, S. 113, 145; ROXIN, ZStW 91 (1979), 2.

⁵³⁶ Vgl. JÄGER, S. 137 zu § 252 dStPO; HEINITZ, JR 1964, 441, 443; HOFMANN, JuS 1992, 587, 591; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 4; zum Verwertungsverbot bei nach der Aussage eingetretenen Gründen zur Zeugnisverweigerung trotz zunächst rechtsgültiger Aussage SCHMID, Strafprozessrecht, N 648; zum selbständigen Verwertungsverbot bei der Verwertung von Tagebüchern Kantonsgericht SG, GVP 1988, Nr. 79; FORNITO, S. 172; zur Unverwertbarkeit des Schweigens des Beschuldigten als belastendes Indiz im Falle der ordnungsgemäss erfolgten Belehrung KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538.

⁵³⁷ Vgl. JÄGER, S. 138.

damit aufgehoben würde.⁵³⁸ Bedenkenswert ist ausserdem, dass sich die Interessenlage zwischen der Erlangung und der Verwertung des Beweismittels verändern kann, etwa wenn zwar die Beweiserhebung im Interesse der Gefahrenabwehr gerechtfertigt war, nicht aber die anschliessende Verwertung im Prozess zur Bestrafung des Täters.⁵³⁹ Die herkömmliche Unterscheidung zwischen Beweiserhebung und Beweisverwertung trägt danach also nur dem Umstand Rechnung, dass beide Vorgänge einer getrennten rechtlichen Würdigung grundsätzlich zugänglich sein *müssen*, denn nur dann können Beweiserhebung und Beweisverwertung gleichermaßen rechtswidrig oder rechtmässig, kann die Beweiserlangung rechtmässig und die Verwertung rechtswidrig oder die Beweiserlangung rechtswidrig und die Verwertung rechtmässig sein.⁵⁴⁰

III. Unselbständige und selbständige Verwertungsverbote

Gemeinhin wird ein Verstoss gegen ein Beweiserhebungsverbot angenommen, wenn im Rahmen der Beweiserhebung *durch Strafverfolgungsorgane* ein kodifiziertes Beweiserhebungsverbot⁵⁴¹ oder sonstige Beweiserhebungsvorschriften⁵⁴² unmittelbar oder in analoger Anwendung⁵⁴³ verletzt werden, wenn bei Eingriffen in grundrechtlich geschützte Sphären das beeinträchtigte Individualinteresse das Strafverfolgungsinteresse überwiegt,⁵⁴⁴ oder wenn sonstige Individualinteressen schützende Rechtsvorschriften, wie z.B. Straftatbestände, verletzt werden.⁵⁴⁵ An derartige Fallgestaltungen schliesst sich dann die weitergehende Frage an, ob Beweismittel, die unter Missachtung von Beweiserhebungsvorschriften gewonnen wurden, im Strafprozess verwertet werden dürfen, wobei das Bemühen der

⁵³⁸ Vgl. JÄGER, S. 135; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 38.

⁵³⁹ Vgl. zu divergierenden Interessenlagen bei der Erlangung und Verwertung des Beweismittels OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 331.

⁵⁴⁰ Vgl. GÖTTING, S. 23 f.; HEINITZ, JR 1964, 441, 442 f.; JÄGER, S. 135; HOFMANN, JuS 1992, 587, 588; KÜPPER, JZ 1990, 416, 417.

⁵⁴¹ Näher mit zahlreichen Beispielen ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 14 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 602 ff.

⁵⁴² Da es nur eine Frage der Definition ist, ob bestimmte Formen der Beweiserhebung verboten sind oder ob die Einhaltung bestimmter Formen umgekehrt geboten ist, wird man auch Formvorschriften zur Beweisgewinnung zum Kreis der Beweisgewinnungsverbote rechnen müssen, vgl. GROPP, StV 1989, 216, 217; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 100 f.

⁵⁴³ Vgl. GROPP, StV 1989, 216, 217; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 11.

⁵⁴⁴ GROPP, StV 1989, 216, 217; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 11; vgl. RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 176.

⁵⁴⁵ Vgl. zur rechtswidrigen Beweiserhebung GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 182; DERS., NStZ 1998, 126; GROPP, StV 1989, 216, 217.

Rechtsprechung und Lehre von den Beweisverboten vor allem auf die Entwicklung verbindlicher Kriterien gerichtet ist.⁵⁴⁶

Die Loslösung der Beweisverwertung von der Beweiserhebung eröffnet aber zugleich die Möglichkeit, die Nichtverwertbarkeit von Beweisen anders als lediglich mit der fehlerhaften Beweiserhebung zu begründen und führt zugleich zu der Einsicht, dass sich die Frage nach der Beweisverwertung auch dann stellen kann, wenn keine Beweiserhebungsvorschriften verletzt worden sind.⁵⁴⁷ Denkbar ist dies von vornherein aber nur in zwei Konstellationen: Entweder erfolgt die Beweiserhebung durch die Strafverfolgungsbehörden selbst, die dabei jedoch gegen keinerlei Verfahrensvorschriften verstossen; oder die Strafverfolgungsorgane sind an der Beweisgewinnung selbst gar nicht beteiligt und gelangen an die Beweismittel, weil Privatpersonen ihnen diese zur Verfügung stellen.⁵⁴⁸ Obgleich die Strafverfolgungsbehörden keinen Rechtsverstoss bei der Beweiserhebung/Beweisgewinnung begangen haben, können auch solcherart gewonnene Beweismittel einem Verwertungsverbot unterliegen, wenn der staatliche Akt der Verwertung selbst entgegenstehende vorrangige Interessen beeinträchtigt. Derartige Verwertungsverbote resultieren demnach allein aus der Rechts- bzw. Verfassungswidrigkeit des Beweisverwertungsaktes.⁵⁴⁹

Verwertungsverbote, die sich im Anschluss an Verfahrensfehler ergeben, sollten daher systematisch und terminologisch von solchen unterschieden werden, in denen die Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung keine Ursache der möglichen Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit der Beweismittel ist.⁵⁵⁰ Erstere können zur Verdeutlichung der Abhängigkeit von einem vorhergehenden Verfahrensverstoss als abgeleitete oder *unselbständige Verwertungsverbote*, letztere zur Verdeutlichung der Unabhängigkeit von

⁵⁴⁶ JÄGER, S. 2; vgl. BAUMANN/BRENNER, S. 16; BÉNÉDICT, S. 54 ff.; HOFMANN, JuS 1992, 587, 588.

⁵⁴⁷ Vgl. BAUMANN/BRENNER, S. 16; BÉNÉDICT, S. 57 f.; GÖSSEL, NStZ 1998, 126; GROPP, StV 1989, 216, 219; HEINITZ, JR 1964, 441, 442 f.; HOFMANN, JuS 1992, 587, 591; KÜPPER, JZ 1990, 416, 417; WOHLERS, AJP 2006, 627, 629.

⁵⁴⁸ HOFMANN, JuS 1992, 587, 591; KÜPPER, JZ 1990, 416, 417, 423; MAURER, S. 38; ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 127.

⁵⁴⁹ Vgl. FEZER, Grundfragen, S. 7; DERS., Strafprozessrecht, Fall 16 N 3; DERS., JuS 1979, 35, 36; HOFMANN, JuS 1992, 587, 591 f.; MEYER-GÖBNER, Einl. N 56.

⁵⁵⁰ Vgl. DENCKER, S. 10 ff., 101 ff.; JÄGER, S. 3; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 3; der Sache nach ebenso für die Schweiz erstmals WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 39 ff.; ablehnend FORNITO, S. 31.

einem vorhergehenden Verfahrensverstoss als *selbständige Beweisverbote* bezeichnet werden.⁵⁵¹

⁵⁵¹ Grundlegend DENCKER, S. 10 ff., 101 ff.; vgl. auch BAUMANN/BRENNER, S. 16; BÉNÉDICT, S. 54 ff, 57 f.; FEZER, JuS 1979, 35, 36; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 650; HOFMANN, JuS 1992, 587, 588, 591; JÄGER, S. 3; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1539; KÜPPER, JZ 1990, 416 f.; LORENZ, GA 1992, 254, 268; NÜSE, JR 1966, 281 ff.; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 3; DERS., Grundsatzfragen, S. 119, 127; DERS., JZ 1996, 944, 946; SCHLÜCHTER, N 4.2; SCHROTH, JuS 1998, 969; für die Schweiz der Sache nach ebenso WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 39 ff.; vgl. die Terminologie des „verfassungsrechtlichen Verwertungsverbots“ in BGE 131 I 272, 277; aA FORNITO, S. 31: „Die Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Beweisverboten ist insofern ein merkwürdiges Konstrukt, als sie unterstellt, eine Handlung könne nach Strafprozessrecht rechtmässig und nach der Verfassung rechtswidrig sein.“ Als „merkwürdiges Konstrukt“ erscheint diese Einteilung aber nur dann, wenn man tatsächlich mit FORNITO, S. 31, davon ausgeht, dass Beweiserhebung und Beweisverwertung „eine Handlung“ sind; bei rechtlicher Unterscheidung von Beweiserhebung und Beweisverwertung bleibt dagegen widerspruchlos denkbar, dass ein Beweismittel strafprozessual zunächst rechtmässig „erhoben“ worden ist, die nachfolgende Verwertung des Beweismittels als unverhältnismässiger Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen aber dennoch rechtswidrig sein kann.

3. Kapitel: Meinungsstand zur Beweisverwertung nach illegaler privater Beweisbeschaffung

§ 1 Die Haltung der Rechtsprechung

I. Schweiz

1. Die bundesgerichtliche Praxis

a) Beweismitteldiebstahl

Mit der strafprozessualen Problematik illegaler privater Beweisbeschaffung hatte sich das Bundesgericht erstmals im Jahre 1978 im Rahmen einer gegen einen Entscheid des Obergerichts Zürich gerichteten staatsrechtlichen Beschwerde zu befassen. Der Beschwerdeführer rügte insbesondere eine unzulässige Verwertung von Dokumenten, die von Privaten durch widerrechtliches Eindringen in einen Archivraum deliktisch erlangt worden waren. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, liess jedoch die Frage, „ob der Richter im Strafurteil unmittelbar auf die rechtswidrig erlangten Beweismittel abstellen dürfe“, ausdrücklich offen;⁵⁵² es beschränkte sich auf die Feststellung, dass auf Grund der illegal privat beschafften Schriftstücke, die den Strafverfolgungsbehörden zugestellt worden waren, jedenfalls die Einleitung einer Strafuntersuchung erfolgen durfte, weil die Strafverfolgungsbehörden die betroffenen Beweismittel selbst rechtmässig hätten erheben können.⁵⁵³

b) Strafrechtswidrige private Tonbandaufnahmen

In Falle eines unter Verstoß gegen Art. 179^{ter} StGB vom privaten Gesprächspartner heimlich aufgenommenen Telefongesprächs stellte das

⁵⁵² BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132: „Ob das `Verwertungsverbot` bei vorschriftswidrigem Handeln Privater in gleicher Weise gelten kann wie im Falle des Handelns der staatlichen Strafverfolgungsbehörden, braucht hier jedoch nicht näher erörtert zu werden.“

⁵⁵³ BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; vgl. KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538; vgl. zur abweichenden Rechtspraxis in den USA BRADLEY, GA 1985, 99, 106: Privat erlangte Beweismittel können sogar dann verwertet werden, wenn das Beweismittel unverwertbar bleiben müsste, wäre es durch staatliche Behörden erlangt.

Bundesgericht im Jahre 1983 grundlegend klar, dass den strafrechtlichen Bestimmungen über das Abhören von Telefongesprächen keine Regel über die Gültigkeit als Beweismittel im Strafprozess zu entnehmen sei.⁵⁵⁴ Das Beweismittel von vornherein für unverwertbar zu erklären ginge zu weit und würde oft zu absurden Ergebnissen führen.⁵⁵⁵ In Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung begründete das Bundesgericht die Verwertbarkeit der deliktisch erlangten Tonbandaufnahme mit der Erwägung, dass es sich nicht schon an und für sich um ein Beweismittel handle, auf das der Staat grundsätzlich und zur Wahrung höherwertiger Interessen zu verzichten hätte, wie bei der Wahrheitsdroge, dem Zwang oder der Folter, welche die Rechtsordnung absolut verpönt; es hätte rechtlich nichts im Wege gestanden, die Aufnahme auch auf legale Weise zu beschaffen.⁵⁵⁶ Für die Verwendung der Aufnahme als Beweismittel verlangte das Bundesgericht aber nun *zusätzlich*, dass das Interesse des Staates an der Wahrheitsfindung das Interesse des Betroffenen an der Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte überwiegt, was jedenfalls dann anzunehmen sei, wenn der dringende Verdacht eines sehr schweren Delikts bestehe.⁵⁵⁷

2. Die kantonalergerichtliche Praxis

a) Strafrechtswidrige private Tonbandaufnahmen

Das Kassationsgericht Zürich hatte im Jahre 1974 über die Verwertbarkeit einer von Privaten widerrechtlich erlangten Tonbandaufnahme zu befinden, die an die Strafverfolgungsbehörden übergeben und von diesen durch Abspielen der Aufnahme im Strafverfahren verwertet wurde.⁵⁵⁸ Das Gericht hielt die Verwertung der deliktisch erstellten privaten Tonbandaufnahme im Strafverfahren unter Hinweis auf die Strafbestimmung des Art. 179^{ter}

⁵⁵⁴ BGE 109 Ia 244 ff. = Praxis 72 (1983), Nr. 275; im Ergebnis bestätigt durch EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182 = EuGRZ 1988, 390 ff.; vgl. BÉNÉDICT, S. 88; BOVAY/DUPUIS/MOREILLON/PIGUET, Art. 411 StPO VD N 8.3; NÜSE, JR 1966, 281, 286; 802; PIQUEREZ, N 547.

⁵⁵⁵ BGE 109 Ia 244, 247 = Praxis 72 (1983), Nr. 275, S. 738.

⁵⁵⁶ BGE 109 Ia 244, 247 = Praxis 72 (1983), Nr. 275, S. 738, 739; vgl. zum Grundsatz der rechtmässigen Alternative in der bundesgerichtlichen Praxis: Dritter Teil: 1. Kapitel: § 3 III. 1., S. 248 ff. und Dritter Teil: 3. Kapitel: § 1 I. 2., S. 264 ff.

⁵⁵⁷ BGE 109 Ia 244, 247 = Praxis 72 (1983), Nr. 275, S. 738, 739; vgl. zum zusätzlichen Erfordernis der Interessenabwägung neben der Möglichkeit einer rechtmässigen staatlichen Beweiserlangung auch BGE 131 I, 272, 278 f.; BGer, Urteil v. 5. März 2001, 1A.314/2000, E.6a.; BOVAY/DUPUIS/MOREILLON/PIGUET, Art. 411 StPO VD N 8.3.

⁵⁵⁸ Kassationsgericht ZH, SJZ 71 (1975), Nr. 28 = ZR 73 (1974), Nr. 44, S. 106, 108; vgl. HABSCHEID, SJZ 89 (1993), 184, 187; vgl. aus zivilprozessualer Perspektive Bezirksgericht ZH, ZR 94 (1995), Nr. 36, S. 114 ff. = SJZ 92 (1996), Nr. 19, S. 360, 361.

zum Schutz des Geheim- oder Privatbereichs für unzulässig und nahm ein Verwertungsverbot an. Entscheidend für die Konstituierung der Verwertungsverbotsfolge war freilich nicht die illegale private Beweisbeschaffung als solche, sondern – in weitgehender Rezeption der deutschen Rechtsprechung und Lehre – die rechtsverletzende Wirkung des staatlichen Verhaltens: „[...] denn dadurch, dass der Bezirksanwalt das Tonband abspielte und der Beschwerdeführerin vorhielt, ist auch behördlicherseits ein Verfahrensverstoss erfolgt, eine neue Rechtsverletzung durch die Auswertung der Aufnahme vorgenommen worden.“⁵⁵⁹ Dies zu verhindern sei gerade der Sinn und Zweck von Art. 179^{ter} Abs. 2 StGB, weshalb die Verwertung solcher Aufnahmen auch im Zivil- und Strafprozess ausgeschlossen sei.⁵⁶⁰

b) Beweismitteldiebstahl

In einem Entscheid aus dem Jahre 1973, der – wie bereits dargelegt⁵⁶¹ – nachfolgend auch das Bundesgericht mit der Relevanz privater Beweisbeschaffungen im Strafprozess konfrontierte, machte das Obergericht Zürich die Verwertbarkeit der illegal privat beschafften Dokumente massgeblich von der hypothetischen Prüfung abhängig, ob die Strafverfolgungsbehörden das Beweismittel auch auf gesetzeskonforme Weise hätten gewinnen können.⁵⁶² Dabei unterstellte das Gericht, dass die in der bundesgerichtlichen Praxis für rechtswidrige staatliche Beweisbeschaffungen bis dato entwickelten Kriterien, einschliesslich der Hypothese rechtmässiger staatlicher Beweiserlangung, gleichermassen auf illegale private Beweisbeschaffungen anwendbar seien.⁵⁶³

In einem ähnlich gelagerten Fall aus dem Jahre 1993 hatte das Bezirksgericht Zürich die Verwertbarkeit illegal privat entwendeter Dokumente in einem Scheidungsverfahren zu beurteilen. Das Bezirksgericht stellte die

⁵⁵⁹ Kassationsgericht ZH, SJZ 71 (1975), Nr. 28 = ZR 73 (1974), Nr. 44, S. 106, 107; Bezirksgericht ZH, ZR 94 (1995), Nr. 36, S. 114 ff. = SJZ 92 (1996), Nr. 19, S. 360, 362; vgl. Art. 179^{ter} StGB, in Kraft seit 1. Mai 1969 (AS 1969 319 322; BBl 1968 I 585).

⁵⁶⁰ Kassationsgericht ZH, SJZ 71(1975), Nr. 28 = ZR 73 (1974), Nr. 44; Bezirksgericht ZH, ZR 94 (1995), Nr. 36, 114 ff. = SJZ 92 (1996), Nr. 19, S. 360, 362; überholt Obergericht ZH, ZR 69 (1970), Nr. 75, weil vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafbestimmungen gegen die geheimen Tonbandaufnahmen ergangen.

⁵⁶¹ Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 1 I. 1. a), S. 144 f.

⁵⁶² OGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132, bestätigt durch BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132.

⁵⁶³ OGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 131: „Entscheidend ist, ob die Strafverfolgungsbehörden das vorschriftswidrig erlangte Beweismittel auch auf gesetzeskonforme Weise hätten gewinnen können. Wenn das zutrifft, steht der Verwertung nichts entgegen (vgl. BGE 96 I 438 ff. mit Hinweisen auf die Lehre, BGE 99 V 15 = Praxis 63, 1974, Nr. 22; Hauser in ZStR 88, 1972, S. 129 ff.).“

bundesgerichtliche Praxis im Strafverfahren zwar dar, legte sodann aber Wert darauf, die Unterschiede zwischen Straf- und Zivilprozess und die daraus folgende Notwendigkeit einer eigenständigen zivilprozessualen Beweisverbotsdogmatik herauszustreichen; es lehnte ein grundsätzliches Verwertungsverbot für solcherart beschaffte Beweise im Zivilprozess ab und ermittelte die Beweisverwertbarkeit im Wege einer Abwägung zwischen dem Rechtsschutzinteresse des Beweisführers und der Schwere der rechtswidrigen privaten Handlung.⁵⁶⁴

c) **Straflose Zeugenbeeinflussung**

In einem Entscheid aus dem Jahre 2004 zur Beeinflussung eines Zeugen durch eine Privatperson diskutierte das Kassationsgericht Zürich die Verwertbarkeit illegaler Beweismittel kontrovers, liess die Frage aber letztlich offen: Da weder ein deliktisches Verhalten der Privatperson, noch ein Eingriff in den Kernbereich eines Grundrechts bzw. der Menschenwürde vorliege, würde bereits die Grundlage für die Annahme eines Verwertungsverbots entfallen; dem Verhalten der Privatperson sei daher lediglich bei der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen.⁵⁶⁵

3. **Zusammenfassung**

Nach der bundes- und kantongerichtlichen Praxis steht die deliktische Herkunft des Beweismittels seiner Verwertbarkeit nicht von vornherein entgegen: Eine Verwertung soll möglich sein, wenn das Beweismittel auch auf rechtmässige Weise hätte beschafft werden können *und* das Interesse des Staates an der Wahrheitsfindung das Interesse des Betroffenen an der Nichtverwertung des Beweises überwiegt. Als in jedem Fall unverwertbar gelten Beweismittel, zu deren Erlangung Mittel eingesetzt wurden, die durch den *ordre public* schlechthin verboten sind.⁵⁶⁶ Der anfängliche Standpunkt der kantonalen Gerichte, illegale private Tonbandaufnahmen mit einem aus der Rechtswidrigkeit des staatlichen Verwertungsaktes abgeleiteten, strikten Verwertungsverbot zu belegen, muss als überholt gelten; in der kantonalen Rechtsprechung ist in späteren Entscheiden stets auf die Praxis des Bundesgerichts verwiesen worden, das sich unmissverständlich gegen die Massgeblichkeit der strafrechtlichen Bestimmungen über das

⁵⁶⁴ Bezirksgericht ZH, ZR 94 (1995), Nr. 36, S. 114, 116 f. = SJZ 92 (1996), Nr. 19, S. 360, 361.

⁵⁶⁵ Kassationsgericht ZH, ZR 103 (2004), Nr. 72, S. 279, 284 f.

⁵⁶⁶ Vgl. BGE 109 Ia 244, 247 = Praxis 72 (1983), Nr. 275, S. 738, 739; BOVAY/DUPUIS/MOREILLON/PIGUET, Art. 411 StPO VD N 8.3

Abhören von Telefongesprächen bei der Ermittlung der Beweisverwertbarkeit ausgesprochen hat.

4. Defizite der rechtlichen Legitimation der Verwertungsverbotsfolge

Die schweizerische Rechtsprechung lässt in den einschlägigen Entscheiden zwar insoweit einen systematischen Ansatz erkennen, als sie für die Verwertbarkeit deliktisch erlangter Beweismittel über die jeweilige Sachentscheidung hinaus allgemeine Regeln – die Kombination von Beweishypothese und Abwägungsverfahren – herausgebildet hat. Die rechtliche Konstruktion dieser Regeln bleiben die Gerichte allerdings schuldig; selbst dem grundsätzlichen Bekenntnis, dass deliktisch erlangte Beweise nicht automatisch unverwertbar sein sollen, fehlt die dogmatische Herleitung. Ersichtlich ist allein, dass der deliktische Beschaffungsakt offenbar eine irgendwie geartete Relevanz für die Verwertbarkeit des Beweismittels entwickeln können soll, weil sich die Gerichte jedenfalls zu einer Interessenabwägung veranlasst sehen. Schleierhaft bleibt jedoch, weshalb die Verletzung des materiellen Strafrechts über die strafrechtliche Sanktion hinaus ein prozessuales Verwertungsverbot indizieren kann und auf welche rechtliche Grundlage sich dieses stützen lässt. Dogmatisch unerklärlich ist auch, wie im Falle der Verletzung des *ordre public* an die Art und Weise der privaten Beweisgewinnung angeknüpft werden kann, wenn das strafrechtswidrige Verhalten der Privatperson und damit der private Rechtsverstoss beim Beschaffungsakt für die Verwertbarkeit des Beweismittels an sich bedeutungslos sein soll. Nach allem bleibt nur festzustellen, dass die Rechtsprechung über ihren wohlverstandenen Auftrag zur konkreten Konfliktentscheidung hinaus kaum eine belastbare Dogmatik für Beweisverbote nach illegaler privater Beweismittelbeschaffung entwickelt hat.

II. Deutschland

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung der deutschen Gerichte wurde die Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen im Strafprozess vor allem im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen⁵⁶⁷ und heimlichen Tonbandaufnahmen⁵⁶⁸ praktisch relevant. Beide

⁵⁶⁷ BGHSt 19, 325; 34, 397; vgl. die Besprechungen von HÄNDEL, NJW 1964, 1139 ff.; HEINITZ, JR 1964, 441 ff.; vgl. BIENERT, S. 26 ff.; BOCKEMÜHL, S. 118 f.; GÖTTING, S. 276 f.; MENDE,

Problemereiche beschäftigen die Rechtsprechung zu den Beweisverboten an sich unabhängig von der Beweisbeschaffung durch Privatpersonen, nämlich bei der Bestimmung des Kernbereichs des grundrechtlich gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie bei der Frage der Zulässigkeit von Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis durch die öffentliche Gewalt.⁵⁶⁹ Nachfolgend werden jedoch allein solche Entscheide aufgeführt, denen eine (illegale) private Beweisbeschaffung vorausging, wobei die rechtliche Konstruktion der Verwertungsverbotsfolge im Vordergrund steht, nicht dagegen die grundrechtsdogmatische Problematik der inhaltlichen Ausgestaltung und Reichweite der durch den staatlichen Verwertungsakt unter Umständen betroffenen Grundrechte.

1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts

a) Private Tonbandaufnahmen

aa) Erste Tonbandentscheidung des BGH (BGHSt 14, 358)

Der Bundesgerichtshof hatte im Jahre 1960 erstmals über die Verwertung heimlicher privater Tonbandaufnahmen im Strafprozess in einem Verfahren wegen Meineid und Parteiverrat zu befinden.⁵⁷⁰ Das Gericht kam zu dem Schluss, im gerichtlichen Verfahren sei es ohne die Zustimmung des Angeklagten unzulässig, über die Beschuldigung gegen ihn durch Abhören der heimlichen Tonbandaufnahme eines privaten Gesprächs, das er führte, Beweis zu erheben.⁵⁷¹ Nach Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufnahme⁵⁷² führte das Gericht zur Unzulässigkeit der Verwertung derartiger Tonbandaufnahmen im Strafverfahren aus:

S. 161 ff.; vgl. eingehend zur Problematik der präventiven Tagebuchverwertung ELLBOGEN, NSiZ 2001, 460 ff.; GÖSSEL, NJW 1981, 649 ff.; HERRMANN, Festschrift Jescheck, 1291, 1295; LORENZ, GA 1992, 254 ff.; OTTO, Festschrift Kleinknecht, 319, 327 f.; SYDOW, S. 107 f.

⁵⁶⁸ BGHSt 14, 358; 36, 167; vgl. KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1540 f.; NÜSE, JR 1966, 281 ff.; vgl. zu den Fallgruppen verwertbarer und unverwertbarer, befugter und unbefugter Tonbandaufzeichnungen KRAMER, NJW 1990, 1760, 1761 ff.

⁵⁶⁹ Vgl. z.B. BVerfG, NJW 1990, 563; BGHSt 27, 355; 31, 296; 34, 397; 39, 335; BGH, NJW 1994, 1970; NJW 1995, 269; vgl. zur Kernbereichsbestimmung bei heimlichen Tonbandaufnahmen FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 102 ff. m.w.N.

⁵⁷⁰ BGHSt 14, 358; vgl. DENCKER, S. 102; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1293; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1542; KORIATH, S. 81; KÜPPER, JZ 1990, 416, 420 f.; NÜSE, JR 1966, 281; SCHMITT, JuS 1967, 19, 23 ff.; SYDOW, S. 103; zur Gesamtproblematik der Tagebuchverwertung AMELUNG, NJW 1988, 1002 ff.; DERS., NJW 1990, 1753 ff.

⁵⁷¹ BGHSt 14, 358, 359; vgl. KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 37; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1541; MEYER-GÖBNER, Einl. N 56b.

⁵⁷² BGHSt 14, 358, 359; vgl. GROPP, StV 1989, 216, 223; kritisch dazu SYDOW, S. 104.

„Ist es aber ein Grundsatz rechtsstaatlichen Strafverfahrens, des Angeklagten Wort nicht gegen ihn selbst zeugen zu lassen, wenn es ihm unter Missachtung seiner Persönlichkeit entwunden wurde, so darf es auch nicht zugelassen werden, dass eine von ihm unter gleichen Voraussetzungen erlangte Äußerung durch seine eigene Stimme gegen ihn aufsteht; um so weniger dann, wenn es [...] im Bereich des Möglichen liegt, dass das Abhören des Tonbandes das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Angeklagten erneut verletzt. Allerdings hat diese Rechtsauffassung zur Folge, daß wichtige, unter Umständen die einzigen Mittel zur Aufklärung von Straftaten unbenützt bleiben. Das muß jedoch hingenommen werden. Es ist auch sonst kein Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte (§§ 245, 52 ff., 252, 81a ff., 95 ff., 69 Abs. 3 StPO).“⁵⁷³

Nach Auffassung des Gerichts spricht also hier – neben der fehlenden Zustimmung des Angeklagten⁵⁷⁴ und der möglicherweise erneuten Persönlichkeitsverletzung durch den bevorstehenden Verwertungsakt – entscheidend gegen die Verwertung der Tonbandaufnahme, dass der Angeklagte nicht zum Zeugnis gegen sich selbst gezwungen werden darf, wenn ihm dieses unter Missachtung seiner Persönlichkeit entwunden wurde.⁵⁷⁵ Das Gericht wies allerdings in obiter dicta auch darauf hin, dass dem Grundrecht der Persönlichkeit Grenzen gesetzt seien, die auch für das Recht am gesprochenen Wort gelten würden;⁵⁷⁶ wer sie rechtswidrig überschreite, begeben sich der ausschliesslichen Bestimmung über sein Wort.⁵⁷⁷ Jedenfalls müsse er dann die Verteidigung des angegriffenen Gutes und die Wiederherstellung der verletzten Rechts- und Sittenordnung dulden; sei dazu eine heimliche Tonbandaufnahme das angemessene Mittel, so werde er ihrer Verwertung nicht widersprechen dürfen.⁵⁷⁸ Bei der Frage der Zulässigkeit der Verwertung einer illegalen Tonbandaufnahme soll – in Anknüpfung an die zivilgerichtliche Rechtsprechung⁵⁷⁹ – also offenbar auch darauf abzustellen sein, ob der Betroffene die Verwertung gestattet

⁵⁷³ BGHSt 14, 358, 365; vgl. GÖSSEL, NJW 1981, 649, 655; GROPP, StV 1989, 216, 219; KÜPPER, JZ 1990, 416, 420; vgl. aber auch PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 153: Der Hinweis greife nicht durch, weil sich der Vorgang ausserhalb des Strafverfahrens ereignet habe.

⁵⁷⁴ GROPP, StV 1989, 216, 223; vgl. zur Zulässigkeit der Verwertung bei Zustimmung des Angeklagten FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 EMRK N 110 mit Fn. 466.

⁵⁷⁵ GROPP, StV 1989, 216, 223.

⁵⁷⁶ BGHSt 14, 358, 361.

⁵⁷⁷ BGHSt 14, 358, 361; SCHMITT, JuS 1967, 19, 23.

⁵⁷⁸ BGHSt 14, 358, 361; vgl. GÖSSEL, NJW 1981, 649, 655 f. zur Verwertbarkeit heimlicher Tonbandaufnahmen, die ein verbrecherisches Handeln des Täters selbst zum Gegenstand haben.

⁵⁷⁹ BGHSt 14, 358, 361 verweist insoweit ausdrücklich auf BGHZ 27, 284, 286 ff.; vgl. SYDOW, S. 104.

oder ob besondere Umstände, wie etwa Notwehr, Nothilfe oder ein Beweisnotstand bei der Beweisbeschaffung, die Verwertung rechtfertigen.⁵⁸⁰

bb) Tonbandentscheidung des BVerfG (BVerfGE 34, 238)

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Jahre 1973 über die Verwertbarkeit einer unter Verstoß gegen die Strafbestimmung zum Schutz der Vertraulichkeit des Wortes⁵⁸¹ entstandenen, privaten Tonbandaufnahme zu befinden.⁵⁸² Im Ergebnis stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Verwertung der heimlichen Tonbandaufnahme im Strafverfahren gegen den Beschuldigten ohne dessen Einwilligung das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletze.⁵⁸³ Das entscheidende Kriterium war jedoch nicht, ob das Beweismittel rechtmäßig oder – wie hier⁵⁸⁴ – rechtswidrig erlangt wurde, sondern vielmehr die Wirkung der *Verwertungshandlung*, nämlich der im Einzelfall nicht zu rechtfertigende Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts.⁵⁸⁵ Das Bundesverfassungsgericht entschied, der von ihm in anderem Zusammenhang entwickelten Grundrechtsdogmatik folgend,⁵⁸⁶ über die Rechtfertigung der Verwertung nach folgender Stufung (Dreistufentheorie):⁵⁸⁷ Eine Verwertung des Beweismittels im Strafverfahren ist schlechthin ausgeschlossen, wenn sie den unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeit und damit zugleich die Menschenwürde verletzen würde.⁵⁸⁸ Weil dann eine

⁵⁸⁰ Vgl. GROPP, StV 1989, 216, 223; MEYER-GÖBNER, Einl. N 56b; PFEIFFER, Grundzüge des Strafverfahrensrechts, N 125; SCHMITT, JuS 1967, 19, 23; insoweit kommt den Umständen der Beweisbeschaffung letztlich auch prozessuale Bedeutung zu, vgl. SYDOW, S. 104.

⁵⁸¹ § 201 dStGB.

⁵⁸² BVerfGE 34, 238; vgl. dazu ARZT, JZ 1973, 506 ff.; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1293 f.; JÄGER, S. 6; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 320 ff.

⁵⁸³ BVerfGE 34, 238, 245 ff.

⁵⁸⁴ BVerfGE 34, 238, 246 ff.

⁵⁸⁵ Vgl. BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 157; BRADLEY, GA 1985, 99, 103; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 655; GROPP, StV 1989, 216, 223 f.

⁵⁸⁶ BVerfGE 6, 32, 41; 27, 1, 6; vgl. HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1294; JÄGER, S. 6; LORENZ, GA 1992, 254, 257.

⁵⁸⁷ Vgl. BVerfGE 34, 238, 245 ff.; sog. Dreistufentheorie, vgl. BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 156; BRADLEY, GA 1985, 99, 104; ELLBOGEN, NStZ 2001, 460, 461 f.; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 655; GÖSSEL, NStZ 1998, 126, 128; GÖTTING, S. 84; GROPP, StV 1989, 216, 220; HALLER/CONZEN, N 556 ff.; HOFMANN, JuS 1992, 587, 591; KORIATH, S. 90; KÜPPER, JZ 1990, 416, 418; LORENZ, GA 1992, 254, 257; MENDE, S. 162; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 320; W. SCHMIDT, JZ 1974, 241, 243; SIEGERT, NJW 1957, 689, 690; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 149; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 888 f.; kritisch zur Dreistufentheorie z.B. KUNIG, Jura 1993, 595, 602; MERTEN, JuS 1976, 345, 349; W. SCHMIDT, JZ 1974, 241, 244.

⁵⁸⁸ BVerfGE 34, 238, 245; vgl. BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 156; BRADLEY, GA 1985, 99, 104; ELLBOGEN, NStZ 2001, 460, 461 f.; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 11; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 655; DERS., NStZ 1998, 126, 128; HALLER/CONZEN, N 556 ff.; JÄGER, S. 6; KÜPPER, JZ 1990, 416, 418; LR-HANACK, § 136a StPO N 44; OTTO, Festschrift Klein-

Abwägung kategorisch unzulässig ist, führt jeder Eingriff zwangsläufig ohne Rücksicht auf die Schwere der Tat zu einem Verwertungsverbot.⁵⁸⁹ Wo die Verwertung jenseits dieses Kernbereichs nur in die schlichte Privatsphäre eingreift, „müsse jedermann staatliche Massnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgebotes getroffen werden.“⁵⁹⁰ Danach ist zwischen den Strafverfolgungsinteressen und dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen abzuwägen, wobei sich das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung nach der Schwere des vorgeworfenen Delikts bemisst (Abwägungsbereich).⁵⁹¹ Unbeschränkt verwertbar sind dagegen Beweismittel, deren Erlangung das Recht des Gesprächsführers auf freie Entfaltung der Persönlichkeit noch gar nicht betrifft; dies ist dann anzunehmen, wenn der objektive Gehalt des Gesprochenen so stark in den Vordergrund tritt, dass die Persönlichkeit des Sprechers nahezu vollständig dahinter zurücktritt, so dass das gesprochene Wort seinen privaten Charakter einbüsst (Aussenbereich).⁵⁹²

Da nicht ein Zugriff der öffentlichen Gewalt auf den absolut geschützten Persönlichkeitsbereich des Betroffenen in Frage stand, wog das Gericht

knecht, S. 319, 320; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 141; WOLTER, NSiZ 1993, 1, 3; vgl. die Umsetzung der Dreistufentheorie in BGHSt 31, 296, 299, wo sich das Verwertungsverbot nicht aus einer Abwägung, sondern bereits daraus ergibt, dass die Aufzeichnung den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung betraf; kritisch zum Kernbereichsdogma AMELUNG, NJW 1990, 1753, 1755 ff.; vgl. entsprechend zur Unantastbarkeit des Kernbereichs der Grundrechte im schweizerischen Verfassungsrecht Art. 36 Abs. 4 BV; J.P. MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 141 ff.; RHINOW, Bundesverfassung 2000, S. 156 f.; TSCHANNEN, § 7 N 113 ff.

⁵⁸⁹ BVerfGE 34, 238, 245; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 156; BRADLEY, GA 1985, 99, 104; ELLBOGEN, NSiZ 2001, 460, 462; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 11; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 655; GROPP, StV 1989, 216, 220; JÄGER, S. 6; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 889; vgl. zur Vorwirkung des Verwertungsverbots auf die Beweiserhebung: ELLBOGEN, NSiZ 2001, 460, 462; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 7; DERS., JuS 1979, 35, 37; Dritter Teil: 4. Kapitel: § 3 IV., S. 321 ff.

⁵⁹⁰ BVerfGE 34, 238, 245 f.; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 320.

⁵⁹¹ Vgl. BVerfGE 34, 238, 246, 248 ff.; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 156; BRADLEY, GA 1985, 99, 104; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 655; GÖTTING, S. 84; GROPP, StV 1989, 216, 220; JÄGER, S. 6; MENDE, S. 162; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 320.

⁵⁹² BVerfGE 34, 238, 247; vgl. BGHZ 27, 284, 285; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 156; BRADLEY, GA 1985, 99, 104; ELLBOGEN, NSiZ 2001, 460, 462; GÖSSEL, NJW 1981, 649; GROPP, StV 1989, 216, 220; JÄGER, S. 6; KÜPPER, JZ 1990, 416, 418; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 320; nach neuerer Rechtsprechung unterscheidet das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht mehr ausdrücklich zwischen den Sphären, sondern stellt vielmehr darauf ab, ob das staatliche Handeln in den unantastbaren Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingreift oder dem Bereich des privaten Lebens zuzuordnen ist, bei dem ein Eingriff unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, vgl. dazu BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; 101, 361; vgl. zur Wiederbelebung bzw. zum prinzipiellen Fortbestand der Sphärentheorie AMELUNG, NJW 1990, 1753, 1755; ELLBOGEN, NSiZ 2001, 460, 462.

schliesslich ab, ob die bevorstehende *Verwertung* des Tonbandes durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt war, was im konkreten Fall verneint wurde.⁵⁹³ Weil sich die Problematik auf Eingriffe in den Schutzbereich im allgemeinen Interesse beschränkte, blieben die zugleich betroffenen Interessen Dritter, im konkreten Fall zumindest Vermögensinteressen, unerwähnt und wurden auch nicht in die Interessenabwägung einbezogen.⁵⁹⁴

cc) Zweite Tonbandentscheidung des BGH (BGHSt 36, 167)

Einer späteren Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1989 lag die Problematik zugrunde, ob ein Verwertungsverbot auch für eine rechtmässig beschlagnahmte Tonbandaufnahme gelten soll, auf der eine Privatperson für eigene Zwecke ein Gespräch mit dem Angeklagten rechtswidrig festgehalten hat.⁵⁹⁵ Da die beantragte Beweisaufnahme jedenfalls nicht den schlechthin unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung betraf,⁵⁹⁶ erklärte das Gericht die Tonbandaufnahme im Ergebnis für verwertbar, weil die Abwägung zwischen dem Interesse an der Wahrheitsermittlung und den Interesse des Betroffenen an der Nichtverwertung zugunsten der Verwertung ausfalle.⁵⁹⁷ Im Rahmen der Abwägung stellte der Bundesgerichtshof konkret darauf ab, ob die beantragte Beweisaufnahme in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung eingreifen würde, wie schwer die damit beweisbare Tat wiegt und ob das Gericht zur Entscheidung auf dieses Beweismittel angewiesen ist.⁵⁹⁸

⁵⁹³ BVerfGE 34, 238, 248 ff.; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 655; GROPP, StV 1989, 216, 224; auch der Schutz vor Selbstbelastung, der in BGHSt 14, 358, 365 noch den Eindruck einer absoluten Schranke erwecken konnte, soll im Rahmen der Abwägung in Fällen zurücktreten, in denen überwiegende Interessen der Allgemeinheit dies zwingend gebieten, vgl. BVerfGE 34, 238, 249; GROPP, StV 1989, 216, 224.

⁵⁹⁴ BVerfGE 34, 238, 248 ff.; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 323.

⁵⁹⁵ BGHSt 36, 167.

⁵⁹⁶ BGHSt 36, 167, 173 f.; vgl. KORIATH, S. 82 ff.; MENDE, S. 163; vgl. zu den Einwänden des Schrifttums gegen die Rechtsprechung des BGH in Tonbandfällen GÖTTING, S. 85 ff.

⁵⁹⁷ BGHSt 36, 167, 173 f.; vgl. KRAMER, Strafverfahrensrecht, N 166 f.; SCHROEDER, § 15 N 133; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 139; kritisch BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 156 f.; vgl. zum heimlichen Belauschen und zum Umfang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der arbeitsgerichtlichen Praxis MASCHMANN, NZA 2002, 13, 18.

⁵⁹⁸ BGHSt 36, 167, 173 f.; zustimmend SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 139; vgl. auch BGH, Urteil vom 2. Dezember 1975, I StR 681/75, un veröffentlicht, zusammengefasst bei GROPP, StV 1989, 216, 223, in dem das Gericht massgeblich darauf abstellte, dass das Beweismittel *von nicht unerheblicher Bedeutung* für die Überzeugungsbildung des Richters vom Vorliegen oder Nichtvorliegen von Tatbestandsmerkmalen in Fällen schwerer Kriminalität war; vgl. zu verwertungsfeindlichen und verwertungsfreundlichen Abwägungskriterien in der Rechtsprechung die Zusammenstellung bei GROPP, StV 1989, 216, 224 f.

b) Weitergabe eines Tagebuchs (BGHSt 19, 325)

Im Jahre 1964 hatte der Bundesgerichtshof erstmalig über die Verwertbarkeit tagebuchartiger Aufzeichnungen in einem Verfahren wegen Meineids zu entscheiden:⁵⁹⁹ Die Vorinstanz hatte ihre Feststellungen weitgehend auf den Inhalt eines der Strafverfolgungsbehörde von einer Privatperson übersandten Tagebuchs gestützt, ohne dass der Betroffene in die Benutzung der intimen Aufzeichnungen als Beweismittel eingewilligt hatte.⁶⁰⁰ Angesichts dessen erklärte der Bundesgerichtshof ausdrücklich, dass es unerheblich sei, ob das Beweismittel durch staatliches oder privates Handeln beschafft worden ist: „Bei den genannten intimen Aufzeichnungen (...) wird die Persönlichkeit nur dann wirksam geschützt, wenn ein Verwertungsverbot anerkannt wird, gleichviel ob die Aufzeichnungen durch staatlichen Akt oder durch privates Eingreifen zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangen. In Fällen dieser Art darf grundsätzlich kein Eindringen in die Privatsphäre stattfinden, so dass es ohne rechtliche Bedeutung ist, auf welche Weise die Aufzeichnungen gegen den Willen des Verfassers zur behördlichen Kenntnis gelangen.“⁶⁰¹ Das Hauptaugenmerk richtete sich also auf die Wirkung der Verwertung des Beweismittels vor Gericht, nicht darauf, wie es erlangt wurde.⁶⁰² Ein Verwertungsverbot anerkannte der Bundesgerichtshof sodann nur im Rahmen eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen den Persönlichkeitsrechten des Betroffenen und dem Interesse des Staates an der Strafverfolgung;⁶⁰³ daher müsse jeweils eine Abwägung unter Berücksichtigung des Strafverfolgungsinteresses im Lichte der Bedeutung des Grundrechts vorgenommen werden, bei der das im Einzelfall

⁵⁹⁹ BGHSt 19, 325 = NJW 1964, 1139; vgl. HEINITZ, JR 1964, 441 ff.; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1293; JÄGER, S. 4; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1542 f.; KÜPPER, JZ 1990, 416, 419 f.; LABER, S. 80 ff.; LORENZ, GA 1992, 254, 256; NÜSE, JR 1966, 281; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 153 ff.; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 171 ff.; SAX, JZ 1965, 1 ff.; SYDOW, S. 104 ff.; vgl. auch zur Verwertbarkeit tagebuchartiger Aufzeichnungen ohne Beschaffungsakt durch Privatpersonen BGHSt 34, 395 ff.; BVerfGE 80, 367 ff.; AMELUNG, NJW 1988, 1002 f.; AMELUNG, NJW 1990, 1753 ff.; JÄGER, S. 9; LORENZ, GA 1992, 254 ff., je m.w.N.; vgl. aus der schweizerischen Rechtspraxis zur Beschlagnahme und Entsiegelung eines Tagebuchs BGer, Urteil vom 19. Dezember 2006, 1P.519/2006.

⁶⁰⁰ BGHSt 19, 325, 326, 329.

⁶⁰¹ BGHSt 19, 325, 331; vgl. BRADLEY, GA 1985, 99, 103; DENCKER, S. 102; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 154.

⁶⁰² Vgl. BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 157; BRADLEY, GA 1985, 99, 106; ELLBOGEN, NSiZ 2001, 460, 461; GROPP, StV 1989, 216, 219; HEINITZ, JR 1964, 441, 442 ff.; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 174.

⁶⁰³ BGHSt 19, 325, 332; vgl. DENCKER, S. 102; GROPP, StV 1989, 216, 219; JÄGER, S. 4.

verschuldete Tatunrecht, soweit es beurteilt werden könne, zu berücksichtigen sei.⁶⁰⁴

2. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

a) Aussageerpressung

Dem rechtswidrigen Verhalten von Privatpersonen wurde in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte grundsätzlich keine die Unverwertbarkeit auslösende Wirkung beigemessen. So hat etwa das Oberlandesgericht Oldenburg im Jahre 1952 die Anwendung von massiven Drohungen durch Privatpersonen nicht mit der Unverwertbarkeit der dadurch gewonnenen Erkenntnisse sanktioniert, sondern den Tatrichter allein dazu verpflichtet, derartige Beweismittel mit besonderer Vorsicht und Zurückhaltung zu würdigen.⁶⁰⁵ Das Gericht leitete dieses Ergebnis daraus ab, dass sich die Vorschrift des § 136a dStPO über verbotene Vernehmungsmethoden allein an Organe der Rechtspflege richten würde.⁶⁰⁶ Die Verwertung von Aussagen und Geständnissen gegenüber Privatpersonen, die unter Anwendung von Mitteln zustande gekommen sind, die Organen der staatlichen Rechtspflege verboten sind, sei damit prozessrechtlich noch nicht unzulässig.⁶⁰⁷ Ob das Beweismittel aus einem anderen Grund als nach § 136a dStPO unverwertbar war, hat das Gericht damals gar nicht erst geprüft.⁶⁰⁸

b) Private Tonbandaufnahmen

Eine besondere praktische Relevanz im Bereich der Beweisverbote nach illegaler privater Beweisbeschaffung nahm in der Rechtspraxis der Oberlandesgerichte die Fallgruppe heimlicher Tonbandaufnahmen durch Privatpersonen ein:

⁶⁰⁴ BGHSt 19, 325, 333; vgl. BRADLEY, GA 1985, 99, 104; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 656; JÄGER, S. 3; NÜSE, JR 1966, 281, 282; kritisch zur Begründung des Entscheids AMELUNG, NJW 1990, 1753; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 656; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1295; JÄGER, S. 5; KÜPPER, JZ 1990, 416, 419 f.; NÜSE, JR 1966, 281, 286 f.; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 327 f.; SAX, JZ 1965, 1, 2 ff.; SYDOW, S. 104; vgl. LABER, S. 84 f. zu § 244 dStPO als Ermächtigungsgrundlage für die Verwertbarkeit von Beweismitteln, deren Einführung in die Hauptverhandlung eine Grundrechtsbeeinträchtigung darstellt.

⁶⁰⁵ OLG Oldenburg, NJW 1953, 1237 f.

⁶⁰⁶ OLG Oldenburg, NJW 1953, 1237.

⁶⁰⁷ OLG Oldenburg, NJW 1953, 1237.

⁶⁰⁸ OLG Oldenburg, NJW 1953, 1237 f.; dies mag damals nicht nahe gelegen haben, erscheint aber aus heutiger Sicht bei Anerkennung der Existenz selbständiger Verwertungsverbote kaum mehr gerechtfertigt, vgl. HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1305.

Das Bayerische Oberste Landesgericht ermittelte die Verwertbarkeit einer privat hergestellten heimlichen Tonbandaufnahme, deren Inhalt nicht den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betraf, im Wege der Abwägung des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit den Erfordernissen der Strafrechtspflege.⁶⁰⁹ Zwar prüfte das Gericht zunächst, ob die Aufnahme an sich befugt oder unbefugt erfolgt war.⁶¹⁰ Die Zulässigkeit der Beweismittelverwertung in der Hauptverhandlung wurde dann aber *unabhängig* von der strafbaren oder rechtswidrigen Aufzeichnung des Gesprächs auf Tonband von der zusätzlichen verfassungsrechtlichen Prüfung abhängig gemacht, ob nicht mit der möglichen Einführung des Beweismittels in die Hauptverhandlung die Ausstrahlungswirkung des betroffenen Grundrechts missachtet würde.⁶¹¹ Dabei wurde die Bedeutung des konkret betroffenen Strafanspruchs gegenüber der Schwere des Eingriffs in die Privat- und Intimsphäre abgewogen.⁶¹²

Die Oberlandesgerichte Celle,⁶¹³ Frankfurt am Main⁶¹⁴ und Düsseldorf⁶¹⁵ hatten über die Verwertbarkeit heimlicher Tonbandaufnahmen zu entscheiden, in denen das grundrechtlich gesicherte Interesse des Betroffenen am Schutz seiner Persönlichkeitssphäre mit *privaten* Interessen am Eindringen in diese Sphäre in Widerstreit geriet.⁶¹⁶ Die Rechtfertigung der Aufnahme diene letztlich auch der Rechtfertigung der Verwertung: Die Interessenlage des aufzeichnenden Gesprächspartners, die bereits materiell-rechtlich zur Rechtfertigung des Aufnahmevorgangs diene, wurde letztlich gleichermaßen zur strafprozessualen Rechtfertigung der Verwertung der Auf-

⁶⁰⁹ BayObLG, NJW 1990, 197, 198; 1994, 1671; KRAMER, NJW 1990, 1760, 1761.

⁶¹⁰ Ablehnend zur Rechtfertigungsmöglichkeit der Tonbandaufnahme mittels Notstandserwägungen KRAMER, NJW 1990, 1760, 1763.

⁶¹¹ BayObLG, NJW 1990, 197 f.; 1994, 1671; vgl. KRAMER, NJW 1990, 1760, 1763.

⁶¹² BayObLG, NJW 1990, 197 f.; 1994, 1671; vgl. – auch zur Tatbestandsmäßigkeit des § 201 Abs. 1 Nr. 2 dStGB durch strafprozessuale Verwertung des Tonbands – KRAMER, NJW 1990, 1760, 1763.

⁶¹³ OLG Celle, NJW 1965, 1677 ff.; vgl. RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 192; SCHMITT, JuS 1967, 19 ff.

⁶¹⁴ OLG Frankfurt am Main, NJW 1967, 1047 ff.

⁶¹⁵ OLG Düsseldorf, NJW 1966, 214.

⁶¹⁶ Vgl. GROPP, StV 1989, 216, 220; vgl. auch unveröffentlichter Beschluss des OLG Hamm vom 8. Mai 1987 – 5 Ss 481/87, zusammengefasst bei GROPP, StV 1989, 216, 222. Die Gerichte übersehen allerdings, dass die verwertungsbegründende Berücksichtigung des jeweiligen Drittinteresses gar nicht zwingend war, wenn die Verfahren des Angeklagten und des Dritten sauber getrennt worden wären: Im Verfahren gegen den Dritten könnte die Aufnahme zu dessen Gunsten entlastend verwertet werden, während das Entlastungsinteresse des Dritten im Verfahren gegen den Angeklagten dann keine Rolle mehr spielt, vgl. dazu GROPP, StV 1989, 216, 225; STÜRNER, NJW 1981, 1757, 1759 f.

nahme herangezogen.⁶¹⁷ Umgekehrt wurde aus dem rechtswidrigen Aufnahmevorgang auch auf die Unzulässigkeit der Verwertung geschlossen: „Das private Interesse, sich über den Inhalt eines Gesprächs ein Beweismittel [...] zu verschaffen, kann aber in aller Regel nicht als ausreichend anerkannt werden, um den in der heimlichen *Gesprächsaufnahme* liegenden schweren Eingriff in die persönliche Eigensphäre des Gesprächspartners zu rechtfertigen. Steht hiernach der *Verwertung* der Tonbandaufnahme ein Verbot entgegen, so darf über ihren Inhalt auch nicht auf andere Weise [...] Beweis erhoben werden.“⁶¹⁸

3. Zusammenfassung

Die deutschen Gerichte gestatten grundsätzlich die strafprozessuale Verwertung von Beweismitteln, die Privatpersonen rechtmässig oder rechtswidrig beschafft und an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet haben. Insbesondere soll aus der rechtswidrigen Erlangung des Beweismittels durch einen Dritten nicht automatisch die Unverwertbarkeit dieses Beweismittels im Strafverfahren folgen.⁶¹⁹ Ein Eingriff der öffentlichen Gewalt in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen durch den Verwertungsakt wird jedenfalls ausserhalb des unantastbaren grundrechtlichen Kernbereichs für zulässig gehalten, wenn er sich im Rahmen einer *Abwägung* durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit – namentlich durch das Interesse an einer wirksamen Strafrechtspflege – rechtfertigen lässt.⁶²⁰ Dies ist nach der insoweit übereinstimmenden Judikatur des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs vor allem dann anzunehmen, wenn es um die Aufklärung gewichtiger Straftaten geht.⁶²¹

⁶¹⁷ Vgl. OLG Celle, NJW 1965, 1677, 1679; OLG Frankfurt am Main, NJW 1967, 1047, 1048; im Ergebnis ebenso GROPP, StV 1989, 216, 222.

⁶¹⁸ OLG Düsseldorf, NJW 1966, 214.

⁶¹⁹ BGHSt 27, 355, 357; 34, 39, 52; 36, 167, 173; vgl. GROPP, StV 1989, 216, 218 f.; HALLER/CONZEN, N 550 ff., 563; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1304 f.; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038.

⁶²⁰ Vgl. BVerfGE 34, 238, 248; GROPP, StV 1989, 216, 220; HALLER/CONZEN, N 563; JÄGER, S. 4; vgl. zur Frage der Anerkennung der Kernbereichsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts durch den Bundesgerichtshof nach dem zweiten Tagebucheil FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 12 m.w.N.; vgl. zur Dispositionsbefugnis des Angeschuldigten mittels Einwilligung bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts LABER, S. 95 ff.

⁶²¹ BVerfGE 34, 238, 249 f.; vgl. FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 13; JÄGER, S. 4; kritisch zum Übergewicht der staatlichen Verwertungsinteressen LORENZ, GA 1992, 254, 278; kritisch zur einzelfallbezogenen Abwägungsformel und der grundrechtlichen Fallgerechtigkeit durch den Richter RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 192 ff.

4. Defizite der rechtlichen Legitimation der Verwertungsverbotsfolge

a) Zur Rechtsprechung von BVerfG, BGH und BayObLG

In den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesgerichtshofs und des bayerischen Obersten Landesgerichts zur Verwertbarkeit privat beschaffter Beweismittel wird der Verwertungsfrage überwiegend eine materiell-rechtliche Bewertung des privaten Beschaffungsaktes vorangestellt.⁶²² Eine Analyse der für die Beweisverwertbarkeit eigentlich tragenden Erwägungen ergibt jedoch, dass die materiell-rechtliche Qualifikation der privaten Handlung – und damit auch das private Unrecht – nur scheinbar einen eigenständigen Stellenwert für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des staatlichen Verwertungsaktes erlangt.⁶²³ Als ausschlaggebend für die Nichtzulassung des Beweismittels erweist sich nämlich letztlich der von der privaten Beschaffungshandlung losgelöste Umstand, dass die bevorstehende staatliche Verwertung unzulässig in grundrechtlich geschützte Belange des Betroffenen eingedrungen wäre; für diesen Fall hat dann aber nicht etwa der private Eingriff, sondern die Abwehrfunktion der Grundrechte ein Verwertungsverbot für das betroffene Beweismittel ausgelöst.⁶²⁴ DENCKER hat diese rechtstechnische Konstruktion der Verwertungsverbotsfolge für das Tagebuchurteil damit auf den Punkt gebracht, dass „das Verwertungsverbot mit dieser Begründung [...] auch dann angenommen werden [könnte], wenn [...] die intimen Aufzeichnungen von einem Windstoss vom Schreibtisch der Angeklagten vor die Füße des ermittelnden Staatsanwalts geweht worden wären.“⁶²⁵

Die danach zu konstatierende Vorrangstellung der rechtlichen Auswirkungen des Verwertungsaktes bei der Konstituierung der Verwertungsverbotsfolge legt die Schlussfolgerung nahe, dass nach der höchstrichterlichen Praxis die Verwertung rechtswidrig privat beschaffter Beweismittel offenbar grundsätzlich zulässig sein soll, solange nur der staatliche Verwer-

⁶²² Vgl. BGHSt 14, 358 ff.; im Ansatz auch BVerfG, JZ 1973, 504, 505; BGHSt 19, 325, 332; BayObLG, NJW 1990, 197; NJW 1994, 1671.

⁶²³ In diese Richtung auch STÖRMER, S. 116; SYDOW, S. 102 f.

⁶²⁴ Vgl. BVerfGE 34, 238, 250 f.; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 157; BRADLEY, GA 1985, 99, 103; ELLBOGEN, NSZ 2001, 460, 465; FELDMANN, NJW 1959, 853, 855; GÖSSEL, NJW 1981, 2217; GROPP, StV 1989, 216, 219; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1304 f.; JÄGER, S. 4; KRAMER, NJW 1990, 1760, 1761; LABER, S. 103; NÜSE, JR 1966, 281, 286; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 332 f.; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038; SCHMITT, JuS 1967, 19, 24; STÖRMER, S. 116.

⁶²⁵ DENCKER, S. 104.

tungsakt selbst keine Grundrechte verletzt.⁶²⁶ Ein solcher Ansatz bedeutet im Ergebnis allerdings eine deutliche Prävalenz zugunsten der Verwertbarkeit derartiger Beweismittel. Denn zum einen ist nicht zu verkennen, dass das bei den selbständigen Verwertungsverboten gebotene Abwägungsverfahren in der Praxis regelmässig verwertungsfreundlich und insbesondere bei schwerwiegenden Tatvorwürfen zulasten der Beschuldigteninteressen ausfällt, wenn nicht gerade grundrechtliche Kernbereichsverletzungen bevorstehen.⁶²⁷ Zum anderen gilt es zu bedenken, dass die Verletzung von Rechten des Betroffenen in der Regel mit der illegalen privaten Beweisbeschaffung abgeschlossen ist und gerade nicht staatlicherseits durch die Verwertung fortgeführt oder erneut drohen wird.⁶²⁸ Insoweit ist absehbar, dass die Grundrechte des Betroffenen der staatlichen Beweisverwertung im Anschluss an private Beweisbeschaffungen nur ausnahmsweise entgegenstehen werden, nämlich lediglich bei „grundrechtssensiblen“ Beweismitteln wie etwa Tagebüchern oder heimlichen Tonbandaufnahmen.⁶²⁹

Dogmatisch inkonsequent wirkt zudem, dass sich die Gerichte veranlasst sehen, das private Unrecht bei der Beweisbeschaffung in den Urteilsgründen vorangestellt gesondert zu prüfen,⁶³⁰ obgleich dies für die Herleitung eines vom privaten Beschaffungsakt losgelösten, selbständigen Verwertungsverbots ein an sich überflüssiges Hilfsmittel darstellt.⁶³¹ Es verfestigt sich der Eindruck, dass das an sich „selbständige“ Verwertungsverbot letztlich doch nicht ganz so selbständig ist, sondern gewissermassen auf eine Art „Gesamtbetrachtung der Verfahrens“ hinausläuft, welche die Art und Weise der Beweiserlangung sowie die Auswirkungen der Beweisverwertung möglichst umfassend in sich aufnimmt. Dies begründet allerdings zugleich den Vorwurf, dass die exakte dogmatische Verortung des privaten

⁶²⁶ Vgl. zur Ablehnung der Verwertung, weil diese einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellen würde BGHSt 14, 358, 359, 364 und BGHSt 19, 325, 330 mit Verweis auf BGHSt 5, 333 zur Unzulässigkeit der Verwertung eines Lügendetektortests; GAEDE, StV 2004, 46, 52 mit Fn. 74.

⁶²⁷ Vgl. BVerfGE 34, 238, 249 f.; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 13; JÄGER, S. 4; LORENZ, GA 1992, 254, 278; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 192 ff.

⁶²⁸ Vgl. dazu Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 II. 3., S. 197 f.

⁶²⁹ Insoweit muss die Problematik der Verwertbarkeit heimlicher Tonbandaufnahmen als nicht verallgemeinerungsfähiger Sonderfall gelten, weil die mit der Aufnahme erfolgte Rechtsverletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Reproduktion bei der Verwertung fortgeführt würde, vgl. dazu GÖSSEL, NJW 1981, 2217, 2221; GRÜNWALD, JZ 1966, 489, 496.

⁶³⁰ Vgl. BGHSt 14, 358 ff.; BayObLG, NJW 1990, 197; NJW 1994, 1671; im Ansatz auch BVerfG, JZ 1973, 504, 505; kritisch ARZT, JZ 1973, 506, 507; anders auch BGHSt 19, 325, 332 f., das die rechtliche Bewertung der privaten Handlung inzident bei der Prüfung der für die Beweisverwertung massgeblichen Grundrechtsabwägung vornimmt.

⁶³¹ DENCKER, S. 108; abweichend wohl FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 96 f.

Unrechts und das „Warum“ seiner strafprozessualen Relevanz in der höchstrichterlichen Rechtsprechung letztlich diffus bleiben.

b) Zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

In den einschlägigen Entscheiden der Oberlandesgerichte zu heimlichen Tonbandaufnahmen bleibt unscharf, ob die Gerichte nun eigentlich die Befugnis zur Beschaffung des Beweismittels oder die sich daran anschließende staatliche Verwertung prüfen, weil beide Vorgänge sprachlich und argumentativ miteinander verknüpft werden.⁶³² Keiner der Entscheide berücksichtigt allein die Vorgänge beim Verwertungsakt; vielmehr wird regelmäßig an das vorangegangene strafrechtswidrige Verhalten bei der Tonbandaufnahme angeknüpft, um die Verfassungswidrigkeit des Abspielens herzuleiten.⁶³³

Missverständlich und auch der Sache nach fragwürdig ist zudem die in älteren Entscheiden der Strafgerichte im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen⁶³⁴ verwendete Terminologie, wonach eine Privatperson durch eine heimliche Tonbandaufnahme in der Regel „das durch Art. 1 und 2 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht [verletzt].“⁶³⁵ Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen ging damals von einer unmittelbaren Drittwirkung der Art. 1 und 2 GG aus,⁶³⁶ die aber keinesfalls allgemein anerkannt ist und in Strafsachen nicht einfach stillschweigend unterstellt werden kann.⁶³⁷ Der Sache nach ist zudem einzuwenden, dass eine derartige Betrachtungsweise die inhaltlichen Unterschiede zwischen dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und dem daraus für den Bereich des Zivilrechts nur gefolgerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht verwischt und eine fehlerhafte Gleichschaltung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Belange bewirkt.⁶³⁸ Ohnehin hat de lege lata das

⁶³² Ebenso BIENERT, S. 27; HABSCHIED, Gedächtnisschrift Peters, S. 840, 842 f.; WERNER, NJW 1988, 993, 997.

⁶³³ Im Ergebnis ebenso BIENERT, S. 27 f.; GÖTTING, S. 88, anders aber S. 276; MENDE, S. 163; insoweit ungenau bei der Interpretation der Rechtsprechung BOCKEMÜHL, S. 118 f.

⁶³⁴ BGHZ 27, 284 = NJW 1958, 1344; ebenso auch nach Erlass des § 201 dStGB noch BGH, NJW 1982, 277; OLG Karlsruhe, NJW 2000, 1577; kritisch auch STÖRMER, S. 118.

⁶³⁵ OLG Düsseldorf, NJW 1966, 214; ebenso OLG Celle, NJW 1965, 1677, 1678; OLG Frankfurt am Main, NJW 1967, 1047, 1048; vgl. auch BGHSt 19, 325 unter Bezugnahme auf BGHZ 27, 286.

⁶³⁶ BGH, NJW 1958, 1344; ebenso auch nach Erlass des § 201 StGB noch BGH, NJW 1982, 277; vgl. GÖTTING, S. 88; STÖRMER, S. 119

⁶³⁷ Vgl. STÖRMER, S. 118; SYDOW, S. 105 f.

⁶³⁸ Vgl. zu den unterschiedlichen Schutzbereichen des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz SYDOW, S. 106 f.; vgl. im Einzelnen zur

Recht am gesprochenen Wort als Teil der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Persönlichkeit in der Strafvorschrift des § 201 StGB seinen einfachgesetzlichen Niederschlag gefunden.⁶³⁹ Der frühere gerichtliche Sprachgebrauch muss also aus heutiger Perspektive dahingehend „übersetzt“ werden, dass in den Fällen der heimlichen Tonbandaufnahme in der Regel eine *Strafbarkeit der Privatperson* nach § 201 StGB zu bejahen ist, womit ein Rückgriff auf eine unmittelbare Drittwirkung der Art. 1 und 2 GG zum Schutz des gesprochenen Worts vor Eingriffen Privater ohnehin entbehrlich geworden ist.

III. Die Haltung des EGMR

1. Urteil SCHENK vs. Schweiz

Der EGMR schliesst die Verwertbarkeit einer rechtswidrig erlangten, von einer Privatperson ohne Einverständnis des Betroffenen hergestellten Tonbandaufnahme als Beweismittel nicht a priori aus.⁶⁴⁰ Dem einschlägigen Entscheid des EGMR lag eine Beschwerde des Schweizer Bürgers SCHENK zugrunde, die dieser im Jahre 1984 gegen die Schweiz erhoben hatte; im Prozess vor dem EGMR machte der Verteidiger geltend, die Tonbandaufnahme hätte nicht als Beweis verwertet werden dürfen, weil die Aufnahme rechtswidrig erfolgt sei.⁶⁴¹ Der Gerichtshof wies die Beschwerde ab⁶⁴² und bestätigte damit im Ergebnis die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts.⁶⁴³

In seiner Entscheidung verdeutlichte der EGMR zunächst die beschränkte Kognitionsbefugnis des Gerichtshofs bei der Überprüfung der Konventionskonformität der Beweisaufnahme: Danach garantiere Art. 6 EMRK zwar das Recht auf ein faires Verfahren, enthalte aber keine grundsätzli-

Frage einer unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 I. 2. a), S. 204 ff.

⁶³⁹ Vgl. BGH, NJW 1982, 277; TRÖNDLE/FISCHER, Vor § 201 StGB N 1.

⁶⁴⁰ EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182, Serie A Nr. 140 = EuGRZ 1988, 390; vgl. GAEDE, StV 2004, 46, 48; HK-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 55; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 487; vgl. die rechtsvergleichenden Ausführungen zum Fall Schenk bei GROPP, StV 1989, 216.

⁶⁴¹ EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182, EuGRZ 1988, 390; vgl. HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 181; HK-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 55; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 487.

⁶⁴² EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182, EuGRZ 1988, 390; vgl. VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 487.

⁶⁴³ Vgl. zur vorhergegangenen Rechtspraxis des Bundesgerichts BGE 109 Ia 244.

chen Bestimmungen über die Zulässigkeit von Beweismitteln, dies sei daher in erster Linie eine Angelegenheit nationaler Gesetzgebung.⁶⁴⁴ Vor allen Dingen verlange keine Bestimmung der Konvention ausdrücklich, dass nach nationalem Recht rechtswidrig erlangte Beweismittel nicht zugelassen werden dürften.⁶⁴⁵ Der Gerichtshof könne daher nicht grundsätzlich und abstrakt ausschliessen, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel wie im vorliegenden Fall zulässig sein könnten, sondern er habe allein zu prüfen, ob das Strafverfahren gegen den Angeklagten „insgesamt fair“ gewesen sei.⁶⁴⁶ Die Schlussfolgerung, wonach das Verfahren trotz Verwertung der im Streit befindlichen rechtswidrige Tonbandaufnahme für den Antragsteller insgesamt fair verlaufen war, stütze der EGMR zum einen darauf, dass die Rechte der Verteidigung nicht missachtet worden seien; des weiteren mass er der Tatsache Gewicht zu, dass die Aufnahme des Telefongesprächs nicht der einzige Beweis war, auf dem die Verurteilung beruhte.⁶⁴⁷ Zwar legte der Gerichtshof bei der Darstellung des Verfahrens vor der Strafkassationsabteilung des waadtländer Kassationsgerichts zunächst zugrunde, dass die Tonbandaufnahme, obwohl sie nicht das einzige Beweisstück war, vom Kantonsgericht als „vielleicht von entscheidender, oder zumindest von nicht unbeträchtlicher Bedeutung für das Ergebnis des strafrechtlichen Verfahrens“ angesehen wurde.⁶⁴⁸ Der EGMR relativierte diese Darstellung nachfolgend jedoch, soweit er im Einzelnen prüfte und im Ergebnis feststellte, dass das kantonale Strafgericht tatsächlich eine Vielzahl von Beweisen bei seiner Überzeugungsbildung berücksichtigt hatte.⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182, EuGRZ 1988, 390, 394; vgl. FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 EMRK N 99; GAEDE, StV 2004, 46, 48; GOLLWITZER, Art. 6 EMRK N 216 Fn. 1122; Hk-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 55; PEUKERT, EuGRZ 1980, 247, 257; ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 129; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 486.

⁶⁴⁵ EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182, EuGRZ 1988, 390, 394; vgl. GOLLWITZER, Art. 6 EMRK N 216; Hk-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 55; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 486.

⁶⁴⁶ EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182, EuGRZ 1988, 390, 394 f.; vgl. FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 EMRK N 99, 110; GOLLWITZER, Art. 6 EMRK N 216; Hk-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 55, 216; PEUKERT, EuGRZ 1980, 247, 258; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 487.

⁶⁴⁷ EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182, EuGRZ 1988, 390, 395; vgl. DALAKOURAS, 312; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 EMRK N 110; HK-JULIUS, § 261 StPO N 13; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 139; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 487.

⁶⁴⁸ EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182, EuGRZ 1988, 390, 392.

⁶⁴⁹ EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182, EuGRZ 1988, 390, 395; vgl. PEUKERT, EuGRZ 1980, 247, 258; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 487.

2. Verwertungsverbote im Kontext des „fairen Verfahrens“ nach Art. 6 EMRK

a) Beschränkte Kognition des innerstaatlichen Beweisrechts

Ein generelles Verwertungsverbot für nach nationalem Recht rechtswidrig von Privaten erlangte Beweismittel ist, wie der Entscheid des Gerichtshofs erkennen lässt, aus den Bestimmungen der Konvention nicht abzuleiten,⁶⁵⁰ aus der Verwertung eines von Privaten deliktisch erlangten Beweismittels kann nicht automatisch auf einen Verstoss gegen das durch Art. 6 EMRK gewährleistete Recht auf ein faires Gerichtsverfahren geschlossen werden.⁶⁵¹ Diese aus dem Urteil des EGMR im Verfahren SCHENK folgenden Feststellungen sind allerdings nur ein Ausschnitt aus der Rechtspraxis von EGMR und EKMR zur Verwertbarkeit von Beweismitteln.⁶⁵² Die Ausführungen des Gerichtshofs im Verfahren SCHENK gelten daher nicht spezifisch für die Frage der Verwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweise, sondern für alle den Anforderungen der EMRK unterliegenden Verfahren und damit eben *auch* für solche, in denen rechtswidrig von Privaten beschaffte Beweise verwertet wurden. Im Anschluss an das Urteil SCHENK gegen die Schweiz haben Kommission und Gericht auch in anderen Zusammenhängen immer wieder betont, dass die Beweisführung in erster Linie Sache des nationalen Gerichts und die Überprüfung der Beweiswürdigung durch die Strassburger Organe beschränkt sei: Art. 6 EMRK regle nicht, wann eine Beweisaufnahme vor den staatlichen Gerichten erforderlich sei und welche Beweismittel zulässig seien. Das zu regeln sei allein Sache des innerstaatlichen Rechts, darüber zu entscheiden Sache der staatlichen Gerichte.⁶⁵³ Gerade weil Art. 6 Abs. 1 EMRK nichts über

⁶⁵⁰ Vgl. GAEDE, StV 2004, 46, 48; GOLLWITZER, Art. 6 EMRK N 216; Hk-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 55; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 486 f.; vgl. auch CLAYTON/TOMLINSON, The law of human rights, N 11.132; DIES., The law of human rights, Second annual updating supplement, N 11.132.

⁶⁵¹ Vgl. GAEDE, StV 2004, 46, 48; GOLLWITZER, Art. 6 EMRK N 216; Hk-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 55; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 486 f.

⁶⁵² Vgl. zur konventionsrechtlichen Zulässigkeit der Beweisverwertung im Allgemeinen unter Einbeziehung des Urteils vom 12. Juli 1988, Schenk vs. Schweiz, Nr. 8/1987/131/182; GOLLWITZER, Art. 6 EMRK N 216 ff. mit Fn. 1122, 1127; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 486 f.

⁶⁵³ Vgl. in ständiger Rechtsprechung z.B. EGMR, Urteil v. 6.12. 1988, Barberà, Messegué und Jabardo vs. Spanien, Nr. 10588/83, 10589/83, 10590/83, Serie A Nr. 146, § 68; Urteil vom 20. November 1989, Kostovski vs. Niederlande, Nr. 11454/85, Serie A Nr. 166, § 39; Urteil vom 19. Dezember 1990, Delta vs. Frankreich, Nr. 11444/85, Serie A Nr. 191-A, § 35; Urteil v. 26.3.1996, Doorson vs. Niederlande, Nr. 20524/92, ECHR 1996-II, § 67; Urteil vom 25. März 1999, Pélissier und Sassi vs. Frankreich, Nr. 25444/94, NJW 1999, 3545, § 45; EKMR, Entscheidung vom 9. Januar 1995, Maino vs. Schweiz, Nr. 19231/91, VPB 1998, Nr. 96; vgl. BGHSt

das Beweisrecht aussagt, kann auch nicht a priori ausgeschlossen werden, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafverfahren verwertet werden dürfen.⁶⁵⁴ Der Gerichtshof prüft vielmehr die Gesamtumstände, einschliesslich der Einbeziehung von be- und entlastenden Beweismitteln, und entscheidet danach, ob insgesamt ein faires Verfahren vorliegt, das die Verteidigungsrechte einschliesslich der Waffengleichheit bei der Ausübung der Verfahrensbefugnisse voll wahr.⁶⁵⁵ Ein Verwertungsverbot besteht folglich mit Notwendigkeit nur dann, wenn die Auswirkungen des Verfahrensverstosses oder der Verwertung selbst so erheblich sind, dass das Verfahren insgesamt nicht mehr als fair bezeichnet werden kann.⁶⁵⁶

b) Zum Verbot der Verwertung des illegalen Beweises als „einziges Beweismittel“

Der EGMR hat im Fall SCHENK eine Verletzung der Garantie des fairen Verfahrens auch deshalb nicht als gegeben angesehen, weil die Tonbandaufnahme nicht das einzige Beweismittel für die Verurteilung gewesen ist.⁶⁵⁷ Diese Negativbeschränkung hat der Gerichtshof auch in anderem Zusammenhang bestätigt und insbesondere im Kontext der Vernehmung mittelbarer Zeugen mit einem positiven Gebot verbunden: Danach dürfen die Bekundungen des mittelbaren Zeugen nicht die einzige Urteilsgrunda-

45, 321, 334 f.; GAEDE, StV 2004, 46, 48; GOLLWITZER, Art. 6 EMRK N 216; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 180 f.; Hk-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 55; ROGALL, S. 119, 129; SCHROEDER, GA 2003, 293, 295; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 486.

⁶⁵⁴ Vgl. BGHSt 45, 321, 334 f.; CLAYTON/TOMLINSON, The law of human rights, 11.133; PEUKERT, EuGRZ 1980, 247, 257; SCHROEDER, GA 2003, 293, 295; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 487.

⁶⁵⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 26. April 1991, *Asch vs. Österreich*, Nr. 12398/86, Serie A Nr. 203, § 26 f.; Urteil vom 20. September 1993, *Saidi vs. Frankreich*, Nr. 14647/89, Serie A Nr. 261-C, § 43; Urteil vom 26. März 1996, *Doorson vs. Niederlande*, Nr. 20524/92, ECHR 1996-II, § 67; Urteil vom 25. März 1999, Nr. 25444/94, *Pélissier und Sassi vs. Frankreich*, NJW 1999, 3545 f., § 45 ff.; Urteil vom 18. Juni 2002, *Wierzbicki vs. Polen*, Nr. 24541/94, § 39; DONATSCH/SCHMID-DONATSCH/LIEBER, § 15 StPO ZH N 1; HÜRLIMANN, S. 44 ff.; PEUKERT, EuGRZ 1980, 247, 257 f.; ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 129; WÖFL, S. 201; vgl. zur Gesamtbetrachtung des Verfahrens FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 6 EMRK N 99; GAEDE, S. 159 ff., 428 ff.; DERS., StV 2004, 46, 48; GOLLWITZER, Art. 6 EMRK N 216 ff.; Hk-EMRK-MEYER-LADEWIG, Art. 6 EMRK N 55; PEUKERT, EuGRZ 1980, 247, 257 f.; VILLIGER, Handbuch EMRK, Art. 6 EMRK N 486 f.

⁶⁵⁶ Vgl. ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 129 f.; WÖFL, S. 201 f.; vgl. auch bereits PEUKERT, EuGRZ 1980, 247, 257.

⁶⁵⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, *Schenk vs. Schweiz*, Serie A Nr. 140, § 48 = EuGRZ 1988, 390, 395; vgl. aber auch die spätere Einschränkung, dass sich der Bedarf nach zusätzlichen Beweisen als weniger gross erweise, wenn das widerrechtlich erlangte Beweismittel stichhaltig und zuverlässig sei, EGMR, Urteil vom 12. Mai 2000, *Khan vs. Grossbritannien*, ECHR 2000-V S. 303, § 37; Urteil vom 5. November 2002, *Allan vs. Grossbritannien*, ECHR 2002-IX S. 63, § 43.

ge bilden, sondern die Verurteilung muss sich auf eine Gesamtwürdigung sich ergänzender und bestätigender Beweismittel stützen.⁶⁵⁸ Demgegenüber hat sich das BVerfG in seiner Tonbandentscheidung unter anderem dahingehend ausgesprochen, dass die Verwertung „ultima ratio“ sein müsse zur Überführung des Täters bei schweren Straftaten,⁶⁵⁹ tendenziell ähnlich nennt der BGH im Rahmen der Abwägung bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den staatlichen Verwertungsakt das Kriterium der „Angewiesenheit auf das Beweismittel.“⁶⁶⁰

Das ultima-ratio-Erfordernis der deutschen Gerichte ist jedoch in den Kontext der Interessenabwägung zu stellen, die diese vornehmen. Denn wenn zur Erforschung der Wahrheit die Verletzung der Privatsphäre des Betroffenen nicht erforderlich ist, wird die Abwägung nicht zulasten der Beschuldigteninteressen ausfallen können. Eine Erforderlichkeit oder Angewiesenheit im Sinne der deutschen Rechtspraxis ist daher nicht erst dann anzunehmen, wenn es sich beim illegalen Beweismittel um das einzige Beweismittel handelt. Vielmehr meint „erforderlich“ lediglich, dass jedenfalls *auch* die Kenntnisnahme der Tonbandaufnahme für die Urteilsbildung der Strafverfolgungsorgane notwendig ist.⁶⁶¹ Zudem kommt dem ultima-ratio-Erfordernis in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Abwägung insoweit eine Sonderstellung zu, als es lediglich negativ Vorrang hat, ohne positiv für die Verwertung zu sprechen.⁶⁶² Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH mag also auf den ersten Blick derjenigen des EGMR widersprechen – näher betrachtet stellen die deutschen Gerichte innerhalb der Abwägung jedoch wohl nur das Mindesterfordernis auf, dass das rechtswidrig beschaffte Beweismittel eine nennenswerte Relevanz für die richterliche Überzeugungsbildung haben muss, weil andernfalls eine Beeinträchtigung von Privatinteressen von vornherein nicht einzusehen ist.⁶⁶³

⁶⁵⁸ Internationaler Kommentar EMRK-VOGLER, Art. 6 EMRK N 566; vgl. BÉNÉDICT, S. 100; PEUKERT, EuGRZ 1980, 247, 258; SCHROEDER, GA 2003, 293, 295; vgl. ferner BVerfGE 57, 250, 285 ff.; BVerfG, NJW 1981, 1719, 1722 ff.

⁶⁵⁹ BVerfGE 34, 238, 250.

⁶⁶⁰ BGHSt 36, 167, 173.

⁶⁶¹ GROPP, StV 1989, 216, 224 mit Fn. 111.

⁶⁶² GROPP, StV 1989, 216, 224 mit Fn. 111.

⁶⁶³ Vgl. GROPP, StV 1989, 216, 224 mit Fn. 111; in diese Richtung auch bereits KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537.

§ 2 Das Meinungsspektrum in der Literatur im Überblick

I. Schweiz

Das schweizerische Schrifttum steht der strafprozessualen Verwertung illegal privat beschaffter Beweise tendenziell skeptisch gegenüber. Konsentiert ist die mit der bundesgerichtlichen Praxis in Einklang stehende Auffassung, dass jedenfalls Beweise, die von Privaten unter Verletzung des *ordre public* gewonnen wurden, ausnahmslos unverwertbar seien.⁶⁶⁴ Daneben wird weitergehend vertreten, dass die Strafverfolgungsbehörden sämtliche Beweismittel unbeachtet zu lassen hätten, die von Privaten deliktisch beschafft wurden,⁶⁶⁵ es sei denn, bei schweren Straftaten überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertung.⁶⁶⁶ Mit zu berücksichtigen sei zudem, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel auch auf rechtmässigem Weg erreichbar gewesen wäre.⁶⁶⁷

Ergänzt wird der wissenschaftliche Diskurs zur Verwertungsproblematik durch deklaratorische Bekenntnisse auf materiell-rechtlicher Ebene: Insbesondere wenn es der Privatperson nicht in erster Linie um die Überführung des Straftäters, sondern um die Abwehr unrechtmässiger Eingriffe gehe, sei in Betracht zu ziehen, ob der Geschädigte im Einzelfall aufgrund von Notwehr, Notstand oder nach dem Grundsatz der Wahrung berechtigter Interessen befugt gewesen sei, in dringenden Fällen und unter Beachtung der

⁶⁶⁴ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14 mit Verweis auf N 5 ff.; vgl. zur entsprechenden Haltung der schweizerischen Rechtsprechung Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 1 I. 3., S. 147 f.

⁶⁶⁵ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 42, 49 f.; ZWEIDLER, StPO Thurgau, § 151 StPO TG N 9; soweit ergänzend darauf hingewiesen wird, dass bei „Untersuchungen durch Laien“ die Verfälschung des Sachverhalts besonders gross sei – vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14 – muss dies zwar bei der Beweiswürdigung bedacht werden, ein Beweisverwertungsverbot folgt daraus jedoch nicht; speziell für ein Verwertungsverbot bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts tritt ein HABSCHIED, SJZ 89 (1993), 184, 188 für den Zivil- und Strafprozess, dagegen WALDER, SJZ 89 (1993), 19, 192; für eine entsprechende Anwendung der strafprozessualen Beweisverbote offenbar HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 15; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612.

⁶⁶⁶ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14 mit Verweis auf N 5 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612.

⁶⁶⁷ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14 mit Verweis auf N 5 ff.; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 50.

Verhältnismässigkeit selbst zuhanden der Strafverfolgungsbehörden Beweise zu sichern.⁶⁶⁸

II. Deutschland

Im deutschen Schrifttum ist sowohl in Ansehung der in § 136a dStPO normierten verbotenen Vernehmungsmethoden als auch im Rahmen der allgemeinen Beweisverbotslehre äusserst umstritten, ob Beweismittel, die durch Privatpersonen in rechtswidriger Weise erlangt wurden, im Strafverfahren verwertbar sind. Auszumachen sind im Wesentlichen drei Tendenzen, die – mit zum Teil erheblichen Abweichungen in der dogmatischen Begründung – von der grundsätzlichen Verwertbarkeit bis hin zur generellen Unverwertbarkeit rechtswidrig privat beschaffter Beweismittel reichen:

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass eine Verwertung von Beweismitteln im Strafverfahren nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil diese auf rechtswidrige Weise von Privatpersonen beschafft wurden.⁶⁶⁹ Der Richter sei zwar zu besonderer Vorsicht bei der Würdigung eines solchermassen gewonnenen Beweismittels aufgerufen,⁶⁷⁰ davon abgesehen komme dem privaten Verhalten aber grundsätzlich keine Bedeutung für die Verwertbarkeit des Beweismittels zu. Eine Ausnahme ist allein für solche Beweismittel anerkannt, die von Privaten in (extrem) menschenrechtswidriger oder – weitergehend – in menschenunwürdiger Weise erlangt worden sind,⁶⁷¹

⁶⁶⁸ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 48: rechtswidrige Angriffe dürfen durch angemessene Eingriffe in die Rechte des Angreifers abgewehrt werden; ZWEIDLER, StPO Thurgau, § 151 StPO TG N 9.

⁶⁶⁹ Vgl. AK-KÜHNE, Vor § 48 StPO N 48; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 101 ff. bezogen auf rechtswidrige Tonbandaufnahmen Privater; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 52; KK-BOUJONG, § 136a StPO N 3; LR-HANACK, § 136a StPO N 10; MEYER-GÖBNER § 136a StPO N 3; BEULKE, Strafprozessrecht, N 478; BOCKEMÜHL, S. 126; DENCKER, S. 97 ff.; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 530; JÄGER, S. 222; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1543, dem von STÖRMER (S. 118 Fn. 29) zu Unrecht die Annahme eines Verwertungsverbots bei materieller Strafrechtswidrigkeit des Beweismittels unterstellt wird; KREY, S. 103; KOHLHAAS, DRiZ 1966, 286, 289; LABER, S. 92; NÜSE, JR 1966, 281, 285; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 338 f.; OTTO, GA 1970, 289, 305; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 150 f.; RANFT, Festschrift Spengel, S. 719, 736; ROGALL, S. 119, 145; SCHLÜCHTER, N 100; STÖRMER, S. 133; einschränkend EISENBERG, N 402 und ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 48: Geltung der Beweismittelverbote; KELNHOFER, S. 244 ff.: Erfolgreiche Bildung einer Verlaufshypothese; vgl. zur Rechtslage in den USA bei illegalen Beweismitteln Privater HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1304 ff.

⁶⁷⁰ NÜSE, JR 1966, 281, 285; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 137; STÖRMER, S. 133; WÖFL, S. 203; insoweit zustimmend für nicht strafrechtswidrig erlangte Beweismittel BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 159 f.

⁶⁷¹ Vgl. AK-KÜHNE, Vor § 48 StPO N 48: Recht des Staates zur Nichtberücksichtigung des Beweismittels; BEULKE, Strafprozessrecht, N 479; BOCKEMÜHL, S. 125, 126; GAEDE, StV 2004,

womit insbesondere folterähnliche Massnahmen oder sonstige nachhaltige Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit erfasst werden sollen.⁶⁷² Nach vereinzelt gebliebener Auffassung soll vorzugsweise danach differenziert werden, ob die Beweisbeschaffung durch Private unter Verletzung des durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung erfolgte.⁶⁷³ Abgesehen von derartigen Extrem- und Ausnahmefällen wird das rechtswidrige Verhalten Privater bei der Beweisbeschaffung jedoch als generell irrelevant oder zumindest nicht als der tragende Grund eines Verwertungsverbots betrachtet. Entscheidend sei vielmehr der Akt der staatlichen Verwertung: Wenn dieser selbständig die Rechtsordnung, insbesondere ein Strafgesetz oder die Verfassung, verletze, komme ein Verwertungsverbot in Betracht, dessen normative Grundlage in der Verfassung selbst zu finden sei.⁶⁷⁴

46, 52; GRÜNWALD, S. 164; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 530; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1307; KK-BOUJONG, § 136a StPO N 3; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538, 1543; KMR-LESCH, § 136a StPO N 10; KOHLHAAS, DRiZ 1966, 286, 288 f.; KREY, S. 103; LABER, S. 92, 106; LR-HANACK, § 136a StPO N 44; MEYER-GÖBNER, § 136a StPO N 3; NÜSE, JR 1966, 281, 285; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 326 ff.; DERS., GA 1970, 289, 305; RANFT, Festschrift Spendel, S. 719, 736; ROGALL, JZ 1996, 944, 949; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 48; SCHLÜCHTER, 100; SCHROTH, JuS 1998, 969, 979; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 137; WOLTER, NSiZ 1993, 1, 8; relativierend WÖLFL, S. 191 f.; im Ergebnis ebenso AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, S. 64, 68; JÄGER, S. 222 unter Verweis auf den tatsächlichen und rechtlichen Mängel des Beweisgegenstandes; SK-ROGALL, § 136a StPO N 15; im Ergebnis ebenso FEZER, Strafprozessrecht, Fall 3 N 29; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 151 unter Hinweis auf den menschenwürdeverletzenden Inhalt eines Beweismittels, das diesen Mangel dann auch weiterhin behalte; STÖRMER, S. 131 f.; auf dieser Linie liegt auch die Rechtsprechung, vgl. BGHSt 14, 358, 359, 364; BGHSt 19, 325, 330; Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 1 II., S. 148 ff.

⁶⁷² BEULKE, Strafprozessrecht, N 479; GRÜNWALD, S. 164; KOHLHAAS, DRiZ 1966, 286, 288 f.; NÜSE, JR 1966, 281, 285; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 42; Abwägungsverfahren wie bei staatlichen Rechtsverstößen; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 48; SCHROTH, JuS 1998, 969, 979; SK-ROGALL, § 136a StPO N 15; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 140; vgl. zur Verletzung der Menschenwürde in Fällen der Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 326; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 139; STÖRMER, S. 131 f.; STÜRNER, NJW 1981, 1757, 1758; WOLTER, NSiZ 1993, 1, 6; vgl. aber auch zur teilweise abweichenden Beurteilung der Dispositionsbefugnis über die Menschenwürde im Bereich der Verbrechenprävention SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 139, 141; dagegen ELLBOGEN, NSiZ 2001, 460, 463.

⁶⁷³ BOCKEMÜHL, S. 125 f.; EISENBERG, N 401; KOHLHAAS, DRiZ 1966, 286, 288 f.; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 328 ff.; ähnlich SIEGERT, NJW 1957, 689, 690 für den Zivilprozess, den er aber jedenfalls insoweit für mit den Strafprozess vergleichbar hält.

⁶⁷⁴ Vgl. BOCKEMÜHL, S. 128 f.; DALAKOURAS, S. 138 f., 243, 272, 294, 309; DENCKER, S. 106 ff.; FELDMANN, NJW 1959, 853, 855; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 5; DERS., Grundfragen, S. 3 ff.; DERS., JuS 1979, 35, 36; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 101 ff.; GÖSSEL, JZ 1984, 361, 362 f.; GRÜNWALD, JZ 1966, 498, 496 f.; HALLER/CONZEN, N 556 ff.; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1304 f.; HK-JULIUS, § 261 StPO, N 13; JÄGER, S. 222; KRAMER, Strafverfahrensrecht, N 166 f.; LR-HANACK, § 136a StPO N 10; NÜSE, JR 1966, 281, 285, 286; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 331 ff.; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 150 ff.; RANFT, Festschrift Spendel, S. 719, 736; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038; SCHLÜCHTER, N 100; STÖRMER, S. 133; WERNER, NJW 1988, 993, 1000; abweichend GRÜNWALD, S. 163 f: Es sei ei-

Eine andere Auffassung betrachtet im Gegensatz zur herrschenden Lehre § 136a dStPO als geeignete Konkretisierung derjenigen schlechthin rechtsstaatswidrigen Ermittlungsmethoden, die sich ein Staat nicht zu eigen machen dürfe, indem er die so gewonnenen Beweismittel verwerte: Soweit Privatleute Beweismittel unter Anwendung von Verhaltensmodalitäten des § 136a dStPO gewonnen oder jedenfalls solche Mittel angewendet haben, die nicht nur den Strafverfolgungsorganen nach § 136a dStPO, sondern auch Privatleuten untereinander verboten sind, soll das Beweismittel in analoger oder sinngemässer Anwendung des § 136a dStPO unverwertbar sein.⁶⁷⁵

In eine ähnliche Richtung weist eine im Vordringen befindliche Meinung, die dem Verhalten Privater bei der Beweisbeschaffung eine noch weitergehende und grundsätzlichere Bedeutung für die Verwertbarkeit zuschreibt: Dabei geht ein vermittelnder Vorschlag dahin, durch eine Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall das bei der Beweismittelbeschaffung verwirklichte Unrecht und die staatlichen Interessen an einer strafprozessualen Verwertung des Beweismittels in einen angemessenen Ausgleich zu bringen,⁶⁷⁶ während nach anderer Auffassung die Strafrechtswidrigkeit des privaten Verhaltens automatisch die Unverwertbarkeit des Beweismittels begründet.⁶⁷⁷ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll nach vereinzelter Ansicht dann zulässig sein, wenn der Staat selbst das Beweismittel rechtmässig hätte erlangen können, um zu verhindern, dass die Durchsetzung des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs durch strafrechtswidrige Ermittlungen Privater sabotiert werden könnte.⁶⁷⁸

ne Parallele zu rechtswidriger staatlicher Beweisgewinnung zu ziehen; unklar in der dogmatischen Grundlegung BEULKE, Strafprozessrecht, N 479.

⁶⁷⁵ AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 13; GÖSSEL, S. 192 f.; GRÜNWALD, S. 164; JAHN, JuS 2000, 441, 444 f.; JOERDEN, JuS 1993, 927, 928; KMR-LESCH, § 136a StPO N 10; KÜHNE N 904; MENDE, S. 220 ff.; MORATH, S. 242 ff.

⁶⁷⁶ HAFFKE, GA 1973, 65, 83: Abwägung im Einzelfall mit Vorrang des Aufklärungsinteresses; MORATH, S. 249 f.; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 4; DERS., JZ 1996, 944, 949; im Ergebnis auch BIENERT, S. 152 ff.

⁶⁷⁷ Vgl. AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, 64: Soweit die Straftat zu dem Zweck begangen wurde, den Verletzten einer Verurteilung zuzuführen; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 159; BOCKEMÜHL, S. 125 ff.; GÖTTING, S. 303; HASSEMER/MATUSSEK, S. 77; JOERDEN, JuS 1993, 927, 928; KORIATH, S. 102; MENDE, S. 204 ff.; MÜSSIG, GA 1999, 120, 138; SCHMIDT-LEICHNER, 46. DJT 1966, Bd. II, Teil F, S. 139; SCHROEDER, N 133; SCHROTH, JuS 1998, 969, 980; SYDOW, S. 110.

⁶⁷⁸ GÖTTING, S. 303.

4. Kapitel: Zur strafprozessualen Relevanz der illegalen privaten Beschaffungshandlung

§ 1 Strafrechtswidrige private Beweisbeschaffung als Sonderproblem der Beweisverbotsdogmatik

Die Problematik der Verwertbarkeit privat beschaffter und den Strafverfolgungsbehörden übergebener Beweismittel stellte sich der Rechtspraxis insbesondere bei der eigenmächtigen Verschaffung bereits existenter Beweise durch strafbare Wegnahmehandlungen; praktische Relevanz hat daneben die private Herstellung von Beweisen unter Einsatz von Nötigungsmitteln, der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes und der Missachtung von Persönlichkeitsrechten erlangt.⁶⁷⁹ Der in Rechtsprechung und Schrifttum in der Schweiz und in Deutschland gleichermaßen geführte Diskurs zur bereits tatbestandlichen Beschränkung von Verbotsnormen und zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten der privaten Beweisbeschaffung behandelt genau besehen eine den strafprozessualen Verwertungsverböten vorgelagerte materiell-rechtliche Frage: Es geht darum zu bestimmen, ob über die Verwertung eines rechtswidrig oder über die Verwertung eines rechtmässig beschafften Beweismittels zu befinden ist. Diese in der vorliegenden Untersuchung ausgeblendete Vorprüfung⁶⁸⁰ hat durchaus eine methodische Berechtigung.⁶⁸¹ Das Eingreifen materiell-rechtlicher Rechtfertigungsgründe wirkt sich nämlich insoweit mittelbar auf die Verwertbarkeitsproblematik aus, als auf der Hand liegt, dass sich aus dem *rechtmässigen Erlangungsakt* als solchem keine Verwertungsverböte ableiten lassen; insoweit können sich nur die unabhängig von der privaten Beweisbeschaffung in der Rechtsprechung und Lehre von den Beweisverböten allgemein behandelten Probleme stellen.⁶⁸²

⁶⁷⁹ Vgl. BGer, Urteil v. 5. März 2001, 1A.314/2000, E.6d; MACHT, S. 322.

⁶⁸⁰ Vgl. Erster Teil: 1. Kapitel: § 1 II., S. 3 f.

⁶⁸¹ Vgl. zur Vorrangstellung der materiell-rechtlichen Prüfung bei der Ermittlung der Verwertungsverbötsfolge ARZT, JR 1973, 506, 508; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 96 f.

⁶⁸² Vgl. BGE 129 V 323 (Videoüberwachungen durch eine Privatperson, welche die SUVA veranlasst hat); BGH, NStZ 1989, 32, 33 (eigeninitiative Ausforschung eines Mitgefängenen); KELNHOFER, S. 240; MACHT, S. 32 ff.; STÖRMER, S. 113; vgl. zum Problem der Zweckentfremdung rechtmässig erlangter Informationen FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 94 ff.; MACHT, S. 34 ff.; bei verbleibenden Sachverhaltsunsicherheiten, die dazu führen, dass sich die Rechtmässigkeit der

Ebenso wenig wie die strafrechtlich gerechtfertigte private Beweisbeschaffung einerseits kann andererseits die schlichte Zivilrechtswidrigkeit der privaten Handlung nach einer spezifischen Dogmatik strafprozessualer Verwertungsverbote verlangen. Selbst das zwingende Zivilrecht als Teil der grundlegenden Normen eines nationalen Rechtssystems wirkt immer nur *inter partes*.⁶⁸³ Restitutionsleistungen bei rein zivilrechtswidrigem Verhalten sind nicht gegenüber der Allgemeinheit, sondern gegenüber der betroffenen Privatperson zu erbringen, weil die Störung der zivilrechtlichen Rechtsbeziehung nur deren private Interessen beeinträchtigen kann.⁶⁸⁴ Diese Grundsätze würden missachtet, wenn der rein privatrechtliche Rechtsverstoß über ein strafprozessuales Verwertungsverbot in das staatliche Strafverfahren hineinwirken und damit bei der Verwirklichung öffentlicher Strafverfolgungsinteressen Berücksichtigung finden würde.⁶⁸⁵ Dem Staat obliegt es nicht, in einem Strafverfahren mittels strafprozessualer Verwertungsverbote von Amtes wegen die Billigung oder Missbilligung des Zivilrechtsverstosses auszusprechen, zumal ihn das Legalitätsprinzip lediglich zur Verfolgung und damit im weiteren Sinne „zur Beachtung“ strafbaren Verhaltens verpflichtet,⁶⁸⁶ während die Bewältigung schlicht zivilrechtswidriger Vorgänge den Zivilparteien überantwortet bleibt.

Untersuchungsbedürftig ist damit allein, welche besondere Bedeutung dem *strafrechtswidrigen* Verhalten der Privatperson bei der Beweisbeschaffung für die Verwertungsfrage – bei jeweils als richtig unterstellter vorangehender materiell-rechtlicher Wertung⁶⁸⁷ – in der Dogmatik strafprozessualer Beweisverbote zukommt.

§ 2 Möglichkeiten und Grenzen einer Zurechnung der illegalen Beweisbeschaffung zum Staat

Am Anfang eines Diskurses um die strafprozessualen Konsequenzen illegaler privater Beweisbeschaffung muss die grundlegende Frage stehen, ob den Staat eine (Mit-)Verantwortung für das Verhalten der Privatperson bei der Beweisbeschaffung trifft oder nicht. Denn erst wenn der Staat den

privaten Beweisbeschaffung nicht feststellen lässt, ist von der Rechtswidrigkeit der Beweisbeschaffung auszugehen, vgl. dazu FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 97.

⁶⁸³ Vgl. BIENERT, S. 114.

⁶⁸⁴ Vgl. BIENERT, S. 114 f.

⁶⁸⁵ Vgl. BIENERT, S. 114 f.; GÖTTING, S. 300 f.

⁶⁸⁶ Im Ergebnis ebenso GÖTTING, S. 301.

⁶⁸⁷ Vgl. Erster Teil: 1. Kapitel: § 1 II., S. 3 f.

strafbaren Beschaffungsakt der Privatperson rechtlich betrachtet mit zu verantworten hat, ist der Raum geschaffen für die weiterführende Überlegung, ob aus der staatlichen Zuständigkeit für das private Unrecht bei der Beweisbeschaffung ein Verwertungsverbot im Strafprozess folgen muss. Ergibt sich dagegen, dass der Staat mit der illegalen privaten Beweisbeschaffung nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich-wertend betrachtet „nichts zu tun“ hat, so verbleibt als dogmatischer Ansatzpunkt für ein strafprozessuales Verwertungsverbot bereits denkgesetzlich nur ein vom privaten Beschaffungsakt abstraktes, originär staatliches Verhalten.

Diese für die Beweisverbotsdogmatik richtungweisende Entscheidung über eine staatliche (Mit-)Verantwortlichkeit für den privaten Beschaffungsakt führt zu den Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Zurechnung: Gerade weil der Staat die Beweisbeschaffung nicht durch seine dafür zuständigen Organe „eigenhändig“ vorgenommen hat, wird eine Zurechnung der privaten Beschaffungshandlung zum Staat erforderlich, um eine staatliche Verantwortlichkeit für das durch die Privatperson zugefügte Unrecht konstituieren zu können. Kritisch in den Blick zu nehmen sind damit die Legitimationsgründe einer solchen „Zurechnung“ der privaten Beweisbeschaffungshandlung zum Staat, die Rechtsprechung und Schrifttum zur rechtlichen Verankerung der Verwertungsverbotsfolge heranziehen.⁶⁸⁸

I. Zum Begriff rechtlicher Zurechnung

Eine strafprozessuale „Zurechnungsdogmatik“, die den Spezialfall einer „Zurechnung“ illegaler privater Beweisbeschaffung thematisiert, muss sich im Sinne einer „Explikation dieses inkohärent schwankenden Ausdrucks“⁶⁸⁹ zunächst einmal dahingehend erklären, was mit einer „Zurechnung“ des privaten Rechtsverstoßes zum Staat in diesem Zusammenhang der Sache nach eigentlich gemeint ist. Zurückzukommen ist daher auf eine Umschreibung des Begriffs rechtlicher Zurechnung, die in der juristischen und speziell strafrechtlichen Tradition wohl jedenfalls im Grundsatz konsentiert ist: Danach bietet der Begriff der „Zurechnung“ einen Weg zur systematischen Durchdringung der Problematik, die Verantwortlichen und die

⁶⁸⁸ So explizit BGer, Urteil vom 5. März 2001 – 1A.314/2000, E. 6b: „Dieses Beweisverwertungsverbot beruht auf der Überlegung, das rechtswidrige Vorgehen des Privaten sei dem Staat zuzurechnen, sobald er sich des rechtswidrig erlangten Beweises bediene [...]“; FORNITO, S. 295; KORIATH, S. 101 f.; MENDE, S. 204.

⁶⁸⁹ Vgl. MEIXNER, S. 479.

ihnen zuzuschreibenden Verhaltensweisen zu identifizieren;⁶⁹⁰ normalerweise wird der Zurechnungsbegriff also verwendet, um – auch im Interesse einer Strafgerechtigkeit – die Urheberschaft einer Handlung zu klären und die damit implizierte Verantwortung für eine Handlung oder Unterlassung bestimmen zu können.⁶⁹¹ Ähnlich hat dies bereits Ende des 18. Jahrhunderts KANT im Bemühen um eine Definition der juridischen Zurechnung ausgedrückt und „Zurechnung“ umschrieben als ein „Urteil, wodurch jemand als Urheber [...] einer Handlung, die als dann That (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird.“⁶⁹² Als Beispiel zu den unterschiedlichen Zugangsweisen speziell zur strafrechtlichen Zurechnung kann aus neuerer Zeit die „Lehre von der objektiven Zurechnung“ herausgegriffen werden, bei der es um die Bestimmung der allgemeinen objektiven Beurteilungskriterien eines zurechenbaren Verhaltens geht.⁶⁹³ Stellvertretend für zahlreiche andere Ansätze strafrechtlicher Zurechnung bringt auch sie die generelle Notwendigkeit zum Ausdruck, das rechtlich wesentliche Bewirken eines Erfolges vom rechtlich unwesentlichen Bewirken eines Erfolges zu trennen und damit zugleich den letztlich Erfolgswahrenden zu identifizieren.⁶⁹⁴

Diese hier notwendig skizzenhaft bleibende Reflexion der Bedeutung rechtlicher „Zurechnung“ zeigt zumindest das dogmatische Konstrukt auf,

⁶⁹⁰ HAAS, Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI, S. 193; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 80 ff.; KAUFMANN/RENIKOWSKI, Vom Nutzen der Zurechnung, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI, S. 7; KINDHÄUSER, GA 2007, 447; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 31 f.; ROTH, S. 129 ff, 134, 307.

⁶⁹¹ Vgl. HAAS, Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik, S. 193; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 80 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 118; JAKOBS, Strafrecht AT, 7. Abschnitt, N 4; KAUFMANN/RENIKOWSKI, Vom Nutzen der Zurechnung, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI, S. 7; KINDHÄUSER, GA 2007, 447, 450 ff.; MEIXNER, S. 478 ff.; MüKo-FREUND, Vor §§ 13 ff. StGB N 320 f.; RIKLIN, § 13 N 41 ff.; ROTH, S. 129 ff, 134, 307; ROXIN, Strafrecht AT I, § 11 N 41; SEELMANN, Strafrecht AT, S. 34 ff.; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, Vor § 6 N 2; TRECHSEL/NOLL, S. 86 f.

⁶⁹² Vgl. KANT, Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe, Bd. VI, S. 227; vgl. zu dieser „wohl bekanntesten Definition von Zurechnung“ HRUSCHKA, Zurechnung seit Pufendorf, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI, S. 17, 18 f.; KAUFMANN/RENIKOWSKI, Vom Nutzen der Zurechnung, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI, S. 7, 9.

⁶⁹³ Vgl. HAAS, Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI, S. 193; KINDHÄUSER, GA 2007, 447, 450 ff.; JAKOBS, Strafrecht AT, 7. Abschnitt, N 4; MüKo-FREUND, Vor §§ 13 ff. StGB N 320 f.; RIKLIN, § 13 N 41 ff.; ROTH, S. 134, 307; ROXIN, Strafrecht AT I, § 11 N 41, 44 ff.; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 9 N 17 ff.; SEELMANN, Strafrecht AT, S. 34 ff.; TRECHSEL/NOLL, S. 86 f.

⁶⁹⁴ Vgl. HAAS, Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik, in: KAUFMANN/RENIKOWSKI, S. 193; JAKOBS, Strafrecht AT, 7. Abschnitt N 4a; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 9 N 18, 28; vgl. aus öffentlich-rechtlicher Perspektive FRICK, Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz, S. 53 ff., 59 f.; ROTH, S. 129 ff.

dem sich die Vertreter eines „Verwertungsverbotes infolge Zurechnung des privaten Rechtsverstosses zum Staat“ verpflichten: Der Staat wird als Verantwortlicher für ein ihm zugeschriebenes illegales privates Verhalten bei der Beweisbeschaffung identifiziert, für das er strafprozessual mit einem Verwertungsverbot eintreten soll. Die strafprozessuale „Zurechnung“ des rechtlich missbilligten privaten Verhaltens zum Staat beinhaltet also eine normative Bestimmung der staatlichen Urheberschaft dieser Handlung und ihrer Folgen, mit welcher der Staat neben der strafrechtlich verantwortlichen Privatperson strafprozessual mitzuständig für die bei der Beweiserhebung vorgenommene private Rechtsverletzung erklärt wird.⁶⁹⁵

II. Absenz eines aktiven staatlichen Beitrags zur Beweisbeschaffung der Privatperson

Die Prinzipien und Gründe und damit das normative Fundament einer Zurechnung des privaten Beschaffungsaktes zum Staat lassen die Befürworter dieses Ansatzes ganz oder doch weitgehend unbestimmt.⁶⁹⁶ Der kritische Einwand, dem Staat könne das rechtswidrige Verhalten von Privatpersonen nicht angelastet werden, weil er den Rechtsverstoss nicht zu vertreten habe,⁶⁹⁷ wird mit der vagen Begründung beiseite geschoben, dass es neben dem reinen Verursacherprinzip auch „andere Zurechnungsmuster“ gebe, nach denen die Ergebnisse oder Folgen von Handlungen nicht oder nicht nur dem unmittelbar Handelnden oder dem Verursacher, sondern darüber hinaus auch weiteren Personen ganz oder teilweise angelastet würden.⁶⁹⁸ Die Oberflächlichkeit derartiger Äusserungen setzt sich in der vorschnellen Unterstellung eines Verwertungsverbots als notwendige Folge einer Zurechnung des privaten Rechtsverstosses fort. Denn an sich dürfte doch offensichtlich sein, dass selbst eine Zurechnung der privaten Rechtsgutsverletzung zum Staat allenfalls dazu führen kann, dass dieselben Massstäbe

⁶⁹⁵ Vgl. zu dieser Zurechnungsfolge BGE 129 V 323, 324 ff. (Zurechnung einer von der SUVA veranlassten heimlichen Videoüberwachung zum Staat); HERMES, *Leben und Gesundheit*, S. 80 ff.; ISENSEE, *Handbuch*, § 111 N 118 ff.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, N 904.1; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 GG N 102; vgl. auch FRANK, *Tonbandaufnahmen*, S. 35; MURSWIEK, *Staatliche Verantwortung*, S. 31 f.; ROTH, S. 129 ff. zur Dogmatik einer Zurechnung im Rahmen des grundrechtlichen Eingriffsbegriffs.

⁶⁹⁶ Ohne dogmatische Herleitung BGer, Urteil v. 5. März 2001, 1A.314/2000, E. 6b; FORNITO, S. 295; vage auch KORIATH, S. 101 f.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, N 891, 904.1 f.

⁶⁹⁷ AK-KÜHNE, *VOR* § 48 StPO N 54; ARZT, *Festschrift Peters*, S. 223, 233; in diese Richtung auch PETERS, *Gutachten DJT*, S. 91, 150 f.

⁶⁹⁸ KORIATH, S. 101 f.; MENDE, S. 204.

gelten wie für sonstiges Staatshandeln.⁶⁹⁹ Wie aber die Rechtsprechung und Lehre von den Beweisverboten zeigen, hat nicht einmal ein unmittelbarer staatlicher Rechtsverstoß bei der Beweiserhebung zwangsläufig ein Verwertungsverbot für das illegale Beweismittel zur Folge; für einen zugeordneten privaten Rechtsverstoß bei der Beweisbeschaffung muss dies also gleichermassen gelten.⁷⁰⁰

Das im strafprozessualen Schrifttum bestehende Missverhältnis zwischen Behauptung und Begründung der Möglichkeit einer Zurechnung des privaten Rechtsverstoßes zum Staat lässt die Notwendigkeit hervortreten, die suggerierte staatliche Verantwortlichkeit für den privaten Beschaffungsakt einmal grundlegend zu hinterfragen und mit der Zurechnungsdogmatik abzugleichen. Anzusetzen ist insoweit bei konkretisierbaren Leitbildern strafrechtlicher und verfassungsrechtlicher Zurechnungsmodelle, anhand derer sich Möglichkeit und Grenzen einer Zurechnung der illegalen privaten Beweisbeschaffung zum Staat bestimmen lassen.

1. Zurechnung bei staatlicher Beteiligung am Vorgehen der Privatperson

a) Staatliche Beauftragung, Weisung oder Steuerung

Für die Abgrenzung von privater und staatlicher Verantwortlichkeit kann sicherlich nicht allein massgeblich sein, ob die unmittelbar handelnde natürliche Person formell in den Staatsapparat eingebunden ist, weil dies den Grundrechtsschutz des Bürgers unzulässig verkürzen und den Staat allzu vorschnell aus der Verantwortlichkeit entlassen würde. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist daher im Grundsatz auch unstrittig, dass das Gemeinwesen den Privaten nicht Aufgaben delegieren darf, um sich auf diese Weise der Bindung an die Grundrechte zu entziehen.⁷⁰¹ Dementsprechend

⁶⁹⁹ SCHILLING, S. 61; WÖFL, S. 196 f.; vgl. zu dieser Rechtsfolge auch EGMR, Entscheid vom 25. Oktober 2007, van Vondel vs. Niederlande, Nr. 38258/03, §§ 41 ff.

⁷⁰⁰ WÖFL, S. 196 f.

⁷⁰¹ Vgl. zum Verbot einer Flucht ins Privatrecht BGE 127 I 84, 90; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 28 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 272 ff.; HÄNER, AJP 2002, 1144; HANGARTNER, AJP 2000, 515 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 50 ff.; H. MAURER, Verwaltungsrecht, § 23 N 60 ff.; SALADIN, Grundrechtsprobleme, in: Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, S. 72 ff.; zu staatsrechtlichen Rahmenbedingungen beim Einbezug Privater in die staatliche Aufgabenerfüllung LIENHARD, URP 2006, 1, 8 ff.; vgl. zur Zurechnung einer von der SUVA veranlassten und von einer Privatperson durchgeführten Beweiserhebung zum Staat BGE 129 V 323 mit der Folge, dass die Eingriffsvoraussetzungen des Art. 36 BV Anwendung fanden; eingehend zu Grund und Grenzen staatlicher Zurechnung im Verfassungsrecht ROTH, S. 129 ff.

wird eine Zurechnung des privaten Verhaltens zum Staat in der strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Zurechnungsdogmatik insbesondere dann befürwortet, wenn die Privatperson in staatlichem Auftrag oder nach Weisung staatlicher Behörden tätig oder als staatliches Werkzeug eingesetzt wird, weil die staatlichen Massnahmen in derartigen Fällen konstitutiv für die Rechtsbeeinträchtigung durch die unmittelbar handelnde Privatperson sind.⁷⁰²

b) Staatliche Duldung privater Störungen und andere Grenzfälle

Die Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Grenzen einer Zurechnung privater Handlungen zum Staat beginnen in der strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Zurechnungsdogmatik dort, wo die Intensität der staatlichen Beteiligung an der unmittelbaren Handlung der Privatperson geringfügiger ist, also etwa bei der blossen Schaffung faktischer Voraussetzungen für die private Handlung,⁷⁰³ bei staatlicher Beihilfe zum privaten Rechtsverstoß⁷⁰⁴ oder bei der staatlichen Genehmigung oder Duldung störender und trotzdem *erlaubter* Handlungen eines Bürgers.⁷⁰⁵ Insoweit sind die Grenzen und die Kriterien einer Zurechnung weder auf völkerrechtli-

⁷⁰² Vgl. BGE 129 V 323; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 97 ff., insbesondere S. 99; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 32 f., 34 ff.; HANGARTNER, AJP 2000, 515, 516 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 279 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 82 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 61, 116 ff.; JAECKEL, S. 66; LIENHARD, URP 2006, 1, 7 ff.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 GG N 101 f.; H. MAURER, Verwaltungsrecht, § 23 N 56, 59 ff.; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 81, 85 ff.; vgl. entsprechend zur Einschlägigkeit der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte ISENSEE, Handbuch, § 111 N 58 ff.; JAECKEL, S. 67; ROTH, S. 311; vgl. auch bereits Zweiter Teil: 1. Kapitel: § 2, S. 124 ff. zur Abgrenzung „privater“ Ermittlungen von Beteiligungen Privater an der staatlichen Strafverfolgung.

⁷⁰³ Vgl. BGE 108 Ia 264, 266 f.; 118 Ia 46, 57; 119 Ia 214, 217 E. 2a; 126 I 250; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 97 ff.; EGLI, Drittwirkung, S. 289; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 83; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 117; TETTINGER, DVBl 1999, 679, 685; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 81; vgl. aber auch BGer, Urteil vom 8. Juni 2001, 2P.96/2000 zur Überlassung öffentlichen Grundes an Private mit Anmerkung HANGARTNER, AJP 2002, 68 ff.; vgl. zur Schaffung faktischer Voraussetzungen für die Beeinträchtigung durch eine Privatperson auch die strafprozessuale Konstellationen privater Ausforschungen des Beschuldigten unter Haftbedingungen Zweiter Teil: 1. Kapitel: § 2 III. 3., S. 131 f.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 83.

⁷⁰⁴ Vgl. zur strafprozessualen Problematik einer staatlichen Assistenz bei Ausforschungen durch Privatpersonen Zweiter Teil: 1. Kapitel: § 2 III. 2., S. 129 f.; vgl. zur Einschlägigkeit der abwehrrechtlichen Grundrechtsdimension bei staatlicher Förderung der privaten Beeinträchtigung HERMES, Leben und Gesundheit, S. 83, 88 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 116.

⁷⁰⁵ Vgl. zu dieser Fallkonstellation DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 90 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 93 ff.; HOLOUBEK, Gewährleistungspflichten, S. 251 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 118 f.; JAECKEL, S. 68; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap.6 N 53; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 63 ff., 89 ff., 102 ff.; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 81.

cher Ebene noch auf nationaler Ebene in der Schweiz und in Deutschland abschliessend geklärt, weil insbesondere offen ist, welches Gewicht und welche Relevanz die staatliche Massnahme mindestens haben muss, um eine Zurechnung der Handlung einer Privatperson zum Staat (noch) legitimieren zu können.⁷⁰⁶

2. Die staatliche Beweismittelübernahme: ein untauglicher Zurechnungsgrund

Die Problematik einer Zurechnung eigenmächtiger, illegaler Beweisbeschaffungen durch Private zum Staat liegt ersichtlich jenseits aller Zurechnungslösungen, die bei einem irgendwie gearteten aktiven staatlichen Beitrag zur Handlung der Privatperson ansetzen. Es kann nämlich nicht darüber hinweggesehen werden, dass die strafrechtswidrige Beschaffungshandlung der Privatperson ein in sich abgeschlossener Vorgang ist, an dem der Staat nicht aktiv teilgenommen hat. Die Verantwortlichkeit des Staates für die illegale Beweisbeschaffung kann sich damit – jedenfalls im Bereich der Verantwortlichkeit für „aktives Tun“ – nur auf eine der privaten Handlung zeitlich nachfolgende staatliche Handlung gründen. Diese Problematik ist im strafprozessualen Schrifttum nicht unerkannt geblieben. Als „Zurechnungsgrund“ wird dementsprechend die „staatliche Beweismittelübernahme“ ausgemacht, die erst im Anschluss an den privaten Rechtsverstoss erfolgt und eine Verantwortlichkeit des Staates für die private Handlung gewissermassen rückwirkend begründen soll.⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ Vgl. zu Abgrenzungsversuchen auf konventionsrechtlicher Ebene EGMR, Entscheid vom 25. Oktober 2007, van Vondel vs. Niederlande, Nr. 38258/03, §§ 41 ff.; Entscheid vom 8 April 2003, M.M. vs. Niederlande, Nr. 39339/98, § 40 ff.; DEMKO, HRRS 2004, 382 ff.; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Art. 25 EMRK N 49; GAEDE, StV 2004, 46, 47 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 50 ff.; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 904 ff.; TIETJE, MDR 1994, 1078, 1079 f.; TRECHSEL, EuGRZ 1987, 69, 77; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 81 f.; vgl. zu Abgrenzungsversuchen auf verfassungsrechtlicher Ebene BGE 101 Ib 306, 309 f.; 103 Ia 544, 551; 109 Ib 146, 155; 114 Ia 413, 423; 127 I 84, 90; EGLI, S. 287 ff.; HANGARTNER, AJP 2002, 68 ff.; HÄFELIN/HALLER, N 276 f.; J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 35; vgl. zu Abgrenzungsversuchen unter dem Grundgesetz DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 90 ff.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 28 ff., insbesondere S. 35 zu den Kriterien der bewussten Zwischenschaltung und Steuerung der Privatperson durch den Staat; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 82 ff.; HOLOUBEK, Gewährleistungspflichten, S. 251 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 118 f.; JAECKEL, S. 74; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 49 ff.; KRÜGER, NJW 1982, 855, 856; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 29 ff., 88 ff.; SCHILLING, S. 60 ff.; TIETJE, MDR 1994, 1078 f.; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 81; vgl. auch bereits Zweiter Teil: 1. Kapitel: § 2, S. 124 ff. zu den Fallgestaltungen einer Beteiligung Privater an der staatlichen Strafverfolgung.

⁷⁰⁷ MENDE, S. 204.

a) Zur These staatlicher „Gefährdungshaftung“

Vereinzelt geblieben ist die im deutschen strafprozessualen Schrifttum zur Legitimation einer rückwirkenden Zurechnung geäußerte Auffassung, dass neben dem reinen Verursacherprinzip als weiteres strafrechtliches Zurechnungsmuster „[...] die Gefährdungshaftung als besonders weitgehendes Zurechnungsprinzip“ zu nennen sei: „Indem die Organe des Staates die rechtswidrig erlangten Ermittlungsergebnisse Dritter übernehmen, müssen sie [...] zugleich die Verantwortung für dessen Entstehung tragen.“⁷⁰⁸ Inhaltlich verspricht das Prinzip einer strafrechtlichen „Gefährdungshaftung“ zwar eine Ausweitung der staatlichen Verantwortlichkeit, weil der Strafrechtsschutz bei in Bezug genommenen Gefährdungsdelikten aus kriminalpolitischen Gründen in den Gefährdungsbereich vorverlagert ist: Die Tat kann auch ohne Verletzung des Rechtsgutes mit dessen Gefährdung vollendet sein.⁷⁰⁹ Gleichwohl verwundert es nicht, dass dieser Ansatz in der Doktrin soweit ersichtlich keine Resonanz gefunden hat. Unzulässig ist bereits die Argumentation als solche, weil sie stillschweigend unterstellt, dass der Staat zur Nichtübernahme und damit zur Nichtverwertung solcher Beweismittel verpflichtet sei. Die „Nichtübernahmepflicht“, die es für illegal privat beschaffte Beweise doch erst nachzuweisen gilt, wird also zirkelschlüssig zur Prämisse der staatlichen Verantwortlichkeit, für welche damit die argumentative Grundlage entfällt.⁷¹⁰

Darüber hinaus beinhaltet die Terminologie der strafrechtlichen *Gefährdungshaftung*, die wie selbstverständlich als Stellvertreterbegriff für die strafrechtlichen Gefährdungsdelikte verwendet wird,⁷¹¹ eine Missachtung der tatbestandlichen Struktur der Gefährdungsdelikte. Denn der Ansatz bei einer „Haftung“ des Staates impliziert, dass eine Verantwortlichkeit für den Erfolg ungeachtet dessen eingeführt wird, ob der Staat als Verantwortlicher nun selbst gehandelt hat oder nicht. Parallel zur zivilrechtlichen Haftung wird also eine strafprozessuale „Haftung“ für den zurückliegenden Erfolg thematisiert, mit der die Entwicklung weg von einer Verhaltensverantwortlichkeit hin zu einer blossen Erfolgsverantwortlichkeit des „Haftenden“

⁷⁰⁸ MENDE, S. 204.

⁷⁰⁹ DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 101 ff.; LK-WALTER, Vor § 13 StGB N 65; RIKLIN, § 9 N 14; ROXIN, Strafrecht AT/I, § 10 N 123; SEILER, S. 122 f.; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 9 N 15; TRECHSEL/NOLL, S. 79.; TRÖNDLE/FISCHER, Vor § 13 StGB N 13a; grundlegend zur Dogmatik der Gefährdungsdelikte und den Grenzen des Gefährdungsstrafrechts WOHLERS, Gefährdungsdelikte, insbesondere S. 281 ff. m.w.N.

⁷¹⁰ Vgl. zum Erfordernis der Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens als Voraussetzung für die Begründung von Haftung MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 42.

⁷¹¹ Vgl. MENDE, S. 204 mit Fn. 777.

verschoben wird.⁷¹² Eine solche Verlagerung der Verantwortlichkeit ist in der Struktur der Gefährdungsdelikte aber keinesfalls angelegt, weil diese gefährliche Verhaltensweisen im Vorfeld einer tatsächlichen Beeinträchtigung pönalisieren und damit ein bestimmtes, tatbestandsspezifisches Verhaltensunrecht zwangsläufig voraussetzen.⁷¹³ Aus eben diesem Grund ist ein Parallelschluss zu den strafrechtlichen Gefährdungsdelikten zwecks Legitimation einer Zurechnung von illegalen Privatermittlungen zum Staat dann auch insgesamt abwegig. Soweit nämlich der „Haftungsgrund“ in der staatlichen Übernahme des illegalen Beweismittels gesucht wird, ist zu erwidern, dass dieses staatliche Verhalten schon rein naturgesetzlich nicht die erforderliche „Gefahr“ für den Eintritt des *vorangegangenen* privaten Rechtsverstoßes geschaffen haben kann, so dass eine prozessuale „Gefährdungshaftung“ des Staates in Anlehnung an die Grundprinzipien der strafrechtlichen Gefährdungshaftung nicht einmal sinngemäss in Betracht zu ziehen ist.

b) Wertungsdivergenzen zwischen privatem Beschaffungsunrecht und staatlicher Beweismittelübernahme

Abgesehen von den schwerwiegenden Schwächen in dogmatischer Hinsicht sind gegenüber einer Zurechnung der privaten Straftat zum Staat „aufgrund der staatlichen Beweismittelübernahme“ auch normative Vorbehalte anzubringen. Zwischen der schlichten staatlichen Beweismittelübernahme und der vorangegangenen strafrechtswidrigen Beweisbeschaffung der Privatperson besteht ein deutliches Wertungsgefälle. Auch wenn die Übernahme und Verwertung eines illegal privat beschafften Beweismittels dem Unrecht bei der Beweisbeschaffung im Einzelfall einmal nahe kommen mag, bleibt es dabei, dass bei der rein privaten illegalen Beweisbeschaffung eine staatliche Beteiligung am verwirklichten Verhaltens- und/oder Erfolgsunrecht fehlt.⁷¹⁴ Für die Legitimation der Verwertungs-

⁷¹² Vgl. zur Vernachlässigung des tatbeständsmässigen Verhaltens im Strafrecht durch das Konstrukt der Haftung NK-SCHILD, Vor § 25, N 140, http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Schild/NOMOS/25_27.pdf (21.09.2007); ablehnend zu einer umfassenden staatlichen „Haftung“ aus verfassungsrechtlicher Perspektive ISENSEE, Handbuch, § 111 N 119; vgl. zu „Verantwortung und Haftung“ auch MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 34.

⁷¹³ Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 101 ff.; LK-WALTER, Vor § 13 StGB N 65; ROXIN, Strafrecht AT/I, § 10 N 123; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 9 N 15; TRECHSEL/NOLL, S. 79.; TRÖNDLE/FISCHER Vor § 13 StGB N 13a; WOHLERS, Gefährdungsdelikte, S. 281 f.

⁷¹⁴ Vgl. DENCKER, S. 98; ROXIN, ZStW 91 (1979), 15 f. zum entscheidenden Gesichtspunkt des staatlichen Erfolgsunrechts; vgl. auch Kantonsgericht SG, GVP 1987 Nr. 63, S. 132, 133: „Kern jeglichen Beweisverbots ist es, dass der Staat, der die Übertretung von Gesetzen verfolgt, sich selbst an diese zu halten hat.“; vgl. zur Unterscheidung von Handlungs- und Erfolgsunrecht im Rahmen der Zurechnungsdogmatik KINDHÄUSER, GA 2007, 447, 456 ff.; vgl. zu den Abgren-

verbotsfolge bedeutet dies, dass sich die Funktionsstörungen, die für den Fall der Verwertung von Beweismitteln behauptet werden, welche der Staat selbst rechtswidrig beschafft hat, nicht gleichermassen aus einer rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung ableiten lassen. Das Gebot einer Distanzierung von staatlichem Unrecht bei der Beweisbeschaffung durch ein strafprozessuales Verwertungsverbot geht bei rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffungen ins Leere.⁷¹⁵

Zudem verschleiert die einseitige Betonung eines durch die Übernahme der Beweismittel angeblich verwirklichten staatlichen Unrechts den Umstand, dass es unzweifelhaft das beeinträchtigende Verhalten der Privatperson selbst ist, das die wesentliche Bedingung für die Verletzung des Individualrechtsgutes gesetzt hat und das Gesamtbild massgeblich prägt.⁷¹⁶ Der Staat ist an der privaten rechtswidrigen Beweisbeschaffung unbeteiligt und mit dem privaten Rechtsverstoss bei der Durchführung des Strafverfahrens wohl eher zwangsläufig als willentlich konfrontiert.⁷¹⁷ Den objektiven und subjektiven Anteilen an der Verursachung der Rechtsgutsbeeinträchtigung durch privates und staatliches Verhalten entspricht es darum viel eher, wenn das rechtswidrige Verhalten der Privatperson allein ihr zugerechnet und durch Massnahmen gegenüber der Privatperson sanktioniert wird.

c) **Abgrenzung der Zurechnungskonzeption vom Einwand verbotener „Beweismittelhehlerei“ des Staates**

Die fehlende aktive Beteiligung des Staates am Vorgang der illegalen privaten Beweisbeschaffung und die zeitlich erst nach der materiellrechtlichen Beendigung der privaten Straftat liegende Übernahme der Be-

zungskriterien staatlicher und privater Gefahrschaffung sowie zum Erfordernis eines konstitutiven staatlichen Mitwirkungsaktes HERMES, *Leben und Gesundheit*, S. 80 ff.

⁷¹⁵ DENCKER, S. 98; JÄGER, S. 224; STÖRMER, S. 130 f.; vgl. auch BGE 129 V 323, 326, das beim Schweregrad einer Beeinträchtigung der Privatsphäre zwischen Überwachungsmassnahmen durch staatliche Stellen und durch Privatpersonen differenziert, wenngleich diese Differenzierung im konkret beurteilten Fall zweifelhaft erscheint, da die private Überwachung staatlich veranlasst und damit dem Staat zurechenbar war.

⁷¹⁶ Vgl. DIETLEIN, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, S. 92; HERMES, *Leben und Gesundheit*, S. 80 ff.; JAECKEL, S. 74; WEBER-DÜRLER, *VVDStRL* 1998, 57, 81.

⁷¹⁷ Vgl. DIETLEIN, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, S. 92; HERMES, *Leben und Gesundheit*, S. 80 ff.; vgl. zur vorrangigen Verantwortlichkeit des Verhaltensstörers als Ausdruck sachgerechter und verhältnismässiger Massnahmeanlastung im Verwaltungsrecht BGE 101 Ib 410, 417; 102 Ib 203, 210; BVerfGE 69, 315, 360 f.; BVerfG, Beschluss vom 27. Juni 2006 (2 BvR 1295/05), http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20060627_2bvr129505.html (21.09.2007); FRICK, *Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz*, S. 57 ff.; SEILER, S. 132; vgl. ausserdem zum Erfordernis einer *bewussten* staatlichen Zwischenschaltung der Privatperson FRANK, *Tonbandaufnahmen*, S. 35.

weismittel durch den Staat legt Parallelschlüsse zu strafrechtlichen Grenzen der Zurechnung nahe. In Anlehnung an materiell-rechtliche Massstäbe müsste insoweit gelten, dass Handlungen nach Beendigung der Tat eines anderen prinzipiell ungeeignet sind, eine Verantwortlichkeit für diese Tat rückwirkend zu begründen.⁷¹⁸ Allerdings kennt das materielle Strafrecht den Sonderfall der strafrechtlichen „Anschlussdelikte“, die gerade voraussetzen, dass ein anderer Täter eine rechtswidrige Vortat schon begangen hat.⁷¹⁹ Soweit diese materiell-rechtliche Wertung im deutschen strafprozessualen Schrifttum unter Verweis auf eine verbotene „Beweismittelhehlerei“ des Staats zur Begründung eines Verwertungsverbot es fruchtbar gemacht wird,⁷²⁰ geht es allerdings methodisch nicht mehr um eine Zurechnung des privaten Rechtsverstosses zum Staat: Zu wiederholen ist, dass Zurechnung in diesem Zusammenhang eine staatliche Verantwortlichkeit für das durch die Privatperson begangene *private* Unrecht meint.⁷²¹ Mit dem Straftatbestand der Hehlerei macht der Gesetzgeber jedoch deutlich, dass die Perpetuierung des rechtswidrigen Vermögenszustandes⁷²² offenbar einen eigenständigen Unrechtsgehalt hat, auch wenn tatbestandlich an die Vortat angeknüpft wird. Insbesondere ist die Hehlerei keine besondere Form der Beteiligung an der Vortat, sondern ein selbständiges Verbrechen und sie setzt voraus, dass die Vortat des anderen abgeschlossen sein muss, bevor die hehlerische Tätigkeit beginnt.⁷²³ Diese Wertung muss entsprechend gelten bei einer Übertragung des Rechtsgedankens der strafrechtlichen Hehlerei auf die strafprozessuale Problematik der Beweismittelverwertung nach illegaler privater Beweisbeschaffung: Die rechtstechnische Konstruktion „verbotener Beweismittelhehlerei“ rechnet nicht dem Staat das *private* Un-

⁷¹⁸ Vgl. zur zeitlichen Grenze der Beendigung der Tat bei der Gehilfenschaft BGE 98 IV 83, 85; 118 IV 309, 312 f.; 121 IV 109, 119 f.; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 161 f.; TRÖNDLE/FISCHER, § 27 StGB N 4.

⁷¹⁹ Vgl. die Anschlussdelikte der Art. 160, 305, 305^{bis} StGB; §§ 257-261 dStGB.

⁷²⁰ Vgl. AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 13; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 157 ff.; BIENERT, S. 111, 114 ff. bei zielgerichteter privater Beweismittelbeschaffung; BOCKEMÜHL, S. 125 ff.; JOERDEN, JuS 1993, 927, 928; MENDE, S. 204 ff.; SCHROEDER, N 133; SYDOW, S. 116; ähnlich KORIATH, S. 102; SIEGERT, NJW 1957, 689, 690 für den Zivilprozess, den er aber jedenfalls insoweit für mit dem Strafprozess vergleichbar hält; erstmalig zum Bild des Staates als „Hehler von Beweismitteln“ SCHMIDT-LEICHNER, 46. DJT 1966, Bd. II, Teil F, S. 139.

⁷²¹ Vgl. zum Begriff der Zurechnung Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 I., S. 172 ff.; vgl. auch DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 92; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 118 f.

⁷²² Vgl. zur h.M. der sog. Perpetuierungstheorie als Strafgrund der Hehlerei BGE 83 IV 148, 150; 90 IV 14, 18; 95 IV 6, 9; 105 IV 303 ff.; 114 IV 110 f.; 116 IV 193, 198 f.; 117 IV 445, 446 f.; BGHSt 27, 45 f.; 42, 196, 198; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, Strafrecht III, S. 266; STRATENWERTH, Strafrecht BT/I, § 20 N 1; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Art. 160 StGB N 1; TRÖNDLE/FISCHER, § 259 StGB N 1, je m.w.N.

⁷²³ BGE 90 IV 14, 16; 98 IV 83, 85; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, Strafrecht III, S. 269; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Art. 160 StGB N 3.

recht der Beweisbeschaffung zu, sondern bewertet vielmehr die Ausnutzung und Verwertung des Beweismittels als *eigenständiges staatliches Unrecht*.⁷²⁴ Die Legitimationslast dieses Ansatzes liegt dementsprechend nicht beim Nachweis einer staatlichen Verantwortlichkeit für privates Handeln, nämlich für die private Straftat bei der Beweisbeschaffung, sondern vielmehr beim Nachweis rechtsverletzender Wirkungen der staatlichen „Ausnutzung“ und Verwertung des Beweismittels. Eine derartige dogmatische Konstruktion, die an ein eigenständiges staatliches „Perpetuierungsunrecht“ durch die Nutzung und Verwertung des Beweismittels anknüpft – und eben dieses auch belegen müsste –, fällt dann aber in den Bereich der selbständigen Verwertungsverbote, für die das private Beschaffungsrecht nicht unmittelbar entscheidend ist.⁷²⁵

III. Zurechnung infolge eines pflichtwidrigen legislativen Unterlassens?

Der Umstand, dass kein aktiver staatlicher Beitrag existiert, der eine Zurechnung des privaten Rechtsverstosses zum Staat legitimieren könnte, führt zur Frage der Zulässigkeit und Legitimität einer Zurechnung, die an ein pflichtwidriges staatliches Unterlassen anknüpft. Ein solches Zurechnungsmuster liegt der von MENDE geäußerten Behauptung einer „Ingerenzhaftung“ des Staates für den privaten Rechtsverstoss zu Grunde: „Die Duldung der privaten Wahrnehmung von Repressivbefugnissen“ und die „fehlende gesetzliche Verankerung von Verwertungsverböten“ sollen eine „staatliche Verantwortungspflicht aus Ingerenz für rechtswidrige private Ermittlungen“ begründen.⁷²⁶ Da strafrechtswidrige Privatermittlungen materiell-rechtlich aber bereits per se verboten sind und von einem staatlichen Dulden daher von vornherein nicht die Rede sein kann,⁷²⁷ bleibt allenfalls zu entscheiden, ob eine Zurechnung des privaten Rechtsverstosses zum Staat methodisch darauf gestützt werden kann, dass der Staat den Erlass

⁷²⁴ Vgl. DENCKER, S. 98; STÖRMER, S. 131; zweifelhaft daher MENDE, S. 203 f., der den Gedanken der Beweishelderei im Zusammenhang mit der „Zurechnung privater Rechtsverletzungen“ zur Begründung der „staatlichen Verantwortlichkeit für das private Unrecht“ anführt.

⁷²⁵ Vgl. im Einzelnen zur These der „verbotenen Beweismittelhelderei“ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 II., S. 194 ff.

⁷²⁶ MENDE, S. 206 f.

⁷²⁷ Ebenso wohl JÄGER, S. 224, Fn. 1058; kritisch zu verfassungsrechtlichen Ansätzen einer umfassenden Zurechnungslehre, welche die staatliche Duldung oder Billigung des privaten Verhaltens zum Zurechnungsgrund erheben DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 46 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 93 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 118 f.; JAECKEL, S. 38; für einen solchen Ansatz aber HOLOUBEK, Gewährleistungspflichten, S. 251 ff.

eines Verwertungsverbotes – also eine Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes auf prozessualer Ebene – *unterlassen* und gerade dadurch eine zurechnungsbegründende Bedingung für illegale private Beweisbeschaffungen gesetzt hat.⁷²⁸

1. Erfordernis einer Harmonisierung strafprozessualer und grundrechtlicher Zurechnungsdogmatik

Den vielfältigen Ansätzen in Rechtsprechung und Lehre, welche die strafprozessuale Verwertungsverbotsfolge auf eine irgendwie geartete Zurechnung der illegalen privaten Beweisbeschaffung zum Staat stützen wollen, ist ein grundlegender Einwand entgegen zu halten: Es wird der Umstand vernachlässigt, dass es eine *allein strafprozessuale* Zurechnung des privaten Handelns zum Staat nicht geben kann. Die Frage, ob ein privates Verhalten dem Staat zurechenbar ist oder nicht, kann im öffentlichen Recht, welches das Strafverfahrensrecht einschliesst, nur einmal und zwar entweder einheitlich positiv oder einheitlich negativ entschieden werden. Insoweit gibt der vielfach zu Unrecht kolportierte Satz von der „Einheit der Rechtsordnung“ nämlich immerhin vor, dass es für jede Rechtsfrage letztlich *eine* Antwort gegeben muss.⁷²⁹ Aus diesem Grund ist die Zurechnung privater Handlungen zum Staat zur Legitimation eines Verwertungsverbotes stets in den übergeordneten verfassungsrechtlichen Kontext zu stellen und insbesondere mit der Grundrechtsdogmatik zu harmonisieren, die das Strafverfahrensrecht massgeblich beeinflusst und durchwirkt. Erst mit dieser Loslösung von einer rein strafprozessualen Binnenperspektive hin zu einer Einbeziehung der Grundrechtslehre werden die schwerwiegenden rechtlichen Unstimmigkeiten einer Zurechnungslösung sichtbar, die eine Zurechnung der Straftat eines Bürgers zum Staat allein aus der Nichtschaffung eines strafprozessualen Verwertungsverbotes ableiten will.

⁷²⁸ Für einen solchen Zurechnungsansatz MENDE, S. 207; vgl. zur entsprechenden verfassungsrechtlichen Zurechnungsproblematik bei der Abgrenzung von staatlichen Eingriffen und privaten Beeinträchtigungen HERMES, *Leben und Gesundheit*, S. 80 ff.; HOLOUBEK, *Gewährleistungspflichten*, S. 251 ff.; ISENSEE, *Handbuch*, § 111 N 118 f.

⁷²⁹ Vgl. zum Gebot der einheitlichen Behandlung derselben Rechtsfrage BGE 126 III 129, 138; 128 IV 30, 33; BALDUS, *Die Einheit der Rechtsordnung*, S. 188 ff., 198 ff.; CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, *ZRph* 2007, 8, 9; ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, S. 1; FELIX, *Einheit der Rechtsordnung*, S. 142 ff., 385; LENDI, *Festschrift Giger*, S. 407, 422 ff.; ZK-MARTI, Art. 6 ZGB N 52; vgl. auch Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 I. 2., S. 193 ff.

2. Überbelastung grundrechtlicher Schutzpflichten bei der Konstruktion einer konkreten staatlichen Handlungspflicht

Der im Schrifttum vertretene Ansatz, eine staatliche Verantwortlichkeit für den privaten Rechtsverstoss auf ein pflichtwidriges legislatives Unterlassen – die Nichtschaffung eines Verwertungsverbots – zu gründen, steht zunächst einmal vor der Schwierigkeit, dass spiegelbildlich eine staatliche Handlungspflicht nachgewiesen werden muss, die den Staat konkret zum Erlass eines Verwertungsverbotes verpflichtet.⁷³⁰ Eine solche staatliche Verpflichtung liest MENDE in die Schutzdimension der Grundrechte hinein, die dem Staat die Normierung eines Verwertungsverbots zum Schutz des Einzelnen vor Individualrechtsverletzungen bei privaten Beweisbeschaffungen gebiete.⁷³¹ Insoweit wird die Schutzpflichtendogmatik hier zu einem Bestandteil der Zurechnungsdogmatik: Ein angeblicher Verstoss gegen staatliche Schutzpflichten wird von MENDE zum eigentlichen Grund einer Zurechnung der privaten Handlung zum Staat erhoben.⁷³² Diese Konzeption ist von der im Schrifttum verbreiteten Lösung eines aus den grundrechtlichen Schutzpflichten abgeleiteten Verwertungsverbotes⁷³³ methodisch strikt zu trennen. Ein Verwertungsverbot, das – nach dem in der Lehre vertretenen Ansatz – aus den staatlichen Schutzpflichten heraus entwickelt wird, ist rechtssystematisch unmittelbar aus der staatlichen Schutzpflichtverletzung als deren konkrete Rechtsfolge abgeleitet und von der illegalen privaten Beschaffungshandlung rechtlich losgelöst.⁷³⁴ Die Nichtverwertung der Beweismittel „ist für diese Lehre ein [...] Verfassungsgebot“.⁷³⁵ Demgegenüber beruht ein Verwertungsverbot als Rechtsfolge einer Zurechnung der privaten Handlung zum Staat methodisch auf dem privaten Unrecht bei der Beweisbeschaffung: Der Staat soll für die strafbare private Beweisbeschaffung mit einem strafprozessualen Verwertungsverbot eintreten und zwar gerade deshalb, weil er – so die Annahme – dessen gesetzliche Normierung aufgrund seiner staatlichen Schutzpflichten geschuldet hat.⁷³⁶

⁷³⁰ Vgl. zu diesem Nachweiserfordernis STÖRMER, S. 126 f.

⁷³¹ MENDE, S. 207.

⁷³² In diese Richtung im Rahmen der Grundrechtsdogmatik auch HOLOUBEK, Gewährleistungspflichten, S. 251 ff.; kritisch zu diesem Zurechnungsgrund STERN, Staatsrecht III/1, S. 947 f.

⁷³³ Vgl. dazu Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II., S. 216 ff.

⁷³⁴ Vgl. zu diesem Ansatz grundlegend ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 41; nachfolgend ebenso BOCKEMÜHL, S. 124 ff.; GÖTTING, S. 303; HASSEMER/MATUSSEK, S. 77; vgl. dazu Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II., S. 216 ff.

⁷³⁵ HASSEMER/MATUSSEK, S. 77.

⁷³⁶ Vgl. zu diesem Zurechnungsgrund im Rahmen der verwertungsverbotbegründenden Zurechnung MENDE, S. 207; vgl. auf verfassungsrechtlicher Ebene zum Zurechnungsgrund des „staatlichen

Eine Zurechnungsdogmatik, welche auf einer aus den grundrechtlichen Schutzpflichten hergeleiteten Pflicht des Staates zur Schaffung eines Verwertungsverbotes basiert, steht und fällt allerdings damit, dass sich eine entsprechende konkrete Handlungspflicht des Gesetzgebers auch tatsächlich begründen lässt. Dies ist jedoch zu verneinen. Hierzu ist vollumfänglich auf die Einwände zu verweisen, die in dieser Abhandlung gegen die dogmatische Konzeption der Verwertungsverbotsfolge aus staatlichen Schutzpflichten angeführt werden⁷³⁷ und die den Befund rechtfertigen, dass sich eine konkrete Pflicht des Gesetzgebers, den Schutz der Bürger vor Rechtsverletzungen durch illegale private Beweisbeschaffungen ausgerechnet durch ein strafprozessuales Verwertungsverbot zu gewährleisten, weder empirisch noch normativ nachweisen lässt.⁷³⁸

3. Auflösung der Unterscheidung zwischen privater Beeinträchtigung und staatlichem Eingriff

Selbst wenn der vorstehende Einwand nicht geteilt und die Reichweite der staatlichen Schutzpflichten entsprechend ausdehnt wird, bleibt eine Zurechnungslösung, die allein an ein pflichtwidriges legislatives Unterlassen als Grund der Zurechnung anknüpft, erheblichen Bedenken ausgesetzt, die aus einer grundrechtsdogmatischen Argumentation folgen. Entscheidend ist nämlich, dass mit einer Zurechnung des privaten Rechtsverstoßes zum Staat zwangsläufig eine rechtssystematisch unzulässige Aufgabe der eindeutigen Abgrenzung von grundrechtlichem Abwehranspruch und staatlicher Schutzpflicht einhergeht.⁷³⁹ Eine dem Staat zurechenbare Handlung einer Privatperson ist nämlich letztlich keine private Massnahme mehr, sondern sie wird rechtlich betrachtet zum staatlichen Eingriff qualifiziert.⁷⁴⁰ Die Schutzdimension der Grundrechte würde damit praktisch gegenstandslos, weil jede Schutzpflichtverletzung des Staates im Wege der Zurechnung

Stillhaltens“ trotz der Möglichkeit, schützend einzugreifen, kritisch HERMES, Leben und Gesundheit, S. 80 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 118 f.; STERN, Staatsrecht III/1, S. 947 f.

⁷³⁷ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II., S. 216 ff.

⁷³⁸ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II. 2., S. 222 ff.

⁷³⁹ Vgl. HERMES, Leben und Gesundheit, S. 95: „Es liegt auf der Hand, dass eine Zurechnung aller in dem dargelegten Sinne staatlich mitverantwortenden privaten Handlungen die Konturen des staatlichen Grundrechtseingriffs völlig verwischt.“; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 119; STERN, Staatsrecht III/1, S. 947 f.; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 81; im Ergebnis auch DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 92 ff., der einer Zurechnung privater Handlungen im Rahmen der Grundrechtsdogmatik generell ablehnend gegenübersteht.

⁷⁴⁰ Vgl. BGE 129 V 323 ff; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 80 ff., 93 ff.; HOLOUBEK, Gewährleistungspflichten, S. 251 ff. bezogen auf nicht verbotene Handlungen Privater; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 118 f.; STERN, Staatsrecht III/1, S. 947 f.

zu einem staatlichen Eingriff in die Grundrechte „aufgestockt“ würde.⁷⁴¹ Eine solche Zurechnungslösung, die ungeachtet der konkreten Distanz der privaten Handlung zum Staat jegliche Trennung zwischen staatlichen Eingriffen und Bedrohungen von Seiten Privater einebnet, ist aber weder für die Grundrechtsdogmatik⁷⁴² noch für die Strafrechtsdogmatik akzeptabel.

§ 3 Zur Privatrechtsbindung strafprozessualer Verwertungsverbote

Eine andere, von zahlreichen Stimmen im schweizerischen und deutschen Schrifttum vertretene Auffassung zieht als normative Grundlage eines Verwertungsverbots bei privater Beweisgewinnung die Strafprozessordnung(en) heran und anerkennt für einzelne strafprozessuale Verwertungsverbote eine unmittelbare oder mittelbare Privatrechtswirkung.⁷⁴³ Während im schweizerischen Schrifttum unbestritten ist, dass die Beweismethoden-

⁷⁴¹ Vgl. zur Differenzierung zwischen Schutzpflicht und Abwehrrecht und einer dementsprechenden Beschränkung des grundrechtlichen Eingriffsverständnisses in Deutschland BVerwGE 104, 36, 48 f. = NVwZ 1998, 623, 626; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 34 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 80 ff., 95; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 119; KLEIN, DVBI 1994, 489 ff.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 39, 59 ff.; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 57 ff., 102 ff.; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 81, 85 ff.; vgl. aus der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre BGE 126 II 300, 314 mit weitgehender Rezeption der deutschen Dogmatik; 133 I 58, 68; HÄFELIN/HALLER, N 265; J.P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, S. 18 f., 28; PULVER, AJP 2005, 413 ff.; REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, S. 78; SALADIN, Festschrift Huber, S. 297, 310 ff., insbesondere S. 313; SCHEFER, AJP 2002, 1131 ff.; SCHUBARTH, Festschrift Hangartner, S. 1055, 1059, 1060 ff.; SEILER, S. 69 ff.; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 77 ff.; vgl. auch Art. 35 BV und die Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 191 ff.; vgl. zu dieser Differenzierung auf konventionsrechtlicher Stufe jeweils m.w.N. EGMR, Urteil vom 28. Oktober 1998, Osman vs. Vereinigtes Königreich, Reports 1998-VIII, S. 3214 ff., § 115 f.; Urteil vom 9. Dezember 1994, López Ostra vs. Spanien, Nr. 41/1993/436/515, Serie A 303 C, § 51 = EuGRZ 1995, 530; KLEYSTRULLER, EuGRZ 1995, 507, 511 f.; Konkordanzkommentar-CREMER, Kap. 4 N 63.

⁷⁴² Vgl. zum Nutzen einer solchen Unterscheidung in der Grundrechtsdogmatik eingehend DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 34 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 93 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 118 f.; JAECKEL, S. 38 ff.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 39 ff., 59 ff., je m.w.N.; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 81; vgl. zur Unterscheidung von grundrechtlichem Abwehrensanspruch und staatlicher Schutzpflicht Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II., S. 216 ff.

⁷⁴³ Vgl. aus dem schweizerischen Schrifttum HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, § 60 N 14 f. zur „Verletzung der Beweisverbote durch Privatpersonen“ mit Verweis auf die sinngemässe Geltung der Ausführungen unter N 5 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612; vgl. aus dem deutschen Schrifttum AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 13 bezogen auf § 136a dStPO; GÖSSEL, S. 192 f.; GRÜNWARD, S. 163 f.; JAHN, JuS 2000, 441, 444 f.; JOERDEN, JuS 1993, 927, 928; KMR-LESCH, § 136a StPO N 10; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 904; MENDE, S. 220 ff.; ROGALL, Der Beschuldigte, S. 210 f.

verbote der Strafprozessordnungen für Private nicht gelten und dementsprechend auch der Verwertbarkeit nicht entgegenstehen können,⁷⁴⁴ zielt die deutsche Diskussion im Gegenteil überwiegend darauf ab, mittels analoger Anwendung des § 136a dStPO wenigstens besonders grobes privates Unrecht bei der Art und Weise der Beweisbeschaffung strafprozessual zu erfassen.⁷⁴⁵

I. Normative und kriminalpolitische Erwägungen

Allein normative Erwägungen können die unmittelbare oder mittelbare Anwendbarkeit strafprozessualer Normen auf Privatpersonen bereits deshalb nicht belegen, weil sie sich den rechtlichen Voraussetzungen einer Analogiebildung nicht stellen. Abzulehnen sind daher von vornherein alle Konzeptionen des deutschen Schrifttums, welche die Bindungswirkung strafprozessualer Beweisverbote – und speziell die analoge Anwendung des § 136a dStPO – allein damit zu legitimieren versuchen, dass der Staat an eklatantem privaten Unrecht durch die Verwertung des Beweismittels nicht teilhaben und der Einsatz derartiger Methoden sich nicht lohnen dürfe.⁷⁴⁶ Gleiches gilt für generalpräventive und kriminalpolitische Ansätze, die eine unmittelbare Drittwirkung der Beweisverbote unter Privaten darauf stützen, dass andernfalls die wegen der strengen rechtsstaatlichen Bindung erfolglose Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane durch unkontrollierte private gewaltsame Ermittlungstätigkeit ersetzt⁷⁴⁷ oder ein zu weitgehendes Zurückweichen staatlicher Gewalt bei der Strafverfolgung durch private Gewalt notdürftig ausgeglichen und kaschiert werde.⁷⁴⁸

Auch im schweizerischen Schrifttum ist die Tendenz erkennbar, die allgemeinen Voraussetzungen einer Analogiebildung zurückzustellen, soweit die sinngemässe Anwendbarkeit der Prozessnormen auf Beweisbeschaffungen Privater schlicht damit begründet wird, dass nicht ersichtlich sei, weshalb die mit den Beweisverwertungsverböten zu schützenden Interessen nicht durchschlagen sollten, wenn die Beweise von Privaten erhoben werden.⁷⁴⁹ Abgesehen davon, dass vorrangig die Strafdrohung oder die

⁷⁴⁴ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 15; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612.

⁷⁴⁵ AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 13 bezogen auf § 136a StPO; GÖSSEL, S. 192 f.; GRÜNWALD, S. 164; JOERDEN, JuS 1993, 927, 928; KMR-LESCH, § 136a StPO N 10; KÜHNE N 904; MENDE, S. 220 ff.; im Ergebnis auch ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 41 f.

⁷⁴⁶ In diesem Sinne aber GRÜNWALD, S. 164; JOERDEN, JuS 1993, 927, 928.

⁷⁴⁷ Vgl. GÖSSEL, S. 192 f.; ähnlich JOERDEN, JuS 1993, 927, 928.

⁷⁴⁸ GÖSSEL, S. 193; diese Gefahr sehen auch HASSEMER/MATUSSEK, S. 78.

⁷⁴⁹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 15; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612.

Drohung privatrechtlicher Sanktionen einer rechtswidrigen Beweisbeschaffung entgegen wirken und den Schutz der privaten Interessen gewährleisten sollen,⁷⁵⁰ kann ein etwaiges kriminalpolitisches Bedürfnis nach materiell-rechtlicher und prozessualer „Doppelbestrafung“ deren rechtliche Grundlage nicht ersetzen.

II. Analoge Anwendung des Strafprozessrechts bei privater Beweisbeschaffung?

Eine Analogie zu gesetzlichen Vorschriften ist nur in engen Grenzen zulässig. Das Fehlen eines strafprozessualen Verfahrenssatzes kann nur dann durch eine dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechende Anwendung ergänzt werden, wenn der „Geist der Rechtsordnung“ oder die immanente Teleologie des Gesetzes eine Regelung fordern.⁷⁵¹ Zudem muss die Planwidrigkeit der Nichterwähnung eines Tatbestands aufgrund konkreter Umstände positiv feststellbar sein, weil andernfalls „jedes Schweigen des Gesetzgebers – und das ist der Normalfall, wenn er etwas nicht regeln will – als planwidrige Lücke im Wege der Analogie [...] ausgefüllt werden könnte.“⁷⁵² Daran gemessen ist zwar zu konstatieren, dass die Verwertbarkeit von Beweismitteln, die Private rechtswidrig oder gar unter Begehung groben Unrechts gewinnen, durch das Strafprozessrecht nicht normiert ist, obgleich der Rechtsanwender auf diese Frage zwingend eine Antwort finden muss.⁷⁵³ Diese Tatsache rechtfertigt aber noch nicht den für eine Analogie zu kodifizierten strafprozessualen Beweisverboten notwendigen Schluss, dass der Gesetzgeber seinen ursprünglichen „Plan“ nicht konsequent durchgeführt habe. Entscheidend ist nämlich, dass die schweizerischen Strafprozessordnungen ebenso wie die deutsche Strafprozessordnung nach Wortlaut und Systematik allein die Beweistätigkeit *staatlicher* Organe

⁷⁵⁰ Vgl. ARZT, Festschrift Peters, S. 223, 234; GAMP, DRiZ 1981, 41, 43; WERNER, NJW 1988, 993, 1000.

⁷⁵¹ Vgl. BGE 98 Ia 226, 232 f.; 122 I 253, 254 f.; BGHSt 33, 196, 205 ff.; Obergericht TG, RBOG 1993, Nr. 33, S. 150, 152 f.; Kassationsgericht ZH und BGer, ZR 74 (1975) Nr. 78, S. 236, 239 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 6 N 11; JÄGER, S. 258; SCHMID, Strafprozessrecht, N 68.

⁷⁵² BVerfG, Beschluss vom 6.12.2005, 1 BvR 1905/02, Absatz-Nr. 56, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr190502.html (25.09.07); ähnlich unter Differenzierung zwischen echter, ausfüllungstauglicher, und unechter oder rechtspolitischer, aber nicht korrekturfähiger Lücke BGE 108 Ib 78, 82; 121 III 219, 225 f.; 122 I 253, 254 ff.; BGer, Urteil vom 21. September 2007, 2C_346/2007, E.2.3, zur Publikation vorgesehen; Obergericht TG, RBOG 1993, Nr. 33, S. 150, 152 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 6 N 11; SCHMID, Strafprozessrecht, N 69.

⁷⁵³ Vgl. FORNITO, S. 78.

zur Gewährleistung einer justizförmigen, das heisst rechtsstaatlich geordneten Verfahrensweise bei der Sachverhaltserforschung im Strafprozess regeln und die Grenzen der Verwertbarkeit in einer generell nachvollziehbaren Weise lediglich für bestimmte *staatliche* Rechtsverstösse gesetzlich festgelegt haben.⁷⁵⁴ Vor diesem Hintergrund erscheint das Fehlen strafprozessualer Beweisverbote für rein *private* Rechtsverstösse bei der Beweisbeschaffung aber als eine legislative Folgerichtigkeit, die nur aufgrund einer abweichenden subjektiven Bewertung der Relevanz des privaten Rechtsverstosses für das Strafverfahren als „Planwidrigkeit“ des Gesetzgebers ausgegeben wird.⁷⁵⁵

Nebst dem fehlt es an der Vergleichbarkeit des zu beurteilenden Sachverhaltes mit dem vom Gesetzgeber geregelten Sachverhalt als Zulässigkeitsvoraussetzung einer analogen Anwendung strafprozessualer Beweisverbote auf die private Beweisbeschaffung.⁷⁵⁶ Die Logik des Strafprozessrechts als Teil des öffentlichen Rechts, in dem der Staat dem Bürger in einem Subordinationsverhältnis „den Prozess macht“,⁷⁵⁷ lässt sich angesichts der spezifischen Machtmechanismen dieses Verhältnisses nicht einfach auf Private übertragen. Dafür steht auch, dass nicht alle schutzbedürftigen Werte in der dem staatlichen Strafverfahren eigenen Bürger-Staat-Relation die gleiche Bedeutung haben, wie in der Bürger-Bürger-Relation bei Begehung des privaten Rechtsverstosses.⁷⁵⁸ Normativ spiegelt sich dieser Umstand bei-

⁷⁵⁴ Vgl. DENCKER, S. 99; GÖTTING, S. 294 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 3 N 1; SCHMID, Strafprozessrecht, N 10, 54; speziell bezogen auf § 136a dStPO JOERDEN, JuS 1993, 928; KMR-LESCH, § 136a StPO N 10; MENDE, S. 220 ff.; im Ergebnis teilweise übereinstimmend AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 13; MÜSSIG, GA 1990, 119, 138 f.

⁷⁵⁵ Vgl. zum Anwendungsbereich des Strafprozessrechts auf ausschliesslich hoheitliches Handeln BEULKE, Strafprozessrecht, N 478; DENCKER, S. 98, 110; EISENBERG, Beweisrecht, N 399 ff.; FELDMANN, NJW 1959, 853, 855; HAFKE, GA 1973, 65, 82; KK-BOUJONG, § 136a StPO N 3; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 52; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1542; LABER, S. 92; LR-HANACK, § 136a StPO N 6; MACHT, S. 322; MEYER-GÖBNER, § 136a StPO N 3; NÜSE, JR 1966, 281, 285 f.; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 161; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 48; SCHLÜCHTER, N 100; STÖRMER, S. 117, 132; WÖFL, S. 195; wohl auch SK-ROGALL, § 136a StPO N 10 ff.; grundsätzlich auch BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 158; BIENERT, S. 99; vgl. entsprechend zum persönlichen Anwendungsbereich der EMRK GAEDE, StV 2004, 46; GRABENWARTER, § 17 N 6; auf dieser Linie liegt auch die Rechtsprechung, vgl. dazu Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 1, S. 144 ff.; diesen grundsätzlichen Einwand übersieht MENDE, S. 220 ff. bei der Auslegung des § 136a dStPO.

⁷⁵⁶ Grundlegend zur Vergleichbarkeit der Sachverhalte als unverzichtbare Voraussetzung der Analogiebildung ABEGG, S. 257 ff. m.w.N.

⁷⁵⁷ MEYER-GÖBNER, Einl. N 5; vgl. RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 199; SCHMID, Strafprozessrecht, N 54.

⁷⁵⁸ Vgl. RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 172, 175; SCHMID, Strafprozessrecht, N 9 f. zur Gefahr des Missbrauchs der staatlichen Machtfülle; vgl. auch BGE 129 V 323, 326, das bei der Schwere einer Beeinträchtigung zwischen privaten und staatlichen Handlungen differenziert.

spielsweise darin wieder, dass Versprechungen oder Vorspiegelungen gegenüber dem Beschuldigten zwecks Bewirkung eines Geständnisses dem Staat strafprozessual untersagt, Privatleuten materiell-rechtlich aber nicht gleichermaßen verboten sind.⁷⁵⁹ Es bleibt also die in Wortlaut und Systematik des Strafprozessrechts hervortretende Wertentscheidung des Gesetzgebers beachtlich, dass er bestimmte Individualrechtsbereiche zwar vor *staatlichen* Eingriffen geschützt wissen will und diese Bereiche der staatlichen Tätigkeit der Verbrechensaufklärung entzieht, einen entsprechenden strafprozessualen Schutz vor Straftatermittlungen im Bürger-Bürger-Verhältnis aber offenbar nicht gleichermaßen anerkennt. Eine analoge Anwendung strafprozessualer Beweisverbote auf die private Beweisbeschaffung geht daher letztlich an dem Umstand vorbei, dass gesetzliche Bindungen staatlicher Handlungsformen ihrer Zielrichtung nach auf private Handlungsformen nicht entsprechend anwendbar sind.⁷⁶⁰

§ 4 Zur Massgeblichkeit von Straftatbeständen für die strafprozessuale Beweisverwertbarkeit

I. Die „Einheitsthese“ im schweizerischen und deutschen Schrifttum

Eine gewisse vordergründige Logik kann die in der Schweiz und in Deutschland vertretene „Einheitsthese“ für sich in Anspruch nehmen, die einen Gleichlauf von materiellem Recht und Prozessrecht behauptet und die Beweisverwertbarkeit von der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der privaten Beweisbeschaffung abhängig macht.⁷⁶¹ Zur Begründung wird

⁷⁵⁹ Vgl. ROGALL, ZStW 1979, 1, 42; vgl. z.B. die Bestimmungen der §§ 154 StPO ZH, 136a Abs. 1 dStPO.

⁷⁶⁰ Vgl. ausserdem speziell zum Ausschluss einer Analogie des § 136a dStPO DENCKER, S. 98, 110; EISENBERG, Beweisrecht, N 399 ff.; FELDMANN, NJW 1959, 853, 855; HAFFKE, GA 1973, 65, 82; KK-BOUJONG, § 136a StPO N 3; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 52; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1542; LABER, S. 92; LR-HANACK, § 136a StPO N 6; MEYER-GÖBNER, § 136a StPO N 3; NÜSE, JR 1966, 281, 285 f.; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 161; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 48; SCHLÜCHTER, N 100; SK-ROGALL, § 136a StPO N 10; STÖRMER, S. 117, 132; WÖLFEL, S. 195.

⁷⁶¹ In diese Richtung HABSCHIED, SJZ 89 (1993), 184, 189; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538, 1543; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 333 ff., 338; SAX, JZ 1965, 1, 6; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 48; im Ansatz auch ARZT, JZ 1973, 506, 508 f., der allerdings ausgleichend die Möglichkeit der materiellen Rechtfertigung in Beweisnotfällen beschränken will; KRAMER, NJW 1990, 1760, 1763 f. bezogen auf die Strafvorschrift des § 201 dStGB; kritisch dazu FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 78 f.

im schweizerischen Schrifttum explizit auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung verwiesen, der es untersage, ein strafrechtliches Verbot im Prozess zu ignorieren.⁷⁶² Umgekehrt – und bei Zugrundelegung des Gebots einer einheitlichen Behandlung von Beschaffungs- und Verwertungsakt zumindest folgerichtig – soll ein Verwertungsverbot ausscheiden, wenn der Geschädigte zur privaten Beweisbeschaffung in dringenden Fällen und unter Beachtung der Verhältnismässigkeit berechtigt gewesen ist.⁷⁶³

Ein ähnlicher Ansatz ist im deutschen Schrifttum bereits im Jahre 1966 von KLEINKNECHT begründet und nachfolgend wieder aufgegriffen worden. Danach sollte die Verwertbarkeit des privat beschafften Beweismittels allein davon abhängen, ob die Beweisgewinnung oder Wissenserlangung durch die Privatperson infolge eines Rechtfertigungsgrundes aufgrund konkreter Interessenabwägung gerechtfertigt war.⁷⁶⁴ Bei einem rechtmässigen Eingriff der Privatperson sollte die Einbeziehung und die Verwertung im Strafprozess jedenfalls zulässig sein, soweit nicht andere Vorschriften der Strafprozessordnung entgegenstünden⁷⁶⁵ und das Beweismittel überhaupt als zulässiges Beweismittel im Strafverfahren vorgesehen sei.⁷⁶⁶ Anders als im schweizerischen Schrifttum sollte die materiell-rechtliche Rechtswidrigkeit – von Extremfällen abgesehen – jedoch grundsätzlich nicht die Unverwertbarkeit des Beweismittels begründen.⁷⁶⁷

⁷⁶² HABSCHIED, SJZ 89 (1993), 184, 189; vgl. SCHMID, Strafprozessrecht, N 612.

⁷⁶³ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 48.

⁷⁶⁴ KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538, 1543; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 333 ff.; SAX, JZ 1965, 1, 6; vgl. auch ARZT, JZ 1973, 506, 508 f., der allerdings ausgleichend die Möglichkeit der materiellen Rechtfertigung in Beweisnotfällen beschränken will.

⁷⁶⁵ KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1543; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 333 ff. unter ergänzender Berücksichtigung grundrechtlicher Verwertungsverbote; vgl. auch KELLNER, JR 1950, 270, 271 für den Zivilprozess; SAX, JZ 1965, 1, 6; SIEGERT, NJW 1957, 689, 690; im Ergebnis ähnlich für die Fälle der Tonbandaufnahmen FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 95: „Die Verwertung ist folglich nur die natürliche Auswirkung des die Tonbandaufnahme rechtfertigenden Grundes“; ablehnend SCHMITT, JuS 1967, 19, 24.

⁷⁶⁶ OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 338.

⁷⁶⁷ KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1543; grundsätzlich ebenso OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 338, anders aber bei staatlichem Verstoss gegen § 201 dStPO; vgl. zur Befürwortung der Einheitsthese für den Zivilprozess KELLNER, JR 1950, 270, 271, der unter Verweis auf die Einheit der Rechtsordnung für die Unverwertbarkeit rechtswidrig privat beschaffter Beweise im Zivilprozess eintritt; ebenso SIEGERT, NJW 1957, 689, 690 bezogen auf Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch illegale private Beweisbeschaffungen.

1. Zur Ableitung der Verwertbarkeit aus der Rechtmässigkeit der Beweisbeschaffung

Als Antwort auf die Frage der Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit von Beweismitteln im Strafprozess ist die Einheitsthese untauglich. Die strafrechtliche Rechtmässigkeit des privaten Verhaltens kann für die prozessuale Verwertung nicht endgültig entscheidend sein, weil übersehen wird, dass in der gerichtlichen Verwertung noch ein selbständiger staatlicher Eingriff liegen kann, dessen Zulässigkeit gesondert zu prüfen ist.⁷⁶⁸ Selbst wenn anzunehmen ist, dass der den privaten Rechtsverstoss legitimierende Rechtfertigungsgrund im Ergebnis in den Prozess hineinwirken kann,⁷⁶⁹ zeigt bereits die Rechtspraxis, dass dies nicht notwendigerweise der Fall sein muss.⁷⁷⁰ Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe über das private Handeln legitimieren eben nicht zwangsläufig auch den durch die (gerichtliche) Verwertung drohenden gesonderten Eingriff in Rechte des Betroffenen.⁷⁷¹ Insoweit ist auch die bei KLEINKNECHT wahrnehmbare Skepsis gegenüber einem „beweisrechtlichen Sonderrecht für Grundrechtseingriffe“⁷⁷² unangebracht, weil der grundrechtlich geschützte Bereich des Einzelnen gegenüber Eingriffen des Staates durch die Verwertung des Beweismittels nicht ohne weiteres deckungsgleich ist mit den allgemeinen materiell-rechtlichen Regeln, die einen privaten Interessenvorgang bei der Beweisbeschaffung begründen können.⁷⁷³

Die Einheitsthese geht damit zwar zu Recht davon aus, dass sich aus dem rechtmässigen Beschaffungsakt als solchem kein Verwertungsverbot ableiten lässt⁷⁷⁴ und ein unselbständiges Verwertungsverbot mangels Rechtsverstosses bei der Beweisbeschaffung entfallen muss – die Anwendbarkeit selbständiger Verwertungsverbote bleibt davon aber unberührt und steht dem Schluss von der Rechtmässigkeit des Beschaffungsaktes auf die Verwertbarkeit des Beweismittels entgegen.

⁷⁶⁸ OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 332; SCHMITT, JuS 1967, 19, 24; STÖRMER, S. 118 f.; vgl. dazu auch JÄGER, S. 125.

⁷⁶⁹ FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 95.

⁷⁷⁰ Vgl. BGHSt 19, 325 ff.; OLG Celle, NJW 1965, 1677 ff., das für die Aufnahme und Verwertung jeweils unterschiedliche Rechtfertigungsgründe bemüht; SCHMITT, JuS 1967, 19, 24; STÖRMER, S. 118 f.; vgl. zur Möglichkeit einer Veränderung der Rechtslage zwischen dem Zeitpunkt der Beweiserhebung und der Beweisverwertung Zweiter Teil: 2. Kapitel: § 2 II., S. 138 ff.

⁷⁷¹ LABER, S. 82 f.; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 332; SCHMITT, JuS 1967, 19, 24.

⁷⁷² KLEINKNECHT, Kommentierung StPO, 35. Auflage 1981, § 163 StPO N 44 und dazu OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 322.

⁷⁷³ Vgl. zur Verschiedenheit der Rechte im Staat-Bürger-Verhältnis und im Bürger-Bürger-Verhältnis RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 173.

⁷⁷⁴ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 1, S. 170 ff.

2. Zur Ableitung eines Verwertungsverbots aus der Rechtswidrigkeit der Beweisbeschaffung

Ebenso wenig kann der Verweis auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung als Legitimationsgrund für ein Verwertungsverbot bei strafrechtswidriger privater Beweisbeschaffung dienen.⁷⁷⁵ Es wird damit eine Gleichschaltung materieller und formeller Rechte postuliert, die in der Rechtsordnung selbst so nicht angelegt ist.⁷⁷⁶ Festzustellen ist zunächst, dass ein Strafrechtsverstoss beim Erlangungsakt nicht automatisch mit identischem Unrechtsgehalt in das Verfahren einwirken muss,⁷⁷⁷ weil die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter nicht mit denen des Angeklagten im Strafprozess identisch sein müssen.⁷⁷⁸ Wenn etwa ein privater Verschaffungsakt unter Missachtung des strafrechtlich geschützten Hausrechts erfolgte, kann kaum angenommen werden, dass das Recht auf die Unverletzlichkeit der eigenen Wohnung⁷⁷⁹ staatlicherseits durch die prozessuale Verwertung des Beweismittels im Verfahren beeinträchtigt wird.⁷⁸⁰ Auch ist dem Strafrecht nicht zu entnehmen, dass die Wertentscheidung des Gesetzgebers zugunsten bestimmter Individualrechtsgüter nach deren Verletzung durch eine Privatperson im Sinne eines strafprozessualen Verwertungsverbotes beachtlich wäre. Vielmehr legitimiert die Verwirklichung von Straftatbeständen im Rahmen eines Strafprozesses nur die im materiellen Strafrecht vorgesehenen Strafen und Massnahmen und diese umfassen gerade nicht die Unverwertbarkeit von Beweismitteln im Strafprozess gegen einen Dritten als weitere prozessuale Sanktion.⁷⁸¹ Zumindest insoweit ist es daher durchaus treffend, das Prozessrecht für die Zulässigkeit von Prozesshandlungen „als eine Art *lex specialis*“ gegenüber dem materiellen Strafrecht zu bezeichnen.⁷⁸²

Die pauschale Übertragung materiell-rechtlicher Erwägungen auf das Prozessrecht führt zugleich zu dem grundlegenden Einwand, dass das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung, auf dem die Einheitstheorie letztlich ba-

⁷⁷⁵ So aber HABSCHIED, SJZ 89 (1993), 184, 189.

⁷⁷⁶ Vgl. WÖLFL, S. 198.

⁷⁷⁷ Vgl. WERNER, NJW 1988, 993, 1000.

⁷⁷⁸ Vgl. HK-JULIUS, § 261 StPO N 13; JÄGER, S. 224; WERNER, NJW 1988, 993, 998 f.

⁷⁷⁹ Vgl. Art. 13 Abs. 1 BV; Art. 13 Abs. 1 GG.

⁷⁸⁰ Vgl. WERNER, NJW 1988, 993, 1000.

⁷⁸¹ Vgl. FORNITO, S. 244, 279; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 78; NÜSE, DRiZ 1966, 281, 285; STÖRMER, S. 118; WERNER, NJW 1988, 993, 999; WÖLFL, S. 198 f.

⁷⁸² Vgl. KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1542; SCHROEDER, JR 1973, 253; vgl. aber zur berechtigten Kritik an der „Lehre vom prozessualen Sonderrecht“ DENCKER, S. 21 ff.; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 25.

siert, kein absolutes Merkmal von Rechtsordnungen ist.⁷⁸³ Zwar mag es zu den Aufgaben juristischer Methodik gehören, den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung zu fördern, indem unterschiedliche Rechtsbereiche sinnvoll aufeinander abgestimmt und auftretende Widersprüche in der Rechtsordnung, auch im Wege der Auslegung, möglichst vermieden werden.⁷⁸⁴ Eine vollkommene Widerspruchslosigkeit innerhalb des gesamten Rechtssystems ist aber insoweit gar nicht anzustreben, als für verschiedene Rechtsmaterien aus Gründen ihrer Eigenart unterschiedliche Massstäbe festgelegt werden. Insoweit muss gelten, dass das Strafverfahrensrecht aufgrund seiner vom Strafrecht verschiedenen Funktion eine pauschale Übernahme strafrechtlicher Wertungen nicht verträgt.⁷⁸⁵ Zudem missachtet das Paradigma der „Einheit der Rechtsordnung“ den Umstand, dass die Unterscheidung von Strafverfahrensrecht und Strafrecht selbst Teil der Rechtsordnung ist. Die Umformung des Strafverfahrensrechts nach dem Modell des Strafrechts widerspricht also gerade derjenigen Unterscheidung, die der Gesetzgeber durch die Schaffung der verschiedenen Teilrechtsordnungen bezweckt hat.⁷⁸⁶ Damit soll gar nicht in Abrede gestellt werden, dass im Ergebnis durchaus einmal ein Verwertungsverbot bei strafrechtswidrig gewonnenen Beweismitteln bestehen mag – die Verwirklichung eines Straftatbestandes kann aber nicht dessen dogmatische Grundlage sein.

II. Zur These der „verbotenen Beweismittelhehlerei“

Der Befund einer effektiv fehlenden Beteiligung des Staates am privaten Unrecht hat das Schrifttum zu der dem materiellen Strafrecht entlehnten Überlegung veranlasst, ob der Staat das Unrecht der privaten Beweisbeschaffung nicht zumindest vertieft, wenn er das strafrechtswidrige Verhalten der Privatperson zwar staatlich verfolgt und materiell-rechtlich sanktioniert, das Beweismittel als „corpus delicti“ der Straftat prozessual aber gleichwohl zur Verwertung gegen einen Dritten nutzt.⁷⁸⁷ Diesen Ge-

⁷⁸³ Vgl. DALAKOURAS, S. 310; WERNER, NJW 1988, 993, 998 f.; WÖLFL, S. 198.

⁷⁸⁴ Vgl. BGE 128 IV 30, 33; BALDUS, Die Einheit der Rechtsordnung, passim, insbesondere S. 188 ff., 198 ff.; CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, ZRph 2007, 8, 9; ENGISCH, Die Einheit der Rechtsordnung, passim, insbesondere S. 1; FELIX, Einheit der Rechtsordnung, S. 161, 360 ff., 385 ff.

⁷⁸⁵ WERNER, NJW 1988, 993, 998 f.; ähnlich FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 78 f. zum Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht.

⁷⁸⁶ Vgl. DALAKOURAS, S. 310; WERNER, NJW 1988, 993, 998 f.; WÖLFL, S. 198.

⁷⁸⁷ Vgl. grundlegend zum Erfordernis einer Schadensvertiefung die Beweisverbotslehre von GRÜNWALD, JZ 1966, 489; ähnlich speziell für § 136a dStPO GRÜNWALD, StV 1987, 470, 472; zu-

dankengang haben diejenigen Befürworter einer Verwertungsverbotsfolge aufgegriffen, die dem Grunde nach einvernehmlich vertreten, dass es bedenklich anmute, wenn sich der Staat als „Hehler rechtswidrig erlangter Beweismittel“ betätige und am Unrecht des Privaten durch die staatliche Verwertung teilhabe: In Parallelwertung zum Straftatbestand der Hehlerei sei von einem Verbot der Perpetuierung einer rechtswidrigen Beweislage durch Verwertung des Beweismittels auszugehen.⁷⁸⁸ Unter stärkerer Betonung allgemeiner Sicherungsinteressen wird überdies darauf hingewiesen, dass der Staat, ebenso wie er durch die Anschlussdelikte den Vortätern den Nährboden zur Begehung von Straftaten entziehen wolle, auch denjenigen auf seiner Beute, also den Beweismitteln, sitzen lassen müsse, der sie an der Strafprozessordnung vorbei dem Staat zukommen lassen wolle.⁷⁸⁹

1. Wettlauf privater und staatlicher Ermittlungen

Praktisch unhaltbar ist die zwingende Verwertungsverbotsfolge, welche mit der Annahme einer verbotenen Beweismittelhehlerei des Staates zwangsläufig einhergeht. Zwar mag ein generelles Verwertungsverbot für illegal privat beschaffte Beweismittel den Interessen der Rechtssicherheit in optimaler Weise entsprechen; in der Rechtsanwendung erweist es sich aber gleichwohl als zu weit, weil die erste und unmittelbare Wirkung in der nachhaltigen Schädigung des Allgemeininteresses an der Bestrafung des Täters liegt.⁷⁹⁰ Zudem weist ein Verwertungsverbot, welches entsprechend dem Straftatbestand der Hehlerei an die tatbestandsmäßige und rechtswidrige private Beweisbeschaffung als „Vortat“ anknüpft, der ermittelnden Privatperson zwangsläufig die Machtposition zu, die Durchsetzung des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs durch eine eigenmächtige strafrechtswidrige Beweisbeschaffung so zu durchkreuzen, dass dem Staat durch illegales privates Handeln die Wahrnehmung der eigenen, gesetzlich

stimmend SCHÖNEBORN, GA 1975, 33, 40 f.; vgl. zur Kritik an dieser Lehre AMELUNG S. 45; KELNHOFER S. 104 ff.; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 510 jeweils m.w.N.

⁷⁸⁸ Vgl. AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 13 bezogen auf die in § 136a dStPO genannten Methoden; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 157 ff.; BIENERT, S. 111, 114 ff. bei zielgerichteter privater Beweismittelbeschaffung; BOCKEMÜHL, S. 125 ff.; GÖTTING, S. 303; JOERDEN, JuS 1993, 927, 928; KRAMER, NJW 1990, 1760, 1763 speziell zu § 201 dStGB; MENDE, S. 204 ff.; SCHROEDER, § 15 N 133; SYDOW, S. 116; ähnlich HABSCHEID, Gedächtnisschrift Peters, S. 840, 860 f.; KORIATH, S. 101 f.; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 20, 41; ebenso für den Zivilprozess, der aber jedenfalls insoweit mit dem Strafprozess vergleichbar sein soll SIEGERT, NJW 1957, 689, 690; vgl. zum Bild des Staates als „Hehler von Beweismitteln“ erstmals SCHMIDT-LEICHNER, 46. DJT 1966, Bd. II, Teil F, S. 139.

⁷⁸⁹ BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 159; vgl. BIENERT, S. 121.

⁷⁹⁰ Vgl. Dritter Teil: 1. Kapitel: § 1, S. 241 f.

zugewiesenen Strafverfolgungszuständigkeit erschwert wird.⁷⁹¹ Dies bedeutet zugleich, dass die rechtliche Behandlung des konkreten Beweisstücks letztendlich von einer vielfach rein zufälligen zeitlichen Komponente abhängt: Wäre der Staat der Privatermittlung zeitlich zuvorgekommen, hätte er es in der Hand gehabt, durch ordnungsgemäße Beweiserhebung selbst die Verwertbarkeit des konkreten Beweisstücks sicherzustellen; folgt das staatliche Ermittlungsverfahren der illegalen Privatermittlung zeitlich nach, so wäre das Kontingent verwertbarer Beweismittel von vornherein um die illegal privat beschafften Beweismittel beschnitten.⁷⁹² Noch deutlicher werden die unerwünschten Auswirkungen einer generellen Relevanz des privaten Rechtsverstosses für das staatliche Strafverfahren, wenn die theoretische Möglichkeit einbezogen wird, dass die Privatperson das Beweismittel unter Inkaufnahme der eigenen Strafbarkeit gerade deshalb illegal beschafft, weil sie dessen Unverwertbarkeit im Strafverfahren bezweckt. Die starre Verwertungsverbotsfolge führt dann dazu, dass die Herrschaft der Strafverfolgungsbehörden über das Strafverfahren durch eine illegal ermittelnde Privatperson beeinträchtigt wird, die das staatliche Korsett der Verfahrensvorschriften zu eigenen Zwecken missbraucht.

2. Unzulässige Unrechtsübertragungen vom materiellen ins prozessuale Recht

Bedenken sind auch gegen die Behauptung anzumelden, dass der Staat mit einer Verwertung des Beweismittels zeige, dass es ihm mit dem Individualrechtsschutz nicht wirklich ernst sein könne, wenn er sich Verletzungen desselben auf diese Art zu eigen mache.⁷⁹³ Die dogmatische Hürde derartiger „Unrechtsübertragungen“⁷⁹⁴ besteht nun einmal darin, dass der materiellen Strafnorm, die durch die illegale private Beweisbeschaffung verwirklicht wurde, gerade die prozessuale Schutzrichtung fehlt, aus der eine staatliche Verpflichtung zur Distanzierung von privatem Unrecht durch Nichtverwertung des Beweismittels im Strafprozess abgeleitet wer-

⁷⁹¹ Vgl. GÖTTING, S. 301; JÄGER, S. 222 f.; KOHLHAAS, DRiZ 1966, 286, 289; Relativierungen nimmt daher auch vor ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 21, 29 ff.

⁷⁹² Vgl. zur Möglichkeit einer Ausschaltung von Zufälligkeiten durch die Berücksichtigung von Verlaufshypothesen KELNHOFER, S. 86; SCHRÖDER, S. 90 f.

⁷⁹³ Vgl. GÖTTING, S. 282; MACHT, S. 325; vgl. zum individualrechtsschützenden Verständnis der Verwertungsverbote HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291 ff.

⁷⁹⁴ STÖRMER, S. 131.

den könnte.⁷⁹⁵ Zwar soll derartigen Erwägungen, die an das sittliche Moment der Strafverfolgungstätigkeit erinnern und allgemeine Spannungen des Rechtssystems widerspiegeln, die Bedeutung keinesfalls grundsätzlich abgesprochen werden.⁷⁹⁶ Doch das Gesetz wertet anders, wie das Nebeneinander von materiellem Recht und Verfahrensrecht zeigt: Ein Ansatz, welcher den prozessualen Vorgang der staatlichen Verwertung einer rein materiell-rechtlichen Betrachtungsweise unterwirft, stellt eine Einheit von materiellem und prozessualen Recht her, die jedenfalls in dieser Form nicht existiert.⁷⁹⁷

3. Vertiefung der Individualrechtsgutsverletzung durch den Verwertungsvorgang – Erfordernis der Einzelfallprüfung

Entscheidend ist weiter, dass der prozessuale Verwertungsvorgang nicht zwangsläufig als eine materiell-rechtliche „Perpetuierung“ der durch die private Beweisbeschaffung verursachten Rechtsgutsverletzung begriffen werden kann.⁷⁹⁸ Beachtlich ist in diesem Zusammenhang die einer „verbotenen Beweismittelhehlerei“ entgegen gebrachte Kritik, dass die Verwertung die Durchsetzbarkeit eines Strafanspruchs gegen einen Dritten betreffe, während die Straftat der Privatperson einen Strafanspruch gegen diese selbst begründe und das private Unrecht der Straftat sich deshalb nicht ohne weiteres in der Verwertung des Beweismittels im Prozess gegen einen Dritten fortsetzen müsse.⁷⁹⁹ Hinter einer solchen Argumentation steht die zutreffende Überlegung, dass die Verwertung des Beweismittels im Prozess gegen einen Dritten die Individualrechte des Opfers der privaten Beweisbeschaffung materiell-rechtlich nicht zwangsläufig erneut verletzen muss. Vielmehr wird nur in den seltensten Fällen, wie etwa beim Abhören einer illegal beschafften Tonbandaufnahme, überhaupt feststellbar sein, dass mit der Verwertung eine erneute Beeinträchtigung gerade des durch die private Beweisbeschaffung bereits verletzten Rechtsgutes und damit die der Hehlerei entlehnte *Vertiefung* des bereits angerichteten Unrechts ver-

⁷⁹⁵ FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 78; JÄGER, S. 224; vgl. auch bereits Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 I. 2., S. 193 f.

⁷⁹⁶ Vgl. dazu HAFFKE, GA 1973, 65, 83.

⁷⁹⁷ Vgl. FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 78; JÄGER, S. 224; vgl. auch Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 I. 2., S. 193 f.; vgl. zur „Funktionseinheit“ von materiellem und formellem Strafrecht SCHMID, Strafprozessrecht, N 6.

⁷⁹⁸ Vgl. JÄGER, S. 224; vgl. zum individualrechtsschützenden Gedanken der Verwertungsverbote DENCKER, S. 98; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1 ff.; SCHRÖDER, S. 33 f.

⁷⁹⁹ Vgl. BIENERT, S. 71; DENCKER, S. 98; JÄGER, S. 223; STÖRMER, S. 131.

bunden ist.⁸⁰⁰ Insoweit weist STÖRMER sogar für Extremfälle illegaler privater Beweisbeschaffung richtigerweise darauf hin, dass „[...] etwa in der Anhörung eines Zeugen, der sich seine Kenntnis durch menschenrechtswidriges Verhalten verschafft hat, nicht zwangsläufig eine Menschenwürdeverletzung durch den Richter gesehen werden [kann].“⁸⁰¹

Die rechtstechnische Konstruktion eines Verwertungsverbotes infolge „verbotener Beweismittelhehlerei“ lässt zudem erkennen, dass das private Unrecht nicht die eigentliche Grundlage der Verwertungsverbotsfolge ist. Denn tatsächlich wird das Verwertungsverbot durch die rechtsverletzende Wirkung des staatlichen Verwertungsaktes legitimiert, während das private Verhalten selbst nicht unmittelbar den Ausschlag für die Verwertungsverbotsfolge geben kann und soll.⁸⁰² Der Ansatz der Beweismittelhehlerei läuft also, wenn auch auf gedanklichem Umweg, mit der Behauptung der Schadensvertiefung letztlich wieder auf die Prüfung der Zulässigkeit des Verwertungsaktes selbst hinaus und bewegt sich damit dogmatisch im Rahmen dessen, was durch die Rechtsfigur der selbständigen Verwertungsverbote ohnehin bereits vorgegeben ist.⁸⁰³

4. Staatliche Ausnutzung der Individualrechtsverletzung – Erfordernis einer normativen Betrachtung

Nur teilweise gefolgt werden kann allerdings der von JÄGER gegenüber der Theorie der Beweismittelhehlerei geäußerten Kritik, dass „der Staat [...] sich nicht die Verletzung des Individualrechtsguts zunutze [mache], sondern allenfalls das bei der Verletzung des Individualrechtsguts erlangte Beweismittel.“⁸⁰⁴ Jedenfalls dann, wenn der Staat von Gesetzes wegen bei staatlicher Beweiserhebung gar keinen Zugriff auf das Beweismittel gehabt hätte, geht der Rückzug auf den formaljuristischen Standpunkt der blossen „Beweismittelnutzung“ an den normativen Fragestellungen vorbei. Denn soweit eine hypothetisch rechtmässige staatliche Beweisbeschaffung im konkreten Fall ausgeschlossen ist, rechtfertigt dies durchaus die Wertung, dass sich in der staatlichen Verwendung des Beweismittels zu Beweis Zwecken gerade die durch den privaten Rechtsverstoss geschaffene illegale Beweislage niederschlägt; auf normativer Ebene kann die Nutzung eines

⁸⁰⁰ Vgl. FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 78, 101 ff.; BIENERT, S. 71; DENCKER, S. 98; STÖRMER, S. 131.

⁸⁰¹ STÖRMER, S. 131; vgl. auch JÄGER, S. 79.

⁸⁰² Vgl. DENCKER, S. 98; STÖRMER, S. 131.

⁸⁰³ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 II. 2. c), S. 180 ff.

⁸⁰⁴ JÄGER, S. 225.

solchen Beweismittels daher durchaus als eine Nutzung der Individualrechtsverletzung verstanden werden.⁸⁰⁵ Dieser Gedanke ist auch nicht einfach mit dem Hinweis beiseite zu schieben, dass es sich beim Verwertungsvorgang um die Anknüpfung an einen objektiven Befund im Sinne einer prozessualen Bestandsaufnahme handle, die grundsätzlich keine rechtsgutsbezogene Relevanz aufweise.⁸⁰⁶ Ebenso gut lässt sich nämlich vertreten, dass eine rechtsgutsbezogene Relevanz des Verwertungsvorgangs ausnahmsweise dann entsteht, wenn die vorangegangene private Rechtsgutsverletzung ein notwendiges, weil nicht einmal hypothetisch austauschbares Element der objektiven Beweislage bildet.

Für die Legitimation der Verwertungsverbotsfolge ist damit allerdings vorerst wenig gewonnen: Der bloße Umstand, dass der Staat in bestimmten Konstellationen mit der Beweismittelnutzung das bei der Beweisbeschaffung begangene private Unrecht – normativ betrachtet – „ausnutzt“, besagt mangels prozessualer Schutzrichtung der Straftatbestände nicht, warum dies unzulässig und die strafprozessuale Verwertung des Beweismittels folglich verboten sein sollte.⁸⁰⁷

§ 5 Zur Relevanz des privaten Beschaffungsakts für verfassungsrechtliche Verwertungsverbote

Ausgehend von der Erkenntnis, dass die Straftatbestände keine Regeln im Umgang mit illegal beschafftem Beweismaterial enthalten und eine analoge Anwendung strafprozessualer Bestimmungen auf die private Beschaffungshandlung ausfällt, wird im deutschen Schrifttum der Ansatzpunkt für ein Verwertungsverbot zunehmend im Verfassungsrecht gesucht. Dabei soll nicht etwa allein entscheidend sein, ob die *Verwertung* des Beweismittels im Prozess eine – unter Umständen erneute – Verletzung des Achtungsanspruchs der Menschenwürde oder von Grundrechten darstellt. Getragen von dem für sich genommen verdienstvollen Bemühen, Extremfälle illegaler privater Beweisbeschaffung einer verfahrensethisch haltbaren Lösung zuzuführen, wird die Unzulässigkeit der Verwertung des Beweismittels vielmehr unmittelbar aus der Art und Weise seiner *Erlangung* her-

⁸⁰⁵ Vgl. FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 113; MACHT, S. 325.

⁸⁰⁶ So aber JÄGER, S. 224.

⁸⁰⁷ Vgl. HÜSCH, S. 360; JÄGER, S. 224 f.; dies verkennt FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 113; vgl. zur Legitimation der Verwertungsverbotsfolge durch eine strafprozessuale Hypothesenbildung Dritter Teil, S. 239 ff.

geleitet:⁸⁰⁸ Ein Verwertungsverbot soll bestehen bei Beweiserlangung in (extrem) menschenrechtswidriger oder menschenunwürdiger Weise,⁸⁰⁹ namentlich bei folterähnlichen Massnahmen oder sonstigen nachhaltigen Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit,⁸¹⁰ bei Verletzung des nemo tenetur-Grundsatzes⁸¹¹ sowie bei Beweismitteln, die von Privaten durch Verletzung des „durch die Würde der Person garantierten Bereichs der Persönlichkeitsentfaltung“ erlangt wurden.⁸¹² In derartigen Fällen soll das Grundrecht der Menschenwürde im Wege der unmittelbaren oder mittelbaren Drittwirkung oder durch die entsprechende staatliche Schutzpflicht eine Wirkungsmacht entfalten, die dem Staat die Verwertung des Beweismittels im Strafprozess verbietet.⁸¹³ In dieselbe Richtung weist die im schweizerischen Schrifttum im Einvernehmen mit der Judikatur des Bundesgerichts vertretene, aber in ihrer dogmatischen Fundierung diffuse Auffassung, wonach Beweismittel dann in jedem Fall – also auch bei Beweisbeschaffungen Privater – einem Verwertungsverbot unterstehen, wenn zu ihrer *Erlangung* Mittel eingesetzt wurden, die durch den *ordre public* schlechthin verboten sind.⁸¹⁴

⁸⁰⁸ Vgl. BOCKEMÜHL, S. 125; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 330; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 48.

⁸⁰⁹ BEULKE, Strafprozessrecht, N 479; BOCKEMÜHL, S. 125, 126; GAEDE, StV 2004, 46, 52; HELLMANN, Strafprozessrecht, N 530; HERRMANN, Festschrift Jescheck, S. 1291, 1307; KK-BOUJONG, § 136a StPO N 3; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538, 1543; KMR-LESCH, § 136a StPO N 10; KREY, S. 103; LABER, S. 92, 106; LR-HANACK, § 136a StPO N 44; MEYER-GÖBNER, § 136a StPO N 3; NÜSE, JR 1966, 281, 285; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 326 ff.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 48; SCHLÜCHTER, 100; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 137; WOLTER, NStZ 1993, 1, 8; relativierend WÖFL, S. 191 f.; vgl. auch AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, S. 64, 68; STÖRMER, S. 131 f.; vgl. zur rechtlichen Behandlung derartiger Fallgestaltungen auch Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 III. 2., S. 232 f.; Dritter Teil: 4. Kapitel: § 3 II., S. 317 f.

⁸¹⁰ SK-ROGALL, § 136a StPO N 15; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 140; BEULKE, Strafprozessrecht, N 479; NÜSE, JR 1966, 281, 285; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 48.

⁸¹¹ SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 139; vgl. STÜRNER, NJW 1981, 1757, 1758; eine Verletzung der Menschenwürde in Fällen der Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes nehmen auch an EISENBERG, Beweisrecht, N 400; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 326; ROXIN, ZStW 91 (1979), 1, 41 f.; STÖRMER, S. 131 f.; WOLTER, NStZ 1993, 1, 6; vgl. aber zur Dispositionsbefugnis über die Menschenwürde im Bereich der Prävention SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 139, 141; dagegen ELLBOGEN, NStZ 2001, 460, 463.

⁸¹² EISENBERG, Beweisrecht, N 401; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 328 ff. für Eingriffe in den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, soweit die Verwertung nicht zur Wahrung der Achtung der Menschenwürde eines anderen ausnahmsweise erforderlich wäre.

⁸¹³ BOCKEMÜHL, S. 125, 126; NÜSE, JR 1966, 281, 285; SCHROTH, JuS 1998, 969, 979; wohl auch SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 137, 116; WOLTER, NStZ 1993, 1, 3.

⁸¹⁴ Vgl. BGE 109 Ia 244, 247 = Praxis 72 (1983), Nr. 275, S. 738, 739; BOVAY/DUPUIS/MOREILLON/PIGUET, Art. 411 StPO VD N 8.3; wohl auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14 mit Verweis auf N 5 ff.

Ogbleich eine explizit grundrechtliche Verankerung der Verwertungsverbotsfolge nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen bislang also vor allem im deutschen Schrifttum erwogen wird, sind damit zugleich fundamentale Fragen an die schweizerische Beweisverbotsdogmatik aufgeworfen, die verfassungsrechtliche und insbesondere grundrechtliche Verwertungsverbote im Grundsatz gleichermaßen anerkennt.⁸¹⁵ Sowohl für die schweizerische als auch für die deutsche Beweisverbotsdogmatik bei illegalen privaten Beweisbeschaffungen erlangt danach die Prämisse Gewicht, dass die rechtliche Grundlage eines *beim Beschaffungsakt der Privatperson* anknüpfenden Verwertungsverbot überhaupt nur dann bei den Grundrechten zu verorten sein kann, wenn das illegale Handeln der Privatperson geeignet ist, eine entsprechende grundrechtliche Relevanz zu entfalten.

I. Zur Ableitung eines Verwertungsverbots aus der Drittwirkung von Grundrechten

1. Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt

Der Umfang der Grundrechtsbindung und damit der Adressatenkreis der Grundrechte werden in der deutschen und schweizerischen Rechtsordnung durch verfassungsrechtliche Regelungen bestimmt, nach denen die Grundrechte primär gegen den Staat gerichtet sind, also vor allem eine „vertikale Stossrichtung“ haben.⁸¹⁶ So bezeichnet Art. 1 Abs. 3 GG Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar grundrechtsverpflichtete Staatsfunktionen⁸¹⁷ und zielt damit auf eine lückenlose Bindung aller Staatsgewalt.⁸¹⁸ Abgrenzungsschwierigkeiten treten allein hinsichtlich der Grundrechtsbindung der vollziehenden Gewalt auf, weil die Vielfalt ihrer Aufgaben, Organisations- und Handlungsformen die eindeutige Zuweisung einer Handlung zum staatlichen oder privaten Bereich erschwert. Aber jedenfalls dann, wenn die vollziehende Gewalt private Rechtssubjekte

⁸¹⁵ Vgl. Zweiter Teil: 2. Kapitel: § 2 III., S. 141 f.

⁸¹⁶ AUBERT, Bundesstaatsrecht, N 1742; EGLI, Drittwirkung, S. 202; HÄNER, AJP 2002, 1144, 1145; HÄSLER, S. 4; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, S. 50; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 364; JARASS/PIEROTH-JARASS, Art. 1 GG N 22 ff.; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 1; SALADIN, SJZ 1988, 373; SCHLINK, EuGRZ 1984, 457 f.

⁸¹⁷ Vgl. EGLI, Drittwirkung, S. 202; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 4, 18; PIEROTH/SCHLINK, N 165; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 1; SCHLINK, EuGRZ 1984, 457 f.

⁸¹⁸ EGLI, Drittwirkung, S. 202; JARASS/PIEROTH-JARASS, Art. 1 GG N 22 ff.; PIEROTH/SCHLINK, N 165; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 1; SACHS-HÖFLING, Art. 1 GG N 83 f.; SCHLINK, EuGRZ 1984, 457 f.

mit der hoheitlichen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut, unterliegen Private als so genannte „Beliehe“ des Staates ebenfalls der Grundrechtsbindung.⁸¹⁹

Im Unterschied zu Art. 1 Abs. 3 GG knüpft die schweizerische Bundesverfassung die Grundrechtsgebundenheit nicht direkt an die drei Staatsgewalten, sondern sie umschreibt die Geltung der Grundrechte in der Bestimmung des Art. 35 BV, die damit zum verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt für die Beurteilung der Grundrechtsbindung wird. Art. 35 Abs. 2 BV bestimmt, dass derjenige, der staatliche Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden und verpflichtet ist, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.⁸²⁰ Die Auslegung dieser im Wortlaut missverständlichen Formel ergibt, dass an die Grundrechte gebunden ist, wer vom Staat übertragene Aufgaben wahrnimmt und damit Träger öffentlicher Gewalt ist, während die freiwillige Übernahme einer an sich staatlichen Aufgabe gerade nicht genügt.⁸²¹ In erster Linie sollte klargestellt werden, dass die klassische Grundrechtsbindung von der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben abhängt, und nicht von der Rechtsform, in welche die Aufgabenerfüllung jeweils gekleidet ist.⁸²² Adressaten der Grundrechte sind demnach sämtliche Staatsorgane auf allen Ebenen der staatlichen Tätigkeit sowie die Gesamtheit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie staatliche Aufgaben erfüllen.⁸²³ Privatrechtssubjekte sind unter der Voraussetzung, dass sie für den Staat hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, als Bevollmächtigte des Staates funktionell Teil der öffentlichen Gewalt, was sie – entsprechend der Grundrechtsbindung der beliehenen Verwaltung in der deutschen Rechtsordnung – unmittelbar an die Grundrechte bindet.⁸²⁴

⁸¹⁹ DREIER-DREIER, Art. 1 Abs. 3 GG N 25; EGLI, Drittwirkung, S. 202 f.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 83; JARASS/PIEROH-JARASS, Art. 1 GG N 30; H. MAURER, Verwaltungsrecht, § 23 N 56; PIEROTH/SCHLINK, N 167; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 39 ff.; STERN, Staatsrecht I-II/1, S. 1334 f.

⁸²⁰ EGLI, Drittwirkung, S. 139; HÄFELIN/HALLER, N 272, 276 f.; HÄNER, AJP 2002, 1144, 1145; HÄSLER, S. 67; LIENHARD, URP 2006, 1, 11 f.; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 18.

⁸²¹ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N 272, 276 f.; HÄNER, AJP 2002, 1144, 1145 ff.; LIENHARD, URP 2006, 1, 11 f.; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 15.

⁸²² HÄNER, AJP 2002, 1144, 1145 f.; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 15; vgl. BGE 109 Ib 146, 155; 123 II 402, 406 ff.; 119 Ib 241, 245 ff.

⁸²³ EGLI, Drittwirkung, S. 203; HÄFELIN/HALLER, N 272, 276 f.; HÄNER, AJP 2002, 1144, 1145 f.; LIENHARD, URP 2006, 1, 11 f.; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 18.

⁸²⁴ EGLI, Drittwirkung, S. 139, 203; LIENHARD, URP 2006, 1, 11 f.; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 18; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 16.

2. Ansätze zur Lösung der Drittwirkungsproblematik

Die Staatsgerichtetheit der Grundrechtsbindung bedeutet aber keineswegs, dass sich die Grundrechte über das klassische Zweierverhältnis zwischen Bürger und Staat hinaus nicht trotzdem im Verhältnis der Bürger untereinander und damit gegenüber Dritten „horizontal“ auswirken können.⁸²⁵ Immerhin verleiht das deutsche Grundgesetz der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG und den grundrechtsähnlichen Rechten in Art. 48 Abs. 1 und 2 GG unmittelbare Wirkung zwischen Privaten;⁸²⁶ in der Schweiz sind jedenfalls der in Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV enthaltene Anspruch von Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit sowie das in Art. 28 BV garantierte Streikrecht direkt zwischen Privaten anwendbar.⁸²⁷ Jenseits dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben beginnt die Schwierigkeit einer Bestimmung der konkreten Wirkungsweise von Grundrechten zwischen Privaten. Die damit aufgeworfenen Fragen wurden in einem jahrzehntelangen Streit um die Modalitäten der Drittwirkung thematisiert, aus dem in der deutschen und schweizerischen Verfassungswissenschaft vor allem die Lehren der unmittelbaren und mittelbaren Drittwirkung hervorgegangen sind.⁸²⁸

⁸²⁵ AUBERT, Bundesstaatsrecht, N 1743 ff.; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151 ff.; HÄSLER, S. 4 f., 67; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, S. 50 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 99; JARASS/PIEROTH-JARASS, Art. 1 GG N 35; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 73 ff.; LENDI, Festschrift Giger, S. 407, 419; G. MÜLLER, ZBl 79 (1978), 233, 235; PULVER, AJP 2005, 413, 414; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 54 ff.; SACHS-HÖFLING, Art. 1 GG N 111 f.; SALADIN, Festschrift Hinderling, S. 175, 201; DERS., SJZ 1988, 373, 374.

⁸²⁶ EGLI, Drittwirkung, S. 17; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1152; JARASS/PIEROTH-JARASS, Art. 1 GG N 36; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 76; SALADIN, SJZ 1988, 373, 384.

⁸²⁷ Vgl. BGE 125 III 277, 283; EGLI, Drittwirkung, S. 142; HÄFELIN/HALLER, N 288, 571; HÄSLER, S. 139; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, S. 52; PULVER, AJP 2005, 413, 414; SALADIN, SJZ 1988, 373, 376; vgl. aber inzwischen die einfachgesetzliche Umsetzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf Lohngleichheit im Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG), SR 151.1.; vgl. zur Horizontalwirkung von Grundrechten des Kindes gegenüber den Eltern SALADIN, Festschrift Hinderling, S. 175, 201 f.

⁸²⁸ Vgl. dazu EGLI, Drittwirkung, S. 17 f.; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151 ff.; HÄFELIN/HALLER § 8 N 281 ff.; HÄSLER, S. 139 ff.; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, S. 50 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 99 ff.; JAECKEL, S. 40 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 74 ff.; LENDI, Festschrift Giger, S. 407, 419; G. MÜLLER, ZBl 79 (1978), 233, 234 ff.; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 54 ff.; SALADIN, Festschrift Hinderling, S. 175, 201 f.; DERS., SJZ 1988, 373 ff.

a) Die Lehre der unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten

aa) *Doppelfunktionales Grundrechtsverständnis als Ausgangspunkt der Drittwirkungslehren*

Gemeinsamer Ausgangspunkt der unterschiedlichen Drittwirkungslehren war die in der Grundrechtsdogmatik gereifte Erkenntnis, dass zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung nicht mehr ausschliesslich als subjektive Abwehrrechte gegenüber dem Staat zu verstehen waren, sondern weitergehend als objektive Normen, Gestaltungsprinzipien und Wertentscheidungen, die in die gesamte Rechtsetzung und Rechtsanwendung hineinwirken sollten.⁸²⁹ Legt man den Grundrechten mit dieser in Deutschland und der Schweiz inzwischen einhelligen Auffassung ein über den subjektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte hinausweisendes objektiv-rechtliches⁸³⁰ Verständnis zugrunde, dann hat der Staat in der gesamten Rechtsordnung für die tatsächliche Verwirklichung der Grundrechte zu sorgen. Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten ist darin als Selbstverständlichkeit mit eingeschlossen. Da sich zudem die Einsicht durchgesetzt hat, dass dem Schwachen Gefährdungen seiner Grundrechte nicht nur durch staatliche Übergriffe, sondern auch durch soziale und gesellschaftliche Macht erwachsen, ist in der deutschen und schweizerischen Rechtsordnung das „Ob“ einer Drittwirkung von Grundrechten inzwischen durchwegs akzeptiert.⁸³¹

⁸²⁹ Vgl. BAGE 1, 185, 193 f.; EGLI, Drittwirkung, S. 13, 200; GAMP, DRiZ 1981, 41, 43; HÄFELIN/HALLER, N 261 ff.; HÄSLER, S. 141; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 105 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 364 ff.; JARASS/PIEROTH-JARASS, Vorb. Vor Art. 1 GG N 3; KLEIN, DVBl 1994, 489 ff.; G. MÜLLER, ZBl 79 (1978), 233, 235; J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 163; DERS., ZSR 97 (1978), 265, 269 ff.; RHINOW, Bundesverfassung 2000, S. 152; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 60; SALADIN, SJZ 1988, 373; SCHLINK, EuGRZ 1984, 457, 463; TSCHANNEN, § 7 N 18 f., 20.

⁸³⁰ Vgl. zur uneinheitlichen Terminologie in der Schweiz EGLI, Drittwirkung, S. 135 ff.; HÄFELIN/HALLER, N 261 ff.; G. MÜLLER, ZBl 79 (1978), 233, 235 f.

⁸³¹ DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 51 ff.; EGLI, Drittwirkung, S. 201; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1154 ff.; HÄFELIN/HALLER § 8 N 287 f.; HANGARTNER, AJP 2000, 515, 516; HÄSLER, S. 140; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 99 ff.; IPSEN, N 57 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 374 ff.; JARASS/PIEROTH-JARASS, Art. 1 GG N 35; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 74; LEISNER, S. 354 ff.; G. MÜLLER, ZBl 79 (1978), 233, 235 f.; J.P. MÜLLER, ZSR 97 (1978), 265, 269 f.; DERS., Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 79 f.; DERS., Persönlichkeitsschutz, S. 23 f., 160 ff.; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 7, 12 ff.; PIEROTH/SCHLINK, N 173 ff., 181 ff.; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 58; SALADIN, Grundrechte, S. 307 ff.; DERS., Festschrift Hinderling, S. 175, 201 f.; DERS., SJZ 1988, 373, 381; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 17 ff.; STERN, Staatsrecht III/1, S. 1151 ff., 1543 ff. In der schweizerischen Bundesverfassung spiegelt sich dieses doppelfunktionelle Verständnis der Grundrechte normativ in dem in Art. 35 Abs. 1 BV verankerten Gebot wider, die Grundrechte „in der ganzen Rechtsordnung“ zur Geltung zu bringen, vgl. BGE 126 V 70, 74; EGLI, Drittwirkung, S. 152; HÄFELIN/HALLER, N 271; HÄSLER, S. 141.

Im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung, also das „Wie“ der Grundrechtswirkung zwischen Privaten, machten die Vertreter der unmittelbaren Drittwirkung sodann geltend, dass die Funktionsweise der Grundrechte als Ordnungssätze für das gesamte Leben in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang eine *unmittelbare* Bedeutung für den privaten Rechtsverkehr der Bürger untereinander verlange.⁸³² Die Grundrechte sollten in den Beziehungen zwischen Privatpersonen eine direkte, nicht notwendig durch Gesetze vermittelte Wirkung entfalten und unmittelbare gegenseitige Ansprüche begründen, zu deren Durchsetzung der Staat sein Instrumentarium zur Verfügung zu stellen hätte.⁸³³ Im Klartext bedeutet das: Ein Privater sollte sich zumindest dem Grundsatz nach gegen jedwede Beeinträchtigung seitens einer anderen Privatperson auf seine grundrechtlichen Freiheiten berufen und diese wie privatrechtliche Bestimmungen geltend machen können; ausserdem sollten sich die staatlichen Instanzen, insbesondere die Zivilgerichte, in ihren Entscheidungen über private Streitigkeiten unmittelbar auf die einschlägigen Grundrechte stützen können.⁸³⁴

bb) Einwände gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte fand anfänglich in der deutschen Arbeitsrechtswissenschaft,⁸³⁵ in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts⁸³⁶ und in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁸³⁷ erhebliche Zustimmung, die später allerdings nach-

⁸³² BAGE 1, 185, 193; 4, 274, 276 f.; 24, 438, 441; GAMP, DRiZ 1981, 41, 43; KOLL, S. 76 f.; LEISNER, S. 354 ff.; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 15; DERS., DVBl 1958, 445, 447; SCHWABE, JR 1975, 13 ff.; DERS., AcP 185 (1985), 1, 8; vgl. im Einzelnen die Darstellung bei EGLI, Drittwirkung, S. 18 ff.; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1153 ff.; HÄSLER, S. 139 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 100 ff.; JAECKEL, S. 40 ff.; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 61; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 74 f.; G. MÜLLER, ZBl 79 (1978), 233, 241 f.; DERS., ZBJV 1993, 153, 157; J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 169; DERS., Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 84; PIEROTH/SCHLINK, N 174; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 54 ff.; SALADIN, SJZ 1988, 373, 383 f.

⁸³³ BAGE 1, 185, 193; 4, 274, 276 f.; 24, 438, 441; GAMP, DRiZ 1981, 41, 43; LEISNER, S. 354 ff.; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 15; DERS., DVBl 1958, 445, 447; SCHWABE, JR 1975, 13 ff.; vgl. dazu EGLI, Drittwirkung, S. 18, 63, 205; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1153; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 58, 61 ff.; G. MÜLLER, ZBJV 1993, 153, 157; J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 169; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 56.

⁸³⁴ Vgl. EGLI, Drittwirkung, S. 18, 205; GAMP, DRiZ 1981, 41, 43; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151/1153; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 100; G. MÜLLER, ZBJV 1993, 153, 157; J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 169 mit Fn. 6; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 15; DERS., DVBl 1958, 445, 447; PIEROTH/SCHLINK, N 174, 177; SCHWABE, JR 1975, 13 ff.

⁸³⁵ Vgl. GAMILLSCHEG, AcP 164 (1964), 385, 419 ff.; LEISNER, S. 354 ff.; NIPPERDEY, Grundrechte, S. 15; OLBERSDORF, AR 1958, 193 ff.

⁸³⁶ Grundlegend BAGE 1, 185, 193 ff.; 4, 274, 276 f.; 24, 438, 441; vgl. aber im Sinne einer mittelbaren Drittwirkung aus neuerer Zeit BAGE 47, 363, 375, 48, 122, 138 f.

⁸³⁷ Vgl. BGHZ 30, 7, 10 f.; 31, 308, 312 f.; 33, 145, 149 ff.; 38, 317, 319 f.

haltiger Kritik gewichen ist.⁸³⁸ Die schweizerische Lehre begegnete einer unmittelbaren Drittwirkung grundrechtlicher Garantien von Anfang an zurückhaltend und nahm diesen Ansatz kaum auf,⁸³⁹ während das Bundesgericht sich in früheren Entscheiden zunächst an die ältere deutsche Lehre anlehnte,⁸⁴⁰ eine unmittelbare Drittwirkung in ihrer absoluten Form jedoch inzwischen verneint.⁸⁴¹

Aus dem umfangreichen, im Schrifttum bereits hinlänglich zusammengetragenen Argumentationsspektrum gegen eine unmittelbare Drittwirkung⁸⁴² sind an dieser Stelle nur einige entscheidende Einwände hervorzuheben, die beim Wortlaut und der Systematik von Grundgesetz und Bundesverfassung sowie bei der Struktur und Zielrichtung der Grundrechte ansetzen.

Bereits dem Wortlaut nach binden die Bestimmungen des Art. 1 Abs. 3 GG und des Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 BV nur die öffentliche Gewalt an die Grundrechte, nicht aber private Rechtssubjekte, womit implizit eine negati-

⁸³⁸ Vgl. zu den Einwänden und der daraus folgenden Annahme einer nur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte BVerfGE 7, 198, 204 f.; BGHZ 39, 124, 131; 45, 296, 307 ff.; 65, 325, 331; DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 166 ff.; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1153 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 102 ff.; HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 5 N 58 ff.; IPSEN, N 57 ff.; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 61 ff.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 306 ff.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 GG N 99; PIEROTH/SCHLINK, N 175 ff.; STÖRMER, S. 120; vgl. aus der neueren arbeitsgerichtlichen Praxis inzwischen auch BAGE 48, 122, 138 f. im Sinne einer mittelbaren Berücksichtigung der Grundrechte bei der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln.

⁸³⁹ Vgl. AUBERT, Bundesstaatsrecht, N 1742 ff., 1745; HÄFELIN/HALLER, N 281; HANGARTNER, AJP 2000, 515 f.; G. MÜLLER, ZBJV 1993, 153, 157; J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 170 ff.; SALADIN, SJZ 1988, 373, 374 f.; vgl. auch die Darstellung bei EGLI, Drittwirkung, S. 142.

⁸⁴⁰ Vgl. BGE 82 II 292, 302; 85 II 489, 496; 86 II 365, 376; 101 IV 167, 172.

⁸⁴¹ So explizit BGE 107 Ia 277, 280; 118 Ia 46, 56; vgl. EGLI, Drittwirkung, S. 144 f.; HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 5 N 59; J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 170.

⁸⁴² Vgl. dazu die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit BVerfGE 7, 198, 204 ff.; ebenso BAGE 48, 122, 138 f.; 52, 88, 97 f.; vgl. aus dem Schrifttum AUBERT, Bundesstaatsrecht, N 1745; CANARIS, AcP 184 (1984), 201, 203 ff.; DERS., JuS 1989, 161 ff.; DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 166 ff.; GAMILLSCHEG, AcP 164 (1964), 385, 419 ff. mit Befürwortung einer Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1153 ff.; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, S. 53 f.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 102 ff.; HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 5 N 58 ff.; IPSEN, N 57 ff.; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 61 ff.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 306 ff.; JARASS/PIEROTH-JARASS, Art. 1 GG N 35; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 59, 65; G. MÜLLER, ZBJV 1993, 153, 156; PIEROTH/SCHLINK, N 175 ff.; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 60 ff.; STERN, Staatsrecht III/I, S. 1553 ff.; SYDOW, S. 106 f.

ve Aussage gegen eine unmittelbare Drittwirkung getroffen wird.⁸⁴³ Eine gesamthafte Betrachtung des Grundrechtekatalogs von Grundgesetz und Bundesverfassung ergibt zudem, dass die Wirkung eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts nur ausnahmsweise und dann ausdrücklich auf Private oder ein privates Rechtsverhältnis erstreckt wird. Dies legt den Schluss nahe, dass alle anderen Grundrechtsnormen, die keine solche explizite Anordnung enthalten, nicht unmittelbar zwischen Privaten wirken sollen.⁸⁴⁴ Nebst dem würde eine Grundrechtsbindung aller gegenüber allen den freiheitssichernden Sinn und Zweck der Grundrechte in ihr Gegenteil verkehren. Rechte gegenüber der öffentlichen Gewalt würden zu Pflichten gegenüber sämtlichen Mitbürgern, so dass letztlich nicht die Sicherung sondern im Gegenteil eine durch die Grundrechte nie intendierte Beschränkung der Freiheit erreicht wäre.⁸⁴⁵ Besonders deutlich wird diese unerwünschte Auswirkung am Beispiel der ebenfalls grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie, nach der Privatpersonen ihre Rechtsbeziehungen untereinander grundsätzlich frei gestalten und über grundrechtlich geschützte Güter ungehindert vom Staat nach Belieben disponieren dürfen. Diese im Bürger-Bürger-Verhältnis bestehende persönliche Freiheit würde faktisch aufgehoben, wenn die Grundrechte im privatrechtlichen Verhältnis als zwingendes Recht für alle gegenüber allen verbindlich wären.⁸⁴⁶

Erhebliche Skepsis gegenüber der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung ist aber insbesondere deshalb angebracht, weil eine identische Wirkungsweise von Grundrechten im horizontalen und vertikalen Verhältnis sachlich weder geboten noch angemessen ist.⁸⁴⁷ Diejenigen Gefahren, die

⁸⁴³ CANARIS, JuS 1989, 161 f.; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1153; SACHS-HÖFLING, Art. 1 GG N 111 f.

⁸⁴⁴ Vgl. DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 166 ff.; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 59; PIEROTH/SCHLINK, N 173, 175; STÖRMER, S. 120.

⁸⁴⁵ Vgl. AUBERT, Bundesstaatsrecht, N 1745; CANARIS, JuS 1989, 161 f.; DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 168, 176; DREIER-DREIER, Vorbemerkungen N 98; EGLI, Drittwirkung, S. 142; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1153; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 103 f.; HESSE, Grundzüge, N 354; IPSEN, N 58; LENDI, Festschrift Giger, S. 407, 419; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 59, 65; PIEROTH/SCHLINK, N 183; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 63; STÖRMER, S. 120.

⁸⁴⁶ Vgl. grundlegend CANARIS, JuS 1989, 161 f.; DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 168 ff.; nachfolgend sodann AUBERT, Bundesstaatsrecht, N 1745; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1153; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 103 f.; HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 5 N 60; IPSEN, N 58; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 61 f.; LENDI, Festschrift Giger, S. 407, 419; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 59, 65; PIEROTH/SCHLINK, N 183; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 63; differenzierend J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 176 f.

⁸⁴⁷ Vgl. CANARIS, JuS 1989, 161, 162; DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 173 f.; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, S. 53; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 103 f.; IPSEN, N 57 f.; LENDI, Festschrift Giger, S. 407, 419; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art.

etwa der Pressefreiheit, der Wirtschaftsfreiheit, der Freiheit der Wissenschaft oder der Meinungsfreiheit im privaten Konflikt drohen, sind vollkommen anders gestaltet als die staatlichen Machtbefugnisse und Einwirkungsmöglichkeiten. Dementsprechend haben auch die Schutzinstrumentarien der Freiheiten im privaten Verhältnis anders auszusehen als gegenüber dem Staat.⁸⁴⁸ Die gesetzlichen Mittel zur Beschränkung staatlicher Eingriffe sind „kein Allheilmittel gegen Boykott, gegen langsame finanzielle Aushungerung oder Dumpingpreise, gegen Monopolisierung oder Preisabsprachen [...]“. ⁸⁴⁹ Umgekehrt gibt es im Rechtsverkehr der Privaten untereinander höchstrangige Werte, die gleichwohl keinen Grundrechtsstatus erhalten haben, weil das Verhältnis von Bürger und Staat von anderen Grundsätzen beherrscht wird, als das Verhältnis von Bürgern untereinander.⁸⁵⁰ Die Verschiedenheit der rechtlichen Gestaltungen des Verfassungsrechts und des Privatrechts ist also auch ein Ausdruck der Verschiedenheit der zu regelnden Sachverhalte, die nach einer differentiellen rechtlichen Behandlung verlangen. Dies vernachlässigt die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, wenn sie die prinzipielle Eigenständigkeit von Privatrecht und Verfassungsrecht aufgibt und die Logik der staatsgerichteten Schutzes unmittelbar auf die Verhältnisse unter Privaten überträgt.⁸⁵¹

b) Die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG – ein Sonderfall?

Anders als bei den übrigen Grundrechten, für welche die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung inzwischen weitgehend einvernehmlich als überholt betrachtet wird, ist nach wie vor umstritten, ob nicht zumindest der durch Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde unmittelbare Dritt-

1 Abs. 3 GG N 59, 65, 99 ff.; PIEROTH/SCHLINK, N 183; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 173; SYDOW, S. 106 f.

⁸⁴⁸ Vgl. HERMES, Leben und Gesundheit, S. 103 f.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 65; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 173; SYDOW, S. 106 f.

⁸⁴⁹ RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 173.

⁸⁵⁰ Vgl. CANARIS, JuS 1989, 161, 162; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 103 f.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 316; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 65; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 173.

⁸⁵¹ Grundlegend CANARIS, JuS 1989, 161 ff.; DÜRIG, Festschrift NAWIASKY, S. 157, 166 ff., 173; vgl. auch EGLI, Drittwirkung, S. 20 f.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 103 f.; HESSE, Grundzüge, N 354; IPSEN, N 58 f.; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 61 f.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 316; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 3 N 65; J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 174 ff.; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 63 ff.; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 173; STERN, Staatsrecht III/I, S. 1553 f.; zur Grundrechtsqualität des Art. 1 Abs. 1 GG MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 N 26 m. w. N.

⁸⁵¹ BVerfGE 7, 198 ff.; EGLI, Drittwirkung, S. 26; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 103 f.

wirkung zuzusprechen sei.⁸⁵² Zwar gelten die Einwände, die gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte angeführt werden, grundsätzlich auch gegenüber Art. 1 Abs. 1 GG,⁸⁵³ doch sollen bei der Menschenwürdegarantie zu beachtende Besonderheiten ein anderes Ergebnis legitimieren können. In der Schweiz wird eine analoge Diskussion speziell zur Menschenwürdenorm des Art. 7 BV soweit ersichtlich nicht geführt, was zum einen der generell stärkeren Abneigung der schweizerischen Doktrin gegenüber einer unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten entspricht, aber wohl auch als Ausdruck der unterschiedlichen geistesgeschichtlichen Tradition und politischen Vergangenheit beider Nationen verstanden werden muss.⁸⁵⁴

aa) Zur Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 1 GG

Für eine unmittelbare Drittwirkung speziell des Art. 1 Abs. 1 GG wird zunächst die in Satz 2 normierte Pflicht zur „Achtung“ der Menschenwürde angeführt, die auch für Private gelte.⁸⁵⁵ Dem ist aber entgegen zu halten, dass Art. 1 Satz 2 GG dem Wortlaut nach eindeutig nur die Verpflichtung „aller staatlichen Gewalt“ begründet, woraus sich im Wege des argumentum e contrario ableiten lässt, dass die Menschenwürdegarantie Private nicht unmittelbar binden soll.⁸⁵⁶ In dem Bemühen, diesem Wortlautargu-

⁸⁵² Gegen eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG JARASS/PIEROOTH-JARASS, Art. 1 GG N 3a, 10; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 116 ff.; RUPP, Gutachten DJT, S. 165, 172 f.; wohl auch CANARIS, JuS 1989, 161 f.; aA im staatsrechtlichen Schrifttum GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1152; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 70; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 1 GG N 27; im strafprozessualen Bereich BGHSt 19, 325, 326; NÜSE, JR 1966, 281, 285; ROGALL, Der Beschuldigte, S. 210 f.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 116.

⁸⁵³ Vgl. grundlegend DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 163 ff.; nach zutreffender und herrschender Auffassung handelt es sich bei Art. 1 Abs. 1 GG trotz der Formulierung in Art. 1 Abs. 3 GG um ein Grundrecht, vgl. BVerfGE 1, 332, 343; 12, 113, 123; 15, 283, 286, 109, 133, 149 f.; JARASS/PIEROOTH-JARASS, Art. 1 GG N 3; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 116 ff.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 N 26; PIEROTH/SCHLINK, N 350; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 1 GG N 3, 29; jeweils m. w. N.; aA DREIER-DREIER, Art. 1 Abs. 1 GG N 124 ff. jeweils m. w. N.; vgl. entsprechend zum Grundrechtscharakter der Menschenwürdegarantie des Art. 7 BV MASTRONARDI, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 14 N 29 ff.; St. Galler Kommentar-EHRENZELLER, Art. 7 BV N 14 ff., jeweils m. w. N.

⁸⁵⁴ Vgl. STERN, Festschrift Scupin, S. 627, 629 ff., der darauf hinweist, dass der Herrenchiemseer Konvent bei der Fassung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes an ähnliche Vorschriften der Landesverfassungen anknüpfte, die ihren Ursprung nicht zuletzt in den „Geschehnissen der vergangenen Zeit“ hatten, in der „die Würde der menschlichen Persönlichkeit niedergetreten“ wurde, dazu STERN, Festschrift Scupin, S. 627, 630 m.w.N.

⁸⁵⁵ VON MÜNCH-KUNIG, Art. 1 GG N 27; im strafprozessualen Bereich explizit BGHSt 19, 325, 326; NÜSE, JR 1966, 281, 285; ROGALL, Der Beschuldigte, S. 210 f.; SK-WOLTER, Vor § 151, N 116.

⁸⁵⁶ Vgl. JARASS/PIEROOTH-JARASS, Art. 1 GG N 7; STERN, Festschrift Scupin, S. 627, 636; STÖRMER, S. 121; aA Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 116.

ment gegen eine echte Drittwirkung der Menschenwürdegarantie auszuweichen, wird sodann auf Art. 1 Satz 1 GG zurückgegriffen, dessen Wortlaut „unantastbar“ und dessen Entstehungsgeschichte eine direkte Horizontalgeltung der Menschenwürde rechtfertigen könne.⁸⁵⁷ Damit wird aber verkannt, dass Art. 1 Satz 1 GG nicht als verpflichtende Anspruchsgrundlage zu verstehen ist, sondern sich in seiner normativen Bedeutung darauf beschränkt, das Schutzgut, die Würde des Menschen, für die in Art. 1 Satz 2 GG angeordnete Rechtsfolge zu benennen.⁸⁵⁸ Der Wortlautvergleich zwischen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG und Art. 1 Abs. 1 GG zeigt schliesslich, dass ein deutliches Indiz für eine unmittelbare Drittwirkung in Art. 1 Abs. 1 GG anders als bei Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG fehlt. Die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG nach Wortlaut, Systematik und Telos lässt danach den Befund zu, dass eine direkte Horizontalwirkung der Menschenwürdegarantie zu verneinen ist.⁸⁵⁹

Den Befürwortern einer unmittelbaren Drittwirkung der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde ist allerdings zuzugeben, dass die historisch-subjektive Auslegung der Norm für ihre Auffassung spricht, soweit Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG im Grundsatzausschuss etwa als „absolute Feststellung [bezeichnet wurde], die sich gegen jedermann wendet, sowohl gegen die staatliche Gewalt wie auch gegen jeden Privaten und gegen jede Institution.“⁸⁶⁰ Abgesehen davon, dass alle Materialien als Texte selbst wiederum dahingehend auslegungsfähig und auslegungsbedürftig sind, ob sie das „Wie“ einer Drittwirkung tatsächlich im Sinne einer unmittelbaren Drittwirkung belegen, ist vor allem zweifelhaft, ob dieser Auslegungsmethode der Stellenwert zugewiesen kann, das nach den anderen Auslegungsmethoden übereinstimmend gefundene Ergebnis umzustürzen.⁸⁶¹ Die Entstehungsgeschichte ist nicht Gegenstand des Gesetzesbeschlusses und sollte daher nicht als übergesetzliches „Recht“ gelten, wo ein eindeutiges Auslegungsergebnis ohne sie erreicht worden ist. Und selbst wenn der die juristische Methodenlehre generell überschattende grundsätzliche Streit zwischen subjektiver und objektiver „Schule der Gesetzesauslegung“ hier nicht aus-

⁸⁵⁷ GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1152; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 N 70; STERN, Festschrift Scupin, S. 627, 636, aber gleichwohl mit Anerkennung einer prinzipiell vorrangigen Privatautonomie; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 1 GG N 27.

⁸⁵⁸ STÖRMER, S. 121; im Ansatz zunächst auch VON MÜNCH-KUNIG, Art. 1 GG N 25.

⁸⁵⁹ MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 74, Art. 1 Abs. 3 GG N 99; STÖRMER, S. 122.

⁸⁶⁰ Zitiert nach MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 70 Fn. 7 und VON MÜNCH-KUNIG, Art. 1 GG N 27 unter Verweis auf SÜSTERHENN, JöR N.F. 1, 1951, 51; vgl. zur unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürdegarantie auch GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1152; STERN, Festschrift Scupin, S. 628, 636; STÖRMER, S. 121 Fn. 48; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 1 GG N 27.

⁸⁶¹ STÖRMER, S. 122; vgl. PIEROTH/SCHLINK, N 175.

zubreiten ist,⁸⁶² bleibt mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts doch einzuwenden, dass es bei der Verfassungsauslegung jedenfalls auf den objektivierten Willen des Gesetzgebers ankommen müsste, so wie sich dieser aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Gesetzesbestimmung eingestellt ist.⁸⁶³ Die bloss subjektive Vorstellung der am Gesetzesverfahren beteiligten Organe oder einzelner Mitglieder kann demgemäss das nach den anderen Auslegungsmethoden gewonnene Ergebnis nicht ausräumen, dass objektiv keine zureichenden Hinweise für eine unmittelbare Drittwirkung bestehen.⁸⁶⁴

bb) Die schutzrechtliche Dimension des Art. 1 Abs. 1 GG

Mit dieser Einschätzung wird durchaus nicht verkannt, dass es aus einer rechtspolitischen Perspektive heraus sehr wohl plausibel ist, den dringend für notwendig befundenen Schutz der Menschenwürde gegenüber Privaten zu verdeutlichen und mit der herausragenden Bedeutung dieser Garantie zu begründen.⁸⁶⁵ Derartigen Bedürfnissen ist aber bereits dadurch entgegen gekommen, dass die schutzrechtliche Dimension der Grundrechte und insbesondere des Art. 1 Abs. 1 GG allgemeine Anerkennung gefunden hat: Der Staat ist verpflichtet, die Grundrechte des Individuums und die Menschenwürde vor Angriffen und Eingriffen Privater zu bewahren.⁸⁶⁶ Diese Wirkungsweise bleibt zwar insoweit hinter einer unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürde zurück, als die Schutzgebotsfunktion der Men-

⁸⁶² Vgl. grundlegend zu den unterschiedlichen „Schulen“ der Gesetzesauslegung ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, passim, insbesondere S. 99 ff., 112 ff. zur objektiven und subjektiven historischen Auslegung; kritisch zum juristischen Auslegungsziel „Wille des Gesetzgebers“ aus linguistischer Perspektive BUSSE, Juristische Semantik, S. 43 ff., insbesondere S. 47 ff.

⁸⁶³ BVerfGE 1, 299, 312; 6, 55, 75; 6, 389, 431; 10, 234, 244; 36, 342, 367; 41, 291, 309; 62, 1, 45; „Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß die Gesetzesmaterialien mit Vorsicht, nur unterstützend und insgesamt nur insofern herangezogen werden sollen, als sie auf einen `objektiven Gesetzesinhalt` schließen lassen. Der sogenannte Wille des Gesetzgebers bzw. der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten kann hiernach bei der Interpretation insoweit berücksichtigt werden, als er auch im Text Niederschlag gefunden hat. Die Materialien dürfen nicht dazu verleiten, die subjektiven Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen.“; vgl. ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, S. 112 ff., 125 ff.; STÖRMER, S. 122.

⁸⁶⁴ Vgl. BVerfGE 1, 299, 312; 6, 55, 75; 6, 389, 431; 10, 234, 244; 36, 342, 367; 41, 291, 309; 62, 1, 45; 62, 1, 45; DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 163 f.; STÖRMER, S. 122; dies vernachlässigt GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1152.

⁸⁶⁵ In diesem Sinne VON MÜNCH-KUNIG, Art. 1 GG N 28, 30 f.; kritisch zu diesem Ansatz DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 163 f.; STÖRMER, S. 122 f.

⁸⁶⁶ BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. 121 f., http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html (26.10.2007) zu § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz; BVerfGE 88, 203, 251; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 116, 315; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 74 ff.; vgl. zur Schutzpflichtendogenematik Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II. 1., S. 218 ff.

schenwürde kein positives Rechte-Pflichten-Verhältnis zwischen den beteiligten Grundrechtsträgern begründet, sondern sich nur die Pflicht des Staates zur Gefahrenabwehr oder zur Beseitigung der Störung aktualisiert.⁸⁶⁷ Der Wert der Grundsatznorm erleidet dadurch aber keinen Abbruch. Ein umfassender Schutz vor Angriffen Privater kann durch eine Berücksichtigung der Ausstrahlungswirkung der Menschenwürde bei der Rechtsanwendung erreicht und an das von eigenen Sachzwängen bestimmte Privatrechtsverhältnis der Bürger untereinander angepasst werden.⁸⁶⁸

c) Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten

In Anerkennung derartiger Einwände hat sich, vorwiegend mit dem Fokus auf die Wirkungsweise der Grundrechte im Privatrecht, in Deutschland die Lehre von der „mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte“ entwickelt und in Rechtsprechung und Schrifttum weitestgehend durchgesetzt.⁸⁶⁹ Selbst das Bundesarbeitsgericht als namhafter Vertreter der Gegenthese von der unmittelbaren Drittwirkung hat sich zumindest in der Praxis dem Standpunkt der herrschenden Meinung angeschlossen.⁸⁷⁰ Der schweizerische Diskurs um den Einfluss der Grundrechte auf das Bürger-Bürger-Verhältnis ist, anders als in Deutschland, wohl von Beginn an im Sinne einer – nur – mittelbaren Drittwirkung entschieden gewesen,⁸⁷¹ wovon die heutige Bestimmung des Art. 35 Abs. 3 BV zeugt: „Die Behörden sorgen

⁸⁶⁷ Vgl. MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 67; SACHS-HÖFLING, Art. 1 GG N 111 f.

⁸⁶⁸ Vgl. JARASS/PIEROOTH-JARASS, Art. 1 GG N 3a, 10; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 116, 315 f.; STÖRMER, S. 123; grundsätzlich auch MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 65; abzulehnen sind mit denselben Erwägungen im schweizerischen Schrifttum vertretene Ansätze, die subsidiär auf eine unmittelbare Drittwirkung zurückgreifen, vgl. dazu EGLI, Drittwirkung, S. 150 ff. m.w.N.

⁸⁶⁹ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 7, 198; vgl. GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1154 ff.; HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 5 N 59, 61; HESSE, Grundzüge, N 354 ff.; IPSEN, N 58; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 376 ff.; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 61 ff.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 306 ff.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 59 ff.; PIEROOTH/SCHLINK, N 173 ff., 181 ff.; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 17 f.; VON MÜNCH-KUNIG, Vorb. Art. 1-19 GG N 31.

⁸⁷⁰ Vgl. aus der neueren arbeitsgerichtlichen Praxis BAGE 47, 363, 374 f.; 48, 122, 138 f.; BAG, JZ 1993, 908, 909 im Sinne einer mittelbaren Berücksichtigung der Grundrechte.

⁸⁷¹ BGE 104 IV 11, 13 f.; 111 II 209, 213 f.; 111 II 245, 253 f.; 111 II 230, 235; 116 IV 31, 39; 120 V 312, 316; 125 III 277, 280 ff.; 126 V 70, 73 f.; 126 II 324, 327 f.; AUBERT, Bundesstaatsrecht, N 1745; EGLI, Drittwirkung, S. 208; HÄSLER, S. 140; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, S. 53 f.; HUBER, ZSR 74 (1955), 173 ff.; DERS., ZSR 82 (1963), 131 ff.; G. MÜLLER, ZBl 79 (1978), 233, 240 ff.; J.P. MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 81, 84 ff.; DERS., Persönlichkeitsschutz, S. 160 ff.; DERS., ZSR 97 (1978), 265, 269 f.; SALADIN, Grundrechte S. 307 ff.; DERS., Festschrift Hinderling, S. 175, 201 f.; DERS., SJZ 1988, 373, 381; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 17 f.; generell ablehnend demgegenüber WESPI, S. 42 ff., 53 ff., 84 ff., 91 ff.

dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.⁸⁷²

Der Sache nach verpflichtet die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte die rechtsanwendenden Organe, die Anwendung und Auslegung einfachgesetzlicher Normen im Lichte der Grundrechte vorzunehmen, so dass deren Rechtsgehalte über Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe und andere Formen offener Normierung in die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten einfließen.⁸⁷³ Im Unterschied zur Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung vermögen die Grundrechte ein Privatrechtsverhältnis also nicht selbst zu entscheiden, sondern es ist eine einfachgesetzliche „Einbruchsstelle“ erforderlich, damit die grundrechtlichen Garantien mittelbar in das Privatrechtsverhältnis hineinwirken können.⁸⁷⁴ Tatsächlich stellt die als „Lehre“ gewürdigte indirekte Wirkung von Grundrechten in einer Rechtsordnung, die das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung und die Hierarchie der Normen als Aspekte der systematischen Interpretation von Rechtsnormen kennt,⁸⁷⁵ eine Selbstverständlichkeit dar, die an sich keiner speziellen Erörterung mehr bedarf – im Rahmen der Drittwirkungsproble-

⁸⁷² Vgl. HÄSLER, S. 140; RHINOW, Bundesverfassung 2000, S. 153; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 23; anders EGLI, Drittwirkung, S. 152 ff; Drittwirkung sui generis; vgl. zu vermittelnden Drittwirkungslehren in der Schweiz EGLI, S. 150 ff. m. w. N.

⁸⁷³ Vgl. BGE 111 II 245, 253 f.; BVerfGE 7, 198 ff.; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1154; HÄSLER, S. 139; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, S. 53 f.; HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 5 N 59, 61; HESSE, Grundzüge, N 355 f.; IPSEN, N 58; JÄGER, S. 224 f.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 376; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 61; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 306; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 60 ff.; PIEROTH/SCHLINK, N 180; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 72; SALADIN, Festschrift Hinderling, S. 175, 201 f.; DERS., Grundrechte, S. 318 f.; DERS., SJZ 1988, 373, 381 ff.; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 17 f.; VON MÜNCH-KUNIG, Vorb. Art. 1-19 GG N 31.

⁸⁷⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198 ff.; AUBERT, Bundesstaatsrecht, N 1745; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1154; HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 5 N 59; HESSE, Grundzüge, N 356; IPSEN, N 57 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 377 f.; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 61; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 306; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 64; PIEROTH/SCHLINK, N 181; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 72; SALADIN, SJZ 1988, 373, 382 ff.; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 17 f.; VON MÜNCH-KUNIG, Vorb. Art. 1-19 GG N 31.

⁸⁷⁵ Vgl. dazu BGE 113 V 22, 32 ff.; HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 5 N 59, 61, 75; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 378; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 327; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 GG N 64; G. MÜLLER, ZBl 79 (1978), 233, 241 ff., insbesondere S. 244; J.P. MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 85 f.; DERS., Persönlichkeitsschutz, S. 178 f.; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 62; SALADIN, Grundrechte, S. 318 f.; DERS., Festschrift Hinderling, S. 175, 201 f.; DERS., SJZ 1988, 373, 383; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 17 f.; TSCHANNEN, § 7 N 35.

matik wird ihr aber gleichwohl noch einmal besondere Aufmerksamkeit zuteil.⁸⁷⁶

3. Konsequenzen für die Legitimation eines Verwertungsverbots im Strafprozess

Bei der vorliegend zur Prüfung gestellten Konzeption eines „Verwertungsverbots infolge einer Grundrechtsverletzung Privater“ ist die Phase der rechtswidrigen privaten Beweisgewinnung von der Phase staatlicher Beweisverwertung streng zu trennen. Für ein Verwertungsverbot, das sich aus dem *privaten Beschaffungsakt* ableitet, kommt es allein darauf an, ob eine dem staatlichen Verwertungsakt vorgelagerte Grundrechtsverletzung bei der Beweisgewinnung durch Private festzustellen ist und ob diese mögliche Grundrechtsverletzung prozessual ein Verwertungsverbot nach sich zieht oder nicht.⁸⁷⁷ Dass das Staatsorgan, welches über die Zulässigkeit des privat beschafften Beweismaterials im staatlichen Strafverfahren letztlich zu befinden hat, infolge der Staatsgerichtetheit der Grundrechte an diese unmittelbar gebunden ist, steht demgegenüber ausser Zweifel.

a) Unmöglichkeit einer „privaten Grundrechtsverletzung“

Sogar bei Unterstellung einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte leidet der im strafprozessualen Schrifttum gezogene Schluss vom privaten Grundrechtsverstoss auf ein zwangsläufiges prozessuales Verwertungsverbot an methodischen Schwächen. Denn auch dann, wenn die illegale private Beweisbeschaffung sich als Grundrechtsverstoss erweisen würde, bliebe die Schwierigkeit, dass eben „nur“ ein privater Grundrechtsverstoss gegeben wäre.⁸⁷⁸ Der zwingenden Rechtsfolge eines Verwertungsverbots müsste daher die bislang kaum plausibel gemachte Entscheidung darüber vorausgehen, welches Gewicht dieser private Grundrechtsverstoss im Verhältnis zum staatlichen Grundrechtsverstoss entfaltet und welche Konsequenzen die staatlichen Organe daran knüpfen müssten.⁸⁷⁹ Dieser Einwand gilt gleichermassen für private Beschaffungsakte, die als extrem menschenrechtswidrig oder entwürdigend zu bewerten wären, obgleich das Ergebnis der Unverwertbarkeit des dergestalt privat gewonnenen Beweismittels hier

⁸⁷⁶ EGLI, Drittwirkung, S. 209; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 378; J.P. MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 85 f.; PULVER, AJP 2005, 413, 415; RÜFNER, Handbuch, § 117 N 62; SALADIN, Festschrift Hinderling, S. 175, 201 f.; DERS., SJZ 1988, 373, 383.

⁸⁷⁷ Vgl. STÖRMER, S. 120.

⁸⁷⁸ MACHT, S. 323; vgl. auch GÖTTING, S. 288; STÖRMER, S. 120.

⁸⁷⁹ MACHT, S. 323; vgl. GÖTTING, S. 288; STÖRMER, S. 120.

näher liegen mag. Der normative Unterschied, der zwischen privater „menschwürdeverletzender“ und staatlicher menschenwürdeverletzender Beweisbeschaffung besteht, wäre aber auch in solchen Fällen dogmatisch erst noch zu überwinden. Zudem muss angemerkt werden, dass ein auf seltene Extremkonstellationen ausgerichteter Ansatz einer unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürdegarantie ohnehin nicht antreten kann, das Problem der illegalen privaten Beweisbeschaffung gesamthaft zu lösen.⁸⁸⁰

Die verfassungsrechtliche Betrachtung der Wirkungsweise von Grundrechten zwischen Privaten legt aber neben methodischen Defiziten auf der Rechtsfolgenseite auch einen ganz grundlegenden Einwand offen: Ein aus einem „privaten Grundrechtsverstoss“ abgeleitetes Verwertungsverbot muss ausscheiden, weil es mit den Erkenntnissen der Grundrechtslehre unvereinbar ist. Die Grundrechte – die Menschenwürde eingeschlossen – wirken im Bürger-Bürger-Verhältnis nicht unmittelbar und binden Privatpersonen nicht. Ein „Grundrechtsverstoss“ Privater ist damit denknotwendig ausgeschlossen.⁸⁸¹ Selbst im Falle einer dem „Geist“ der Menschenwürdegarantie oder der Menschenrechte zuwiderlaufenden privaten Beweisbeschaffung kann danach konsequenterweise nichts anderes gelten, als bei sonst wie rechtswidrigem Verhalten eines Privaten, soweit dieses als Ansatzpunkt für das Verwertungsverbot dienen soll; ein als „privat“ qualifizierter Beschaffungsakt ist, ganz gleich wie schwer die private Rechtsverletzung im konkreten Fall auch sein mag, materiell-rechtlich allenfalls strafrechtsrechtswidrig, mangels unmittelbarer Drittwirkung der Menschenwürde und der übrigen Grundrechte⁸⁸² aber nicht menschenwürde-, oder grundrechtswidrig.⁸⁸³

b) Absenz eines einfachgesetzlichen Mediums für eine mittelbare Grundrechtswirkung

Fehlgehen muss auch der Versuch, den erforderlichen Zusammenhang zwischen illegaler privater Beweisbeschaffung und prozessuellem Verwer-

⁸⁸⁰ KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 52.

⁸⁸¹ STÖRMER, S. 121; vgl. auch DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 173 F.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 56; SYDOW, S. 106 f.; irreführend in der Terminologie trotz Ablehnung einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater z.B. PULVER, AJP 2005, 413, 414: „Grundrechtsverletzungen durch Private sind deshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht einfach irrelevant.“

⁸⁸² Vgl. zu den – in der Beweisverbotsdogmatik irrelevanten – Ausnahmen einer unmittelbaren Drittwirkung einzelner Grundrechte Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 I. 2., S. 203 f.

⁸⁸³ Vgl. DÜRIG, Festschrift Nawiasky, S. 157, 173 F.; GÖTTING, S. 282; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 56; NÜSE, JR 1966, 281, 282; STÖRMER, S. 130; SYDOW, S. 106 f.

tungsverbot über die grundrechtsdogmatische Brücke einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte herzustellen.⁸⁸⁴ Nach der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung ist ganz überwiegend ein einfachgesetzliches Medium etwa in Gestalt von Generalklauseln, Blankettnormen oder unbestimmten Rechtsbegriffen erforderlich, damit die grundrechtlichen Garantien mittelbar auf die Rechtsbeziehungen im Bürger-Bürger-Verhältnis wirken können.⁸⁸⁵ In die Strafgesetze kann ein Verwertungsverbot für die verfahrensrechtliche Ebene aber bereits gesetzssystematisch nicht hineininterpretiert werden⁸⁸⁶ und die unmittelbare oder analoge Anwendbarkeit der einfachgesetzlichen Strafprozessnormen auf den privaten Beschaffungsakt kommt nicht in Betracht.⁸⁸⁷ Es gibt daher keine einfachgesetzliche Verfahrensnorm, über welche die Grundrechte ihre Ausstrahlungswirkung in den Prozess hinein entfalten und „mittelbar“ ein an den privaten Beschaffungsakt anknüpfendes Verwertungsverbot bewirken könnten.⁸⁸⁸

II. Zur Ableitung eines Verwertungsverbots aus grundrechtlichen Schutzpflichten

Parallel zur Wiederentdeckung grundrechtlicher Schutzpflichten im Verfassungsrecht und der damit einhergehenden Hintanstellung der Drittwirkungsproblematik wird im strafprozessualen Schrifttum eine „Privatrechtswirkung der Beweisverbote“ unabhängig von einer Drittwirkung der Grundrechte zunehmend aus der staatlichen Pflicht zur Gewährung eines effektiven Grundrechtsschutzes abgeleitet.⁸⁸⁹ Insbesondere SYDOW und ROGALL bereicherten die Lehre von den Beweisverboten bereits in den 70er Jahren um die grundrechtsdogmatische Argumentation, dass die rechtswidrige Beweisgewinnung durch Private jedenfalls im Ergebnis genauso zu behandeln sei, wie die staatliche Rechtsverletzung,⁸⁹⁰ was aus der „staatlichen Pflicht zur Gewährung eines effektiven Grund-

⁸⁸⁴ JÄGER, S. 224 f.; vgl. auch SYDOW, S. 110.

⁸⁸⁵ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 I. 2. c), S. 212 ff.

⁸⁸⁶ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4, S. 190 ff.

⁸⁸⁷ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 3 II., S. 188 ff.

⁸⁸⁸ JÄGER, S. 225.

⁸⁸⁹ Grundlegend HABSCHIED, Gedächtnisschrift Peters, S. 840, 860 f.; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 41; SYDOW, S. 109 f.; nachfolgend auch BOCKEMÜHL, S. 124 ff.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 113; GÖTTING, S. 303; HASSEMER/MATUSSEK, S. 77; vgl. auch MENDE, S. 206 ff., der eine – vermeintliche – Schutzpflichtverletzung des Staates zum Ausgangspunkt seines Zurechnungsansatzes macht, vgl. dazu Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 III., S. 182 ff.

⁸⁹⁰ ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 41; SYDOW, S. 109 ff.

rechtsschutzes“ folge.⁸⁹¹ Der Staat verwirkliche seine grundrechtlichen Schutzpflichten zwar in erster Linie mittels materiell-strafrechtlicher Normen, doch sei der staatliche Schutz unvollkommen, wenn verfahrensbezogene Verstöße Privater prozessrechtlich sanktionslos blieben, zumal die Bereitschaft des Privaten zur Normbefolgung angesichts des häufig vorliegenden Beweisnotstandes erheblich reduziert sei.⁸⁹² Eine ausreichende generalpräventive Wirkung, auch im Sinne einer Vorbeugung vor Selbstjustiz, könne daher nur durch eine verordnete Nichtberücksichtigung illegal erlangter Beweisergebnisse erzielt werden.⁸⁹³

Bis heute ist auf die grundrechtliche Schutzpflichtendogmatik zur Bewältigung der Problematik rechtswidriger privater Beweisbeschaffung im Strafprozess der Sache nach, wenn auch mit Abweichungen auf der Rechtsfolgenseite, immer wieder rekurriert worden.⁸⁹⁴ Den Verfechtern dieses Ansatzes ist auch zweifelsohne zu Gute zu halten, die dogmatische Herleitung der „Privatrechtswirkung der Beweisverbote“ novelliert und so entscheidend zu einer Fortentwicklung der rechtswissenschaftlichen Diskussion beigetragen zu haben. Indes: Eine genauere Analyse dieser Konzeption gibt Anlass zu Skepsis, ob die staatliche Verpflichtung zum effektiven Schutz der Grundrechte vor privaten Übergriffen geeignet ist, ein strafprozessuales Verwertungsverbot zu legitimieren. Erforderlich wäre, dass erstens die tatbestandlichen Voraussetzungen zur Auslösung einer staatlichen Schutzpflicht erfüllt sind und dass sich zweitens eine ganz bestimmte Rechtsfolge aufdrängt, nämlich die Unverwertbarkeit des Beweismittels im Strafprozess. Demgemäss hängt die Folgerichtigkeit einer solchen Verwertungsverbotskonzeption massgeblich davon ab, welchen Gehalt grundrechtliche Schutzpflichten haben und welche Konsequenzen sich aus einer Schutzpflichtverletzung im Allgemeinen und für die Beweisverwertbarkeit im Strafprozess im Besonderen ergeben können.

⁸⁹¹ ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 41; SYDOW, S. 109 ff.; ebenso bereits HABSCHIED, Gedächtnisschrift Peters, S. 840, 860 f.; vgl. aus neuerer Zeit BOCKEMÜHL, S. 124 ff.; GÖTTING, S. 303; HASSEMER/MATUSSEK, S. 77.

⁸⁹² ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 41; SYDOW, S. 109 ff.; nachfolgend auch GÖTTING, S. 299 ff.; HASSEMER/MATUSSEK, S. 78; SK-ROGALL, § 136a StPO N 13; ähnlich HABSCHIED, Gedächtnisschrift Peters, S. 840, 860 f.

⁸⁹³ BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 158; GÖSSEL, S. 192 f.; HASSEMER/MATUSSEK, S. 78; SK-ROGALL, § 136a StPO N 13; SYDOW, S. 109 ff.; vgl. SIEGERT, NJW 1957, 689, 690 bezogen auf illegale Tonbandaufnahmen; tendenziell auch OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 338, der zwar grundsätzlich die Verwertung solcher Beweisergebnisse nicht ausschliessen möchte, aber doch einräumt, dass generalpräventive Erwägungen ein Beweisverbot rechtfertigen könnten.

⁸⁹⁴ BOCKEMÜHL, S. 124 ff.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 113 f.; GÖTTING, S. 303; HASSEMER/MATUSSEK, S. 77.

1. Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten

a) Zur Wirkungsweise der staatlichen Schutzpflichten

Anders als bei der unmittelbaren Drittwirkung, die das Drittwirkungsproblem auf ein Verhältnis zwischen zwei Akteuren reduziert, liegt der Grundkonstellation der staatlichen Schutzpflichten ein Rechtsdreieck zugrunde, an dessen Eckpunkten sich Staat, beeinträchtigter und beeinträchtigender Privater gegenüber stehen.⁸⁹⁵ Dabei wird den durch die Grundrechte aufgegebenen staatlichen Schutzpflichten nicht umsonst nachgesagt, mit ihnen sei die „tot geglaubte direkte Drittwirkung der Grundrechte“ in anderer Gestalt wieder aufgelebt.⁸⁹⁶ Denn während die Grundrechte in ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte den Schutz des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt gewährleisten, gebieten grundrechtliche Schutzpflichten dem Staat, sich schützend und fördernd vor grundrechtlich garantierte Rechtsgüter zu stellen, was vor allem bedeutet, sie vor Bedrohungen und gegenwärtigen Angriffen von Seiten Dritter zu bewahren.⁸⁹⁷ Negativ setzt die Einschlägigkeit des schutzrechtlichen Aspekts der Grundrechte daher voraus, dass der Staat als Gefahrverursacher ausgeschlossen ist, während positiv gefasst als nichtstaatliche Dritte alle Personen, Privat-

⁸⁹⁵ ALEXY, S. 410; BLECKMANN, § 11 N 204; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 34 f.; EGLI, S. 218; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1155; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 36 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 5; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 378 f.; KLEIN, DVBl 1994, 489, 490; KLEY-STRULLER, EuGRZ 1995, 507, 511 f.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 193 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 34, 50; J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 36 f.

⁸⁹⁶ TSCHANNEN, § 7 N 64, 70 ff.; in diese Richtung auch BLECKMANN, § 11 N 220 f.; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 35; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 379; vgl. zur Terminologie EGLI, Drittwirkung, S. 31.

⁸⁹⁷ Vgl. BGE 119 Ia 28, 30 ff.; 119 II 264 S. 268 f.; 126 II 300, 314 f.; BVerfGE 6, 55, 72 f.; 7, 198, 204 ff.; 33, 303, 330 ff.; 39, 1, 42; 46, 160, 164; 49, 89, 142; 53, 30, 57; 56, 54, 73; 77, 170, 214; 88, 203, 251; BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. 120, http://www.bverf.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html (27.10.2007); EGMR, Urteil vom 28. Oktober 1998, Osman vs. Vereinigtes Königreich, Reports 1998-VIII, S. 3214 ff., § 115 f.; Urteil vom 9. Dezember 1994, López Ostra vs. Spanien, Serie A 303 C, § 51 = EuGRZ 1995, 530; ALEXY, S. 410; BLECKMANN, § 11 N 204; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 34 f.; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 89; EGLI, Drittwirkung, S. 32; GERBER/SEILER, ZBl 100 (1999), 289, 301; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1155; HÄFELIN/HALLER, N 265, 269; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 38; HESSE, Grundzüge, N 350; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 1, 116; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 379; KLEIN, DVBl 1994, 489, 490; KLEY-STRULLER, EuGRZ 1995, 507, 511 f.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 34 ff., 49 ff.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 N 74; MENDE, S. 111 f., 114 ff.; J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 37; SALADIN, Grundrechte, S. 310; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 18; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 12; TSCHANNEN, § 7 N 70; UNRUH, S. 75 f.; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 40; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 80; WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, S. 176 ff., 180.

rechtssubjekte oder Mächte in Betracht kommen, die selbst nicht Adressaten der Grundrechte sind.⁸⁹⁸ Die tatbestandsmäßige Handlung erfasst neben der aktuellen Beeinträchtigung oder Schädigung des Grundrechtsgutes auch vorgelagert die Gefahr einer Beeinträchtigung der Grundrechte, weil eine effektive Schutzgewährung notwendigerweise auf die vorbeugende Verhinderung des Schadenseintritts gerichtet sein muss.⁸⁹⁹ Das Abwehrrecht und die grundrechtliche Schutzpflicht sind danach gegenläufige Funktionen desselben Grundrechts, das möglichst umfassend gewährleistet werden soll: Während die grundrechtlichen Abwehrrechte vor staatlichen Eingriffen in das Grundrecht schützen, wirken grundrechtliche Schutzpflichten gegenüber Beeinträchtigungen und Gefahrenquellen von nicht-staatlicher Seite.⁹⁰⁰ Richtungweisend für die Entscheidung, ob die abwehrrechtliche Dimension des betroffenen Grundrechts oder aber die staatliche Schutzpflicht zum Tragen kommt, ist folglich die Differenzierung zwischen staatlichem und nichtstaatlichem Verhalten, die sich nach den Grenzen der Zurechnung privater Handlungen zum Staat letztlich rechtsnormativ bestimmt.⁹⁰¹

Auch wenn die staatliche Obliegenheit, die Grundrechte des Individuums vor Angriffen Dritter zu bewahren, in ihrer dogmatischen Begründung noch stark umstritten ist,⁹⁰² hat sie in der deutschen Rechtsordnung ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das die

⁸⁹⁸ Vgl. BVerfGE 40, 141, 177 f.; 48, 127, 161; 55, 349, 364; 66, 39, 61; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 35, 102 f.; EGLI, Drittwirkung, S. 32; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 65 ff., 74 f.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 79, 116; KLEIN, DVBl 1994, 489, 490; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 49 ff.; UNRUH, S. 75 f.; VON MÜNCH-KUNIG, Vorb. Art. 1-19 GG N 22.

⁸⁹⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 28. Oktober 1998, Osman vs. Vereinigtes Königreich, Reports 1998-VIII, S. 3214 ff., § 115; BGE 126 II 314; BVerfGE 49, 89, 142; 56, 54, 78; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 105 ff.; EGLI, Drittwirkung, S. 297 f.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 37 f.; KLEY-STRULLER, EuGRZ 1995, 507, 511 f.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 49; MENDE, S. 111 f., 114 ff.

⁹⁰⁰ Vgl. ALEXY, S. 415; BLECKMANN, § 11 N 204; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 89; EGLI, Drittwirkung, S. 32; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1155; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 71 ff.; HESSE, Grundzüge, N 350; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 116 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 378 f.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 49 f.; MENDE, S. 111 f., 114 ff.; J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 37; SALADIN, Grundrechte, S. 310; STERN, in: GAUCH/THÜRER, Die neue Bundesverfassung, S. 18; VON MÜNCH-KUNIG, Vorb. Art. 1-19 GG N 16, 22, Art. 2 GG N 40.

⁹⁰¹ Vgl. DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 90 ff.; EGLI, Drittwirkung, S. 288; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 35; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 80 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 58 ff.; JAECKEL, S. 63; UNRUH, S. 75 f.

⁹⁰² Vgl. jeweils m.w.N. DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 34 ff.; EGLI, Drittwirkung, S. 50 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 77 ff.; JAECKEL, S. 43 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 378 ff.; KLEY-STRULLER, EuGRZ 1995, 507, 511 f.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 193 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 35; UNRUH, S. 26 ff.

Schutzpflichten aus der umfassenden Geltungskraft der Grundrechte heraus entwickelte, jedenfalls im Ergebnis breite Zustimmung erfahren.⁹⁰³ In weitgehender Rezeption der deutschen Grundrechtsdogmatik⁹⁰⁴ hat die Theorie der grundrechtlichen Schutzpflichten auch Eingang in die schweizerische Rechtsordnung gefunden: Nach ganz herrschender Meinung sind die staatlichen Verpflichtungen zu negativem und positivem Schutz der Grundrechte als unterschiedliche Pflichten Aspekte desselben Grundrechts gleichermaßen anzuerkennen.⁹⁰⁵

b) Grenzen staatlicher Schutzpflichten

Die konkrete Ausgestaltung und die Reichweite der staatlichen Schutzpflichten sind im verfassungsrechtlichen Schrifttum bislang wenig konsolidiert, der Vorgang der Meinungsbildung ist nach wie vor stetigen Anpassungen unterworfen.⁹⁰⁶ Verfestigt hat sich in der deutschen und schweizerischen Rechtsordnung aber jedenfalls die Auffassung, dass die Schutzpflichten den Staat nicht schrankenlos verpflichten und keinen absoluten Schutz gegen jegliche Beeinträchtigung und Risiken gewähren können.⁹⁰⁷ Das ergibt sich zum einen daraus, dass die Schutzpflichten, weil sie

⁹⁰³ Vgl. BVerfGE 36, 321, 331; 39, 1, 41; 46, 160, 164; ALEXY, S. 410 ff.; BLECKMANN, § 11 N 204 ff.; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 34 ff.; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 89; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 113 f.; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1155; HERMES, Leben und Gesundheit, passim; HESSE, Grundzüge, N 350; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 1 ff., 77 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 378 ff.; KLEIN, DVBl 1994, 489 ff.; MENDE, S. 114 ff.; Kommentar zum Grundgesetz-STARCK, Art. 1 Abs. 1 GG N 193 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 36; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 102 ff.; STERN, Staatsrecht I-II/1, S. 1560 ff.; UNRUH, S. 26 ff.; VON MÜNCH-KUNIG, Art. 2 GG N 40.

⁹⁰⁴ Vgl. zum Rückgriff auf die deutsche Dogmatik z.B. BGE 126 II 300, 314 f.; J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 37 mit Fn. 55 ff.; DERS., Grundrechte in der Schweiz, S. 18 f.

⁹⁰⁵ Vgl. BGE 119 Ia 28, 31; 126 II 300, 314 f.; HÄFELIN/HALLER, N 269; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 116; KLEIN, DVBl 1994, 489, 490; KLEY-STRULLER, EuGRZ 1995, 507, 511 f.; J.P. MÜLLER, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, § 39 N 37; DERS., Grundrechte in der Schweiz, S. 18 f., 28; SALADIN, Festschrift Huber, S. 297, 310 ff.; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 12; TSCHANNEN, § 7 N 70; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 80 ff.; WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, S. 176 ff.; vgl. auch die Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 191 ff.

⁹⁰⁶ Vgl. grundlegend dazu die monographischen Abhandlungen von EGLI, Drittwirkung, S. 31 ff., 155 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 68 ff.; JAECKEL, passim; vgl. auch GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1155; HESSE, Grundzüge, N 350; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 86 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 23 ff., 63 ff., 66 ff.; vgl. zur Entwicklung der Schutzpflichten aus den Freiheiten der EMRK BLECKMANN, § 11 N 222 ff.

⁹⁰⁷ Vgl. BGE 119 Ia 28, 31 f.; 126 II 300, 315; BVerfGE 66, 39, 62; ALEXY, S. 420 ff.; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 105; EGLI, Drittwirkung, S. 311 f.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 68 f., 240 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90; KLEIN, DVBl 1994, 489, 491; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 66; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 N 77;

– wie rechtliche Handlungspflichten generell – unter dem Vorbehalt des tatsächlich Möglichen stehen, nur im Rahmen der faktisch begrenzten staatlichen Mittel zu verwirklichen sind.⁹⁰⁸ Zum anderen sind den Schutzpflichten dadurch Grenzen gesetzt, dass ein „absoluter Schutz unweigerlich dazu führen müsste, dass zahlreiche Tätigkeiten Dritter verboten werden müssten, was in Konflikt treten würde zu deren ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten.“⁹⁰⁹ Die Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten erfordert demnach einen verhältnismässigen Ausgleich der widerstreitenden Interessen.⁹¹⁰ Zuständig zur Vornahme dieser Abwägung ist in erster Linie der Gesetzgeber, der durch die einschlägige Gesetzgebung die unzulässigen Tätigkeiten festlegt und damit die Grenze zwischen einer unerlaubten Gefährdung und einem hinzunehmenden Restrisiko definiert.⁹¹¹

Auf der Rechtsfolgenseite steht den staatlichen Organen und insbesondere dem Gesetzgeber ein weiter Ermessensspielraum bei der Erfüllung der Verpflichtung zum Schutz der Grundrechte zu, der indes seinerseits durch das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das Gebot eines effektiven Schutzes grundrechtlicher Güter begrenzt ist.⁹¹² Eine Ermessensreduzierung auf

MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 111; PULVER, AJP 2005, 413, 416 f.; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 12 f.

⁹⁰⁸ BGE 119 Ia 28, 31 f.; 126 II 300, 315; EGLI, Drittwirkung, S. 311 f.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90, 144; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 60; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 111; PULVER, AJP 2005, 413, 416 f.; vgl. auch BVerfGE 66, 39, 62.

⁹⁰⁹ BGE 126 II 300, 315; vgl. ALEXY, S. 424; BLECKMANN, § 11 N 218; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 105 f.; GÖTTING, S. 300; HÄFELIN/HALLER, N 265 ff., 269; HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 2, S. 32 f., 53 f.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 246 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 50 ff., 63 ff.; SEILER, S. 71; STERN, Staatsrecht Band III/I, S. 940.

⁹¹⁰ BGE 126 II 300, 315; ALEXY, S. 423; BLECKMANN, § 11 N 218; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 240 ff., 246 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; KLEIN, DVBl 1994, 489, 491; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 65 f.; PULVER, AJP 2005, 413, 416; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 82; vgl. MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 N 77.

⁹¹¹ BGE 126 II 300, 315; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 70 f.; GERBER/SEILER, ZBl 100 (1999), 289, 301; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 268 ff.; HESSE, in: BENDA/MAIHOFFER/VOGEL, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 5 N 61; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; KLEIN, DVBl 1994, 489, 491; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 66; SEILER, S. 72; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 13; SYDOW, S. 110; WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, S. 224.

⁹¹² Vgl. EGMR, Urteil vom 26. März 1985, X und Y vs. Niederlande, Nr. 16/1983/72/110, Serie A, Nr. 91, § 27 = NJW 1985, 2075 f.; BVerfGE 39, 1, 44; 46, 160, 164 f.; 56, 54, 80 f.; 88, 203, 258; ALEXY, S. 420 ff., insbesondere S. 422; BLECKMANN, § 11 N 218; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 111 ff.; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 89; EGLI, Drittwirkung, S. 320 ff.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 113 f.; GÖTTING, S. 300; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1155; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 261; HESSE, Grundzüge, N 350; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; KLEY-STRULLER, EuGRZ 1995, 507, 512; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 65 f.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1

Null kann danach nur angenommen werden, wenn ein effektiver Schutz anders als durch ein ganz bestimmtes staatliches Verhalten, wie etwa den Erlass strafrechtlicher Vorschriften zwecks wirksamer Abschreckung,⁹¹³ nicht zu erreichen ist.⁹¹⁴ Demgemäss ist eine Schutzpflichtverletzung des Gesetzgebers durch legislatives Unterlassen angesichts des ihm zustehenden Einschätzungs- und Beurteilungsspielraums kaum je in Betracht zu ziehen. Eine gerichtliche Feststellung wird in aller Regel nur möglich sein, wenn der Gesetzgeber Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat, wenn die getroffenen Massnahmen gänzlich unzulänglich sind, um das gebotene Schutzziel zu erreichen oder wenn sie erheblich dahinter zurückbleiben.⁹¹⁵

2. Konsequenzen für die Legitimation eines Verwertungsverbots im Strafprozess

a) Schutzpflichtenaktivierende Gefahr strafrechtswidriger Privatermittlungen

Bei bereits vollendeter nichtstaatlicher Verletzung des Rechtsgutes durch rechtswidrige private Ermittlungen ist es schon rein praktisch unmöglich, der staatlichen Schutzpflicht durch die Nichtverwertung des rechtswidrig gewonnenen Beweismittels noch nachzukommen.⁹¹⁶ Die Verpflichtung zum Erlass eines Verwertungsverbots aus staatlichen Schutzpflichten kann

Abs. 1 GG N 77; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 111; PULVER, AJP 2005, 413, 417; SACHS-SACHS, vor Art. 1 GG N 36; STERN, Staatsrecht III/2, S. 950, 952; VON MÜNCH-KUNIG, Vorb. Art. 1-19 GG N 22; WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, S. 223 ff.

⁹¹³ Vgl. EGMR, Urteil vom 26. März 1985, X und Y vs. Niederlande, Nr. 16/1983/72/110, Serie A, Nr. 91, § 27; BVerfGE 39, 1, 44 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 38 ff., 261 ff., 268 ff.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 379.

⁹¹⁴ Vgl. BVerfGE 46, 160, 164 f.; ALEXY, S. 422; BLECKMANN, § 11 N 218; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 111 ff., insbesondere S. 113; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 89; EGLI, Drittwirkung, S. 321; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 261 ff., 265; HESSE, Grundzüge, N 350; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, S. 224.

⁹¹⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 26. März 1985, X und Y vs. Niederlande, Nr. 16/1983/72/110, Serie A, Nr. 91, § 27; BVerfGE 46, 160, 164 f.; 56, 54, 81 f.; 77, 381, 405; 79, 174, 202; 85, 191, 212 f.; 88, 203, 258; BLECKMANN, § 11 N 218; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 112 ff.; DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 89; EGLI, Drittwirkung, S. 320; GUCKELBERGER, JuS 2003, 1151, 1155; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 80 ff., 261 ff., 265; HESSE, Grundzüge, N 350; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; KLEY-STRULLER, EuGRZ 1995, 507, 512; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 66; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 N 77; MENDE, S. 116 mit der Behauptung eines entsprechenden Schutzdefizits; PULVER, AJP 2005, 413, 417; SACHS-SACHS, vor Art. 1 GG N 36; WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, S. 224.

⁹¹⁶ JÄGER, S. 223; vgl. zur Pflicht einer vorbeugenden Verhinderung des Verletzungserfolges als Gebot staatlicher Schutzpflichten Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 59.

daher von vornherein allein aus der drohenden Gefahr für grundrechtlich geschützte Güter durch *zukünftige* rechtswidrige Privatermittlungen folgen, welcher der Gesetzgeber auf prozessualer Ebene generalpräventiv begegnen soll.⁹¹⁷

Fragwürdig bleibt indes, ob strafrechtswidrige Privatermittlungen überhaupt den Tatbestand der grundrechtlichen Schutzpflichten erfüllen, weil dies voraussetzt, dass sie als „rechtlich relevante Gefährdung“ eines durch Grundrechte garantierten Rechtsgutes gelten können.⁹¹⁸ Die Kriterien, nach welchen sich die danach erforderlich werdende „Abschichtung“ der rechtlich relevanten von der rechtlich irrelevanten Gefahr zu richten hat, sind im Rahmen der Schutzpflichtendogmatik allgemein und speziell im Zusammenhang mit der staatlichen Pflicht zur Verhinderung von Straftaten bislang erst ansatzweise geklärt.⁹¹⁹ Bei der Bestimmung des „Schutzbereichs“ gilt es jedoch im Blick zu behalten, dass ein allzu restriktiver Gefahrenbegriff dem unbestrittenen Interesse an einer effektiven Schutzgewährleistung kaum entspricht, zumal der grundsätzlichen Verantwortlichkeit des Staates auf tatbestandlicher Ebene ein weiter Ermessensspielraum bei der Ausfüllung der staatlichen Schutzpflichten auf der Rechtsfolgenseite gegenübersteht.⁹²⁰ Aus dieser Überlegung heraus spricht bei systematischen Straftatermittlungen der Bürger für die Annahme einer schutzpflichtaktivierenden potentiellen Gefahrenlage, dass es bereits dem Grundsatz nach nicht erfor-

⁹¹⁷ Vgl. GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 192 f.; GÖTTING, S. 299 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 59 f.; ROGALL, ZStW 91 (1979), I, 41; SK-ROGALL, § 136a StPO N 13; SYDOW, S. 109 f.; wohl auch MENDE, S. 114 f.; anders aber HASSEMER/MATUSSEK, S. 77: Bezugnahme auf die zurückliegende vollendete Verletzung von Individualrechtsgütern durch die Privatperson.

⁹¹⁸ Vgl. zur schutzpflichtaktivierenden Gefahr BVerfGE 39, I, 42; CANARIS, AcP 184 (1984), 201, 226; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 105 ff.; DREIER-DREIER, Vorbemerkungen N 101; EGLI, Drittwirkung, S. 284 ff., 298 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 236 ff., 240; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 106 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 57 ff.; SACHS-SACHS, vor Art. 1 GG N 37; STERN, Staatsrecht III/1, S. 952 f.; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 12; SYDOW, S. 109 f., jeweils m.w.N.

⁹¹⁹ Vgl. zur Problematik des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades der Rechtsverletzung sowie zu den Kriterien einer rechtlich relevanten Gefahr EGMR, Urteil vom 28. Oktober 1998, Osman vs. Vereinigtes Königreich, Reports 1998-VIII, § 116; Urteil vom 26. März 1985, X und Y vs. Niederlande, Nr. 16/1983/72/110, Serie A, Nr. 91, § 34; BVerfGE 39, I, 42, aber ohne Differenzierungskriterien; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 105 ff.; DREIER-DREIER, Vorbemerkungen N 101, vgl. ausserdem N 123 ff. zu den Kriterien des staatlichen Eingriffs; EGLI, Drittwirkung, S. 298 ff.; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 236 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 106 ff.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 59 ff.; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 80 ff.; SACHS-SACHS, vor Art. 1 GG N 35 ff.; SCHUBARTH, Festschrift Hangartner, S. 1055, 1059, 1060 ff.; STERN, Staatsrecht III/1, S. 952 f.; UNRUH, S. 76 f.

⁹²⁰ Vgl. ALEXY, S. 422 f.; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 108; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 240; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 60.

derlich erscheint, bestimmte Gefahrenstufen a priori aus dem Gefahrenbegriff auszugliedern. Die tatbestandlich indizierte Pflicht des Staates, eine Gefahrenlage zu überwachen und abzuschätzen, ist von der Frage, ob der Staat und speziell der Gesetzgeber auf der Rechtsfolgenseite konkret zum Handeln verpflichtet ist, rechtssystematisch strikt zu trennen.⁹²¹ Daneben ist zu berücksichtigen, dass das strafprozessuale Schrifttum nicht der privaten Ermittlung und Beweisbeschaffung als solcher, sondern allenfalls der *strafrechtswidrigen* privaten Ermittlung und Beweisbeschaffung ein entsprechendes schutzpflichtenauslösendes Gefahrenpotential zuschreibt.⁹²² Dann aber erhält bei der Bewertung der Gefahrenlage für die grundrechtlich geschützten Güter selbstverständlich auch der Umstand Gewicht, dass die drohende *strafrechtswidrige* Privatermittlung gerade diejenige Grenze überschreitet, die der Gesetzgeber durch die einschlägige Gesetzgebung zwischen einer unerlaubten Gefährdung und einem vom Bürger hinzunehmenden sozialadäquaten Restrisiko bereits selbst definiert hat.⁹²³ Zur Erfüllung des Tatbestandes der grundrechtlichen Schutzpflichten sollte daher ausreichend aber auch erforderlich sein, dass die Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter bei der Durchführung „privater Straftatuntersuchungen“ eine objektiv nahe liegende und vorhersehbare Möglichkeit ist, wie nicht zuletzt die bisherige Erfahrung einschlägiger schweizerischer und deutscher Gerichtspraxis zu strafrechtswidrigen Privatermittlungen zeigt.⁹²⁴

b) Rechtsfolgen der staatlichen Schutzpflicht

Auf der Rechtsfolgenseite müssen die Befürworter eines „Verwertungsverbots infolge staatlicher Schutzpflichten“ sodann darlegen, dass der Staat zur Verwirklichung eines effektiven Schutzes⁹²⁵ grundrechtlicher Güter die Gefahr rechtswidriger privater Ermittlungen gerade durch die Statuierung eines strafprozessualen Verwertungsverbots abzuwehren hat und damit zu-

⁹²¹ DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S.108; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 240; HESSE, Grundzüge, N 350; UNRUH, S. 77 f.

⁹²² Vgl. die Argumentation bei BOCKEMÜHL, S. 124 ff.; GÖTTING, S. 299 ff.; HASSEMER/MATUSSEK, S. 78; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 41; SK-ROGALL, § 136a StPO N 13; SYDOW, S. 109 ff.

⁹²³ Vgl. BGE 126 II 300, 315; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 108; GERBER/SEILER, ZBl 100 (1999), 289, 301; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 238 ff.; KLEIN, DVBl 1994, 489, 491; SEILER, S. 72.

⁹²⁴ MENDE, S. 111 f., 114 f.; abweichend STÖRMER, S. 127, der aber das naheliegende Risiko strafrechtswidriger privater Ermittlungen ausser Acht lässt; vgl. auch DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 108 und HERMES, Leben und Gesundheit, S. 240 zu einer entsprechend weiten Auslegung des Gefahrenbegriffs.

⁹²⁵ GÖTTING, S. 299 ff.; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 41; SK-ROGALL, § 136a StPO N 13.

gleich begründen, warum eine entsprechende Reduzierung des gesetzgeberischen Gestaltungsermessens auf ein Minimum gerechtfertigt sein sollte.

aa) Behauptung generalpräventiver Schutzdefizite

Die im Schrifttum angeführte Funktionsweise eines strafprozessualen Verwertungsverbots zum Zwecke der Disziplinierung des Privatermittlers⁹²⁶ bedarf zunächst insoweit einer Richtigstellung, als dem potentiellen privaten Rechtsbrecher formalrechtlich gar keine disziplinierend wirkende Schlechterstellung durch Nichtverwertung des Beweismittels drohen kann. Eigentliches Subjekt der „Disziplinierungsmassnahme“ ist vielmehr denknotwendig der Staat, weil dessen Straf- und Strafverfolgungsanspruch⁹²⁷ durch das Verbot der Verwertung des illegal gewonnenen Beweismittels gestört oder vereitelt wird. Rein rechtlich betrachtet wirkt sich die prozessuale „Sanktion“ folglich einzig und allein zu Lasten des Staates aus. Die der Privatperson drohende Nichtbefriedigung ihres persönlichen Genugtuungsanspruchs kann deshalb von vornherein immer nur ein generalpräventiver, faktischer Reflex einer verordneten Nichtverwertung des Beweismittels sein, der von den Befürwortern eines Verwertungsverbotes aber geradezu angestrebt wird.

Neben dieser eher formalrechtlichen Unstimmigkeit ist gegen die Schaffung eines Verwertungsverbots zwecks „prozessualer Generalprävention“ aber insbesondere der rechtssystematische Einwand vorzubringen, dass der Gedanke eines Ausschlusses von Beweismitteln als zusätzliches prozessuales Sanktionsmittel bei gesetzwidrigen Tätigkeiten den hiesigen Prozessordnungen fremd ist. Der Regelungsgrund einer Disziplinierung der Untersuchungsorgane mittels prozessualer Beweisverbote wird – als Funktionstheorie zu den unselbständigen Verwertungsverboten – auch bei staatlichen Verfahrensverstößen aus eben diesem Grunde zu Recht bestritten.⁹²⁸ Der Rechtsgüterschutz des Bürgers ist in der schweizerischen und deutschen Rechtsordnung primär auf materiell-rechtlicher und nicht

⁹²⁶ SK-ROGALL, § 136a StPO N 13; vgl. BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 158; GÖSEL, S. 192 f.; SIEGERT, NJW 1957, 689, 690 bezogen auf illegale Tonbandaufnahmen; vgl. auch OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 338, der einräumt, dass generalpräventive Erwägungen ein Beweisverbot rechtfertigen könnten.

⁹²⁷ Vgl. MEYER-GÖBNER, Einl. N 7.

⁹²⁸ Vgl. BIENERT, S. 66; DENCKER, S. 54; GAUTHIER, ZStW 103 (1991), 796, 815; GÖTTING, S. 42 ff.; KLEINKNECHT, NJW 1964, 2181, 2185; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 15; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 891; anders FORNITO, S. 57 ff. m.w.N., bei dem aber unklar bleibt, ob die Disziplinierung der Untersuchungsorgane nun eigentlicher Sinn und Zweck oder nur eine willkommene Nebenfolge der Beweisverbote ist.

auf prozessualer Basis gewährleistet.⁹²⁹ Die Nichtschaffung eines Verwertungsverbots, dessen erklärter Sinn und Zweck im Schutz des Einzelnen vor privaten Übergriffen bestünde, ist in einem materiell-rechtlichen Schutzkonzept daher nur konsequent; angesichts der bereits ergriffenen Sanktions- und Kompensationsmassnahmen des Zivil- und Strafrechts kann dies kaum als pflichtwidriges gesetzgeberisches Unterlassen ausgelegt werden.⁹³⁰

Im Übrigen ist der Verweis auf generalpräventive Bedürfnisse zur Legitimation eines Verwertungsverbotes letztlich zweischneidig, weil einem generalpräventiven Verwertungsverbot jeweils ein entsprechendes generalpräventives Gebot zur möglichst umfassenden Verwertung von Beweismitteln im Strafprozess gegenüber steht. Nicht von der Hand zu weisen ist nämlich, dass kehrseitig wohl eine generelle Schwächung der generalpräventiv wirkenden Strafdrohung in Kauf genommen wird, falls Beschuldigte infolge der Nichtverwertung illegale privat beschaffter Beweise jedenfalls häufiger als zuvor „mangels verwertbarer Beweise“ freigesprochen werden müsste. Es zeigt sich also, dass selbst bei Annahme einer generalpräventiven Wirkung von Verwertungsverboten eine Abwägung zwischen widerstreitenden Präventionsinteressen⁹³¹ erforderlich wäre, die jedenfalls nicht pauschal einseitig zugunsten eines absoluten staatlichen Schutzes vor illegalen Privatermittlungen aufgelöst werden kann.

bb) Pflicht zur Gewährleistung eines „effektiven Schutzes“

Zuzustimmen ist den Befürwortern eines Verwertungsverbot aus staatlichen Schutzpflichten insoweit, als sie im Ansatz zutreffend auf das durch die Rechtsprechung herausgestellte Gebot eines „effektiven Schutzes“ der Grundrechtsgüter⁹³² verweisen.⁹³³ Dieser Massstab bedeutet aber zugleich,

⁹²⁹ WERNER, NJW 1988, 993, 1000; grundsätzlich auch SYDOW, S. 110, der aber im Ergebnis gleichwohl ein prozessuales Verwertungsverbot fordert.

⁹³⁰ Vgl. STÖRMER, S. 127; vgl. zum ausreichenden grundrechtlichen Schutz durch die Schaffung zivil- und strafrechtlicher Normen DREIER-DREIER, Art. 2 Abs. 1 GG N 89 bezogen auf die aus Art. 2 Abs. 1 GG folgende staatliche Schutzverpflichtung; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 69.

⁹³¹ Vgl. zum Abwägungserfordernis bei der Erfüllung staatlicher Schutzpflichten BGE 126 II 300, 315; ALEXY, S. 423; DIETLEIN, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 111 ff.; DRÖGE, S. 360, 364; HERMES, Leben und Gesundheit, S. 240 ff, 246 ff.; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 65 f.; MAUNZ/DÜRIG-HERDEGEN, Art. 1 Abs. 1 N 77; PULVER, AJP 2005, 413, 416; WEBER-DÜRLER, VVDStRL 1998, 57, 82.

⁹³² Vgl. zum Gebot eines effektiven Schutzes EGMR, Urteil vom 9. Oktober 1979, Airey vs. Irland, Nr. 6289/73, Serie A Nr. 32, § 24; Urteil vom 26. März 1985, X. und Y. vs. Niederlande, Nr. 16/1983/72/110, Serie A Nr. 91, § 27; BVerfGE 39, 1, 44; 46, 160, 164 f.; 56, 54, 80 f.; ALEXY,

dass der Vorwurf pflichtwidrigen gesetzgeberischen Unterlassens und damit ein Anspruch auf gesetzgeberisches Tätigwerden dann nicht (mehr) gerechtfertigt sein kann, wenn der Gesetzgeber das Gebot eines effektiven Schutzes *de lege lata* hinreichend erfüllt hat.⁹³⁴ Ob zum Schutze der Individualrechte und damit zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflichten ein Beweisverwertungsverbot notwendig ist, hängt mithin davon ab, ob bereits eine hinreichende gesetzliche Grundlage vorhanden ist, welche die „Gefahr der Selbstjustiz“⁹³⁵ und damit verbunden die Gefahr der Verletzung grundrechtlich geschützter Güter verhindert.⁹³⁶

Die damit erforderlich werdende normative Betrachtung bestehender Schutzgewährleistungen offenbart zugleich die Schwäche der Dogmatik eines Verwertungsverbots aus grundrechtlichen Schutzpflichten. Es ist nämlich nicht zu übersehen, dass im Bereich der für die Verwertungsfrage im Strafprozess allein problematischen *strafrechtswidrigen* Privatermittlungen die grundrechtlichen Güter schon *de lege lata* strafrechtlichem Schutz unterstellt sind, der doch sogar als das letzte, weil strengste Mittel staatlicher Sozialkontrolle gilt. Denn das Strafrecht wird – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – „als 'ultima ratio' [...] eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten [...] in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“⁹³⁷ Dem entspricht es, dass die Gerichte Verstöße der Legislative gegen das Effektivitätsgebot bei der Erfüllung staatlicher Schutzpflichten vor allem dort angenommen haben, wo besonders wichtige Rechtsgüter bedroht und diese noch *nicht* dem Schutz durch Strafbestimmungen unterstellt waren.⁹³⁸ Wenn aber der Strafrechtsschutz

S. 422; DRÖGE, S. 228 ff., 356 ff., 360 ff., 364; EGLI, Drittwirkung, S. 320; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90; JAECKEL, S. 168 f.; KOKOTT, Drittwirkung, S. 57, 77; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 63; JARASS, AÖR 110 (1985), 363, 379 ff.; PULVER, AJP 2005, 413, 417; SACHS-SACHS, vor Art. 1 GG N 36.

⁹³³ In diesem Sinne BOCKEMÜHL, S. 124 ff.; GÖTTING, S. 303; HABSCHEID, Gedächtnisschrift Peters, S. 840, 860 f.; HASSEMER/MATUSSEK, S. 77; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 41; SYDOW, S. 109 ff.

⁹³⁴ Ebenso STÖRMER, S. 127.

⁹³⁵ In diesem Sinne SK-ROGALL, § 136a StPO N 13; BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 158; GÖSSEL, S. 192 f.; SIEGERT, NJW 1957, 689, 690 bezogen auf illegale Tonbandaufnahmen; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 338.

⁹³⁶ So auch WÖLFL, S. 194.

⁹³⁷ BVerfGE 88, 203, 258; vgl. BVerfGE 39, 1, 47; 90, 145 ff. und zur ultima-ratio-Funktion des Strafrechtsschutzes insbesondere die abweichende Meinung der Richterin Graßhof, BVerfGE 90, 145, 199 f. sowie die abweichende Meinung des Richters Sommer, BVerfGE 90, 145, 212 f.

⁹³⁸ Vgl. zum unzureichenden Schutz der physischen Unversehrtheit von geistig Behinderten durch die Mittel des Zivilrechts und zum Erfordernis einer entsprechenden strafrechtlichen Regelung EGMR, Urteil vom 26. März 1985, X. und Y. vs. Niederlande, Nr. 16/1983/72/110, Serie A Nr.

in der Schutzpflichtendogmatik grundsätzlich als „effektiver Schutz“ gilt, ist nicht nachvollziehbar, warum dieser ausgerechnet im Bereich eigenmächtiger privater Beweisbeschaffungen nicht als hinreichend schützend akzeptiert werden sollte.⁹³⁹ Die Tatsache, dass ein noch effektiverer Schutz denkbar wäre, weil sich de lege lata das Risiko einer Straftat realisieren kann, falls der Täter die Hemmschwelle der Strafbarkeit des Verhaltens überwindet, beweist jedenfalls noch nicht die Ineffizienz des vorhandenen strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes.⁹⁴⁰ Den Staat gleichwohl ergänzend zum Erlass eines strafprozessualen Verwertungsverbots verpflichtet zu sehen, bedeutet letztlich, die Strafbarkeit eines Verhaltens überhaupt erst dann als effektive Schutzgewährleistung anzuerkennen, wenn dafür gesorgt ist, dass keine Straftatbestände mehr verwirklicht werden – einem Staat, der die Freiheit seiner Bürger zu achten, zu schützen und zu fördern hat, wird damit aber Unmögliches abverlangt.

cc) *Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume der Legislative*

Im Übrigen hilft selbst die Unterstellung, der Gesetzgeber habe seine staatliche Schutzpflicht durch die bestehenden Rechtsvorschriften noch nicht hinreichend erfüllt, zur Legitimierung eines Verwertungsverbot als zwingende Rechtsfolge staatlicher Schutzpflichten nicht weiter. Denn darüber hinaus wäre erforderlich, dass das Verwertungsverbot angesichts des grundsätzlich bestehenden Entscheidungsspielraums der Legislative ausnahmsweise das einzige Mittel und damit die *einzig zulässige Rechtsfolge* zur Gewährleistung eines effektiven Schutzes vor illegalen Privatermittlungen wäre.⁹⁴¹ Dass von einer entsprechenden Ermessensreduzierung auf Null aber gar keine Rede sein kann, zeigt sich bereits daran, dass nicht ersichtlich ist, weshalb Defizite bei der generalpräventiven Wirkung von Strafrechtsnormen durch ein Verwertungsverbot eher und effektiver ausgeglichen werden könnten, als etwa durch eine strengere Strafzumessungspraxis, eine stärkere Berücksichtigung der Geschädigteninteressen im

91, §§ 24 ff., § 27; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 69; vgl. aber auch zur ausnahmsweisen Möglichkeit unzureichender Schutzwirkungen eines Straftatbestandes BVerfGE 39, 1, 44 ff, 52: „Es ist allgemein anerkannt, daß der bisherige § 218 StGB, gerade weil er für nahezu alle Fälle des Schwangerschaftsabbruchs undifferenziert Strafe androhte, das sich entwickelnde Leben im Ergebnis nur unzureichend geschützt hat.“; vgl. dazu HERMES, Leben und Gesundheit, S. 6 f.; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 379; SACHS-SACHS, vor Art. 1 GG N 36.

⁹³⁹ Im Ergebnis ebenso STÖRMER, S. 127.

⁹⁴⁰ Vgl. grundlegend zur Problematik unterschiedlicher Effektivitätsgrade bei der Erfüllung der Schutzgewährleistung ALEXU, S. 422 ff.

⁹⁴¹ Vgl. HESSE, Grundzüge, N 350; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 66; STÖRMER, S. 127 f.; ähnlich JÄGER, S. 127.

Strafverfahren oder eine Verschärfung zivilrechtlicher Kompensationsmassnahmen.⁹⁴² Dem Gesetzgeber stünden zur Nachbesserung der bereits getroffenen Schutzmassnahmen jedenfalls vielfältige Regelungsmöglichkeiten offen, angesichts derer das Postulat einer bestimmten, einzig zulässigen Rechtsfolge gerade denjenigen Entscheidungs- und Handlungsspielraum der Legislative preisgibt, dessen Anerkennung die Befürworter eines Verwertungsverbotens aus staatlichen Schutzpflichten formelhaft für sich in Anspruch nehmen.⁹⁴³

dd) Kontroll- und Vollzugsverpflichtung der Gerichte

Zu Unrecht wird die Konzeption eines Verwertungsverbotens infolge staatlicher Schutzpflichten allerdings der Kritik ausgesetzt, dass die Annahme der Unverwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweise im gerichtlichen Verfahren gar nicht auf der Erfüllung einer grundrechtlichen Schutzpflicht beruhen könne, weil die Gerichte nicht der zuständige Adressat für die Vollziehung seien.⁹⁴⁴ Richtig daran ist, dass die Gerichte zur Verwirklichung staatlicher Schutzpflichten nicht *primär* zuständig sind, sondern vorrangig die Legislative gefordert ist.⁹⁴⁵ Trotzdem obliegt die Pflicht der staatlichen Gewalt zum Schutz der grundrechtlichen Garantien vor nicht-staatlichen Gefahren *auch* der Judikative, weil ihr die Aufgabe zukommt, die Wahrung der Schutzpflicht durch die anderen Staatsorgane zu kontrollieren. Die Gerichte haben also in den Grenzen der jeweiligen verfassungsrechtlichen Kontrollkompetenz unmittelbar oder mittelbar auch über die Rechtmässigkeit des Schutzhandelns der anderen staatlichen Gewalten sowie über eventuelle Schutzdefizite zu befinden.⁹⁴⁶ Weiter gedacht kann eine wirksame rechtliche Kontrolle durch die Judikative sodann nur bedeuten, dass sie es nicht einfach hinnehmen darf, wenn ein anderes Staatsorgan, namentlich also der primär zur Schutzgewährleistung zuständige

⁹⁴² Vgl. zu den rechtlichen Konflikten beim Erlass von Verboten in Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten BGE 126 II 315 m.w.N.; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 13; vgl. zur Vielfalt der möglichen Schutzformen bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten ALEXY, S. 410.

⁹⁴³ So etwa GÖTTING, S. 300; vgl. die Ausserachtlassung des gesetzgeberischen Ermessens bei BOCKEMÜHL, S. 126; im Ergebnis wie hier STÖRMER, S. 127 f.

⁹⁴⁴ STÖRMER, S. 126.

⁹⁴⁵ Vgl. ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90; JARASS, AöR 110 (1985), 363, 380 f.; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 62; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 35 N 13; STÖRMER, S. 126.

⁹⁴⁶ EGLI, Drittwirkung, S. 327; ISENSEE, Handbuch, § 111 N 90; Konkordanzkommentar-KRIEGER, Kap. 6 N 61 f.; STERN, Staatsrecht III/1, S. 951; WÖLFL, S. 193; vgl. zu Beschränkungen durch das Anwendungsgebot des Art. 191 BV aber auch zu dessen Relativierung EGLI, Drittwirkung, S. 328 ff.

Gesetzgeber, seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Insoweit hat die Judikative notfalls selbst das verfassungsrechtlich gebotene Mass an Schutz der grundrechtlichen Garantien sicherzustellen.⁹⁴⁷ Sollte dem Gesetzgeber tatsächlich die Schaffung eines Verwertungsverbots obliegen, wäre danach zu bezweifeln, ob das Gericht sich einfach damit begnügen könnte, das Fehlen dieser Regelung festzustellen und das Beweismittel dennoch zu verwerten; naheliegender wäre es wohl, die Gerichte übergangsweise auch als für die Durchsetzung der Schutzpflicht mittels Nichtverwertung des Beweismittels zuständig zu sehen.⁹⁴⁸

Im Rahmen dieser Untersuchung kann die primär grundrechtsdogmatische Problematik einer konkreten Handlungspflicht und Handlungsbefugnis der Rechtsprechung bei der Durchsetzung staatlicher Schutzpflichten allerdings letztlich dahinstehen. Es hat sich gezeigt, dass aus den grundrechtlichen Schutzpflichten nicht einmal für die primär zuständige Legislative die Verpflichtung zur Schaffung eines Verwertungsverbotes ableitbar ist, so dass die Gerichte auch nicht zu einer Vollziehung berufen sein können.

III. Selbständige Verwertungsverbote

1. Mittelbare Relevanz des privaten Unrechts bei der Beweisbeschaffung

Ausgehend von der fehlenden unmittelbaren oder mittelbaren Rechtsbindung der Privatpersonen an Grundrechte und die Vorschriften des Strafprozessrechts kann das rechtswidrige Verhalten Privater rechtssystematisch nicht der tragende Grund eines Verwertungsverbots sein.⁹⁴⁹ Diese Feststellung lässt indes die Rechtsfigur der selbständigen Verwertungsverbote unberührt und stellt nicht in Abrede, dass auch im Anschluss an eine private Beweisgewinnung der Akt der staatlichen Verwertung für die Entstehung von Verwertungsverböten konstituierend sein kann. Soweit die Verwertung

⁹⁴⁷ EGLI, Drittwirkung, S. 327, 331; WÖFL, S. 193; im Ansatz ähnlich, aber bezogen auf die Exekutive JARASS, AöR 110 (1985), 363, 381.

⁹⁴⁸ So im Ergebnis WÖFL, S. 193.

⁹⁴⁹ Vgl. DENCKER, S. 106 ff.; FEZER, Fall 16 N 5; FELDMANN, NJW 1959, 853, 855; FEZER, JuS 1979, 35, 36 f.; GRÜNWALD, JZ 1966, 498, 496 f.; HALLER/CONZEN, N 563; HEINITZ, JR 1964, 441, 443; HK-JULIUS, § 261 StPO, N 13; JÄGER, S. 222; KRAMER, Strafverfahrensrecht, N 166 f.; LR-HANACK, § 136a StPO N 10; NÜSE, JR 1966, 281, 285, 286; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 331 ff.; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038; SCHLÜCHTER, N 100; ergänzend STÖRMER, S. 133; darüber hinaus sei der private Rechtsverstoß in der Praxis etwa bei anonym vermittelten Beweisen auch gar nicht feststellbar; WERNER, NJW 1988, 993, 1000.

des Beweismittels selbständig die Rechtsordnung, insbesondere die Verfassung oder das Völkerrecht verletzt, kommt eine Unverwertbarkeit in Betracht, deren normative Grundlage dann die einfachgesetzliche Verbotsvorschrift, die Verfassung oder das Völkerrecht selbst ist.⁹⁵⁰ Gerade weil selbständige Verwertungsverbote jedenfalls rechtstechnisch völlig unabhängig von der Art und Weise der Beweisbeschaffung bestehen, bleibt der staatliche Verwertungsakt als solcher stets noch gesondert auf seine Zulässigkeit hin zu prüfen. Dem privaten Unrecht bei der Beweisbeschaffung kann dabei eine mittelbare Relevanz zukommen, die der rechtlichen Konstruktion des jeweiligen selbständigen Verwertungsverbots folgt. Da für einen grundrechtsrelevanten Verwertungsakt, durch die Grundrechtsdogmatik vorgezeichnet, in der Regel eine Abwägung zwischen kollidierenden Rechten und Interessen vorzunehmen ist, kann das private Unrecht bei grundrechtlichen Verwertungsverböten eine mittelbare Bedeutung bei der Festlegung des grundrechtlichen Schutzbereichs, bei der Bestimmung der Schranken der Grundrechtsausübung⁹⁵¹ oder innerhalb der Verhältnismässigkeitsprüfung des staatlichen Eingriffsaktes entfalten.⁹⁵² Selbst wenn das Ergebnis dann im Einzelfall dahingehend lauten mag, dass sich die Grenzen der verfassungsrechtlich geschützten Tätigkeiten mit den Grenzen decken, die auch dem Privaten gezogen sind, soweit es etwa um die Rechtmässigkeit des Eindringens in fremde Privatbereiche geht, ist zu betonen, dass der dogmatische Ansatzpunkt ein anderer ist: Die Verwertung ist nicht deshalb zulässig, weil der Private rechtmässig gehandelt, sondern weil die staatliche Verwertung selbst keine unerwünschten Auswirkungen hat;⁹⁵³ umgekehrt ist die Verwertung nicht deshalb unzulässig, weil der Private rechtswidrig gehandelt hat, sondern weil die Verwertung selbst grundrechtlich geschützte Interessen verletzt.⁹⁵⁴

⁹⁵⁰ Vgl. BGE 129 V 323, 326 für Eingriffe in den Kernbereich der Privatsphäre; 131 I 272, 277; DENCKER, S. 102 ff.; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 655; DERS., JZ 1984, 361 ff.; JÄGER, S. 222 unter Ausnahme der mittelbar gewonnenen Beweise; LR-HANACK, § 136 StPO N 10; NÜSE, JR 1966, 281, 286; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 150 ff.; SCHLÜCHTER, N 100; STÖRMER, S. 57; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 39 ff.; WÖLFL, S. 201 f.; WOHLERS, AJP 2006, 629; vgl. zu den prozessualen Ermächtigungsgrundlagen für die Verwertung grundrechtsbeeinträchtigender Beweismittel LABER, S. 84 ff.; WERNER, NJW 1988, 993, 1000 f.

⁹⁵¹ DENCKER, S. 106 f.

⁹⁵² STÖRMER, S. 133.

⁹⁵³ Vgl. zu gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für die Verwertung grundrechtsbeeinträchtigender Beweismittel HABSCHEID, Gedächtnisschrift Peters, S. 840, 852; KRAMER, NJW 1992, 2732 ff.; LABER, S. 84 ff.; WERNER, NJW 1988, 993, 1000 f.

⁹⁵⁴ Vgl. zur Ableitung der Verwertungsverbotsfolge aus dem grundrechtlichen Abwehrensanspruch bei grundrechtsverletzenden Verwertungsakten STÖRMER, S. 57; WERNER, NJW 1988, 993, 1000 f.; WÖLFL, S. 201 f.

2. Verwertungsverbot infolge absoluter Beweisuntauglichkeit des Beweismittels?

Diese Grundsätze gelten gleichermassen für Beweismittel, die eine Privatperson einer anderen Privatperson durch Folter oder sonstigen unmittelbaren Zwang abgerungen hat. Aus den Umständen der Beweisbeschaffung durch Private kann nicht zwangsläufig auf eine Menschenwürdeverletzung durch den Richter bei Verwertung des Beweismittels geschlossen werden; folglich ist auch die Verwertung „menschenrechtswidrig“ von Privaten beschaffter Beweismittel nicht per se ausgeschlossen, sondern nur dann, wenn gegenüber dem staatlichen Verwertungsakt die abwehrrechtliche Seite der Grundrechte und speziell der Menschenwürde im Sinne eines selbständigen Verwertungsverbotes beweismittelausschliessend aktiviert ist.⁹⁵⁵

Abzulehnen ist die in diesem Zusammenhang von JÄGER vertretene Auffassung, wonach die „tatsächliche Unbrauchbarkeit des Beweisgegenstandes“, insbesondere im Falle menschenrechtswidriger Beweisbeschaffung durch Folter oder vergleichbaren Zwang, ein abstraktes Verwertungsverbot für privat beschaffte Beweismittel begründen können soll.⁹⁵⁶ Zum einen ist kaum ersichtlich, welcher praktische Anwendungsbereich für aus tatsächlichen Gründen absolut untaugliche, privat beschaffte Beweismittel bestehen soll, denn selbst einem erpressten oder durch Folter gewonnenen Geständnis ist, auch wenn diese Haltung rechtspolitisch untunlich sein mag, entgegen der Behauptung JÄGERS⁹⁵⁷ nicht von vornherein und umfassend jeder Beweiswert abzuspochen: So ist etwa die unter Folter preisgegebene detaillierte Schilderung des Tathergangs einer Entführung nicht notwendig in *tatsächlicher* Hinsicht ungeeignet, um den Sachverhalt zu rekonstruieren, das Entführungsoffer aufzufinden und die Täterschaft des Beschuldigten an dessen Tathergangskennntnissen festzumachen – gerade von der im konkreten Fall erkannten tatsächlichen Brauchbarkeit einer erzwungenen Einlassung des Beschuldigten dürfte ja die rechtspolitische Brisanz ihrer Unverwertbarkeit zeugen.

Zum anderen sind Tauglichkeit und Erlaubtheit eines Beweismittels nicht identisch, sondern sie begrenzen die Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhaltes von unterschiedlichen Seiten her: Auf der einen Seite haben die Strafverfolgungsbehörden und das Gericht zur Aufklärung des Sach-

⁹⁵⁵ Vorbehalt bleibt die Einschränkung der Verwertbarkeit durch die „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“, vgl. dazu Dritter Teil, S. 239 ff.

⁹⁵⁶ JÄGER, S. 222.

⁹⁵⁷ JÄGER, S. 222.

verhaltes lediglich erkennbaren und sinnvollen Möglichkeiten nachzugehen und dabei in verständiger Würdigung der Sachlage immer auch dem Beschleunigungsgebot angemessen Rechnung zu tragen;⁹⁵⁸ die Untauglichkeit des Beweismittels gewinnt also für den Umfang der staatlichen Sachaufklärungspflicht als tatsächlich limitierender Faktor Relevanz. Ein Verwertungsverbot entzieht demgegenüber das verbotene Beweismittel bereits der Beweiswürdigung und schliesst es aus normativen Gründen als Entscheidungsgrundlage aus.⁹⁵⁹ Soweit ein entsprechendes Verwertungsverbot „wegen absoluter Beweisuntauglichkeit“ eines Beweismittels postuliert wird, ist nicht zu erkennen, wie die Strafverfolgungsorgane oder der Richter überhaupt noch zu einer überprüfaren Feststellung der absoluten Beweisuntauglichkeit des Beweises gelangen könnten – schliesslich setzen, wie JÄGER selbst ansatzweise einräumt,⁹⁶⁰ die negative Erkenntnis der „tatsächlichen Unbrauchbarkeit“ des Beweismittels für ein bestimmtes Beweisziel und der positive Befund eines „hinreichenden Beweiswertes“ des Beweismittels eine entsprechende Beweiswürdigung gleichermassen voraus. Eben diese würde durch ein Verwertungsverbot jedoch blockiert.

⁹⁵⁸ Vgl. zum Umfang der gerichtlichen Aufklärungspflicht BGer, Urteil vom 10. September 2003, 6P.51/2003, E.7.4, E.10.1; BGH, NJW 1994, 1294, 1295; NStZ-RR 1996, 299; NStZ 1998, 50, 51 m.w.N.; AESCHLIMANN, N 165, 205 ff.; OBERHOLZER, N 465 ff, 721 ff, 724; vgl. zur Bedeutung der Beweiseignung für Verwertungsverbote und für den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung BGE 115 IV 267, 270; 133 I 33, 40.

⁹⁵⁹ Vgl. EISENBERG, Beweisrecht, N 356; GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 180; DERS., NJW 1981, 649, 650; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 1, 5 f.; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 27; MEYER-GÖBNER, Einl. N 55; SCHLÜCHTER, N 4.2; SCHMID, Strafprozessrecht, N 606; SCHROTH, JuS 1998, 969.

⁹⁶⁰ Vgl. JÄGER, S. 220.

5. Kapitel: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

1.

In Wissenschaft und Praxis ist die Konzeption eines „*Verwertungsverbot*es infolge Zurechnung des privaten Rechtsverstoßes zum Staat“ sowohl begrifflich als auch in ihren rechtlichen Grundlagen vage geblieben. Der Sache nach wird dem Staat mit einer „Zurechnung“ des privaten Unrechts die rechtliche Verantwortung für die illegale private Beweisbeschaffung zugewiesen, was im Strafverfahren ein Verwertungsverbot für die betroffenen Beweismittel begründen soll.⁹⁶¹

Auf der *Rechtsfolgenseite* ignoriert dieser auf der staatlichen Zuständigkeit für den privaten Rechtsverstoß gründende Ansatz jedoch die in der Beweisverbotslehre weithin akzeptierte Erkenntnis, dass nicht einmal ein „eigenhändiger“ staatlicher Rechtsverstoß bei der Beweiserhebung zwangsläufig ein Verwertungsverbot für das betroffene Beweismittel auslöst. Derselbe Grundsatz müsste dementsprechend gelten, wenn dem Staat ein Rechtsverstoß einer Privatperson bei der Beweisbeschaffung „wie ein eigener“ zugerechnet wird; ein Verwertungsverbot wäre insoweit nach denselben – umstrittenen – Grundsätzen zu bestimmen, wie sie für rechtswidrige staatliche Beweiserhebungen vorgeschlagen werden.⁹⁶²

Neben der unzureichenden Legitimation der Verwertungsverbotsfolge ist für die vorgelagerte Stufe der Zurechnung der privaten Handlung zum Staat festzuhalten, dass *kein Zurechnungsgrund* ersichtlich ist, auf den sich eine staatliche Mitverantwortung für den privaten Beschaffungsakt stützen lässt. Eine – als Ansatzpunkt einer Zurechnung in anderen Fallgestaltungen anerkannte – *aktive Beteiligung* des Staates an der illegalen privaten Beweisbeschaffung fehlt, wenn Privatpersonen Beweismittel ohne jede staatliche Einbindung beschaffen.⁹⁶³ Das Schrifttum versucht diesem Zurechnungshindernis dadurch zu entkommen, dass es bei der im Anschluss an die private Beweisbeschaffung erfolgenden *staatlichen Beweismittelübernahme* anknüpft, die den Staat für die Entstehung des privaten

⁹⁶¹ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 I., S. 172 ff.

⁹⁶² Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 II., S. 174.

⁹⁶³ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 II. 1., S. 175 ff.

Unrechts mitverantwortlich machen soll.⁹⁶⁴ Zirkelschlüssig unterstellt wird damit jedoch eine zurechnungsbegründende staatliche Pflicht zur Nichtübernahme des Beweismittels, die es doch erst nachzuweisen gälte.⁹⁶⁵

Die Einsicht, dass kein zurechnungsbegründender aktiver Beitrag des Staates zum privaten Unrecht existiert, hat das strafprozessuale Schrifttum schliesslich zu der Überlegung bewogen, eine Zurechnung des privaten Rechtsverstosses zum Staat auf ein *pflichtwidriges staatliches Unterlassen* zu stützen.⁹⁶⁶ Dem Staat sei das private Unrecht zuzurechnen, weil er es unterlassen habe, ein strafprozessuales Verwertungsverbot zu schaffen, zu dessen Erlass er aufgrund seiner staatlichen Schutzpflichten verpflichtet gewesen wäre.⁹⁶⁷ Damit wird die Schutzpflichtendogmatik zwar im Rahmen der Zurechnungskonzeption relevant, doch bleibt ein solches Verwertungsverbot methodisch mit dem *illegalen privaten Beweisbeschaffungsakt* verknüpft. Nicht die Schutzpflichtverletzung als solche, sondern die dem Staat gerade wegen der behaupteten Schutzpflichtverletzung zugerechnete illegale „private“ Beschaffungshandlung soll die Verwertungsverbotsfolge auslösen. Insoweit unterscheidet sich dieser Ansatz wesentlich von der in der Doktrin vertretenen These eines „Verwertungsverbotese infolge staatlicher Schutzpflichten“, bei der die Nichtverwertbarkeit des Beweises als die unmittelbare Folge der staatlichen Schutzpflichtverletzung begriffen und damit vom privaten Beschaffungsakt losgelöst wird.⁹⁶⁸

Eine Zurechnungslösung, welche die Nichtschaffung eines strafprozessualen Verwertungsverbotse zu einer zurechnungsbegründenden staatlichen Schutzverpflichtung erklärt, rezipiert die Grundrechtslehre allerdings nur unzureichend. Zum einen verkennt sie die begrenzte Reichweite grundrechtlicher Schutzpflichten; angesichts des verbleibenden Gestaltungsspielraums der Legislative bei der Erfüllung ihrer Schutzverpflichtung lässt sich eine konkrete gesetzgeberische Handlungspflicht zur Kodifikation eines strafprozessualen Verwertungsverbotse für illegal privat beschaffte Beweise nämlich nicht verbindlich nachweisen.⁹⁶⁹ Aber selbst wenn sich eine staatliche Schutzverpflichtung darlegen liesse, bleiben – und dieser Einwand wiegt sehr viel schwerer – die *grundrechtssystematischen Verschiebungen* untragbar, die sich aus einer auf die staatliche Schutzpflichtverletzung

⁹⁶⁴ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 II. 2., S. 177 ff.

⁹⁶⁵ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 II. 2. a), S. 178 ff.

⁹⁶⁶ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 III., S. 182 ff.

⁹⁶⁷ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 2., S. 184 ff.

⁹⁶⁸ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II., S. 216 ff.

⁹⁶⁹ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 2., S. 184 ff.

gründenden Zurechnung des privaten Unrechts ergeben:⁹⁷⁰ Über den Umweg der Zurechnung des privaten Rechtsverstoßes zum Staat wird auf der Ebene der Grundrechtsdogmatik letztlich jede Schutzpflichtverletzung des Staates zu einem staatlichen Eingriff in die Grundrechte aufgewertet. Dies bedeutet dann notwendigerweise, dass die grundlegende Differenzierung zwischen staatlichem Eingriff und privaten Bedrohungen sowie zwischen grundrechtlichem Abwehrensanspruch und staatlicher Schutzpflicht aufgehoben wird. Ein solches Ergebnis, das die Grenzen zwischen verantwortungsbegründendem staatlichem und eigenverantwortlichem privatem Handeln auflöst, ist aber weder auf verfassungsrechtlicher noch auf strafprozessualer Stufe akzeptabel.⁹⁷¹

2.

Die Beweisverbote der deutschen und schweizerischen Strafprozessordnung(en) richten sich ihrer Rechtsnatur, ihrer Zielrichtung und ihrem Inhalt nach nur an die Strafverfolgungsorgane.⁹⁷² Die gesetzlichen Bestimmungen der Strafprozessordnungen einschliesslich der gesetzlich normierten Beweisverwertungsverbote sind weder unmittelbar noch analog auf Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen anwendbar.⁹⁷³

3.

Mit der Strafrechtswidrigkeit der Beweisbeschaffung als solcher ist weder die prozessuale Verwertbarkeit noch die prozessuale Unverwertbarkeit des Beweismittels begründbar.⁹⁷⁴ Einerseits können selbst Beweismittel unverwertbar sein, die strafrechtlich gerechtfertigt erlangt wurden, wenn der staatliche Verwertungsakt Grundrechte des Angeschuldigten oder Dritter verletzen würde. Andererseits steht einer pauschalen Übertragung der strafrechtlichen Wertung in das Strafprozessrecht der Umstand entgegen, dass der materiellen Strafnorm, die durch die illegale private Beweisbeschaffung verwirklicht wurde, eine prozessuale Schutzrichtung fehlt.⁹⁷⁵ Eine Verwertungsverbotskonzeption, die den prozessualen Vorgang der Beweisverwertung nach den Grundsätzen des Strafrechts modelliert, stellt eine Einheit von materiellem und prozessualen Recht her, die in dieser Form den unterschiedlichen Zielsetzungen der beiden Teilrechtsordnungen

⁹⁷⁰ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 3., S. 185 ff.

⁹⁷¹ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 3., S. 185 ff.

⁹⁷² Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 3, S. 186 ff.

⁹⁷³ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 3 II., S. 188 ff.

⁹⁷⁴ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4, S. 190 ff.

⁹⁷⁵ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 I., S. 190 ff.

nicht gerecht wird und der gesetzgeberischen Unterscheidung zwischen Straf- und Strafverfahrensrecht widerspricht.⁹⁷⁶

4.

Der im strafprozessualen Schrifttum verbreitete Sprachgebrauch einer „menschenwürdevidrigen“ oder „grundrechtswidrigen“ privaten Beweisbeschaffung ist sachlich nicht zutreffend. Der private Rechtsverstoss kann ungeachtet seines Schweregrades allenfalls strafrechtswidrig sind. Ein Grundrechtsverstoss einer Privatperson ist nur bei einer unmittelbaren Geltungskraft und Bindungswirkung der Grundrechte zwischen Privatpersonen denkbar, die indes grundrechtsdogmatisch nicht haltbar ist.⁹⁷⁷

5.

Novelliert wurde die Dogmatik der Beweisverbote nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen durch die im deutschen Schrifttum vertretene These eines „Verwertungsverbots infolge staatlicher Schutzpflichten“. Die Nichtverwertung solcher Beweismittel wird danach als verfassungsrechtliches Gebot der Schutzpflicht des Staates verstanden, den Einzelnen vor illegalen Ermittlungshandlungen und Beweisbeschaffungen Privater wirksam zu bewahren.⁹⁷⁸ Das bleibende Verdienst dieses Ansatzes ist es, die Verwertungsverbotsfolge von der illegalen privaten Beweisbeschaffung losgelöst und den Fokus auf das Nachweiserfordernis einer staatlichen Unrechthandlung gelenkt zu haben. Herausgestellt hat sich aber, dass die Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten schlicht nicht geeignet ist, ein Verwertungsverbot im Strafverfahren zu legitimieren.⁹⁷⁹ Das Gestaltungsermessen des Gesetzgebers bei der Art und Weise der Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflichten kann nicht auf die konkrete Rechtsfolge des Verwertungsverbot verknüpft werden, solange andere Regelungsmöglichkeiten zur Gewährleistung eines effektiven grundrechtlichen Schutzes denkbar sind.⁹⁸⁰ Dementsprechend kann auch keine Verpflichtung der Gerichte bestehen, in Vollziehung der primär an den Gesetzgeber gerichteten staatlichen Schutzpflichten die Nichtverwertung eines illegal privat beschafften Beweises anzunehmen.⁹⁸¹

⁹⁷⁶ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 I., S. 190 ff.

⁹⁷⁷ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 I. 3., S. 214 ff.

⁹⁷⁸ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II., S. 216 f.

⁹⁷⁹ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II. 2., S. 222 ff.

⁹⁸⁰ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II. 2. b) cc), S. 228 f.

⁹⁸¹ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II. 2. b) dd), S. 229 f.

6.

Die fehlende unmittelbare prozessuale Relevanz des rechtswidrigen privaten Beschaffungsaktes lässt die Anwendbarkeit selbständiger Verwertungsverbote unberührt.⁹⁸² Bei der grundrechtlichen Prüfung unerwünschter Auswirkungen des bevorstehenden staatlichen Verwertungsaktes kann das private Unrecht mittelbar bedeutsam und in die Grundrechtsprüfung als Auslegungs- und Wertungskriterium einbezogen werden. Das Verwertungsverbot bleibt aber methodisch gesehen gleichwohl selbständig: Soweit sich die Beweisverwertung als ein unzulässiger staatlicher Eingriff in Grundrechte des Beschuldigten oder Dritter erweist, ist die Unverwertbarkeit des Beweismittels die vom rechtswidrigen privaten Beschaffungsakt abstrakte Folge der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte.⁹⁸³

⁹⁸² Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 III., S. 230 ff.

⁹⁸³ Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 III. 1., S. 230 ff.

Dritter Teil:
Die Massgeblichkeit der
„Hypothese rechtswidriger
staatlicher Beweiserhebung“

1. Kapitel: Beweishypothesen im Kontext der Verwertungsverbote

§ 1 Die Inadäquanz genereller (Un-)Verwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweise

Beim Ringen um eine nicht nur im Ergebnis akzeptable, sondern auch methodisch tragfähige Lösung der Beweisverbotsproblematik bei Privatermittlungen ist an die dem Rechtstheoretiker geläufige Mahnung zu erinnern, dass „eine richtige Entscheidung, die mit einer mangelhaften Methode erreicht wurde, [...] unvergleichlich besser [ist] als eine saubere Methode, die zu einem unvertretbaren Ergebnis führt.“⁹⁸⁴ Dies vernachlässigt, wer das Problem der strafrechtswidrigen Beweisbeschaffung durch Privatpersonen „methodisch konsequent“ entweder durch eine generelle Verwertbarkeit oder eine generelle Unverwertbarkeit der Beweismittel zu lösen sucht. Schlicht ignoriert wird damit nämlich die der Verfahrenswirklichkeit geschuldete Erkenntnis, dass sich ein Rechtssystem einen kompromisslosen Ausschluss illegal privat beschaffter Beweismittel im Strafverfahren letztlich ebenso wenig leisten kann wie die rücksichtslose strafprozessuale Indifferenz gegenüber den Umständen ihrer Beschaffung.⁹⁸⁵ So gilt auf der einen Seite die generelle Unverwertbarkeit derartiger Beweismittel zu Recht als praktisch unhaltbare Belastung der Strafverfolgungsinteressen,⁹⁸⁶ auf der anderen Seite ist jedoch das Bedürfnis anzuerkennen, bei der rechtsgestaltenden Bewältigung der Problematik auch Durchblicke auf die hinter dem Gesetz stehenden „verfahrensethischen“ Grundanschauungen und übergesetzlichen Wertungen zuzulassen, die gegen eine pauschale Verwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweise streiten.⁹⁸⁷ Um eine un-

⁹⁸⁴ FIKENTSCHER, Methoden des Rechts, Band I, S. XIX.

⁹⁸⁵ ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 120; vgl. BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 158; GAUTHIER, ZStW 103 (1991), 796, 810; SEILER, Festschrift Peters, S. 447, 456.

⁹⁸⁶ Vgl. JÄGER, S. 138; ROGALL, NStZ 1988, 375, 389; DERS., ZStW 91 (1979), 1, 21; DERS., Grundsatzfragen, S. 119, 120; SEILER, Festschrift Peters, S. 447, 456; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36 f.; WOLTER, NStZ 1984, 276, 277.

⁹⁸⁷ Vgl. zu Vorbehalten auf der Wertungsebene gegenüber einer generellen Beweismittelverwertbarkeit BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 158; GAMP, DRiZ 1981, 41, 43 f.; GÖTTING, S. 278; GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, S. 192 f.; GRÜNWALD, S. 164; HABSCHEID, Gedächtnisschrift Peters, S. 840, 861; HASSEMER/MATUSSEK, S. 78; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 15; JOERDEN, JuS 1993, 927, 928; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 907; ROGALL Grundsatzfragen, S. 119, 120; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612; SEILER, Festschrift Peters, S. 447, 456; WERNER, NJW 1988, 993, 1000; vgl. zur Notwendigkeit der Einbeziehung überge-

tragbare Belastung des Rechtssystems durch die radikale Verneinung kollidierender Werte und Interessen auf der einen oder anderen Seite zu vermeiden, muss die methodische Antwort auf die Beweisverbotsfrage nach illegaler privater Beweisbeschaffung jedenfalls im Ergebnis differenziert ausfallen.⁹⁸⁸ Eine Konfliktregelung, die dieser Anforderung gerecht wird, könnte in der Übertragung der „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ auf die Konstellation der strafrechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung liegen. Die nachfolgenden Ausführungen werden aufzeigen, welche dogmatischen Grundlagen hierbei zu gelten haben.

§ 2 Terminologie des strafprozessualen Hypothesendenkens

Die Fragestellung, welche Relevanz hypothetische Kausalverläufe oder hypothetische Schadensverläufe für die objektive Zurechnung eines Verhaltens zum Täter haben, ist der Strafrechtswissenschaft im Rahmen des materiellen Strafrechts seit langem geläufig.⁹⁸⁹ Vergleichbare normative Problemlagen existieren im Strafverfahren ebenfalls und haben, wenn auch nicht immer in ausreichender dogmatischer Tiefe, unter Begriffen wie „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“, „hypothetischer Ermittlungsverlauf“, „Grundsatz der rechtmässigen Alternative“ oder schlicht „Verlaufshypothese“ Eingang in Rechtsprechung und Lehre gefunden.⁹⁹⁰

Vorzubeugen ist indes dem Eindruck, die Berücksichtigung hypothetischer Alternativen bei der Ermittlung von Beweisverboten sei ein originär schweizerisch-deutsches Spezifikum. Dem amerikanischen Strafverfahrensrecht beispielsweise ist die Berücksichtigung hypothetischer Erfolgsursachen als „inevitable discovery exception“ oder „hypothetical independent source“ bereits seit langem geläufig. Sie dienen der amerikanischen Recht-

setzlicher und überrechtlicher Wertungen beim Umgang mit dem Gesetz grundlegend ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, S. 256 f.

⁹⁸⁸ Vgl. zum Erfordernis einer differenzierten Ordnung bei den Beweisverboten GAUTHIER, ZStW 103 (1991), 796, 810; HUTZLI, S. 227; ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 120; SEILER, Festschrift Peters, S. 447, 456; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36 f.

⁹⁸⁹ Vgl. beispielsweise zur Prüfung der hypothetischen Kausalität bei Unterlassungsdelikten BGE 101 IV 31; 102 IV 102; 105 IV 19 f.; 108 IV 7; 116 IV 310; vgl. auch jeweils m.w.N. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 87 f.; KELNHOFER, S. 22 ff.; SAMSON, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, passim; SK-RUDOLPHI, Vor § 1 StGB N 57, 65 ff. m.w.N.; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 9 N 17 ff.; WOLTER, Zurechnung, S. 330 ff., 334 ff.

⁹⁹⁰ Vgl. die Begriffe bei BEULKE, ZStW 103 (1991), 657; FORNITO, S. 259; HARRIS, StV 1991, 313, 320; KELNHOFER, S. 18; SCHRÖDER, S. 16, 18 mit einer Zusammenstellung geläufiger Bezeichnungen.

sprechung als Ausnahme von der „exclusionary rule“ und damit der Einschränkung einer Fernwirkung von Verwertungsverböten.⁹⁹¹ Denselben Ansatz verfolgen Rechtsprechung und Lehre in der Schweiz und in Deutschland: Die „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ bezeichnet im Kontext der Beweisverböte im Strafverfahren in der Regel die bei der Ermittlung eines Verwertungsverböts angestellte Gedankenoperation, nach der für rechtswidrig beschaffte Beweismittel grundsätzlich (mit) zu berücksichtigen ist, ob eine rechtmässige Beschaffung möglich gewesen wäre.⁹⁹² Die Hypothesenbildung kann damit einerseits der Relativierung eines Verwertungsverböts dienen, soweit das Beweismittel verwertbar sein soll, weil sich die hypothetische Beweisbeschaffung als rechtmässig erweist;⁹⁹³ umgekehrt kann die Hypothese aber auch negativ ein Verbot der Beweismittelverwertung begründen, soweit ein Beweismittel unverwertbar sein soll, weil es nicht einmal hypothetisch rechtmässig hätte beschafft werden können.⁹⁹⁴

§ 3 Anwendungsbereiche der Hypothesenbildung im Kontext der Beweisverböte

Über die Zulässigkeit, die Ergebnisse und die dogmatische Einordnung hypothetischer Erwägungen im Komplex der Beweisverböte konnte in der schweizerischen und deutschen Doktrin bislang kein Einvernehmen erzielt

⁹⁹¹ Vgl. BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 666 f.; HARRIS, StV 1991, 313, 315, 317 mit Rezeption der amerikanischen Rechtsprechung; KAMISAR/LAFAVE/ISRAEL/KING, Modern Criminal Procedure, S. 907 f.; SCHMID, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, S. 121 f.; SCHRÖDER, S. 17; VEST/EICKER AJP 2005, 885, 892.

⁹⁹² Vgl. aus der schweizerischen Judikatur BGE 96 I 437, 441; 99 V 12 ff.; 103 Ia 206, 217; 109 Ia 244; 120 Ia 314 ff.; 120 V 435, 440; 130 I 126, 132; aus der deutschen Judikatur RGSt 47, 195, 197 f.; BGHSt 24, 125, 130; 25, 168, 171; 32, 68, 71; 34, 39, 53 ff.; 34, 362, 364; BGH, StV 1989, 289, 290 mit im Ergebnis zust. Anm. ROXIN, NStZ 1989, 376, 378 f. und abl. Anm. FEZNER, StV 1989, 290, 295; BGH, NStZ 1997, 294, 295; OLG Celle, NStZ 1989, 385 mit Anm. WOHLERS, NSZ 1990, 245; OLG Zweibrücken, NJW 1994, 810, 811; aus dem Schrifttum AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 84 f.; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657 f.; FEZER, NStZ 2003, 625, 629; FORNITO, S. 259; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 112; JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519 ff.; SCHRÖDER, S. 16; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 202 f.; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 891 f.; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 50.

⁹⁹³ Vgl. BGE 96 I 437, 441; 103 Ia 206, 217; BGHSt 24, 125, 130; 32, 68, 71; 34, 362, 364 f.; 44, 243, 248; 48, 240, 249; BGH, NStZ 1989, 375, 376; NJW 2003, 2034, 2035 f.; NStZ 2004, 449, 450; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 112 ff.; JÄGER, S. 229; vgl. zur „Fehlerbegrenzung durch Hypothesenbildung“ KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 39, F 46 f.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 387; WELP, S. 216.

⁹⁹⁴ Vgl. BGE 96 I 437, 441; 109 Ia 244 ff.; BGHSt 34, 39, 53 und zu diesem Entscheid KÜHNE, EuGRZ 1986, 493; WOLFLAST NStZ 1987, 103; MEYER JR 1987, 215; OLG Oldenburg, StV 1995, 178; FORNITO, S. 274; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892.

werden, wenngleich sich das deutsche strafprozessuale Schrifttum der Aufgabe einer grundsätzlichen Lösung der Problematik inzwischen angenommen hat.⁹⁹⁵ Die Rechtsprechung ist bei der Begründung des Hypothesen-Arguments „über kursorische Wendungen [...] nie hinausgekommen“⁹⁹⁶ und hat dogmatisch-systematische Überlegungen stets hinter die im jeweiligen Einzelfall rechtsschöpferisch ermittelten Gerechtigkeitskriterien zurückgestellt.⁹⁹⁷ Die Schwierigkeiten, Gewissheit über die Gültigkeit der Hypothesenbildung im Strafverfahren zu erzielen, dürften allerdings zu einem Grossteil darin begründet sein, dass es *eine* einvernehmliche Lösung in dieser Sache kaum geben kann: Die Anwendungsbereiche und die Funktionsweisen der Hypothesenbildung innerhalb der vielschichtigen Problematik der Beweisverwertungsverbote sind so verschieden, dass eine dogmatische Variabilität des mit der Verwertungsfrage verwobenen Hypothesen-Arguments geradezu zwingend erscheint.⁹⁹⁸

I. Die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung

Rechtsprechung und Lehre haben unter dem Stichwort „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ vor allem die Grundkonstellation der Hypothesenbildung im Blick, bei der es darum geht, eine *rechtswidrige* Beweiserhebung der *Strafverfolgungsorgane* durch die Hypothese rechtmässiger staatlicher Beweiserlangung zu relativieren.⁹⁹⁹ Dabei wird das tatsächlich rechtswidrige Handeln der Strafverfolgungsbehörden durch ein hypothetisch rechtmässiges substituiert, was dann die Verwertbarkeit des Beweismittels rechtfertigen soll.¹⁰⁰⁰ Die Zulässigkeit und die Anforderun-

⁹⁹⁵ Vgl. insbesondere die Monographien von KELNHOFER, *Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote*, Berlin 1994; PELZ, *Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe*, München 1993; SCHRÖDER, *Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung im Strafprozess*, Berlin 1992.

⁹⁹⁶ FEZER, *NStZ* 2003, 625, 629.

⁹⁹⁷ Vgl. FEZER, *NStZ* 2003, 625, 629; JAHN/DALLMEYER, *NStZ* 2005, 297; SCHRÖDER, S. 23; ebenso in den 80er Jahren ROGALL, *NStZ* 1988, 385; vgl. zur schweizerischen Diskussion FORNITO, S. 268 ff.

⁹⁹⁸ Vgl. FRANK, *Tonbandaufnahmen*, S. 112 ff.; ROGALL, *NStZ* 1988, 385, 389.

⁹⁹⁹ Vgl. FORNITO, S. 260 f., 307 f.; FRANK, *Tonbandaufnahmen*, S. 112; KELNHOFER S. 273; MAURER, S. 38; WEILER, *MDR* 1994, 1163 ff.

¹⁰⁰⁰ Vgl. BGE 103 Ia 206, 217; 120 Ia 314, 320; 130 I 126, 132 mit Anm. VEST/EICKER, *AJP* 2005, 885, 890; BGer, Urteil vom 24. September 2007, 1P.51/2007, E. 3.5.6 und E.3.6; BGHSt 24, 125, 130; 32, 68, 71; 44, 243, 248; BGH, *NStZ* 1989, 375, 376; *NStZ* 2004, 449, 450; OLG Celle, *NStZ* 1989, 385, 386 mit abl. Anm. WOHLERS, *NStZ* 1990, 245, 246; OLG Zweibrücken, *NJW* 1994, 810, 811; FORNITO, S. 260 f., 307 f.; JAHN/DALLMEYER, *NStZ* 2005, 297 f.; KELNHOFER, S. 195; KLUG, *Verhandlungen des 46. DJT*, Band II, F 39, F 46 f.; LR-GÖSSEL, *Einl. Ab-*

gen dieser Hypothesenbildung können zunächst einmal deshalb variieren, weil die Hypothese abhängig von der im konkreten Fall fehlenden Voraussetzung für eine rechtmässige Beweiserhebung unterschiedliche „gedankliche Substitute“ betrifft:¹⁰⁰¹

Literatur und Rechtsprechung stellen Beweishypothesen zum einen im Hinblick auf dieselbe, tatsächlich durchgeführte rechtswidrige staatliche Untersuchungsmassnahme an, deren jeweils rechtswidriger Teilaspekt durch den prozessordnungsgemässen ersetzt wird; Beispiele dafür sind die hypothetische Einholung der fehlenden Anordnung beim zuständigen Organ oder die hypothetische Anordnung derselben Überwachungsmassnahme aufgrund einer anderen Katalogtat.¹⁰⁰²

Nebst dem kann im Wege einer Hypothese auch der tatsächlich gewählte rechtswidrige Untersuchungsweg durch einen ganz anderen, hypothetisch rechtmässigen Untersuchungsweg ersetzt werden; im Ergebnis wird dann mehr oder weniger weiträumig darauf abgestellt, ob aufgrund irgendeiner Eingriffsnorm rechtmässig hätte vorgegangen werden können.¹⁰⁰³ Es ist offensichtlich, dass diese Hypothese nur auf das konkrete Beweismittel bezogen bleibt, während es auf die Identität des betroffenen Rechtsgutes oder gar des Rechtsgutsträgers nicht mehr ankommt. Die spezifischen Probleme in diesem Bereich deuten sich somit bereits an.¹⁰⁰⁴

II. Sonderkonstellationen der Hypothesenbildung

Die Problemlagen der Beweisverbote, zu deren Bewältigung die Hypothesenbildung ja beitragen soll, würden mit der Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung aber nur unvollständig erfasst. Entsprechend wird auch der Anwendungsbereich der Hypothesenbildung ausgeweitet und auf Fallkonstellationen erstreckt, in denen es an einem staatlichen Rechtsverstoss bei der Beweiserlangung gänzlich fehlt. Die Gültigkeitsbedingungen sowie die konkreten Anforderungen der Hypothese müssen sich damit zwangsläufig verschieben. Da Beweisverbote nach

schnitt K N 51; PELZ, S. 60; ROGALL, NStZ 1988, 385, 387; SCHRÖDER, S. 72 ff.; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 45 bezogen auf die Fernwirkung; WEILER, MDR 1994, 1163, 1165; WELP, S. 216.

¹⁰⁰¹ Vgl. FORNITO, S. 260 ff.; JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 302; KELNHOFER, S. 269 f.

¹⁰⁰² Vgl. BGer, Urteil vom 24. September 2007, 1P.51/2007, E.3.5.1; FORNITO, S. 260 f.; JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 302; KELNHOFER, S. 269 f., 270 Fn. 8.

¹⁰⁰³ JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 302; KELNHOFER, S. 271 f.; MAYER, JZ 1989, 908, 910; FORNITO, S. 260 f.

¹⁰⁰⁴ So auch die Analyse bei KELNHOFER, S. 272; MAYER, JZ 1989, 908, 910.

einer rechtmässigen staatlichen Beweiserlangung vor allem im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit von Zufallsfunden, der Beweisbeschaffung durch Dritte und als selbständige Verwertungsverbote diskutiert werden, sind dementsprechend Relevanz und Legitimationsbedingungen hypothetischer Erwägungen für all diese Sonderkonstellationen spezifisch zu ermitteln.¹⁰⁰⁵ Gemein ist diesen Fallgestaltungen – und das unterscheidet die Hypothesenbildung strukturell von derjenigen bei der Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung –, dass es an einem staatlichen Rechtsverstoss bei der Beweiserhebung fehlt, der im Wege einer Hypothese zu substituieren wäre. Es kann somit schon aus rein logischen Gründen bei der Einbeziehung der Hypothese nicht um das Anliegen gehen, eine rechtswidrige staatliche Beweiserhebung durch eine „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ auszugleichen.¹⁰⁰⁶

Bedeutung erlangt die Hypothesenbildung schlussendlich auch bei der Bestimmung der Reichweite eines Verwertungsverbots und dort wiederum bei zwei voneinander zu differenzierenden Problemlagen:¹⁰⁰⁷ So wird mittels der Hypothesenbildung zum einen eine Einschränkung der Fernwirkung des für das unmittelbare Beweismittel bestehenden Verwertungsverbots auf weitere Erkenntnisse und Beweismittel angestrebt, welche ohne neuerliche Verfahrensverletzung aufgrund des unverwertbaren unmittelbaren Beweises gewonnenen wurden.¹⁰⁰⁸ Zum anderen werden hypothetische Erwä-

¹⁰⁰⁵ Vgl. zur Hypothesenbildung im Zusammenhang mit Zufallsfunden jeweils m.w.N. BGer, Urteil vom 9.10.2007, 6B_170/2007, E.4.4 (zur Publikation vorgesehen); KK-NACK, Vor § 94 StPO N 8 und FEZER, NSTz 2003, 625, 630: „hypothetischer Ersatzeingriff“; FORNITO, S. 212 ff., 235 f., 261; KELNHOFER, S. 217 ff.; MAIWALD, JuS 1978, 379, 382; PELZ, S. 180 ff.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 183, 194 f., 202 f.; WELP, S. 220 ff.; vgl. zum Begriffswirrwarr KELNHOFER, S. 225 ff. mit Fn. 123 und SCHRÖDER, S. 18, so wird beispielsweise der Begriff „hypothetischer Ersatzeingriff“ bei den Zufallsfunden (FEZER, NSTz 2003, 625, 630), aber auch in der Grundkonstellation (WELP, S. 217) und bei den Zufallsfunden gerade nicht (WELP, S. 222: „hypothetischer Wiederholungseingriff“) benutzt; vgl. zur Hypothesenbildung bei selbständigen Verwertungsverböten KELNHOFER, S. 216 f.; SCHRÖDER, S. 80 ff.

¹⁰⁰⁶ Dies übergeht SCHRÖDER, S. 152; zutreffend FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 112 f.; KELNHOFER, S. 211 ff., 217 ff., 273.

¹⁰⁰⁷ Mit dogmatischer Unterscheidung auch DENCKER, S. 76, 85; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 51; KELNHOFER, S. 264 f.; KOHLMANN, JA 1978, 594, 596; REINECKE, S. 224 ff.; ROGALL, Informationseingriff, S. 88 f.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 205, 206; WOLTER, NSTz 1984, 276; ohne dogmatische Unterscheidung AMELUNG, NJW 1991, 2533, 2538 f.; RANFT, Festschrift Spindel, S. 719, 734; SEEBODE, JR 1988, 427, 431.

¹⁰⁰⁸ Vgl. zur Relativierung der Fernwirkung mittels Hypothesenbildung BGHSt 32, 68, 71; 34, 362, 364 f.; BGer, Urteil vom 9.10.2007, 6B_170/2007, E.4.5 (zur Publikation vorgesehen); AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 85; AMELUNG, NJW 1991, 2533, 2538 f.; BÉNÉDICT, S. 247 ff.; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 667, 669; DENCKER, S. 80 ff.; FEZER, JZ 1987, 937; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 50; FORNITO, S. 262; GRÜN WALD, StV 1987, 470, 472; HAFFKE, GA 1973, 65, 81 f.; JAHN, JuS 2000, 441, 443; JOERDEN, JuS 1993, 927, 931; KELNHOFER, S. 248 ff.; LR-HANACK, § 136a StPO N 67; MEHLE, in: DAV, S. 172, 174 ff.; MÜSSIG, GA

gungen im Zusammenhang mit der Frage angestellt, ob die Einleitung der staatlichen Strafuntersuchung, also die Annahme eines entsprechenden Anfangsverdachts, aufgrund rechtswidrig gewonnener oder unverwertbarer Beweise gestattet ist.¹⁰⁰⁹ Die Hypothesenbildung muss in diesen beiden Konstellationen – wie in der Grundkonstellation – das „rechtlich missbilligte Element“ substituieren; rechtlich missbilligt ist aber in derartigen Fällen das unverwertbare unmittelbare Beweismittel selbst, welches zum Gewinn des mittelbaren Beweises oder zur Einleitung des Untersuchungsverfahrens geführt hat.¹⁰¹⁰ Die zur Relativierung der Reichweite eines Verwertungsverbotes eingesetzte Hypothese ist folglich spezifisch darauf angelegt, den normativen Zusammenhang zum unverwertbaren unmittelbaren Beweis zu durchbrechen; dies kann allein dadurch geschehen, dass ein vom unverwertbaren unmittelbaren Beweismittel unabhängiger, „sauberer“ Untersuchungsweg hin zum mittelbaren Beweismittel respektive hin zu weiteren Untersuchungen hypothetisch konstruiert wird.¹⁰¹¹

1999, 119, 137; NEUHAUS, NJW 1990, 1221; PIQUEREZ, N 547; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446; REINECKE, S. 204 ff.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 47; SCHLÜCHTER, N 99, 352.3; DIES., JR 1984, 517; SCHRÖDER, S. 80, 82, 87; SEEBODE, JR 1988, 427; SEILER, Festschrift Peters, S. 447, 455 f.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 106; STÖRMER, S. 242 f.; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892; WAGNER, NStZ 1989, 34; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 45; WOLTER, NStZ 1984, 276; vgl. zum Fernwirkungsbegriff Kassationsgericht ZH, ZR 86 (1987) Nr. 96; ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 10; OLG Stuttgart, NJW 1973, 1941, 1942; AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 82; BÉNÉDICT, S. 239 ff.; FEZER, JZ 1987, 937, 938; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 542; LR-GÖSSEL, Einl. Abschn. K N 93; LR-SCHÄFER, 23. Auflage, Einl. Kapitel 14 N 40; SCHLÜCHTER, N 99; SCHMID, Strafprozessrecht, N 610; SK-ROGALL, § 136a StPO N 90; vgl. auch Botschaft VE StPO, BBl. 2006, 1085, 1184.

¹⁰⁰⁹ Vgl. dazu BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; BGHSt 27, 355, 358; verneinend BGH, StV 1995, 283, 286; NStZ 2006, 402, 404; OLG Hamburg, MDR 1976, 601; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 51; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 44; ROGALL, Informationseingriff, S. 88 f.; bejahend KELNHOFER, S. 260 ff.; STÖRMER, S. 252; vgl. auch DENCKER, S. 76; PAULUS, Gedächtnisschrift Meyer, S. 308, 328 f.; REINECKE, S. 224 ff.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 95; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 206.

¹⁰¹⁰ KELNHOFER, S. 258.

¹⁰¹¹ Vgl. BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 84 f.; JOERDEN, JuS 1993, 927, 931; KELNHOFER, S. 258; REINECKE, S. 204, 212; SCHRÖDER, S. 80, 82; SK-ROGALL, § 136a StPO N 106; STÖRMER, S. 242; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 45.

III. Zur Geltungsberechtigung der Hypothese in der Grundkonstellation

1. Die Haltung der Rechtsprechung

Die Hypothesenbildung ist in der Rechtsprechung Teil des Abwägungsverfahrens, das die Praxis zu den Beweisverboten allgemein beherrscht.¹⁰¹² Die Berücksichtigungsfähigkeit von Beweishypothesen hat die schweizerische und deutsche Rechtsprechung „rechtsschöpferisch“, ohne jede dogmatische Verankerung entschieden. Die dem Einzelfall angepasste differenzierte Praxis ist durch eine argumentative Vielfalt gekennzeichnet, bei der die hypothetische Erwägung, „ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel [...] auf gesetzmässigem Weg erreichbar gewesen wäre“¹⁰¹³ ohne Darlegung eines tragenden Prinzips entweder in den Abwägungsvorgang zur Ermittlung eines Verwertungsverbot einbezogen¹⁰¹⁴ oder als unzulässig verworfen wird.¹⁰¹⁵ Mit den wenigen bislang anerkannten Ausnahmen vom Grundsatz der Berücksichtigungsfähigkeit hypothetischer Erwägungen haben die Gerichte aber implizit auch zu erkennen gegeben, dass die Relativierung der Rechtsfolgen von Verfahrensverstössen abwägungsresistente Grenzen hat, die durch eine Hypothesenbildung nicht verschoben werden können und dürfen.¹⁰¹⁶

¹⁰¹² Vgl. zu dieser Analyse JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 301; vgl. zum Abwägungsverfahren in der bundesgerichtlichen Praxis zur Ermittlung der Beweisverwertbarkeit BGE 131 I 272, 278, 281; 130 I 126, 132, BGer, Urteil vom 30. April 2007, 6A.113/2006, E. 6.2.1; Urteil vom 24. September 2007, 1P.51/2007, E. 3.3, je m.w.N.

¹⁰¹³ BGE 130 I 126, 132.

¹⁰¹⁴ Vgl. zur Berücksichtigung der Hypothesenbildung im Rahmen der Abwägung aus der schweizerischen Rechtsprechung BGE 96 I 437, 440 f.; 103 Ia 206, 217; 109 Ia 244; 120 Ia 314, 319; 130 I 126, 132 mit Anm. VEST/EICKER, AJP 2005, 885; BGer, Urteil vom 24. September 2007, 1P.51/2007, E. 3.3, 3.5.1, 3.5.6, 3.6; Kantonsgericht SG, GVP 1977, Nr. 35, S. 67; GVP 1987, Nr. 63, S. 133; GVP 1988, Nr. 79; Kassationsgericht ZH, ZR 73 (1974), Nr. 44, S. 110; vgl. aus der deutschen Rechtsprechung BGHSt 24, 125, 130 ff.; 44, 243, 248 ff.; BGH, NStZ 2004, 449, 450; NJW 2003, 2034, 2035 f.; BayObLG, NJW 1997, 3454, 3455 für das Ordnungswidrigkeitenverfahren; NZV 1997, 276, 278 für das Ordnungswidrigkeitenverfahren; OLG Frankfurt, NJW 1997, 2963, 2964; OLG Koblenz, NStZ 2002, 660, 661; vgl. auch BVerfG, StV 2002, 113 f. und NStZ 2004, 216 zu Substantiationsanforderungen bei unselbständigen Verwertungsverboten.

¹⁰¹⁵ Vgl. zum Ausschluss der Hypothesenbildung BGHSt 25, 168, 171 und dazu zust. JÄGER, S. 230; BGHSt 31, 304, 306, bestätigt in BGHSt 32, 68, 70 und dazu BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 662; LR-GÖSSEL, Einl. Abschnitt K N 101; SCHRÖDER, S. 84 f.; im Ergebnis zust. ROXIN, NStZ 1989, 376, 379; relativierend JÄHNKE, Festschrift Odersky, S. 427, 428 ff.; vgl. zu Ausnahmen der Relativierbarkeit von Verfahrensverstössen auch BGE 96 I 437, 441, das über eine erfolglose Hypothesenbildung im Ergebnis ebenfalls zum Ausschluss des Beweismittels gelangt.

¹⁰¹⁶ Vgl. BGHSt 25, 168, 171; 31, 304, 306; 32, 68, 70. Abzulehnen ist daher die Berücksichtigungsfähigkeit der Hypothesenbildung in BGer, Urteil vom 24. September 2007, 1P.51/2007, E. 3.3, 3.5.1, 3.5.6, 3.6 (Verwertbarkeit der Resultate einer GPS-Überwachung bei eigenmächtigem po-

2. Das Meinungsspektrum in der Literatur im Überblick

Das schweizerische Schrifttum hat die Haltung der Rechtsprechung weitgehend rezipiert und unterstellt die Berechtigung der Hypothesenbildung zumeist stillschweigend; grundsätzlich mit berücksichtigt werden hypothetische Erwägungen entweder bei der Interessenabwägung zwischen Strafverfolgungsinteressen und Beschuldigteninteressen¹⁰¹⁷ oder bei der Qualifikation der Verfahrensvorschriften als Gültigkeits- oder Ordnungsvorschriften, durch die der beachtliche vom unbeachtlichen Rechtsverstoss zu scheiden sein soll.¹⁰¹⁸ Kritischere Stimmen sehen in der Einbeziehung des hypothetisch gesetzmässigen Alternativverlaufs eine Umgehung der notwendigen Wertung über die Zulassung oder Abweisung des Beweismittels¹⁰¹⁹ und wollen die Zulässigkeit der Hypothesenbildung auf ihre verwertungsverbotsbegründende negative Funktion beschränken.¹⁰²⁰

Im deutschen Schrifttum hat sich die vermittelnde Auffassung einer zumindest grundsätzlichen Zulassung von Beweishypothesen im Strafprozess – wenn auch mit zum Teil erheblichen Abweichungen in der Begründung – gegenüber einer generellen Ablehnung der Hypothesenbildung¹⁰²¹ durchgesetzt.¹⁰²² Anerkannt ist insbesondere, dass die Berücksichtigung der

lizeilichen Vorgehen), weil der nachträgliche Verweis auf die Möglichkeit der Einholung einer entsprechenden Anordnung durch das zuständige Organ mit der gesetzlich gerade gewollten *präventiven* Rechtskontrolle unvereinbar ist, die durch eine richterliche oder gerichtliche Anordnung von Überwachungsmassnahmen gewährleistet werden soll; vgl. zur Unzulässigkeit von Beweishypothesen im Bereich des präventiven Rechtsschutzes EISENBERG, Beweisrecht, N 409; PELZ, S. 168, 172; PUTZKE/SCHNEIFELD, StV 2005, 644, 645 f.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 391 f.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21; SCHRÖDER, S. 78; SK-ROGALL, § 136a N 103; WOLTER, Festschrift Rudolphi, S. 733, 744 f.; differenzierend KELNHOFER, S. 198 ff.

¹⁰¹⁷ MAURER, S. 38 unter Vorbehalt schwerer Verletzungen der Verfahrensvorschriften durch staatliche Organe; wohl auch PIQUEREZ, N 547; kritisch BÉNÉDICT, S. 97 f.

¹⁰¹⁸ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 6; HAUSER, ZStrR 88 (1972), 113, 130 f.; MAURER, S. 38; OBERHOLZER, N 806; ZWEIDLER, StPO Thurgau, § 151 StPO TG N 9; vgl. zur Herabstufung einzelner Verfahrensvorschriften zu blossen Ordnungsvorschriften MAURER, S. 38; OBERHOLZER, N 805; PIQUEREZ, N 548; mit berechtigter Kritik an dieser Unterteilung in der schweizerischen Beweisverbotslehre FORNITO, S. 238 ff. m.w.N.; HUTZLI, S. 227 unter Verweis auf den Schutzzweck der Norm als vorzugswürdiges Unterscheidungskriterium.

¹⁰¹⁹ VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892; in diese Richtung auch BÉNÉDICT, S. 98; HUTZLI, S. 227.

¹⁰²⁰ FORNITO, S. 274, anders wohl S. 307 f.; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 157 mit Fussnote 35; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892; vgl. auch ZWEIDLER, StPO Thurgau, § 151 StPO TG N 9.

¹⁰²¹ Generell ablehnend aus dem älteren Schrifttum HAFFKE, GA 1973, 65, 81 f. bezogen auf die Fernwirkungsproblematik; EB. SCHMIDT, MDR 1970, 461, 463; neuerdings auch JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 303 f.; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 909.1; im Ergebnis auch JÄGER, S. 230 ff.; PAULUS, Gedächtnisschrift Meyer, S. 309, 327 f.; RANFT, Festschrift Spindel, S. 719, 734 ff. im Rahmen der Fernwirkung; krit. auch MAYER, JZ 1989, 908, 910.

¹⁰²² Befürwortend AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 84 f.; BEULKE, Strafprozessrecht, N 483; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 664 f.; EISENBERG, Beweisrecht N 409 f.; DERS., Persönliche Beweismittel N 220; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 50 bezogen auf die Fernwirkung; DERS.,

Hypothesenbildung im Ergebnis nicht grenzenlos möglich sein kann, sondern vielmehr danach zu differenzieren ist, in welcher Konstellation und Funktion hypothetische Ermittlungsverläufe Beachtung finden sollen.¹⁰²³ Die „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ bleibt allerdings in der Regel nur ein untergeordnetes Element der unterschiedlichen Beweisverboten, deren prinzipielle Wertungen deshalb auch die Zulässigkeit und die dogmatische Einordnung der Hypothesenbildung bestimmen.¹⁰²⁴

JR 1991, 85, 87 f.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 112 ff.; GRÜNWARD, JZ 1966, 489, 495; DERS., S. 161 f.; DERS., StV 1987, 472 Fn. 9; HERDEGEN, DAV, S. 103, 115 ff.; HOFMANN, JuS 1992, 587, 589; JÄGER, S. 234 ff.; KELNHOFER, S. 141 ff.; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538; KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 39, F 46 f.; MEURER, JR 1990, 389, 391 f.; MEYER-GÖBNER, Einl. N 57c; OTTO, GA 1970, 289, 292 Fn. 22; RANSIEK, S. 89 ff.; RIEB, DAV, S. 141, 150 ff.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 390 ff.; DERS., NStZ 1989, 376, 379; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21, 38; SALDITT, GA 1992, 51, 73; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 520; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 490 ff.; SCHRÖDER, S. 195 ff.; SEILER, Festschrift Peters, S. 447, 456; WELP, S. 216 f.; WEILER, MDR 1994, 1163, 1166; WOLTER, NStZ 1984, 276, 277.

¹⁰²³ Vgl. AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 84 f. bezogen auf das mittelbare Beweismittel; BEULKE, Strafprozessrecht, N 483; DERS., ZStW 103 (1991), 657, 664 f.; EISENBERG, Beweisrecht N 409 f.; DERS., Persönliche Beweismittel N 220; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 50 bezogen auf die Fernwirkung; DERS., JR 1991, 85, 87 f.; GRÜNWARD, JZ 1966, 489, 495; DERS., S. 161 f.; DERS., StV 1987, 472 Fn. 9; HERDEGEN, DAV, S. 103, 115 ff.; HOFMANN, JuS 1992, 587, 591 f.; JÄGER, S. 234 ff.; KELNHOFER, S. 141 ff.; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538; KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 39, F 46 f.; MEURER, JR 1990, 389, 391 f.; MEYER-GÖBNER, Einl. N 57c; OTTO, GA 1970, 289, 292 Fn. 22; RANSIEK, S. 89 ff.; RIEB, DAV, S. 141, 150 ff.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 390 ff.; DERS., NStZ 1989, 376, 379; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21, 38; SALDITT, GA 1992, 51, 73; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 520; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 490 ff.; SCHRÖDER, S. 195 ff.; SEILER, Festschrift Peters, S. 447, 456; WAGNER, NStZ 1989, 34 f.; WELP, S. 216 f.; WOLTER, NStZ 1984, 276, 277.

¹⁰²⁴ Zur Hypothesenbildung im Rahmen begrifflicher Differenzierungen nach Normgruppen JESCHECK, 46. DJT, S. 2; PETERS, 46. DJT, S. 91, 100; ähnlich KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538; MEYER-GÖBNER, § 100a StPO N 21; zur Hypothesenbildung bei „lediglich formalen Mängeln“ auch BGH, NStZ 1989, 375, 376; zur Hypothesenbildung im Rahmen des revisionsrechtlichen Ansatzes SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 518 ff.; DIES., N 4.1.; zur Hypothesenbildung im Rahmen der Schutzzwecklehren BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 664 f.; DERS., Strafprozessrecht, N 483; GRÜNWARD, JZ 1966, 489, 492 ff.; SCHRÖDER, S. 51 ff., 78 ff.; ähnlich AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, S. 40 f.; DERS., NJW 1991, 2533, 2535; DERS., Festschrift Bemman, S. 505, 508; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 516; zur Hypothesenbildung im Rahmen der Abwägungslehre EISENBERG, Persönliche Beweismittel N 220; DERS., Beweisrecht N 409; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 112 ff.; MEURER, JR 1990, 389; PELZ, S. 91; ROGALL, NStZ 1988, 385 ff.; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 38; DERS., NStZ 1989, 376, 379; SK-ROGALL, § 136a StPO N 101; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203 f.; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 50, 58 f.; WOLTER, NStZ 1984, 276 ff.

2. Kapitel: Prämissen der Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung

§ 1 Der staatliche Verwertungsakt als Ansatzpunkt der Verwertungsverbotsfolge

I. Die Rechtmässigkeit der staatlichen Beweiserlangung

Selbst wenn die illegale private Beweisbeschaffung nicht die eigentliche rechtliche Grundlage der Verwertungsverbotsfolge sein kann,¹⁰²⁵ bedeutet dies nicht, dass dem privaten Unrecht bei den strafprozessualen Beweisverboten keinerlei Bedeutung zukommt; immerhin ist kaum zu bestreiten, dass gerade die Illegalität der privaten Beweisbeschaffung Wissenschaft und Praxis seit je her herausgefordert hat, die Notwendigkeit einer korrigierenden Verwertungsbegrenzung in Betracht zu ziehen und die Legitimierbarkeit einer entsprechenden Verwertungsverbotsfolge zu überdenken.¹⁰²⁶ Zu gewärtigen ist allerdings auch, dass den Strafverfolgungsbehörden selbst auf dem Weg hin zur Verwertung des von privater Seite übergebenen Beweismittels keinerlei Vorwurf zu machen ist. Die sich an die private Beweisbeschaffung historisch anschliessende passive Entgegennahme der Beweismittel aus privater Hand führt zwar zu einer staatlichen Beweiserlangung, sie ist aber mangels aktiver hoheitlicher Beschaffungshandlung keine staatliche Beweiserhebung im strafprozessualen Sinne, deren Zulässigkeit als staatliche Eingriffstätigkeit der Rechtfertigung bedürfte.¹⁰²⁷ Aus diesem Grund kann auch der im Schrifttum verfolgte Ansatz nicht haltbar sein, die „staatliche Übernahme“ des durch

¹⁰²⁵ Vgl. DENCKER, S. 106 ff.; FELDMANN, NJW 1959, 853, 855; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 5; DERS., JuS 1979, 35, 36 f.; GRÜNWALD, JZ 1966, 498, 496 f.; HALLER/CONZEN, N 563 ff.; HK-JULIUS, § 261 StPO N 13; JÄGER, S. 222; KRAMER, Strafverfahrensrecht, N 166 f.; LR-HANACK, § 136a StPO N 10; NÜSE, JR 1966, 281, 285, 286; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 331 ff.; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038; SCHLÜCHTER, N 100; STÖRMER, S. 133; WERNER, NJW 1988, 993, 1000.

¹⁰²⁶ Vgl. Kassationsgericht ZH, ZR 103 (2004), Nr. 72, S. 279, 285; KELNHOFER, S. 240; MACHT, S. 32 ff.; STÖRMER, S. 113.

¹⁰²⁷ GÖTTING, S. 298; MACHT, S. 323 f.; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 171; im Ergebnis ebenso HÜSCH, S. 358; vgl. auch STÖRMER, S. 92 f.; vgl. auch das Gegenbeispiel einer dem Staat zurechenbaren Beweiserhebung durch die SUVA in BGE 129 V 323 ff.

Individualrechtsverletzungen beschafften Beweismaterials zum massgeblichen Ansatzpunkt für die Verwertbarkeitsfrage zu machen.¹⁰²⁸ Diese Konstruktion wertet die schlichte staatliche Duldung der freiwilligen Beweismittelweiterleitung des Bürgers zu einem rechtfertigungsbedürftigen strafprozessualen Beweiserhebungsakt des Staates auf, der in Tat und Wahrheit für den nur übernommenen Beweisgegenstand nicht feststellbar ist.¹⁰²⁹ Hinzu kommt, dass dem privaten materiellen Unrecht eine prozessuale Wirkungsmacht unterstellt wird, die sich dogmatisch nicht begründen lässt; der private Beschaffungsakt ist gerade nicht geeignet, die Legitimität der „staatliche[n] Übernahme, also [...] [der] Nutzung des Materials“ in Zweifel zu ziehen.¹⁰³⁰ Aus diesem Grund könnte nicht einmal ein ausserordentlich weites Verständnis von strafprozessualer „Beweiserhebung“, welches die staatliche Annahme des vom Bürger übergebenen Materials einschliesst, an dem Faktum vorbeiführen, dass diese staatliche „Beweiserhebung“ rechtmässig wäre und daher nicht der unmittelbare Anknüpfungspunkt einer Verwertungsverbotsfolge sein kann.

II. Die Verwertungsverbotsfrage im Kontext der selbständigen Verwertungsverbote

Ohne eine tatsächlich verletzte Verfahrensvorschrift auf dem Weg bis zur Verwertung ist die Verwertbarkeitsfrage nach der hier zugrunde gelegten Terminologie zwangsläufig in den Bereich der selbständigen Verwertungsverbote zu verlagern, bei denen „der Beweisverwertungsvorgang als solcher aus sich selbst heraus“ zu beurteilen ist.¹⁰³¹ Auf dieser rechtssystematischen Stufe werden dann selbstverständlich alle von der

¹⁰²⁸ So aber KELNHOFER, S. 246.

¹⁰²⁹ Vgl. RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 171.

¹⁰³⁰ Vgl. DENCKER, S. 106 ff.; FELDMANN, NJW 1959, 853, 855; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 5; DERS., JuS 1979, 35, 36 f.; GRÜNWALD, JZ 1966, 498, 496 f.; HALLER/CONZEN, N 563 ff.; HK-JULIUS, § 261 StPO, N 13; JÄGER, S. 222; KRAMER, Strafverfahrensrecht, N 166 f.; LR-HANACK, § 136a StPO N 10; NÜSE, JR 1966, 281, 285, 286; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 331 ff.; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038; SCHLÜCHTER, N 100; STÖRMER, S. 133; WERNER, NJW 1988, 993, 1000.

¹⁰³¹ FEZER Grundfragen, S. 3; ebenso DENCKER, S. 103; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 101 ff.; ROGALL, Grundsatzfragen, S. 119, 127; vgl. zur Relevanz der selbständigen Verwertungsverbote in den Fallgestaltungen illegaler privater Beweisbeschaffung BAUMANN/BRENNER, S. 16; BÉNÉDICT, S. 54 ff, 57 f.; DENCKER, S. 101 ff.; FEZER, Grundfragen, S. 4 ff.; GÖSSEL, NJW 1981, 649, 650; GÖTTING, S. 80; JÄGER, S. 3; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1539; KÜPPER, JZ 1990, 416 f.; LORENZ, GA 1992, 254, 268; MACHT, S. 32; NÜSE, JR 1966, 281 ff.; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 3; DERS., Grundsatzfragen, S. 119, 127; DERS., JZ 1996, 944, 946; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038; SCHLÜCHTER, N 4.2; SCHROTH, JuS 1998, 969; für die Schweiz der Sache nach ebenso WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 39 ff.

tatsächlichen Beweisbeschaffung unabhängigen Verwertungsbeschränkungen beachtlich. Daher ist absehbar, dass der staatlichen Beweisverwertung auch nach einer privaten Beweisbeschaffung die Geltungskraft der Grundrechte entgegen steht, die in den Fällen einer grundrechtsrelevanten Verwertung als generelle Beschränkung der staatlichen Verwertungsbefugnis erst mit dem Nachweis einer staatlichen Eingriffs- und Verwertungsbefugnis überwindbar ist.¹⁰³² In diesem Zusammenhang bleibt dann zu berücksichtigen, dass das private Unrecht der Beweisbeschaffung zu einem mittelbaren Verwertungshindernis erstarken kann, soweit es als eines von mehreren Abwägungskriterien in die umfassende Abwägung der kollidierenden grundrechtlich geschützten Rechte und Interessen einfließt.¹⁰³³ Der Problembereich der spezifisch durch die illegale private Beweisbeschaffung aufgegebenen Schwierigkeiten ist damit allerdings verlassen und die allgemeine Dogmatik der grundrechtlichen Verwertungsverbote erreicht, deren grundlegende Prinzipien in Rechtsprechung und Lehre inzwischen weitgehend gefestigt sind und hier nur am Rande interessieren.¹⁰³⁴ Vorliegend geht es nämlich um die für die Fallgestaltung illegaler privater Beweisbeschaffung spezifische Frage, ob ein dogmatisch unterscheidbares „anderes“ selbständiges Verwertungsverbot begründbar ist, das sich nicht erst aus einer stets vorbehaltenen grundrechtsverletzenden Wirkung des Verwertungsaktes heraus erklärt.¹⁰³⁵ Zur Diskussion gestellt wird ein neben die grundrechtliche Verwertbarkeitsprüfung tretendes Verwertungsverbot, das im Wege der Hypothesenbildung Wertungen der einfachgesetzlichen Beweiserhebungsnormen in sich aufnimmt. In der Terminologie der Beweisverbote gesprochen handelt es sich gewissermassen um die Konzeption eines „unechten“ selbständigen Verwertungsverbots, soweit die Be-

¹⁰³² Vgl. FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 101 ff.; GÖTTING, S. 80; HÜSCH, S. 362; KELNHOFER, S. 246; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 175 f., 190 f.

¹⁰³³ Vgl. zu „Einbruchstellen“ des privaten Unrechts bei den grundrechtlichen Verwertungsverboten DENCKER, S. 106 f.; STÖRMER, S. 133; vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 III. 1., S. 230 ff.

¹⁰³⁴ Vgl. zu grundrechtlichen Verwertungsverboten nach illegaler privater Beweisbeschaffung DENCKER, S. 106 ff.; FELDMANN, NJW 1959, 853, 855; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 5; DERS., JuS 1979, 35, 36 f.; GÖTTING, S. 80; GRÜNWALD, JZ 1966, 498, 496 f.; JÄGER, S. 222; HALLER/CONZEN, N 563 ff.; HK-JULIUS, § 261 StPO N 13; KRAMER, Strafverfahrensrecht, N 166 f.; LR-HANACK, § 136a StPO N 10; NÜSE, JR 1966, 281, 285, 286; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 331 ff.; RÖCKL/FAHL, NZA 1998, 1035, 1038; SCHLÜCHTER, N 100; STÖRMER, S. 133; WERNER, NJW 1988, 993, 1000; vgl. zu gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für die Verwertung grundrechtsbeeinträchtigender Beweismittel LABER, S. 84 ff.; WERNER, NJW 1988, 993, 1000 f.; vgl. zur Ableitung der Verwertungsverbotsfolge aus dem grundrechtlichen Abwehranspruch STÖRMER, S. 57; WÖFL, S. 201 f.; für die Schweiz der Sache nach ebenso BGE 131 I 272, 277 mit Anmerkung WOHLERS, AJP 2006, 629; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 39 ff.

¹⁰³⁵ Insoweit zutreffend KELNHOFER, S. 246; vgl. auch FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 101 ff.; GÖTTING, S. 298; HÜSCH, S. 358; MACHT, S. 323 f.

weiserhebungsvorschriften bei der Beurteilung der Zulässigkeit des staatlichen Verwertungsakts eine rechtliche Bedeutung entfalten, obgleich ein staatlicher Verstoss bei der Erlangung des Beweismittels tatsächlich nicht vorliegt.

III. Die Legitimationsbedürftigkeit der Verwertungsverbotsfolge

Die Feststellung des fehlenden staatlichen Rechtsverstosses bei der Beweiserlangung führt zu einer für die Dogmatik des Verwertungsverbots grundlegenden These: Legitimationsbedürftig ist in der spezifischen Konstellation rechtmässiger staatlicher Beweiserlangung nach illegaler privater Beweisbeschaffung nicht die Verwertbarkeit des Beweismittels, sondern seine Unverwertbarkeit.¹⁰³⁶ Zur Begründung dieser Annahme kann die in der Beweisverbotslehre ausgefochtene Diskussion, ob die freie staatliche Sachverhaltserforschung nun die Regel ist und die Beweisverbote die Ausnahme bilden oder umgekehrt,¹⁰³⁷ nur wenig beitragen, weil es an staatlichen Erforschungshandlungen bezogen auf das vom Bürger freiwillig übergebene Beweismittel überhaupt fehlt; dass der Bereich, welcher der staatlichen „Durchleuchtung“ offen steht, schon in sich begrenzt ist, erscheint nach dem heutigen Stand der Lehre vom Gesetzesvorbehalt im Übrigen nahezu selbstverständlich.¹⁰³⁸

Aufzunehmen ist jedoch der die Auseinandersetzung um Regel- oder Ausnahmecharakter der Beweisverbote leitende Grundgedanke, dass ein rechtsstaatlicher Vorrang bürgerlicher Freiheit besteht, vor dem sich staatliche Herrschaftsausübung zu rechtfertigen hat – und zwar grundsätzlich durch das notwendige Medium des Gesetzes.¹⁰³⁹ Dies muss nicht nur für die staatliche Beweiserhebung, sondern auch für die staatliche Verwertung von Beweismitteln im Strafprozess gelten, erweist sich diese doch ebenfalls als eine zielgerichtete hoheitliche Intervention zur Sachverhaltserfor-

¹⁰³⁶ Vgl. OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 333; widersprüchlich KELNHOFER, S. 246 ff., die der rechtswidrigen privaten Handlung an sich zutreffend jede prozessuale Wirkungsmacht abspricht, den staatlichen Verwertungsakt als „Ausnutzung der (so erfolgten) Beweiserlangung durch staatliche Behörden“ aber gleichwohl für legitimierungsbedürftig hält.

¹⁰³⁷ Vgl. dazu FORNITO, S. 14 ff.; SCHILLING, S. 59 ff., 78, 174 ff.; SYDOW, S. 5 ff., 23, 39 ff.

¹⁰³⁸ FORNITO, S. 16; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 5; STÖRMER, S. 61 ff.

¹⁰³⁹ Vgl. FORNITO, S. 16; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 191; SCHILLING, S. 59 ff., 78; STÖRMER, S. 61 ff.; TSCHANNEN, § 6 N 22.

schung.¹⁰⁴⁰ Insoweit ist allerdings zu konstatieren, dass der Gesetzgeber in der Schweiz und Deutschland die Berechtigung und Verpflichtung zur Nutzung von Beweismitteln zu Beweis Zwecken offenbar stillschweigend vorausgesetzt hat, ohne spezielle strafprozessuale Vorschriften zur Verwertungs befugnis und -verpflichtung zu schaffen.¹⁰⁴¹ Entscheidend ist daher, dass jedenfalls in den Fällen rechtmässiger staatlicher Beweisgewinnung eine der staatlichen Legitimationslast genügende Beweisverwertungsermächtigung aus denjenigen Normen abgeleitet werden kann, welche die Strafverfolgungsbehörden und das Gericht zur Ermittlung des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts und in diesem Zusammenhang auch zur Nutzung des ihnen faktisch zur Verfügung stehenden Beweismaterials verpflichten.¹⁰⁴² Eine gesetzliche Begrenzung dieser prinzipiell bestehenden staatlichen Verwertungs befugnis und -verpflichtung enthalten die Strafprozessordnungen der Schweiz und Deutschlands für die staatliche Nutzung privat beschaffter Beweismittel nicht.¹⁰⁴³ Weil eine staatliche Beweiserhebung in dieser Konstellation gar nicht stattgefunden hat, kann sich diese Begrenzung auch nicht als Folge einer Überschreitung gesetzlicher Beweiserhebungs kompetenzen, sondern nur aus dem Verwertungsakt selbst in der Form einer ungeschriebenen Rechtsregel ergeben.¹⁰⁴⁴ Erkennt man diese Erwägung als richtig an, so bleibt danach legitimierungsbedürftig, aus welchem Grund der Verwertungsakt trotz absolut rechtmässiger Beweisgewinnung der Strafverfolgungsbehörden staatlicherseits unzulässig sein sollte. Mit anderen Worten: Legitimierungsbedürftig ist die verwertungs begrenzende Rechtsregel und damit das Verwertungsverbot selbst, weil die Rechtmässigkeit der staatlichen Beweiserlangung die in dieser

¹⁰⁴⁰ Vgl. KELNHOFER, S. 229; LABER, S. 86 ff.; MACHT, S. 34; SCHILLING, S. 174 ff.; STÖRMER, S. 62 ff., 69.

¹⁰⁴¹ FEZER, Grundfragen, S. 6; LABER, S. 87 bezogen auf die Beweisverwertung im Ermittlungsverfahren; vgl. FORNITO, S. 70 ff.; MACHT, S. 34; STÖRMER, S. 101 ff.; vgl. zum Einwand des Verstosses gegen den Gesetzesvorbehalt für eine nur aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleitete staatliche Verwertungs befugnis KELNHOFER, S. 73 f.; MACHT, S. 42; PELZ, S. 91; REINECKE, S. 231; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 176; SCHILLING, S. 178; STÖRMER, S. 72; STRATE, JZ 1989, 176, 178 f.; DERS., DAV, S. 19 f.; zu grundsätzlichen Bedenken aus revisionsrechtlicher Sicht HAFFKE, GA 1973, 65, 80 ff.

¹⁰⁴² Vgl. FEZER, Grundfragen, S. 4; HÜSCH S. 359 ff.; KMR-LESCH, § 136a StPO N 52; LABER, S. 87 ff.; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319, 333; SCHMID, Strafprozessrecht, N 8, 95; STÖRMER, S. 93 ff., 101 ff.; vgl. zu entsprechenden gesetzlichen Grundlagen §§ 244 Abs. 2, 261 und §§ 152 Abs. 2, 160, 163 Abs. 1 dStPO und dazu eingehend STÖRMER, S. 101 ff.; Art. 6, 7 E-StPO und dazu die Botschaft VE StPO, BBl 2006, 1085, 1130.

¹⁰⁴³ Vgl. FEZER, Grundfragen, S. 5.; FORNITO, S. 70 ff.; HAFFKE, GA 1973, 65, 83; LABER, S. 86 f.

¹⁰⁴⁴ FEZER, Grundfragen, S. 5; vgl. HAFFKE, GA 1973, 65, 83; LABER, S. 86 f.

Konstellation prinzipiell bestehende staatliche Verwertungsbefugnis für das bereits präsenste Beweismittel zunächst einmal indiziert.¹⁰⁴⁵

§ 2 Funktion und Ansatzpunkt der Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung

Die Auseinandersetzung um die Berücksichtigungsfähigkeit hypothetischer Erwägungen ist ganz auf die Grundkonstellation der Hypothesenbildung fokussiert, in der die Beweishypothese zur Ermittlung eines Verwertungsverbots nach rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung herangezogen wird.¹⁰⁴⁶ Schon für diese Grundkonstellation führt indes der Versuch, die „Funktion“ der Hypothese zu bestimmen, zu Schwierigkeiten, die durch ein je nach Blickwinkel des Betrachters variierendes Funktionsverständnis zur Hypothesenbildung verursacht sind. So wird im strafprozessualen Schrifttum etwa vertreten: „Die Funktion der Hypothesenbildung im Einzelfall ist dabei abhängig davon, an welcher Voraussetzung für eine rechtmäßige Beweisführung es fehlte. Diese fehlende Voraussetzung wird im hypothetischen Ermittlungsverlauf gleichsam hinzugedacht. Anders ausgedrückt: Das hypothetisch angenommene Element surrogiert das tatsächlich fehlende Element.“¹⁰⁴⁷ Ist aber der Vorgang der Surrogation, also der gedankliche Austausch des tatsächlichen Rechtsfehlers durch eine rechtmässige Alternative,¹⁰⁴⁸ wirklich die Funktion der Hypothese? Oder handelt es sich dabei nicht vielmehr um ihren generellen Inhalt, ihren Gegenstand, um die Gedankenoperation als solche? Und ist demgegenüber in dieser Grundkonstellation die eigentliche Funktion der Hypothesenbildung – verstanden als ihre zielgerichtete Aufgabe, ihr eigentlicher Zweck im Kontext des Beweisverbote – nicht viel eher darin zu erblicken, positiv die Verwertbarkeit des durch den staatlichen Rechtsfehler gewonnenen Beweismittels zu legitimieren, wozu die gedankliche Ersetzung der fehlenden Erhebungsvoraus-

¹⁰⁴⁵ Vgl. eingehend dazu STÖRMER, S. 94 f., 101 ff. Das strafprozessuale Schrifttum ist daher auch ausnahmslos bemüht, die Unverwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweismittel zu begründen, vgl. zu den verschiedenen dogmatischen Konzeptionen Zweiter Teil, S. 119 ff.

¹⁰⁴⁶ Vgl. BGE 103 Ia 206, 217; 120 Ia 314, 320; 130 I 126, 132; BGHSt 24, 125, 130; 32, 68, 71; 44, 243, 248; BGH, NStZ 1989, 375, 376; NStZ 2004, 449, 450; OLG Celle, NStZ 1989, 385, 386; OLG Zweibrücken, NJW 1994, 810, 811; FORNITO, S. 307 f.; JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297 f.; KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 39, F 46 f.; LR-GÖSSEL, Einl. Abschnitt K N 51; PELZ, S. 60; ROGALL, NStZ 1988, 385, 387; SCHRÖDER, S. 85; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 890; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 45 bezogen auf die Fernwirkung; WELP, S. 216; WOHLERS, NStZ 1990, 245, 246.

¹⁰⁴⁷ JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 302.

¹⁰⁴⁸ Vgl. JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 302: „Surrogat-Funktion“ der Hypothese.

setzung durch das angenommene Element nicht Zweck, sondern Mittel ist? All dies sind Fragen, die es angezeigt erscheinen lassen, dem Funktionsbegriff bei der Hypothesenbildung mit kritischer Zurückhaltung zu begegnen und ihn jedenfalls in den Kontext der Beweisverwertungsverbote zu stellen, in dem die Hypothese verwendet wird: Die (Mit-)Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen dient danach in einem funktionalen Sinne dazu, die Verwertbarkeit eines Beweises zu ermitteln und die Beweisverwertung entweder positiv (mit) zu rechtfertigen oder negativ auszuschließen.¹⁰⁴⁹

I. Die „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“

Die so verstandene Funktion der Hypothese ist für die Fallgestaltungen rechtswidriger privater Beweisbeschaffung auf ihre negative Zielrichtung reduziert. Zurückzuführen ist dies darauf, dass es angesichts der absolut rechtmässigen staatlichen Beweiserlangung einer besonderen Rechtfertigung der Verwertbarkeit des betroffenen Beweismittels grundsätzlich nicht bedarf;¹⁰⁵⁰ die Einbeziehung einer Hypothese zur Ermittlung der staatlichen Verwertungsbefugnis wäre nur überflüssiges argumentatives Beiwerk. Sollen hypothetische Erwägungen aber umgekehrt die Unzulässigkeit des staatlichen Verwertungsaktes begründen,¹⁰⁵¹ so dienen sie der Legitimation und Konstituierung eines Verwertungsverbotes und damit dem Ausschluss des betroffenen Beweismittels. Diese verwertungsverbotsbegründende Funktion der Hypothese drückt sich sprachlich in ihrer negativen Formulierung aus: Ein *Verwertungsverbot* soll eingreifen, wenn das betroffene Beweismittel von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig *nicht*, also *nur rechtswidrig*, hätte beschafft werden können.¹⁰⁵² Ein solches gedankliches Konstrukt ist dann aber genau genommen keine

¹⁰⁴⁹ Vgl. zur Hypothesenbildung als prozessuales Instrument zur Ermittlung eines Verwertungsverbotes BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; RGSt 47, 195, 197 f.; BGHSt 24, 125, 130; 25, 168, 171; 32, 68, 71; 34, 39, 53 ff.; 34, 362, 364; BGH, StV 1989, 289, 290 m. im Ergebnis zust. Anm. ROXIN, NStZ 1989, 376, 378 f. und abl. Anm. FEZER, StV 1989, 290, 295; NStZ 1997, 294, 295; OLG Celle, NStZ 1989, 385; OLG Zweibrücken, NJW 1994, 810, 811; AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 84 f.; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657 f.; FEZER, NStZ 2003, 625, 629; FORNITO, S. 259; JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519 ff.; SCHRÖDER, S. 16; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 202 f.; WOHLERS, NStZ 1990, 245.

¹⁰⁵⁰ In diese Richtung auch FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 94 f.; vorbehalten bleibt der Problemkomplex legitimierungsbedürftiger Grundrechtseingriffe durch den Verwertungsakt selbst, vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 III., S. 230 ff.

¹⁰⁵¹ Vgl. Dritter Teil: 1. Kapitel: § 3, S. 243 ff.; Dritter Teil: 2. Kapitel: § 1 III., S. 254 ff.

¹⁰⁵² Im Ergebnis ebenso BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132.

„Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ mehr.¹⁰⁵³ Denn eine „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ kann nur als das gedankliche Gegenstück zu einer tatsächlich rechtswidrigen Beweiserhebung begriffen werden, die prozessual geeignet ist, die Verwertbarkeit des betreffenden Beweismittels in Zweifel zu ziehen.¹⁰⁵⁴ Diese Voraussetzung erfüllt eine rechtswidrige private Beweisbeschaffung indes nicht. In dieser Sonderkonstellation kann allenfalls der Umstand Relevanz haben, dass den Strafverfolgungsbehörden eine eigenhändige, zielgerichtete Beweiserhebung rechtlich nicht gestattet gewesen wäre.¹⁰⁵⁵ Ihrem Inhalt und ihrer negativen Funktion nach ist die nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung denkbare Hypothese demzufolge eine „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“.

II. Gedankliche „Ergänzung“ einer zielgerichteten staatlichen Beweiserhebung

In der Grundkonstellation der Hypothesenbildung sind die Zweifel an der Verwertbarkeit des betroffenen Beweismittels abgeleitet aus dem staatlichen Rechtsverstoss bei der Beweiserlangung, der damit zugleich den äusseren „Anlass“ zur Einbeziehung der „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ darstellt.¹⁰⁵⁶ Der Umstand, dass Beweise auf rechtswidrige Weise gewonnen wurden, ist indes nicht der Anlass *jeder* Hypothesenbildung.¹⁰⁵⁷ Bei einer Übertragung des Hypothesengedankens von der Grundkonstellation auf die Fallgestaltungen rechtswidriger privater Beweisbeschaffung wird dies bisweilen vernachlässigt: Berücksichtigungsfähigkeit und Geltungsberechtigung der Hypothesenbildung können nicht losgelöst davon entwickelt werden, aus welcher konkreten Veranlassung eine Hypothese überhaupt in die Ermittlung eines Verwertungsverbotes einbezogen werden soll.¹⁰⁵⁸ Für die Fallgestaltung rechtswidriger privater

¹⁰⁵³ KELNHOFER, S. 273.

¹⁰⁵⁴ KELNHOFER, S. 273; SCHRÖDER, S. 16, 18.

¹⁰⁵⁵ Vgl. zu Ansatzpunkt und Inhalt der Hypothese Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 II. 1., S. 259 ff.

¹⁰⁵⁶ Vgl. JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 302.

¹⁰⁵⁷ Zu pauschal insoweit JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 302.

¹⁰⁵⁸ Vgl. zu differenzierenden Ansätzen, welche die Legitimität der Hypothesenbildung davon abhängig machen, in welcher Konstellation hypothetische Ermittlungsverläufe Beachtung finden sollen AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 84 f. bezogen auf das mittelbare Beweismittel; BEULKE, Strafprozessrecht, N 483; DERS., ZStW 103 (1991), 657, 664 f.; EISENBERG, Beweisrecht N 409 f.; DERS., Persönliche Beweismittel N 220; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 50 bezogen auf die Fernwirkung; DERS., JR 1991, 85, 87 f.; FORNITO, S. 260 ff., 307 f.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 112 ff.; GRÜNWALD, JZ 1966, 489, 495; DERS., S. 161 f.; DERS., StV 1987, 472 Fn. 9; HERDEGEN, DAV, S. 103, 115 ff.; JÄGER, S. 234 ff. zur Unzulässigkeit der Hypothesenbil-

Beweisbeschaffung bereitet die entsprechende Bestimmung eines möglichen Ansatzpunktes der Hypothesenbildung aber bereits einige Schwierigkeiten, mit denen sich Rechtsprechung und Lehre bis dato kaum befasst haben.

1. Das Fehlen eines Ersetzungsobjekts bei der Hypothesenbildung

In den Fällen rechtswidriger privater Beweisbeschaffung kann die Berücksichtigung von Beweishypothesen, anders als in der Grundkonstellation, nicht durch einen gedanklich zu substituierenden staatlichen Rechtsverstoss bei der Beweiserhebung bedingt sein, weil es an einem solchen gerade fehlt.¹⁰⁵⁹ Für die Legitimität der Hypothese bleibt dies nicht ohne Folgen. Offensichtlich unerheblich werden nämlich die zur Grundkonstellation der Hypothesenbildung im Schrifttum geäußerten Bedenken, ob es sich bei der für den Beschuldigten nachteiligen Relativierung eines tatsächlich geschehenen staatlichen Gesetzesverstosses durch die anschließende Hypothese, dass die Beweiserhebungsvorschriften hätten eingehalten werden können, überhaupt um ein verfahrens- und beweisrechtlich zulässiges Instrument handeln kann.¹⁰⁶⁰

Weiter muss sich die Dogmatik einer Hypothesenbildung nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung an der grundlegenden Vorgabe orientieren, dass aus dem privaten Rechtsverstoss kein Verwertungsverbot für das

dung bei Verstössen gegen den Richtervorbehalt und Zuständigkeitsregeln; KELNHOFER, S. 141 ff.; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538; KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 39, F 46 f.; MEURER, JR 1990, 389, 391 f.; MEYER-GÖBNER, Einl. N 57c; OTTO, GA 1970, 289, 292 Fn. 22; PUTZKE/SCHNEIFELD, StV 2005, 644, 645 f. zur Unzulässigkeit des Austausches der Verdachtsgrundlagen bei Telefon-Überwachung; RANSIEK, S. 89 ff.; RIEB, DAV, S. 141, 150 ff. speziell zur Aufklärung von Katalogtaten; ROGALL, NStZ 1988, 385, 390 ff.; DERS., NStZ 1989, 376, 379; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21, 38; SALDITT, GA 1992, 51, 73; SELLER, Festschrift Peters, S. 447, 456; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 520; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 490 ff.; SCHRÖDER, S. 195 ff.; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892; WALTER, ZStR 82 (1966), 36, 45, 50; WELP, S. 216 f.; WOLTER, NStZ 1984, 276, 277.

¹⁰⁵⁹ Vgl. KELNHOFER, S. 247 f., 273.

¹⁰⁶⁰ Vgl. zu diesem Einwand bei rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung FORNITO, S. 273 f., abweichend aber S. 307 f.; DENCKER, S. 81; FEZER, JZ 1987, 937, 939, anders aber dann DERS., JR 1991, 85, 87; HAFFKE, GA 1973, 65, 80 ff.; JÄGER, S. 230 f.; MAYER, JZ 1989, 908, 910; REINECKE, S. 205; ROGALL, NStZ 1988, 385, 390; DERS., ZStW 91 (1979), 1, 33; SCHELLHAMMER, NJW 1972, 319, 320; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519; EB. SCHMIDT, MDR 1970, 461, 463 bezogen auf einen Verstoss gegen § 81a; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892; generell ablehnend gegenüber einer Hypothesenbildung nach rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung HAFFKE, GA 1973, 65, 81 f. bezogen auf die Fernwirkung; JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 303 f.; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 909.1; PAULUS, Gedächtnisschrift Meyer, S. 309, 327 f.; RANFT, Festschrift Spindel, S. 719, 734 ff. bezogen auf die Fernwirkung; SEEBODE, JR 1988, 427, 431; EB. SCHMIDT, MDR 1970, 461, 463; SCHRÖDER, S. 23; im Ergebnis auch JÄGER, S. 230 ff.

betroffene Beweismittel abgeleitet werden kann.¹⁰⁶¹ Dies impliziert, dass der private Rechtsverstoss auch nicht als Anlass einer verwertungsverbot-begründenden Hypothese in Betracht kommen und damit „durch die prozessuale Hintertür“ doch wieder zur Legitimation eines Verwertungsverbot herangezogen werden kann.¹⁰⁶² Ausgeschlossen ist insbesondere eine Parallelüberlegung zu Beweishypothesen nach staatlichen Beweiserhebungsfehlern, die dahin geht, den *privaten* Rechtsverstoss durch eine „hypothetisch rechtmässige Alternative“ ersetzen und normativ „beheben“ zu wollen: Mangels prozessualer Wirkungsmacht des privaten Rechtsverstosses ist dieser prozessual nicht „behebungsbedürftig.“

Da es somit erstens keinen *staatlichen* Rechtsverstoss bei der Beweiserhebung gibt, der hypothetisch surrogiert werden könnte, und da zweitens der *private* Rechtsverstoss einer hypothetischen Surrogation nicht bedarf, bleibt schliesslich in den Grenzen des tatsächlich Geschehenen und des rechtlich Berücksichtigungsfähigen für eine auf „Ersetzung“ gerichtete Hypothese kein „Ersetzungsobjekt“ übrig, auf das sie bezogen werden könnte oder müsste. Gegenüber der Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung ist demnach nicht allein die Funktion der Hypothese anders gelagert; hinzu kommt, dass auch ihr Inhalt und damit gleichsam die Hypothese selbst neu zu definieren ist.

2. Der Ansatzpunkt der Hypothese: Die Zufälligkeit der staatlichen Beweiserlangung

Die Neugestaltung der Hypothese nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung ist an der Phänomenologie der Beweissituation auszurichten, die durch die freiwillige Weiterleitung der vom Bürger rechtswidrig gewonnenen Beweise an den Staat entsteht: Die Strafverfolgungsbehörden sind unvermittelt mit der Gelegenheit konfrontiert, auf dem Weg zur strafprozessualen Wahrheitsfindung ein Beweismittel nutzen zu können, für das eine staatliche Beweiserhebung nie angeordnet worden ist und jetzt auch nicht mehr angeordnet werden muss. Im Sinne einer näherungsweisen Einbettung dieser Phänomenologie in den Sprachgebrauch der Beweisverbote kann die staatliche Erlangung des solcherart gewonnenen Beweismittels als eine Art „Zufallsfund“ bezeichnet werden.¹⁰⁶³ Immerhin handelt es sich aus staatlicher Perspektive um ein prozessual rechtmässig erlangtes,

¹⁰⁶¹ Zweifelhaft daher KELNHOFER, S. 245; vgl. zur Herleitung dieses Ergebnisses Zweiter Teil, S. 119 ff.

¹⁰⁶² So aber im Ergebnis KELNHOFER, S. 245 f.

¹⁰⁶³ Vgl. KELNHOFER, S. 237, 248, 273 f.

auf eine bestimmte Straftat bezogenes Beweismittel, zu dessen Gewinnung eine entsprechende Untersuchungs- und Beweiserhebungsmassnahme nicht vorgenommen worden ist; gegenüber den Zufallsfunden im eigentlichen Sinne besteht allerdings die Besonderheit, dass dieser „Zufallsfund“ nicht anlässlich einer an sich legalen staatlichen Beweisbeschaffung zu einer anderen Tat angefallen ist,¹⁰⁶⁴ sondern ohne dass das Beweismittel überhaupt in Zusammenhang mit einer staatlichen Beschaffungshandlung steht. Angesichts der insoweit fehlenden staatlichen Beweiserhebung einerseits und der strafprozessrechtlich nicht als „Beweiserhebung“ fassbaren illegalen privaten Beweisbeschaffung andererseits ist das betroffene Beweismittel den Strafverfolgungsbehörden bildlich gefasst „in den Schoss gefallen“ – mit der Konsequenz, dass diese von dem Erfordernis einer rechtlich begrenzten staatlichen Beweiserhebung rein zufällig entbunden wurden. Im Hinblick darauf, dass Beweishypothesen nun aber gerade darauf ausgelegt sind, ein tatsächlich „fehlendes Beweiserhebungselement“¹⁰⁶⁵ nachträglich zumindest noch gedanklich einzubeziehen, bleibt für die Fallgestaltungen illegaler privater Beweisbeschaffung zu konstatieren: Das Einzige, an dem es in dieser Sonderkonstellation fehlt, ist die zielgerichtete staatliche Beweiserhebung als solche. Eine entsprechende Beweishypothese nach illegaler privater Beweisbeschaffung kann somit nur darin bestehen, die fehlende zielgerichtete Beweiserhebung des Staates bezogen auf den faktisch bereits vorhandenen „Zufallsfund“ gedanklich zu ergänzen.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁴ Vgl. zur Definition des „Zufallsfundes“ aus staatlichen Ermittlungsmassnahmen BGE 122 I 182, 196; 132 IV 70, 75; BÉNÉDICT, S. 191 f.; KELNHOFER, S. 224 f.; KNAUTH, NJW 1978, 741, 743; REINECKE, S. 63; SCHMID, ZStrR 120 (2002), 284, 288; WOHLERS, AJP 2006, 634.

¹⁰⁶⁵ Vgl. bezogen auf die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 302; KELNHOFER, S. 273; SCHRÖDER, S. 23.

¹⁰⁶⁶ Vgl. zur „Hypothese finaler Beweiserlangung“ KELNHOFER, S. 237, 248, 273 f.

3. Kapitel: Die Geltungsberechtigung der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“

Zur Frage der Geltungsberechtigung von Beweishypothesen haben Rechtsprechung und Lehre bislang nur wenig beizutragen. Die Zulässigkeit hypothetischer Erwägungen bei der Bestimmung der Beweisverwertbarkeit wird allenfalls dann positiv begründet, wenn die Hypothesenbildung der Kompensation staatlicher Beweiserhebungsfehler dienen und zur Rechtfertigung der Beweisverwertbarkeit beitragen soll.¹⁰⁶⁷ Zur Existenzberechtigung der gegenläufigen Hypothese, die zur Unverwertbarkeit eines Beweismittels führen soll, schweigen sich Rechtsprechung und Schrifttum dagegen aus. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass die im Hinblick auf die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung entwickelten Legitimationsansätze für den vorliegend interessierenden Sonderfall illegaler privater Beweisbeschaffung ohnehin schwerlich adaptiert werden können. Die Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung folgt eigenen Regeln – dies gilt auch für ihre Geltungsberechtigung. Allerdings ist die im Schrifttum zur Grundkonstellation geführte Diskussion um die Einbringbarkeit und Legitimität von Beweishypothesen jedoch zumindest insoweit von Interesse, als sie zur Systematisierung des Hypothesendenkens beitragen und zu den für die „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ massgeblichen Gesichtspunkten hinführen kann.

¹⁰⁶⁷ Vgl. die Argumentation bei FORNITO, S. 307; HARRIS, StV 1991, 313, 322; HERDEGEN, DAV, S. 103, 118, 120 f.; JESCHECK, Gutachten DJT, S. 2; KELNHOFER, S. 141 ff.; KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 39, F 46 f.; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 100; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; REINECKE, S. 206; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519 f.; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 490 ff.; SCHÖNEBORN, GA 1975, 33, 38 mit Fn. 40; SK-ROGALL, § 136a StPO N 95 f.; WELP, S. 216; WOLTER, NStZ 1984, 276, 277.

§ 1 Meinungsstand zur Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung

I. Die Haltung der Rechtsprechung

1. Deutschland

Ogleich die höchstrichterliche Rechtsprechung die Einbeziehung von Beweishypothesen im Anschluss an eine rechtswidrige staatliche Beweiserhebung als einen selbstverständlichen Bestandteil des Abwägungsverfahrens behandelt, ist eine Übertragung dieser Praxis auf die Sonderkonstellation illegaler privater Beweisbeschaffung soweit ersichtlich nie erwogen worden. Es drückt sich darin wohl zum einen die für sich genommen zutreffende Überlegung aus, dass die rechtswidrige staatliche Beweisbeschaffung und die rechtswidrige private Beweisbeschaffung als etwas strukturell Verschiedenes zu betrachten sind. Zum anderen wird die Hypothesenbildung offenbar primär als ein prozessuales Instrument zur Relativierung eines staatlichen Rechtsverstoßes oder zur Legitimierung der Verwertbarkeit eines jedenfalls durch die Strafverfolgungsorgane erhobenen Beweismittels begriffen,¹⁰⁶⁸ für dessen Einbeziehung in den Fällen privater Beweisbeschaffung vom Standpunkt der Rechtsprechung her folglich kein Anlass besteht.

Diese Sichtweise mag auf den ersten Blick folgerichtig erscheinen. Allerdings ist das Abwägungsverfahren in Theorie und Praxis von dem Bemühen getragen, bei der für nötig gehaltenen „Gesamtbetrachtung der Fehlerfolgen“ einer illegalen Beweisbeschaffung und ihrer Bedeutung für die geschützten Interessen „keine Elemente auszublenden, die die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit dieser Interessen bestimmen“ und deren genauere Bewertung ermöglichen würden.¹⁰⁶⁹ Mit diesem Grundprinzip

¹⁰⁶⁸ So in der Grundkonstellation der Hypothesenbildung bei rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung, dazu BGHSt 24, 125, 130; 32, 68, 71; 34, 362, 364; 44, 243, 250; 48, 240, 249; BGH, NStZ 1989, 375, 376; NStZ 1997, 294, 295; NJW 2003, 2034, 2035; NStZ 2004, 449, 450; vgl. zur verwertungsverbotbegründenden Verlaufshypothese, aber ebenfalls nach staatlichem Rechtsverstoß BGHSt 34, 39, 53; die Relevanz der Hypothesenbildung im Bereich der Zufallsfunde nach an sich rechtmässiger, aber jedenfalls staatlicher Beweiserhebung ist bereits durch die gesetzlichen Zufallsfundregeln vorgegeben, vgl. §§ 98b Abs. 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 2, 110e, 163d Abs. 4 dStPO, dazu KELNHOFER, S. 89; KK-NACK, Vor § 94 StPO N 8; SCHRÖDER, S. 97 f.

¹⁰⁶⁹ SK-ROGALL, § 136a StPO N 101; über diesen Grundgedanken besteht im Grundsatz Einigkeit zwischen Rechtsprechung und Schrifttum, vgl. auch FEZER, Grundfragen, S. 6; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 514; MEURER, JR 1990, 389; ROGALL, NStZ 1988, 385, 389; ROXIN, Strafverfah-

ist die Ausserachtlassung des Hypothesengedankens im gängigen Abwägungsverfahren zu den prozessualen Folgen rechtswidriger privater Beweisbeschaffungen nur schwer vereinbar. Denn wenn die Hypothesenbildung prinzipiell ein berücksichtigungsfähiger und tauglicher Abwägungsparameter zur Ermittlung des Verwertungsverbotes sein soll, und dies wird in der deutschen Rechtspraxis ohne weiteres unterstellt, so erschliesst sich nicht, warum die Berücksichtigung der beweisrelevanten gesetzgeberischen Entscheidungen gerade dort ausfallen soll, wo das Abwägungsverfahren mangels unmittelbarer Geltungskraft der gesetzlichen Massgaben auf deren wenigstens gedankliche Einbeziehung besonders angewiesen wäre.

2. Schweiz

a) Berücksichtigung von Beweishypothesen nach illegaler privater Beweisbeschaffung

In deutlichem Gegensatz zur deutschen Rechtspraxis geht das schweizerische Bundesgericht stillschweigend von der Prämisse aus, dass die Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen bei rechtswidriger Beweisbeschaffung durch Privatpersonen ganz genauso in Betracht kommt wie bei rechtswidriger Beweisbeschaffung durch staatliche Organe.¹⁰⁷⁰ Angedeutet hatte sich eine bundesgerichtliche Tendenz zur Übertragung der nach rechtswidriger staatlicher Beweisbeschaffung bereits geläufigen Hypothesenbildung auf illegale private Beweisbeschaffungen zunächst in einem Entscheid, bei dem es darauf ankam, ob den Strafverfolgungsbehörden die Einleitung einer Strafuntersuchung gestattet war, obgleich der entsprechende Tatverdacht durch Beweismittel begründet war, die Private deliktisch beschafft und weitergeleitet hatten.¹⁰⁷¹ Das Bundesgericht liess die Verfahrenseinleitung zu und beschränkte die *Reichweite* eines allfällig für die privat beschafften Beweise bestehenden Verwertungsverbots mit

rensrecht, § 24 N 38; DERS., NStZ 1989, 376, 379; SK-ROGALL, § 136a StPO N 101; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 202; WOLTER, NStZ 1984, 276 ff.

¹⁰⁷⁰ Vgl. auch bereits Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 1 I., S. 144 ff.

¹⁰⁷¹ BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; vgl. zur Hypothesenbildung nach rechtswidriger staatlicher Beweisbeschaffung bereits BGE 96 I 437, 440 f.; 103 Ia 206, 217; Kantonsgericht SG, GVP 1977, Nr. 35; vgl. aus der deutschen Rechtsprechung und Literatur zur Nutzung unverwertbarer Beweismittel als „Spurenansatz“ und zu entsprechenden Hypothesenbildungen bei der Relativierung der Reichweite des Verwertungsverbotes BGHSt 27, 355, 358; BGH, StV 1995, 283, 286; NStZ 2006, 402, 404; DENCKER, S. 76; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 51; KELNHOFER, S. 260 ff.; KK-SENGE, Vor § 48 StPO N 44; PAULUS, Gedächtnisschrift Meyer, S. 308, 328 f.; REINECKE, S. 224 ff.; ROGALL, Informationseingriff, S. 88 f.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 95; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 206; STÖRMER, S. 252.

der Begründung, dass die Strafverfolgungsbehörden die betroffenen Beweismittel jedenfalls selbst rechtmässig hätten erheben können.¹⁰⁷² Zugleich ergänzte das Bundesgericht diese Erwägung um obiter dicta, in denen es die Möglichkeit eines Verwertungsverbots für unmittelbare, illegal privat beschaffte Beweise in Aussicht stellte und damit auch die gegenläufige, verwertungslimitierende Funktion einer Verlaufshypothese aufzeigte:¹⁰⁷³

„Es sprechen indes gewichtige Gründe für die Auffassung, dass das Verbot grundsätzlich auch im Falle unzulässiger Ermittlungen Privater gelten solle und dass entsprechende Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, wenn sie von staatlichen Strafverfolgungsbehörden rechtmässig nicht hätten erhoben werden dürfen.“¹⁰⁷⁴

Es dauerte dann kaum mehr zwei Jahre, bis sich erneut Gelegenheit zur Berücksichtigung des Hypothesengedankens nach strafrechtswidriger privater Beweisbeschaffung ergab. In einem Verfahren, dem immerhin der Vorwurf der Anstiftung zum Mord zugrunde lag, stützte das Bundesgericht die auf einer heimlichen private Tonbandaufnahme beruhende Verurteilung der Vorinstanz mit der im Rahmen des Abwägungsverfahrens einbezogenen Überlegung:

„Es hätte nichts im Wege gestanden, dieselbe, in der Schweiz auf der Linie der Telefonkabine des Spitals, in dem sich S aufhielt, realisierte Aufnahme rechtmässig herzustellen und zu den Akten zu nehmen. Es ergibt sich draus, dass eine nach schweizerischem Recht unter gewissen Voraussetzungen nicht verfassungswidrige Persönlichkeitsverletzung als leicht betrachtet werden darf, wenn sie aufgrund von StGB 179^{octies} II hätte angeordnet werden können.“¹⁰⁷⁵

Den Anwendungsbereich der „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ erstreckt das Bundesgericht also nach der bisherigen Praxis auch auf die Problemlage illegaler privater Beweisbeschaffungen. Dabei wird die hypo-

¹⁰⁷² BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; vgl. KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538; vgl. zur abweichenden Rechtspraxis in den USA BRADLEY, GA 1985, 99, 106: Privat erlangte Beweismittel können sogar dann verwertet werden, wenn das Beweismittel unverwertbar bleiben müsste, wäre es durch staatliche Behörden erlangt.

¹⁰⁷³ Vgl. zur negativen Formulierung der Hypothese auch FORNITO, S. 274.

¹⁰⁷⁴ BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; vgl. OGER ZH, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 131, das sich umgekehrt die verwertungslegitimierende Funktion der Hypothesenbildung zu Nutze machte.

¹⁰⁷⁵ BGE 109 Ia 244, 247 f. = BGer, Praxis 72 (1983), Nr. 275, E.2b; im Ergebnis bestätigt durch EGMR, Urteil vom 12. Juli 1988, Nr. 8/1987/131/182, Schenk vs. Schweiz, EuGRZ 1988, 390 ff.; vgl. NÜSE, JR 1966, 281, 286.

thetische Erwägung – wie bei rechtswidriger staatlicher Beweisbeschaffung auch – als Abwägungsparameter in die Gesamtabwägung zur Verwertbarkeit des Beweismittels eingestellt.¹⁰⁷⁶

b) Widersprüchliche Gleichbehandlung rechtswidriger privater und rechtswidriger staatlicher Beweisbeschaffung

Gerade die umstandslose Gleichschaltung der beweisrechtlichen Massstäbe nach rechtswidriger privater und rechtswidriger staatlicher Beweisbeschaffung bezeugt allerdings deren mangelhafte dogmatische Absicherung. Angesichts des Umstandes, dass das Bundesgericht den Bestimmungen des materiellen Strafrechts eine prozessuale Relevanz für die Gültigkeit als Beweismittel in einem Prozess ausdrücklich abspricht,¹⁰⁷⁷ wäre nämlich zunächst einmal plausibel zu machen, weshalb die Verwertung illegal privat beschaffter Beweise überhaupt legitimationsbedürftig sein sollte. Diese Inkonsistenz im Umgang mit dem privaten Beschaffungsunrecht setzt sich bei der Hypothesenbildung zwangsläufig fort: Die „Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung“ wird als prozessuales Instrument zur Rechtfertigung der Verwertbarkeit solcherart beschaffter Beweise eingesetzt, was dem privaten Rechtsverstoss letztlich doch eine prozessuale Wirkungsmacht zugebilligt. Zu kurz kommt ausserdem die Überlegung, dass die staatlichen Organe – jedenfalls bei der Erlangung des Beweismittels – rechtmässig gehandelt haben, so dass die Hypothesenbildung keinesfalls die Funktion haben kann, einen staatlichen Rechtsverstoss zu relativieren. Die Übertragungstauglichkeit des bis dahin stets auf die rechtswidrige staatliche Beweiserhebung bezogenen Hypothesengedankens¹⁰⁷⁸ auf die Sonderkonstellation illegaler privater Beweisbeschaffung wäre danach also durchaus erklärungsbedürftig gewesen.

II. Das Meinungsspektrum in der Literatur im Überblick

Das schweizerische und deutsche Schrifttum ist von grundlegenden Überlegungen zur Legitimität und Relevanz des Hypothesengedankens nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung weit entfernt; überwiegend hat es diesen Anwendungsbereich hypothetischer Erwägungen gar nicht als

¹⁰⁷⁶ Vgl. zur Hypothesenbildung bei rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung Dritter Teil: 1. Kapitel: § 3 III. 1., S. 248 ff.

¹⁰⁷⁷ BGE 109 Ia 244, 246 = BGer, Praxis 72 (1983), Nr. 275, E.2a.

¹⁰⁷⁸ Vgl. BGE 96 I 437, 440 f.; 103 Ia 206, 217; Kantonsgericht SG, GVP 1977, Nr. 35.

möglich im Blick.¹⁰⁷⁹ Vereinzelt werden beiläufige, ohne nähere Begründung bleibenden Erwägungen wie diejenige angestellt, „dass die Ausnutzung des durch eine Privatperson rechtswidrig erlangten Beweismittels sittlich fragwürdig [...] [sei] – dies insbesondere dann, wenn die Strafverfolgungsbehörden bei eigener prozessordnungsgemäßer Ermittlungstätigkeit den Beweis gar nicht hätten erlangen können [...].“¹⁰⁸⁰ Damit klingt zugleich eine verwertungsverbotsbegründende Funktion einer erfolglosen Verlaufshypothese an, deren dogmatischer Ansatzpunkt offenbar auf einer übergesetzlichen Wertungsebene zu finden sein soll. Von anderer Seite, aber ebenfalls ansetzend bei Vorbehalten gegenüber der „Ausnutzung privaten Unrechts“, wird die Hypothesenbildung spiegelbildlich als prozessuales Instrument zur Rechtfertigung der Verwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweismittel herangezogen.¹⁰⁸¹ Damit wird jedoch eine Legitimationsbedürftigkeit der Beweisverwertung unterstellt, die sich bei rein privatem Beschaffungsunrecht schwerlich nachweisen lässt.¹⁰⁸²

§ 2 Zur Praxistauglichkeit von Beweishypothesen

Der eigentlichen dogmatischen Diskussion um die Einbringbarkeit von Beweishypothesen in das prozessuale Beweisrecht weichen Rechtsprechung und Schrifttum zum Teil dadurch aus, dass die Unmöglichkeit einer verlässlichen Feststellung zum gedachten Untersuchungsverlaufs behauptet wird, was zugleich die Unzulässigkeit strafprozessualer Beweishypothesen indizieren soll.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁹ Anders soweit ersichtlich nur HAFCKE, GA 1973, 65, 83; KELNHOFER, S. 239 ff.; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 50; ansatzweise SCHRÖDER, S. 170 allgemein zur Hypothesenbildung bei grundrechtlichen Verwertungsverböten; ohne Berücksichtigung der Hypothesenbildung bei der Verwertung privat beschaffter Beweise auch FORNITO, S. 295 f.; gegen die Einbeziehung von Verlaufshypothesen in diesem Kontext BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 158, der darin eine unzulässige analoge Anwendung der StPO auf Private erkennt, vgl. dazu Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 II., S. 284 f.

¹⁰⁸⁰ HAFCKE, GA 1973, 65, 83; KOHLHAAS, DRiZ 1966, 286, 288; ähnlich FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 113, der die Hypothesenbildung als berücksichtigungsfähiges Kriterium im Rahmen des grundrechtlichen Abwägungsverfahrens nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung begreift, ohne dass klar wird, *warum* es unzulässig sein sollte, dass der Staat „[...] zusätzliche Vorteile [aus dem rechtswidrigen Verhalten Privater] zieht“.

¹⁰⁸¹ KELNHOFER, S. 244 ff.; ähnlich HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14 unter Verweis auf die Ausführungen zur rechtswidrigen staatlichen Beweiserhebung unter N 5 ff.; im Ergebnis auch WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 50, jedoch ohne Begründung.

¹⁰⁸² Vgl. Zweiter Teil, S. 119 ff.

¹⁰⁸³ Vgl. BGHSt 25, 168, 171; 34, 362 364 f. unter Hinweis auf praktische Schwierigkeiten; KLEIN-KNECHT, Verhandlungen des 46. DJT, Bd. II, F 113; DERS., NJW 1966, 1537, 1544; SARSTEDT, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 23; SCHMIDT, MDR 1970, 461, 463; mit Bedenken auch

Einmal abgesehen davon, dass zu Recht bezweifelt wird, ob Beweisschwierigkeiten überhaupt als Entscheidungskriterium für die Lösung dogmatischer Fragen herangezogen werden können,¹⁰⁸⁴ lässt sich die behauptete Praxisuntauglichkeit von Beweishypothesen näher besehen nicht belegen. Zwar ist einzuräumen, dass prognostischen Beurteilungen stets die Gefahr inne wohnt, zu blossen Scheinbegründungen, „Unverbindlichkeiten und schierer Spekulation“ zu verkommen.¹⁰⁸⁵ Dies gilt entsprechend für Beweishypothesen, die zur Ermittlung eines Beweisverbotes konkrete Umstände einbeziehen, welche sich tatsächlich nicht ereignet haben, sondern nur mehr oder weniger wahrscheinlich waren und somit zu einem gewissen Anteil Spekulation bleiben müssen.¹⁰⁸⁶ Dass es trotzdem möglich ist, hier ein vernünftiges Mittelmass zu finden, zeigt die hergestellte Praktikabilität von Hypothesen im materiellen Strafrecht, so insbesondere bei der Einbeziehung des hypothetisch rechtmässigen Alternativverhaltens im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte oder bei der Strafbarkeit von Eingriffen in einen „rettenden Kausalverlauf“, wo es eine hypothetische Frage ist, ob das abgebrochene Geschehen zu dem gewünschten Rettungserfolg geführt hätte.¹⁰⁸⁷ Aber nicht nur im Strafrecht, sondern auch im Strafverfahrensrecht haben sich hypothetische Erwägungen bereits als durchaus anwendungstauglich erwiesen,¹⁰⁸⁸ etwa bei gesetzlich vorausgesetzten Hypothesenbildungen im Bereich der Zufallsfunde¹⁰⁸⁹ oder im Rechtsmittelverfahren,

KK-NACK, § 100a StPO N 52; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 517; SEILER, Festschrift Peters, S. 447, 456.

¹⁰⁸⁴ FEZER, JR 1897, 937, 939; KELNHOFER, S. 84; NEUHAUS, NJW 1990, 1221, 1222; PELZ, S. 72; REINECKE, S. 214; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 390; WAGNER, NSiZ 1989, 34, 35.

¹⁰⁸⁵ Vgl. SK-ROGALL, § 136a StPO N 102.

¹⁰⁸⁶ Vgl. zu besonders restriktiven Anforderungen an die Hypothesenbildung zur Vermeidung von Spekulationen FEZER, JR 1991, 85, 87; JÄGER, S. 231; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 392; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203; ablehnend KELNHOFER, S. 281 ff.; PELZ, S. 154; SCHRÖDER, S. 122.

¹⁰⁸⁷ Vgl. KELNHOFER, S. 84; KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 39, F 47; MEHLE, in: DAV, S. 172, 180; PELZ, S. 71; REINECKE, S. 214; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 390; SCHRÖDER, S. 89 f.; WOLTER, NSiZ 1984, 276, 277.

¹⁰⁸⁸ Vgl. KELNHOFER, S. 84; KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 39, F 47; MEHLE, in: DAV, S. 172, 180; PELZ, S. 71; REINECKE, S. 214; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 390; SCHRÖDER, S. 89 f.; WOLTER, NSiZ 1984, 276, 277.

¹⁰⁸⁹ Vgl. zu entsprechenden Zufallsfundregelungen de lege ferenda für die Schweiz z.B. Art. 242, 277, 295 E-StPO; Botschaft VE StPO, BBl 2006, 1085, 1251, 1257; vgl. de lege lata z.B. Art. 154 StrV BE; Art. 191 StPO SH; zur Auslegung des Art. 9 BÜPF BGE 132 IV 70; SCHMID, Strafprozessrecht, N 769 ff.; WOHLERS, AJP 2006, 634; vgl. zu hypothetischen Erwägungen bei Zeugeneinvernahmen Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 109; vgl. zu entsprechenden Zufallsfundregelungen für Deutschland z.B. §§ 98b Abs. 3, 100a, 100 b Abs. 5, 100 d Abs. 6 Ziff. 1, 108 Abs. 1, 111 Abs. 3 dStPO; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 663; FEZER, NSiZ 2003, 625, 630; KELNHOFER, S. 89 f., 142, 217 ff.; KK-NACK,

soweit eine hypothetische Prüfung bei der Frage erforderlich wird, ob der Beschwerdegrund sich zum Nachteil des Beschwerdeführers auf den Entscheid ausgewirkt hat oder das Urteil auf der Gesetzesverletzung beruht.¹⁰⁹⁰

Sollten gleichwohl Zweifel am Ergebnis der Beweis hypothese verbleiben, so kann dies, worauf das Schrifttum hinlänglich verwiesen hat, nicht zur Unzulässigkeit der Hypothesenbildung führen, sondern allenfalls Probleme der Beweislastverteilung aufwerfen, die der Rechtsanwender durch eine angemessene Auslegung des Beweisrechts bewältigen kann.¹⁰⁹¹ Dass der praktische Nachweis einer hypothetisch rechtmässigen Beweiserlangung für die Strafverfolgungsorgane schwierig sein kann, soll damit gar nicht in Abrede gestellt werden. Für die weit vorgelagerte dogmatische Frage der prinzipiellen Zulässigkeit von Beweis hypothesen im Strafverfahren kann dies jedoch nicht von Belang sein; Feststellungsschwierigkeiten bei der Hypothesenbildung sind ein praktisches Folgeproblem einer als dogmatisch zulässig erkannten Hypothesenbildung, dem in der Diskussion um den Beweismassstab der Hypothesen eine entsprechende Beachtung zuteil wird.¹⁰⁹²

Vor § 94 StPO N 8; MAIWALD, JuS 1978, 379, 382; PELZ, S. 74, 180 ff.; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 391; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 183, 194 f., 202 f.; WELP, S. 220 ff.

¹⁰⁹⁰ Vgl. den relativen Revisionsgrund des § 337 dStPO im deutschen Revisionsverfahren; vgl. zu relativen Nichtigkeits-/Beschwerdegründen im kantonalen Strafprozessrecht BGE 105 Ia 131, 133 mit Verweis auf die Rechtspraxis im Kanton Zürich; SCHMID, Strafprozessrecht, N 1067 zu § 430 Abs. 1 Ziff. 4, Ziff. 5 StPO ZH; KELLER, BJM 1981, 225, 237.

¹⁰⁹¹ Vgl. GRÜNWALD, StV 1987, 470, 472; KELNHOFER, S. 84; MEHLE, in: DAV, S. 172, 180; PELZ, S. 71 f.; RANSIEK, S. 91; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 390; SCHLÜCHTER, Festschrift Krause, S. 485, 493; WAGNER, NSiZ 1989, 34, 35; vgl. zu entsprechenden Vorschlägen der Beweislastverteilung bei der Anwendung von Beweis hypothesen BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 671; EISENBERG, Beweisrecht, N 410; GRÜNWALD, JZ 1966, 489, 495, 500; PELZ, S. 153; REINECKE, S. 216; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 392.

¹⁰⁹² Vgl. dazu Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 5., S. 310 ff.; vgl. zur vornehmlich auf die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserlangung bezogenen Diskussion über das Beweismass einer konkreten Hypothese BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 670 f.; EISENBERG, Beweisrecht, N 410; DERS., Persönliche Beweismittel, N 220; FEZER, JR 1991, 85, 87 f.; HARRIS, StV 1991, 313, 322; HERDEGEN, DAV, S. 103, 121; HOFMANN, JuS 1992, 587, 589; JÄGER, S. 231; KELNHOFER, S. 285 ff.; PELZ, S. 153; RANSIEK, S. 91; 294 f.; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21; SCHRÖDER, S. 121; SK-ROGALL, § 136a StPO N 105; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203; STÖRMER, S. 249; WOLTER, NSiZ 1984, 276, 277.

§ 3 Unbeachtlichkeit von Beweishypothesen bei der Kausalitätsprüfung

Bezogen auf die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung ist inzwischen – wohl auch angesichts der dogmatischen Verfestigung der strafrechtlichen Massgaben zum natürlichen Zusammenhang von Tathandlung und äusserem Erfolg – zu Recht anerkannt, dass eine Hypothesenbildung die „Kausalität“ des Rechtsverstosses für die Erlangung des Beweismittels gänzlich unberührt lässt.¹⁰⁹³ Dabei ist der im Strafrecht geführte Diskurs zur Definition der Kausalität für die strafprozessualen Beweisverbote insofern von Belang, als zumindest ein naturgesetzlich feststellbarer Ursachenzusammenhang zwischen dem staatlichen Verfahrensverstoss und der staatlichen Beweiserlangung bestehen muss, damit der Verfahrensfehler für die Herleitung eines Beweisverbotes von Bedeutung sein kann.¹⁰⁹⁴ Bei der Definition der natürlichen Verursachung ist im Strafverfahrensrecht wie im Strafrecht die trotz ihrer Schwächen herrschende *conditio sine qua non*-Formel zugrunde zu legen, nach der als Ursache jede Bedingung gilt, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.¹⁰⁹⁵ Diese natürliche Kausalität kann als „ontologische Gegebenheit“¹⁰⁹⁶ nur dadurch beseitigt werden, dass ein anderes, von der früheren Bedingung unabhängiges Ereignis tatsächlich an seine Stelle tritt, nicht aber dadurch, dass ein anderer

¹⁰⁹³ BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 660; FORNITO, S. 262 f.; GRÜNWALD, S. 161; HARRIS, StV 1991, 313, 322; HERDEGEN, DAV, S. 103, 120 f.; KELNHOFER, S. 100; PELZ, S. 75; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; REINECKE, S. 205; SCHLÜCHTER, Festschrift Krause, S. 485, 488; SCHRÖDER, S. 77, 86 f.; anders noch BGHSt 32, 68, 71; OLG Köln, NJW 1979, 1216, 1217; KLUG, Verhandlungen des 46. DJT, Band II, F 39, F 46 f.; SCHÖNEBORN, GA 1975, 33, 38 mit Fn. 40 aus revisionsrechtlicher Sicht; WELP, S. 216; DERS., JuS 1971, 239, 243; WOLTER, NStZ 1984, 275, 277; vgl. auf strafrechtlicher Ebene KINDHÄUSER, GA 2007, 447, 453 f.; MÜKOFREUND, Vor §§ 13 ff. StGB N 309; ROXIN, Strafrecht AT I, § 11 N 23, 58 ff.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER/EISELE, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. N 73.

¹⁰⁹⁴ Vgl. FORNITO, S. 262; KELNHOFER, S. 147; KK-BOUJONG, § 136a StPO N 38; KMR-LESCH, § 136a StPO N 47; LR-HANACK, § 136a StPO N 62; MEYER-GÖBNER, § 136a StPO N 28; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519 aus revisionsrechtlicher Sicht; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 488; SCHRÖDER, S. 76; SK-ROGALL, § 136a StPO N 98; WOLTER NStZ 1984, 275, 277; vgl. aus öffentlich-rechtlicher Sicht zum Kausalitätserfordernis als Mindestvoraussetzung einer Zurechnung FRICK, Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz, S. 53 ff.

¹⁰⁹⁵ BGE 115 IV 199, 206; 125 IV 195, 197; BGHSt 1, 332, 333; 2, 20, 24; KELNHOFER, S. 147; ROXIN, Strafrecht AT I, § 11 N 6; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 488; SCHRÖDER, S. 77; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 9 N 20; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Vor Art. 10 ff. StGB N 2.

¹⁰⁹⁶ SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 488; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER/EISELE, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. N 71/72.

Geschehensablauf ersatzweise hätte eintreten können, solange dieser nicht wirklich eingetreten ist.¹⁰⁹⁷

Gemessen an diesen Kausalitätsregeln ist eine Berücksichtigung von Beweishypothesen auf der Ebene der Kausalität dogmatisch überholt. Dies gilt ohne weiteres auch für die spezifische Fallgestaltung der „zufälligen“ staatlichen Verwertungsoption, die durch eine Weiterleitung illegal privat beschaffter Beweismittel verursacht ist. Eine Hypothese eröffnet begriffsimmanent immer nur eine rein gedankliche Ursachenkette, die eine echte Unterbrechung oder Überholung eines tatsächlich feststellbaren Kausalzusammenhangs nicht bewirken kann, solange dieser per definitionem ohne normative Korrekturen zu bleiben hat.¹⁰⁹⁸ Kausalität und Hypothesenbildung hängen danach lediglich einseitig in dem Sinne zusammen, als das Vorliegen eines natürlichen Ursachenzusammenhangs zwischen staatlicher Beweiserlangung und privater Beweisübermittlung eine notwendige Mindestvoraussetzung ist, damit überhaupt ein Anlass für eine Hypothesenbildung zur Begründung eines Verwertungsverbotes solcherart erlangter Beweismittel entsteht.¹⁰⁹⁹ Fehlen wird es an einer solchen Kausalitätsbeziehung nur dann, wenn die Strafverfolgungsbehörden in den Grenzfällen echter abgebrochener oder überholender Kausalität das konkrete Beweismittel durch eine tatsächlich vorgenommene eigenständige Beweiserhebung beschafft haben und die private Beweismittelgewinnung für die Beweissituation nicht mehr wirksam werden konnte.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁷ Vgl. BGHSt 2, 20, 24; KELNHOFER, S. 147; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 488; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER/EISELE, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. N 74; SCHRÖDER, S. 77.

¹⁰⁹⁸ BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 660; FORNITO, S. 262 f.; GRÜNWALD, S. 161; HERDEGEN, DAV, S. 103, 120 f.; KELNHOFER, S. 100, 147; PELZ, S. 75; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; REINECKE, S. 205; SCHLÜCHTER, Festschrift Krause, S. 485, 488; SCHRÖDER, S. 77, 86 f.

¹⁰⁹⁹ Vgl. KELNHOFER, S. 154, 247; PELZ, S. 74 f.; REINECKE, S. 213; ROGALL, NSTZ 1988, 385, 390; SCHRÖDER, S. 76 f.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 98; WOLTER, NSTZ 1984, 275, 277; vgl. zur Relevanz des Kausalzusammenhangs für die strafrechtliche Verantwortlichkeit auch SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER/EISELE, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. N 71/72 m.w.N.; KINDHÄUSER, GA 2007, 447, 468.

¹¹⁰⁰ Denkbar ist dies wohl aber nur im Bereich der Fernwirkungsproblematik, vgl. bezogen auf Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung FORNITO, S. 262 f.; KELNHOFER, S. 150; KMR-LESCH, § 136a StPO N 49; HARRIS, StV 1991, 313, 316, 322; SK-ROGALL, § 136a StPO N 97 f.; WOLTER, NSTZ 1984, 275, 277; ebenso die amerikanische „independent-source-exception“ mit dem Erfordernis eines „actual clean path“, vgl. dazu FORNITO, S. 263 mit Fn. 92; HARRIS, StV 1991, 313, 316; KELNHOFER, S. 150; SCHMID, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, S. 120 f.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 97 f.; vgl. zur „Formel von der gesetzmässigen Bedingung“ im Strafrecht, wonach erforderlich ist, dass die konkrete Handlung im konkreten Erfolg auch tatsächlich wirksam geworden ist SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER/EISELE, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. N 74 m.w.N.

§ 4 Der gesetzssystematische Rahmen der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“

Im deutschen Schrifttum wird die Gesetzessystematik sowohl für¹¹⁰¹ als auch gegen¹¹⁰² die Zulässigkeit von Hypothesen bei den Beweisverboten angeführt, worin sich die weitgehende Unergiebigkeit der konträren Erklärungsversuche bereits andeutet. Die Widersprüchlichkeit der beiden Positionen erklärt sich vornehmlich daraus, dass aus einer grundsätzlich richtigen Erkenntnis zu weit reichende und zu undifferenzierte Schlussfolgerungen gezogen werden.¹¹⁰³

I. Gesetzliche Unbeachtlichkeit von Hypothesen

1. Gesetzliche Beweisverwertungsverbote

Eine ganz undifferenzierte Anwendung des Hypothesengedankens ist bereits deshalb ausgeschlossen, weil sich für einzelne Fallgestaltungen rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung die Unzulässigkeit hypothetischer Erwägungen im Wege der Auslegung des Gesetzes mit einiger Sicherheit ermitteln lässt. Jedenfalls für die gesetzlich angeordneten Verwertungsverbote ist im Ergebnis unbestritten, dass der Gesetzgeber die Entscheidung über die Unverwertbarkeit des unmittelbaren Beweismittels bereits abschliessend und ungeachtet der Möglichkeit hypothetisch rechtmässiger Beweiserlangung getroffen hat.¹¹⁰⁴ Ob eine Hypothesenbildung in derartigen Fällen überflüssig ist, weil es der Ermittlung eines Verwertungsverbotes nicht bedarf, wo dieses bereits gesetzlich angeordnet ist,¹¹⁰⁵ oder ob sie unzulässig ist, weil dies aus der gesetzlichen Ausgestaltung ei-

¹¹⁰¹ BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 663; HERDEGEN, NStZ 1990, 513, 516; KELNHOFER, S. 142; PELZ, S. 73 ff.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 391; SCHRÖDER, S. 95; vgl. auch WELP, S. 220 ff.

¹¹⁰² DALAKOURAS, S. 135 f.; DENCKER, S. 81 f.; HAFFKE, GA 1973, 65, 80 ff.; zunächst auch ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 33 f.; anders aber dann ROGALL, NStZ 1988, 385, 391.

¹¹⁰³ Vgl. die entsprechende Kritik bei KELNHOFER, S. 91; PELZ, S. 72; ROGALL, NStZ 1988, 375, 391.

¹¹⁰⁴ In diese Richtung BGer, Urteil vom 24. September 2007, 1P.51/2007, E.3.5.1; vgl. die Diskussion im deutschen Schrifttum zur Regelung des § 69 Abs. 3 dStPO, der in Verbindung mit § 136a Abs. 3 Satz 2 dStPO die Unverwertbarkeit der unter Anwendung von verbotenen Vernehmungsmethoden erlangten Zeugenaussagen ausdrücklich anordnet, obwohl hier die Möglichkeit legaler Erlangung des Zeugenaussage mittels legaler Zwangsanwendung nach § 70 dStPO bestanden haben kann, dazu DALAKOURAS, S. 135 f.; DENCKER, S. 81 f.; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 33 f.; anders aber dann ROGALL, NStZ 1988, 385, 391.

¹¹⁰⁵ SCHRÖDER, S. 79.

nes ausnahmslosen Verwertungsverbot folgt,¹¹⁰⁶ kann vorliegend dahinstehen. Eine vereinzelte gesetzgeberische Entscheidung für die Irrelevanz einer Hypothese im Rahmen eines normierten Verwertungsverbot ist nur für den eng umgrenzten Regelungsbereich massgeblich, für den sie getroffen wurde; bei der Ermittlung ungeschriebener Verwertungsverbote ausserhalb dieses Regelungsbereichs kann sie der Hypothesenbildung jedoch nicht im Wege stehen.¹¹⁰⁷

2. Absolute Beschwerdegründe im Rechtsmittelverfahren

Im deutschen Schrifttum beruft sich die Gegnerschaft strafprozessualer Beweishypothesen weitgehend geschlossen auf das für den Revisionsrechtszug geltende Recht. So wird die These vertreten, die gesetzliche Regelung der absoluten Revisionsgründe¹¹⁰⁸ nehme auf hypothetische Überlegungen keine Rücksicht, was als Rechtsgedanke für das Revisionsverfahren insgesamt gelten könne und insoweit für die Unzulässigkeit der Hypothesenbildung stehe.¹¹⁰⁹ Diese auf das deutsche Revisionsverfahren zugeschnittene Argumentation liesse sich auf das Rechtsmittelverfahren der Schweiz durchaus übertragen, soweit etwa das kantonale Strafverfahrensrecht bei der Nichtigkeitsbeschwerde absolute Nichtigkeitsgründe anerkennt, bei deren Vorliegen ein Gesetzesverstoss unabhängig von der hypothetischen Erwägung durchgreift, ob bei rechtmässigem Vorgehen nicht ohnehin dieselbe Entscheidung erzielt worden wäre.¹¹¹⁰ Sowohl für das schweizerische als auch für das deutsche Rechtsbeschwerdeverfahren ist der Berücksichtigung von Verlaufshypothesen also eine gesetzliche Grenze gezogen, weil der angefochtene Entscheid aufzuheben ist, selbst wenn das Urteil typischerweise oder im konkreten Fall nicht auf dem Ge-

¹¹⁰⁶ KELNHOFER, S. 91; ROGALL, NStZ 1988, 375, 391; SCHRÖDER, S. 91 f.; WOLTER, NStZ 1988, 276, 277 Fn. 26.

¹¹⁰⁷ KELNHOFER, S. 91; ROGALL, NStZ 1988, 375, 391; SCHRÖDER, S. 79, 91 f.; WOLTER, NStZ 1988, 276, 277 Fn. 26.

¹¹⁰⁸ Vgl. § 338 dStPO.

¹¹⁰⁹ HAFFKE, GA 1973 65, 81 f.

¹¹¹⁰ Vgl. § 338 dStPO und aus den kantonalen Strafprozessordnungen der Schweiz z.B. § 246 StPO LU; § 190 StPO SO; § 430 StPO ZH; vgl. zur Bedeutung der absoluten Revisions- und Nichtigkeitsgründe RGSt 42, 105, 107; 61, 217, 219; BGHSt 27, 96, 98; Kassationsgericht FR, FZR 1992, 277, 278 f.; HAFFKE, GA 1973 65, 81 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 101 N 22 f.; KK-KUCKEIN, § 338 StPO N 1; SCHMID, Strafprozessrecht, N 1067, jeweils m.w.N.; vgl. noch zur Kausalität der Rechtsverletzung bei der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde BGE 100 IV 1, 2 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 104 N 44; zur Beschwerde in Strafsachen nach dem BGG SCHMID, ZStrR 124 (2006), 160; THOMMEN/WIPRÄCHTIGER, AJP 2006, 651.

setzesverstoss „beruhen“ kann.¹¹¹¹ Ein allgemeines Prinzip der Nichtberücksichtigung von Hypothesen im Strafverfahren lässt sich daraus jedoch nicht ableiten, es ist nicht einmal isoliert für das Revisions- und Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren feststellbar. Sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Revisions- bzw. Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren existieren neben den absoluten Beschwerdegründen auch so genannte „relative“ Beschwerdegründe,¹¹¹² die nur dann relevant werden, wenn sich die Mängel des Entscheids „zum Nachteil des Rechtsmittelklägers auf das angefochtene Urteil auswirken“¹¹¹³ bzw. das Urteil auf dem Gesetzesverstoss „beruht“.¹¹¹⁴ Daraus ergibt sich, dass die im Rechtsmittelverfahren vorgeesehenen absoluten Beschwerdegründe lediglich eine abgegrenzte oder durch Auslegung abzugrenzende Gruppe von Normverstössen erfassen, ohne über den Umgang mit anderen Verfahrensverstössen zu gebieten.¹¹¹⁵ Kritisch zu bemerken ist ausserdem, dass die beschwerderechtliche Systematik ohnehin nicht geeignet ist, die Frage der Einbringbarkeit strafprozessualer Beweishypothesen gesamthaft zu beantworten, weil sie sich nicht auf Verfahrensabschnitte übertragen lässt, die einer Überprüfung im Nichtigkeitsbeschwerde- bzw. Revisionverfahren grundsätzlich gar nicht zugänglich sind.¹¹¹⁶ Beizupflichten ist der im Schrifttum vertretenen Auffassung also insoweit, als die gesetzlich oder durch die Rechtspraxis anerkannten absoluten Beschwerdegründe im Rechtsmittelverfahren die Einbringbarkeit hypothetischer Alternativen gesetzlich beschränken; im Übrigen gilt jedoch das zu den gesetzlichen Verwertungsverboten Gesagte entsprechend: Schlussfolgerungen für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit

¹¹¹¹ Vgl. BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 663; DENCKER, S. 18 ff.; FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 30; KELNHOFER, S. 142; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 101 N 22; PELZ, S. 73, 75 f., 91; ROGALL, NStZ 1988, 385, 391; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21; SCHMID, Strafprozessrecht, N 1067; SCHRÖDER, S. 96.

¹¹¹² Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 101 N 22; KK-KUCKEIN, § 338 StPO N 1 m.w.N.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 1067.

¹¹¹³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 1067.

¹¹¹⁴ Vgl. § 337 Abs. 1 dStPO.

¹¹¹⁵ BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 663; KELNHOFER, S. 142; KK-KUCKEIN, § 337 N 6; PELZ, S. 73, 75 f.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 391; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21; SCHRÖDER, S. 96; anders wohl HAFFKE, GA 1973 65, 82.

¹¹¹⁶ Vgl. daher auch die Kritik an einer revisionsrechtlichen Betrachtung von Verwertungsverboten bei AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, S. 70; DENCKER, S. 19 unter Verweis auf §§ 163a Abs. 3, 136a dStPO; JÄHNKE, DAV, S. 69, 70; KELNHOFER S. 92 f.; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 502; PELZ, S. 89 f.; REINECKE S. 205; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 7 f.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 198; vgl. zu den mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde im Kanton Zürich anfechtbaren Entscheiden und entsprechenden Beschränkungen SCHMID, Strafprozessrecht, N 1050 ff.; vgl. zum Anfechtungsobjekt der Revision und entsprechenden Beschränkungen KK-KUCKEIN, § 333 StPO N 3, jeweils m.w.N.

strafprozessualer Hypothesen ausserhalb dieses eng umgrenzten Bereichs lassen sich daraus nicht ableiten.¹¹¹⁷

II. Gesetzliche Beachtlichkeit von Hypothesen

Ebenso wie das Strafverfahrensrecht einerseits Regelungen vorsieht, für die sich unmissverständlich eine Unbeachtlichkeit an sich denkbarer Hypothesen ergibt, existieren andererseits gesetzliche Bestimmungen, denen hypothetische Erwägungen zugrunde liegen oder die eine Hypothesenbildung verlangen. Der Gesetzessystematik nach bleiben diese Bestimmungen in der Schweiz und in Deutschland jedoch auf den Komplex der Zufallsfunde beschränkt, die anlässlich einer an sich rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung gewonnen wurden.¹¹¹⁸

1. Zufallsfunde bei Hausdurchsuchungen

Beispielhaft genannt werden soll hier zunächst die dem deutschen Strafverfahren bekannte Regelung zur Verwertbarkeit von Zufallsfunden bei der Hausdurchsuchung,¹¹¹⁹ die in der Schweiz mit strafprozessualen Vorschriften in den Kantonen Bern und Schaffhausen vergleichbar und de lege ferenda auch im schweizerischen Strafprozessrecht vorgesehen ist.¹¹²⁰ Diesen Zufallsfundregelungen kann – auch wenn sich dies erst auf den zweiten Blick erschliesst – ihrem Sinn und Zweck nach durchaus eine hypothetische Komponente zugeschrieben werden. Auszugehen ist von dem im schweizerischen und deutschen Strafverfahrensrecht geltenden Grundsatz, dass eine Hausdurchsuchung nur aufgrund des Verdachts eines bestimmten Deliktes durchgeführt werden darf.¹¹²¹ Anlässlich dieser zur Aufklärung

¹¹¹⁷ Vgl. bereits Dritter Teil: 3. Kapitel: § 4 I. 1., S. 272 ff.

¹¹¹⁸ Vgl. dazu z.B. Art. 154 StrV BE; Art. 191 StPO SH; BÉNÉDICT, S. 191 ff.; PIQUEREZ, N 713; SCHMID, Strafprozessrecht, N 769 ff.; zur Auslegung des Art. 9 BÜPF BGE 132 IV 70; SCHMID, ZStrR 120 (2002), 284 ff.; WOHLERS, AJP 2006, 634 ff.; vgl. aus deutscher Sicht §§ 98b Abs. 3, 100a, 100b Abs. 5, 100d Abs. 6 Ziff. 1, 108 Abs. 1, 111 Abs. 3 dStPO; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 663; FEZER, NSZ 2003, 625, 630; KELNHOFER, S. 89 f., 142, 217 ff.; KK-NACK, Vor § 94 StPO N 8; MAIWALD, JuS 1978, 379, 382; PELZ, S. 74, 180 ff.; ROGALL, NSZ 1988, 385, 391; DERS., JZ 1996, 944, 949; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 183, 194 f., 202 f.; WELP, S. 220 ff.; vgl. zu entsprechenden Zufallsfundregelungen de lege ferenda für die Schweiz Art. 242, 277, 295 E-StPO und dazu die Botschaft VE StPO, BBl 2006, 1085, 1251, 1257.

¹¹¹⁹ Vgl. § 108 dStPO.

¹¹²⁰ Vgl. Art. 154 StPO BE; Art. 191 StPO SH; de lege ferenda Art. 242 E-StPO.

¹¹²¹ Vgl. KELNHOFER, S. 89; SCHRÖDER, S. 97; WELP, S. 221; Begleitbericht zum Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung, S. 174; Botschaft VE StPO, BBl 2006, 1085, 1237; BÉNÉDICT, S. 191 ff.; FORNITO, S. 164 f.; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 56 f.

einer bestimmten Tat angeordneten Durchsuchung kommt es dann freilich nicht selten vor, dass Gegenstände gefunden werden, die mit der abzuklärenden Tat in keinem Zusammenhang stehen, aber auf andere begangene Verbrechen oder Vergehen hindeuten.¹¹²² Das Gesetz erweitert für solche Zufallsfunde die staatliche Zugriffs- und Verwertungsbefugnis und entbindet die Strafverfolgungsbehörden von der „wertlosen Umständlichkeit“, den Zufallsfund zunächst unter Aufhebung der Beschlagnahme dem von der Durchsuchung Betroffenen wieder auszuhändigen, um ihn dann aufgrund einer erneuten Beschlagnahmeverfügung sofort wieder zu beschlagnahmen.¹¹²³ Weil die Erweiterung der staatlichen Befugnisse aber nur unter der Voraussetzung gilt, dass die Beweiserhebung auch hinsichtlich dieser neu entdeckten Delikte oder neu zu erfassenden Straftäter zulässig gewesen wäre, kommt es auf die hypothetische Erwägung an, ob der Gegenstand sofort nach der Rückgabe wieder rechtmässig hätte beschlagnahmt werden können.¹¹²⁴ Dieser Anforderung können allerdings von vornherein nur solche – für die Hausdurchsuchung typischen – Fallkonstellationen gerecht werden, in denen trotz der zeitlichen Verspätung der gedachten staatlichen Wiederholungshandlung noch immer genau dasselbe Beweismittel zu Tage gefördert werden könnte. Zur Einbringbarkeit von Beweishypothesen, die sich auf flüchtige und später nicht mehr rekonstruierbare Beweismittel beziehen, halten die gesetzlichen Regelungen zum Umgang mit Zufallsfunden bei Hausdurchsuchungen jedoch keinerlei Anhaltspunkte bereit.¹¹²⁵

2. Zufallsfunde bei staatlichen Überwachungsmaßnahmen

Beweishypothesen, die auf den ursprünglichen Beweiserhebungszeitpunkt bezogen sind und die Verwertbarkeit „flüchtiger“ Beweismittel legitimieren, misst das Strafverfahrensrecht aber in anderem Zusammenhang eine durchaus gewichtige Bedeutung zu. Eine entsprechende Hypothesenbildung liegt den gesetzlichen Bestimmungen zur Verwertung von Zufallsfunden zugrunde, die anlässlich einer staatlichen Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation erlangt wurden. Deren Verwertbar-

¹¹²² Vgl. Art. 154 StrV BE; Art. 191 StPO SH; § 108 dStPO.

¹¹²³ So erstmals RGSt 47, 195, 197; vgl. BÉNÉDICT, S. 191 ff.; MAIWALD, JuS 1978, 379, 383; SCHRÖDER, S. 97; WELP, S. 221; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 56 f.; vgl. auch Begleitbericht zum Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung, S. 174; Botschaft VE StPO, BBl 2006, 1085, 1237.

¹¹²⁴ RGSt 47, 195, 198; BÉNÉDICT, S. 191 ff.; MAIWALD, JuS 1978, 379, 383; SCHRÖDER, S. 97; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 56 f.; WELP, S. 221; Begleitbericht zum Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung, S. 174; Botschaft VE StPO, BBl 2006, 1085, 1237.

¹¹²⁵ SCHRÖDER, S. 97; vgl. KELNHOFER S. 98.

keit ist an die Hypothese gebunden, dass bestimmte Voraussetzungen der Anordnung einer Überwachung in Bezug auf das neu bekannt gewordene Delikt schon zum Zeitpunkt der früheren Überwachungsanordnung erfüllt gewesen wären.¹¹²⁶ Die Gesetzessystematik gibt also in Ansehung der spezifischen Problemlage die Einbeziehung einer hypothetischen Beweiserhebung vor: Mangels Rekonstruierbarkeit desselben Beweisergebnisses durch eine erneute tatsächliche Überwachungsmassnahme soll sich die Verwertbarkeit des Zufallsfundes nach der Zulässigkeit einer hypothetisch zielgerichteten staatlichen Beweiserhebung zum damaligen Zeitpunkt richten.¹¹²⁷

III. Abstrahierung der gesetzessystematischen Aussagen

Die Gegenüberstellung gesetzlicher Irrelevanz und gesetzlicher Relevanz strafprozessualer Hypothesenbildungen in unterschiedlichen Anwendungsbereichen rechtfertigt den Befund, dass das Gesetz zur Berücksichtigungsfähigkeit hypothetischer Alternativen keine abschliessende Antwort bereit hält. Aus den strafprozessualen Regelungen zum Umgang mit Zufallsfunden kann aber immerhin abstrahiert werden, dass der Gesetzgeber strafprozessuale Hypothesen im Bereich der Beweisverbote offenbar nicht von vornherein für ausgeschlossen hält, weil hypothetische Überlegungen jedenfalls in dieser Fallkonstellation einen Platz im strafprozessualen Beweisrecht erhalten haben.¹¹²⁸ Darüber hinaus kann man wohl für den Fall der an sich rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung so weit gehen, aus den inzwischen recht zahlreichen Zufallsfundregelungen auf eine gesetzgeberische Anerkennung hypothetischer Überlegungen im Bereich der jeweils einschlägigen Zufallsfundproblematik zu schliessen.¹¹²⁹ Um einen „allgemeinen Grundsatz der Beweisverbotslehre“, wie er im deutschen Schrifttum vereinzelt behauptet wurde, handelt es sich deshalb allerdings

¹¹²⁶ Vgl. BGE 132 IV 70 ff. zur Auslegung des Art. 9 BÜPF; FORNITO, S. 212 ff.; PIQUEREZ, N 713; SCHMID, Strafprozessrecht, N 769 ff.; WOHLERS, AJP 2006, 634 ff.; vgl. zu entsprechenden Zufallsfundregelungen für Deutschland z.B. §§ 100a, 100b Abs. 5, 100d Abs. 6 Ziff. 1 dStPO; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 663; FEZER, NStZ 2003, 625, 630; KELNHOFER, S. 217 ff.; KKNACK, Vor § 94 StPO N 8; MAIWALD, JuS 1978, 379, 382; PELZ, S. 74, 180 ff.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 391; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 183, 194 f., 202 f.; WELP, S. 220 ff.; vgl. zur Massgeblichkeit des Verdachts zur Zeit der Anordnung bereits RGSt 47, 195, 198; vgl. de lege ferenda für die Schweiz Art. 277 E-StPO sowie die entsprechende Regelung bei Zufallsfunden nach verdeckter Ermittlung, Art. 295 E-StPO; Botschaft VE StPO, BBl 2006, 1085, 1251.

¹¹²⁷ KELNHOFER, S. 231.

¹¹²⁸ BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 663; FORNITO, S. 308; KELNHOFER, S. 142; PELZ, S. 74; ROGALL NStZ 1988, 385, 391; vgl. auch WELP, S. 220 ff.

¹¹²⁹ KELNHOFER, S. 89 f.

nicht.¹¹³⁰ Umgekehrt – und ebenso beliebig – liesse sich nämlich argumentieren, gerade die gesetzliche Vorgabe einer Einbeziehung von Beweis-hypothesen für einen ganz spezifischen Bereich deute im Umkehrschluss auf die Unzulässigkeit derartiger Überlegungen in anderen Bereichen hin.¹¹³¹ Hinreichende gesetzliche Anhaltspunkte gibt es aber weder für den einen noch für den anderen Standpunkt. Soweit eine Berücksichtigung von Hypothesen von Gesetzes wegen bereichsspezifisch vorgesehen ist, sind darin Schlussfolgerungen zur Geltungsberechtigung von Hypothesen für rechtlich und tatsächlich ganz anders gelagerte Fallgestaltungen schlicht nicht angelegt.¹¹³²

§ 5 Parallelwertungen zur strafrechtlichen Zurechnungsdogmatik

I. Zur strafprozessualen Relevanz der strafrechtlichen „Hypothese des rechtmässigen Alternativverhaltens“

Ausgehend von der für die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung gewonnenen Erkenntnis, dass die Kausalität zwischen Verfahrensfehler und Beweiserlangung zwar ein notwendiges, aber kein hinreichendes Kriterium zur Begründung eines unselbständigen Verwertungsverbotest ist, hat sich in der Beweisverbotsdogmatik eine Art „strafprozessuale Zurechnungslehre“ entwickelt. In Überwindung einer kausalitätsbezogenen Betrachtung strafprozessualer Beweishypothesen werden die überaus komplexen Regeln der Hypothesenbildung auf eine normative Prüfungsstufe verlagert. Ähnlich wie im materiellen Strafrecht ist diese Verschiebung des systematischen Standorts der Problematik wohl vor allem der Einsicht geschuldet, dass selbst eine umfassendere „juristische Kausalitätstheorie“ kaum überzeugend sämtliche Wertungsgesichtspunkte in sich aufnehmen kann, die es bei der Bestimmung von Verfahrensfehlerfolgen zu berücksichtigen gilt.¹¹³³ Zur Legitimation der Hypothesenbildung wird daher zunehmend auf die in der strafrechtlichen

¹¹³⁰ GRÜNWALD, JZ 1966, 489, 496 und dazu kritisch EB. SCHMIDT, MDR 1970, 461, 463 und ablehnend KELNHOFER, S. 88 f., 105.

¹¹³¹ KELNHOFER, S. 90.

¹¹³² Vgl. KELNHOFER, S. 90.

¹¹³³ KELNHOFER, S. 154; MüKo-FREUND, Vor §§ 13 ff. StGB N 320 f.; ROXIN, Strafrecht AT I, § 11 N 11, 44 ff.; SK-RUDOLPHI, Vor § 1 StGB N 52 ff.; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 9, N 27 f.

Zurechnungsdogmatik geläufige Zurechnungsschranke verwiesen, wonach bei einem durch pflichtwidriges Verhalten des Täters herbeigeführten Erfolg der Umstand Berücksichtigung finden muss, dass dieser Erfolg zu dieser Zeit und in dieser Form ohne das Verhalten des Täters ebenso eingetreten wäre.¹¹³⁴ Diese Überlegung wird auf die strafprozessuale Beweisverbotsproblematik übertragen: Bei den unselbständigen Verwertungsverboten soll die „Hypothese rechtmässigen Alternativverhaltens“ die normative Verknüpfung zwischen Verfahrensfehler und Beweisergebnis aufheben und so zur Verwertbarkeit des Beweismittels führen können.¹¹³⁵ Dem im Strafrecht erforderlichen normativen Zusammenhang zwischen Schuld und Erfolg wird im Strafprozessrecht somit ein normativer Zusammenhang zwischen staatlichem Verfahrensfehler und staatlicher Beweiserlangung gegenüber gestellt.¹¹³⁶

Das strafprozessuale Potential einer Anlehnung an die strafrechtliche Rechtsfigur des hypothetischen Alternativverhaltens ist allerdings beschränkt, nicht umsonst bleibt diese Betrachtungsweise auf die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung und die daraus resultierenden Folgefragen fokussiert. Die Berücksichtigung des rechtmässigen Alternativverhaltens wird nämlich nur dort plausibel, wo das ersetzungsbedürftige „Gegenstück“ eines prozessrechtlich relevanten Gesetzesverstosses gegeben ist.¹¹³⁷ Eine strafprozessuale „Hypothese rechtmässigen Alternativverhaltens“ kann darum allenfalls auf ein Fragment der gesamten Beweisverbotsproblematik angewendet werden, nämlich auf die Fallgestaltungen rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung.¹¹³⁸ Sie bietet aber insgesamt keine zureichende gedankliche Basis für die da-

¹¹³⁴ FORNITO, S. 308; HERDEGEN, DAV, S. 103, 118, 120 f.; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; REINECKE, S. 206; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519 f.; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 490 ff.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 95 f.; WOLTER, NStZ 1984, 276, 277; vgl. auch GÖSSEL, NJW 1981, 2217, 2219 im Zusammenhang mit dem Revisionsrecht; vgl. zur Lehre von der objektiven Zurechnung und der materiell-rechtlichen Figur des rechtmässigen Alternativverhaltens je m.w.N. BGHSt 11, 1 (Radfahrerfall); DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 84 ff.; FORNITO, S. 307; KELNHOFER, S. 22 f.; PELZ, S. 105; REINECKE, S. 206; SAMSON, Hypothetische Kausalverläufe, S. 23 ff.; SK-RUDOLPHI, Vor § 1 StGB N 57 ff.; SK-SAMSON, Anh. § 16 StGB N 57 ff.; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 9 N 17 ff., N 40 ff.; TRECHSEL/NOLL, S. 260, 278; WOLTER, Zurechnung, S. 330 ff., 334 ff.

¹¹³⁵ Vgl. grundlegend, aber aus einer revisionsrechtlichen Betrachtungsweise heraus und daher bezogen auf die Verknüpfung von Verfahrensfehler und Urteil SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519 f.; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 490 ff.; vgl. im Rahmen der Abwägungs- und Schutzzwecklehren FORNITO, 308; HERDEGEN, DAV, S. 103, 118, 120 f.; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; SK-ROGALL, § 136a StPO N 95 f.; WOLTER, NStZ 1984, 276, 277.

¹¹³⁶ Vgl. SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519 f.; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 490 ff.

¹¹³⁷ Vgl. KELNHOFER, S. 45; SCHRÖDER, S. 98 f.

¹¹³⁸ KELNHOFER, S. 45.

rüber hinausreichenden Problemlagen der Beweisverbote, die sich in den vielfältigen Anwendungsbereichen der Beweishypothesen fortsetzen.

II. Beweishypothesen: ein Schritt ins Normative

Der Rückgriff auf die strafrechtliche Zurechnungsdogmatik darf im Übrigen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die gebotene Legitimation der strafprozessualen Hypothesenbildung mit dem Verweis auf die Existenzberechtigung einer „ähnlichen“ Rechtsfigur im Strafrecht nicht geleistet ist. Die strafrechtliche Berechtigung der „Hypothese rechtmässigen Alternativverhaltens“ steht im Begründungszusammenhang der strafrechtlichen Grundprinzipien individueller Erfolgsverantwortlichkeit und persönlicher Schuld, die im Strafprozessrecht bei den Beweisverboten nicht gleichermassen entscheidend sind.¹¹³⁹ Ein Seitenblick auf die strafrechtliche Zurechnungsdogmatik kann die Herleitung einer originär strafprozessualen Legitimation der jeweiligen Beweishypothese danach nicht ersetzen; nutzlos ist er aber deshalb nicht. Immerhin steht die strafrechtliche Zurechnungslehre geradezu stellvertretend für die Anerkennung des Umstandes, dass bei Abgrenzungsproblemen zwischen rechtlich erheblichen und rechtlich unerheblichen Handlungen früher oder später ein Wertungsschritt erforderlich wird.¹¹⁴⁰ Dieser Grundgedanke hat auch bei der strafprozessualen Hypothesenbildung Gewicht. Ähnlich wie im materiellen Strafrecht kann im Strafprozessrecht die Erkenntnis Gültigkeit beanspruchen, dass bei der Ermittlung einer ungeschriebenen Rechtsregel zur Verwertbarkeit oder Nichtverwertbarkeit von Beweismitteln mit rein logischen Operationen und schlichten Kausalitätsbetrachtungen offenbar nicht auszukommen ist.¹¹⁴¹ Die komplexe Dogmatik der Beweisverbote ist gewissermassen das „Symptom“ des Umstandes, dass zusätzlich ausdifferenzierte normative Erklärungen für die Verwertbarkeit oder Nichtverwertbarkeit eines Beweismittels erforderlich werden, für deren Berücksichtigung es

¹¹³⁹ Vgl. PELZ, S. 107.

¹¹⁴⁰ Vgl. FRICK, Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz, S. 65 ff.; GÖSSEL, NJW 1981, 2217, 2219; KINDHÄUSER, GA 2007, 447, 453 ff.; MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 31 f.; REINECKE, S. 206; ROXIN, Strafrecht AT I, § 1 N 2, 44 ff.; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519 f.; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 490 ff.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 97; SK-RUDOLPHI, Vor § 1 StGB N 57 ff.; STRATENWERTH, Strafrecht AT/I, § 9 N 28 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Handkommentar StGB, Art. 117 StGB N 3; WOLTER, NSZ 1984, 276, 277; DERS., Zurechnung, S. 330 ff., 334 ff.

¹¹⁴¹ Vgl. MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 31 f.; ROGALL, NSZ 1988, 385, 391; ROXIN, Strafrecht AT I, § 1 N 2, 46; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519 f.; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 490 ff.; SCHRÖDER, S. 99.

wie im Strafrecht einer eigenen Prüfungsstufe bedarf. Die Parallele zur strafrechtlichen Zurechnungsdogmatik verdeutlicht also vor allem die rechtssystematische Verortung der Beweishypothese bei der Prüfung der Beweisverwertbarkeit. Die im Wege der Hypothese eingenommene Als-Ob-Betrachtung muss, da sie über das tatsächlich Geschehene hinausweist, auf einer von der schlichten Feststellung von Seinstatsachen abgehobenen Wertungsebene liegen:¹¹⁴² „Soweit es nämlich das Sein nicht allein festzustellen, sondern zu werten gilt, liegt hierin der Schritt ins Normative.“¹¹⁴³

§ 6 Der Geltungsgrund der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“

Bei der Herleitung eines Geltungsgrundes der „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ ist der dogmatische Ansatzpunkt der Hypothesenbildung im Blick zu behalten: Die Hypothese korrigiert die Zufälligkeit der staatlichen Beweiserlangung, die durch die Weiterleitung der illegal privat beschafften Beweismittel an die Strafverfolgungsbehörden verursacht ist und diese von der Vornahme einer eigenhändigen, zielgerichteten Beweiserhebung entlastet.¹¹⁴⁴ Inhalt der entsprechenden Hypothese ist die Prüfung, ob den Strafverfolgungsbehörden der eigenhändige zielgerichtete Zugriff auf das Beweismittel von Gesetzes wegen verwehrt gewesen wäre; dies muss bejaht werden, wenn das Beweismittel bei einer gedanklich ergänzten staatlichen Beweiserhebung nur rechtswidrig hätte gewonnen werden können. Die Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung ist der Sache nach also nicht mehr als ein strafprozessuales Medium, um zu einem Vergleich der tatsächlichen Ist-Situation der Beweislage mit der gesetzlichen Soll-Situation bei einer gedachten zielgerichteten Beweiserhebung durch die staatlichen Organe zu gelangen.¹¹⁴⁵ Nachzuweisen bleibt somit, dass die Berücksichtigung dieses hypothetischen Vergleichs eine Berechtigung hat und auf der Rechtsfolgenseite geeignet sein kann, ein Verwertungsverbot zu konstituieren.

¹¹⁴² BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 660; GRÜNWALD, S. 161; HERDEGEN, DAV, S. 103, 120 f.; KELNHOFER, S. 100; PELZ, S. 75; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; REINECKE, S. 205; ROXIN, Strafrecht AT I, § 1 N 2, 46; SCHLÜCHTER, Festschrift Krause, S. 485, 488; SCHRÖDER, S. 77, 86 f., 99.

¹¹⁴³ SCHLÜCHTER, Festschrift Krause, S. 485, 486; ähnlich MURSWIEK, Staatliche Verantwortung, S. 32.

¹¹⁴⁴ Vgl. dazu Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 II. 2., S. 260 ff.

¹¹⁴⁵ Ähnlich FORNITO, S. 307; HUFEN, NJW 1982, 2160, 2167.

I. Zum Geltungsgrund von Beweishypothesen bei staatlichen Zufallsfunden

Eine der vorliegenden Sonderkonstellation anscheinend verwandte Problematik ist die staatliche Erlangung von Zufallsfunden, die bei einer rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung gewonnen wurden und über deren Verwertbarkeit dem gesetzgeberischen Verständnis nach im Wege einer Hypothesenbildung zu entscheiden ist.¹¹⁴⁶ Immerhin fehlt es dort wie hier an einer zielgerichteten staatlichen Beweiserhebung, die nachträglich nur noch hypothetisch einbezogen werden kann.¹¹⁴⁷ Andererseits wird aber auch eine Trennlinie zwischen beiden Fallgestaltungen sichtbar, die einer deckungsgleichen Hypothesenlegitimation entgegen steht: Bei den Zufallsfunden, die anlässlich einer rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung angefallen sind, ist eine staatliche Eingriffshandlung tatsächlich vorgekommen, der es im Hinblick auf den Zufallsfund aber an Finalität mangelte,¹¹⁴⁸ bei „Zufallsfunden“ nach illegaler privater Beweisbeschaffung fehlt demgegenüber eine entsprechende staatliche Eingriffshandlung in Gänze.

Für die Legitimierung der Hypothese ist dies ein wesentlicher Unterschied. Bei den Zufallsfunden aus einer staatlichen Beweiserhebung liegt die der Folgerichtigkeit des Rechtssystems geschuldete Annahme nahe, dass die staatlichen Eingriffs- und Verwertungskompetenzen für ein durch eine staatliche Eingriffshandlung zufällig erlangtes Beweismittel nicht weiter reichen können, als für ein durch eine staatliche Eingriffshandlung zielgerichtet erhobenes Beweismittel.¹¹⁴⁹ Eine weitergehende Verwertung von Zufallsfunden, für die eine entsprechende staatliche Beweiserhebungsmassnahme von Gesetzes wegen gar nicht zulässig ist, müsste die vom Gesetzgeber vorgenommene Ausgestaltung der staatlichen Beweiserhebungskompetenzen und Beweiserhebungsschranken desavouieren. Aus diesem Grunde ist für Zufallsfunde, die bei einer staatlichen Eingriffshandlung erlangt wurden, davon auszugehen, dass den

¹¹⁴⁶ Vgl. dazu Dritter Teil: 3. Kapitel: § 4 III., S. 277 ff.

¹¹⁴⁷ Vgl. zur Hypothesenbildung bei den Zufallsfunden BGer, Urteil vom 9.10.2007, 6B_170/2007, E.4.6 (zur Publikation vorgesehen); BÉNÉDICT, S. 191 ff.; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 663; FEZER, NSiZ 2003, 625, 630; FORNITO, S. 308; KELNHOFER, S. 89 f., 142, 217 ff.; KK-NACK, Vor § 94 StPO N 8; MAIWALD, JuS 1978, 379, 382; PELZ, S. 74, 180 ff.; PIQUERREZ, N 713; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 391; SCHMID, Strafprozessrecht, N 769 ff.; SCHRÖDER, S. 149 ff.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 183, 194 f., 202 f.; WELP, S. 220 ff.; WOHLERS, AJP 2006, 634 ff.

¹¹⁴⁸ Vgl. BGE 132 IV 70, 75; BGer, Urteil vom 9.10.2007, 6B_170/2007, E.4 (zur Publikation vorgesehen); KELNHOFER, S. 231; ROGALL, JZ 1996, 944, 949; SCHRÖDER, S. 149 f.; WOHLERS, AJP 2006, 634, 635.

¹¹⁴⁹ Vgl. Botschaft VE StPO, BBl 2006, 1085, 1251; FORNITO, S. 213; ROGALL, JZ 1996, 944, 949; SCHRÖDER, S. 153; WOHLERS, AJP 2006, 634, 636.

Beweiserhebungsnormen bei der Verwertungsfrage eine nachträgliche Wirksamkeit gerade deshalb zugestanden wird, um so einen rechtlichen Widerspruch bei der Verwertbarkeit von Beweismitteln aus zufälligen und zielgerichteten staatlichen Beweiserlangungen zu vermeiden.¹¹⁵⁰ Solche Dissonanzen des Rechtssystems sind bei der Verwertung von „Zufallsfunden“ nach illegaler privater Beweisbeschaffung demgegenüber grundsätzlich nicht zu befürchten; denn soweit weder eine zufällige noch eine zielgerichtete staatliche Verfahrenshandlung zur Beschaffung dieses „Zufallsfundes“ vorliegt, kann die Notwendigkeit einer entsprechenden Angleichung der Beweismittelverwertbarkeit in dieser Form nicht auftreten.

Der gesetzlich gewollten Hypothesenbildung bei staatlichen Zufallsfunden ist aber gleichwohl ein konstruktiver Anstoss für die Legitimierung von Beweishypothesen nach illegaler privater Beweisbeschaffung abzugewinnen. Einlassen muss man sich allerdings auf eine umfassendere Betrachtung der rechtlich zu bewältigenden Fallgestaltungen im Kontext der Beweisverbote, die neben der zufälligen und zielgerichteten staatlichen Beweiserhebung auch die Weiterleitung illegal privat beschaffter Beweismittel an den Staat einbezieht. Aus dieser erweiterten Perspektive heraus sind dann nicht nur Zweifel angebracht, ob die staatlichen Verwertungsbefugnisse bei zufälliger und zielgerichteter *staatlicher* Beweiserhebung auseinander fallen dürfen, sondern es ist ausserdem zu argwöhnen, ob die staatlichen Verwertungsoptionen bei illegaler *privater* Beweisbeschaffung weiter gehen können, als wenn der Staat das Beweismittel wie im gesetzlichen Normalfall selbst hätte erheben müssen.¹¹⁵¹ Mit dieser inhaltlichen Verschiebung kann das bei den staatlichen Zufallsfunden erkennbare Prinzip, im Wege der nachträglichen Hypothesenbildung die gesetzlichen Massgaben bei der Verwertungsfrage einzubinden, ein erstes Indiz für den Geltungsgrund der „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ nach illegaler privater Beweisbeschaffung sein.

¹¹⁵⁰ WOHLERS, AJP 2006, 634, 636; vgl. KELNHOFER, S. 218; 230; abweichend SCHRÖDER, S. 153, die eine staatliche „Umgehung“ der gesetzlichen Erhebungsvorschriften bei staatlichen Zufallsfunden annimmt, was aber mit der Rechtmässigkeit des staatlichen Vorgehens bei der Beweiserlangung kaum in Einklang zu bringen ist.

¹¹⁵¹ Vgl. zum Grundsatz der staatlichen Sachverhaltsermittlung SCHILLING, S. 132; STEEGMANN, in: Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 237, 248 ff., 253; Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 III. 2., S. 79 ff.

II. Die „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“ als Korrektiv von Zufälligkeiten

Mit der Weiterleitung der illegal privat beschafften Beweismittel an die staatlichen Organe sind diese ohne den Zwischenschritt staatlicher Beweiserhebung unmittelbar in die Verwertungssituation versetzt: Ihnen verbleibt nur noch die Entscheidung, ob sie das bereits präsente Beweismaterial nutzen dürfen oder nicht.¹¹⁵² An einem solchen „sprunghaften“ Verfahrensgang ist an sich nicht auszusetzen, denn er entspricht im Ergebnis der Gesetzeskonzeption, nach der den Strafverfolgungsbehörden eben gerade kein Ermittlungs- und Aufklärungsmonopol und damit auch kein absolut wirkendes „Recht auf staatliche Beweiserhebung“ zugesprochen ist.¹¹⁵³

Andererseits gilt es zu bedenken, dass den staatlichen Organen die Aufgaben der Strafuntersuchung und der Durchführung des Strafverfahrens de lege lata zugewiesen sind und dass es ihnen nicht gestattet ist, diese Zuständigkeit und Verantwortung an Privatpersonen abzutreten.¹¹⁵⁴ Zudem haben die Strafverfolgungsorgane im Falle der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben die Massgaben der Strafprozessordnungen zu beachten, die für Privatpersonen keinerlei Bindungswirkung entfalten.¹¹⁵⁵ Der Staat – und nur der Staat – ist strafverfahrensrechtlich begrenzt in der Anwendung von Zwangsmassnahmen, Fahndungsmethoden und anderen Eingriffsmöglichkeiten, mit denen er sich die erforderlichen Beweismittel beschaffen will.¹¹⁵⁶ Für allein den materiell-rechtlichen Schranken unterworfenen Privatpersonen gelten diese Restriktionen nicht, so dass sie sich rein strafprozessual betrachtet in einem „verfahrensrechtsfreien“ Raum bewegen, bis sich im Strafverfahren die strafprozessuale Verwertungsfrage für illegal privat beschaffte Beweismittel stellt.

In dieser Verteilung der gesetzlichen Vorgaben sind Zufälligkeiten der Verwertbarkeit von Beweismitteln angelegt. So besteht bei staatlicher Beweiserhebung stets das Risiko der Verletzung verfahrensrechtlicher Bestimmungen, was in bestimmten Fällen zur Verwertungsverbotsfolge führt; andererseits hat es der Staates in der Hand, die Verwertbarkeit des konkreten Beweisstücks durch eine ordnungsgemässe Beweiserhebung zu begünstigen.

¹¹⁵² Vgl. MACHT, S. 323 f.; STÖRMER, S. 92.

¹¹⁵³ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 III. 2., S. 79 ff.

¹¹⁵⁴ Vgl. BOCKEMÜHL, S. 32; HASSEMER/MATUSSEK, S. 12 ff.; KELNHOFER, S. 246; MENDE, S. 96; SCHILLING, S. 132; STEEGMANN, in: Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 237, 253.

¹¹⁵⁵ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 III., S. 76 ff.

¹¹⁵⁶ FORNITO, S. 16; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 5; RUPP, Gutachten DJT, S. 167, 191; SCHILLING, S. 59 ff., 78; TSCHANNEN, § 6 N 22.

tigen. Bei der privaten Beweisbeschaffung ist die Ausgangslage insoweit eine andere, als ein Verwertungs Hindernis von vornherein nur noch durch selbständige Verwertungsverbote begründet werden kann. Daran wird deutlich, dass die rechtliche Behandlung des konkreten Beweisstücks letztendlich von der vielfach rein zufälligen historischen Abfolge privater oder staatlicher Beweisbeschaffung abhängt – und insbesondere davon, ob die Privatperson den staatlichen Organen bei der Beweisbeschaffung zeitlich zuvor kam oder nicht.¹¹⁵⁷ Eine Hypothese, mit der für illegale private Beweisbeschaffungen im Ergebnis dieselbe Rechtslage hergestellt wird, die bei finaler staatlicher Beweiserhebung von Anfang an bestehen würde, ist daher – insoweit im Ansatz ähnlich wie die Hypothesenbildung nach staatlichen Zufallsfunden – geeignet und bestimmt, Zufälligkeiten auszuschalten, die bei der Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines Verwertungsverbots ansonsten auftreten müssen.¹¹⁵⁸

Der Klarstellung halber ist hinzuzufügen, dass diese hypothetische Konstruktion, welche die Rechtslage „wie bei staatlicher Beweiserhebung“ herstellt, nichts gemein hat mit einer verkappten Analogie, bei der strafprozessuale Bestimmungen unzulässigerweise auf die private Beweisbeschaffung angewendet werden.¹¹⁵⁹ Die Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung ist in ihrem Ansatzpunkt und in ihrer Funktionsweise spezifisch auf die „Zufälligkeit“ der staatlichen Beweiserlangung und daraus ableitbare Verwertungsfragen ausgelegt. Der illegale private Beweisbeschaffungsakt ist für die Hypothesenbildung unmassgeblich und er kommt dementsprechend bei der hypothetischen „Ergänzung“ staatlicher Beweiserhebung nicht vor. Die strafprozessualen Bestimmungen behalten ihren Bezugsrahmen, ausschliesslich die staatlichen Organe zu binden und zu verpflichten; dies bleibt auch dann gewährleistet, wenn die Beweiserhebungsnormen für eine nur *gedachte* Beweiserhebung nachträglich relevant werden, solange es sich dabei um eine gedachte *staatliche* Beweiserhebung handelt.¹¹⁶⁰

III. Die objektiv-rechtliche Befehlskraft der Beweiserhebungsnormen

Die Konzeption eines durch die „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ bedingten Verwertungsverbots muss sich nach allem der

¹¹⁵⁷ Vgl. KELNHOFER, S. 86; SCHRÖDER, S. 90 f.; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 42 f.

¹¹⁵⁸ Vgl. KELNHOFER, S. 86; SCHRÖDER, S. 90 f.

¹¹⁵⁹ Vgl. zu diesem Einwand BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 158.

¹¹⁶⁰ BERNSMANN, Privatisierung der Justiz, S. 151, 157.

Frage stellen, aus welchem Grund die Verwertbarkeit der infolge illegaler privater Beweisbeschaffung faktisch verfügbaren Beweismittel von der hypothetischen Überlegung abhängig sein sollte, welche Beweismittel dem Staat von Gesetzes wegen bei einer staatlichen Beweiserhebung zur Verfügung gestanden hätten. Dabei ist vorwegzunehmen: Gerade weil die Gesamtheit der gesetzlichen Beweiserhebungsnormen in diesem dogmatischen Modell den alleinigen Massstab für die Zulässigkeit des Beweismittels bildet, wird letztlich entscheidend sein, ob aus den gesetzlichen Beweiserhebungsnormen eine über ihre tatsächliche Anwendung hinausweisende Wirkungsmacht und Befehlskraft herausgelesen werden kann, die eine Nichtverwertung des Beweismittels gebietet.

1. Gesetzwidrige staatliche Besserstellung durch die Zufälligkeit der Beweiserlangung

In den Beweiserhebungsnormen sind die abstrakt-generellen Bedingungen festgelegt, unter denen der *Staat* bestimmte Beweismittel erlangen und in Grundrechte seiner Bürger eingreifen darf – für Privatpersonen gelten diese Schranken nicht.¹¹⁶¹ Insoweit ist also nicht zu übersehen, dass sich die Bedeutung der Beweiserhebungsvorschriften gerade aus der im Verhältnis von Staat und Bürger bestehenden Grundrechtsrelevanz staatlicher Verfahrenshandlungen erklärt,¹¹⁶² während eine private „Verfahrenshandlung“ diese Grundrechtsrelevanz nicht besitzt. Legt man die Bindungswirkung des Staates an die gesetzlichen Beweiserhebungsvorschriften aber bereits mit dieser schlichten Seins-Feststellung ad acta, so ist zweifelhaft, ob dies den gesetzgeberischen Grundentscheidungen schlussendlich gerecht wird. Auf einer zur blossen Feststellung zufälliger staatlicher Beweiserlangung hinzutretenden Wertungsebene bleibt nämlich zu berücksichtigen, dass die Zufälligkeit der Beweislage zu einer notwendigen Bedingung der Verwertungsoption wird, wenn der Staat bei gedachter Wahrnehmung der eigenen Strafverfolgungszuständigkeit ein Beweismittel von Gesetzes wegen gar nicht erst hätte gewinnen können. Die entstandene Beweislage ist sowohl kausal als auch normativ betrachtet gerade dadurch verursacht, dass der illegale private Beschaffungsakt dem Staat die Zugriffsmöglichkeit auf das Beweisstück vermittelt und eine gesetzlich begrenzte staatliche Beweiserhebung zufälligerweise zeitlich überholt hat. Mit der Verwertung dieses konkreten Beweismittels macht sich der Staat also nicht nur das Beweis-

¹¹⁶¹ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 3, S. 186 ff.

¹¹⁶² Vgl. FEZER, Grundfragen, S. 5; KOHLHAAS, DRiZ 1966, 286, 288 f.; SCHLÜCHTER, Festschrift Krause, S. 485, S. 491.

mittel, sondern zugleich die Zufälligkeit der Beweislage zu Nutze und stellt sich auf diesem Weg besser, als es das gesetzliche Regelungskonzept bei staatlicher Beweiserhebung vorsieht.¹¹⁶³

2. Verbindliche Fixierung des Beweisdispositivs durch die Gesamtheit der Beweiserhebungsnormen

Selbstverständlich ist nicht jede staatliche Besserstellung zugleich eine *gesetzlich missbilligte* und daher rechtlich korrigierungsbedürftige staatliche Besserstellung. Vorliegend ist gegenüber einer staatlichen Befugnis zur Ausnutzung der Zufallssituation jedoch der Einwand zu erheben, dass der Staat sich durch die Ausgestaltung der gesetzlichen Beweiserhebungsvorschriften ein ganz bestimmtes Beweisdispositiv verbindlich vorgibt und dieses nicht selbst durch die weitergehende Verwertung von Zufallsfunden aus illegaler privater Beweisbeschaffung umgehen kann.¹¹⁶⁴ Soweit der Gesetzgeber nämlich auf der einen Seite bestimmte Eingriffsbefugnisse gewährt, steckt er auf der anderen Seite zwangsläufig den Kreis der Beweismittel ab, die den staatlichen Organen im Strafverfahren als Informationsquellen gewährt werden.¹¹⁶⁵ Mit der prozessualen Funktion der Beweiserhebungsnormen als Ermächtigungsgrundlagen staatlichen Handelns geht also spiegelbildlich eine gesetzlich verbindliche Eingrenzung derjenigen Beweismittel einher, die nach der Intention des Gesetzgebers die beweisrechtliche Lage bestimmen sollen.¹¹⁶⁶ Daher liegt in der Feststellung, dass das konkrete Beweismittel durch ein staatliches Vorgehen zur Sachverhaltserforschung gar nicht hätte erlangt werden können, zugleich

¹¹⁶³ Vgl. GÖTTING, S. 302; HÜSCH, S. 359; MACHT, S. 326 f.; abweichend KOHLHAAS, DRiZ 1966, 286, 288 f., der aber nicht die *rechtswidrige* private Beweisbeschaffung im Blick hat, sondern unter Rückzug auf rein kriminalpolitische Argumente darauf hinweist, dass nicht alles unverwertbar sein könne, was der Polizei von privater Hand zugespielt werde, selbst wenn es bei staatlicher Erlangung unverwertbar wäre.

¹¹⁶⁴ In diese Richtung auch FEZER, StV 1989, 289, 295 bezogen auf staatliche Beweiserhebungen; WOHLERS AJP 2006, 634, 636 bezogen auf staatliche Zufallsfunde.

¹¹⁶⁵ Vgl. FEZER, Grundfragen, S. 22 f.; DERS., StV 1989, 289, 295; GÖTTING, S. 302; JAHN/DALLMEYER, NSiZ 2005, 297, 304; KELNHOFER, S. 144; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 5; im Ergebnis auch FORNITO, S. 273 f.; ähnlich SPENDEL, NJW 1966, 1102, 1108; vgl. aus umgekehrter Perspektive im Rahmen der Rechtfertigung der Beweismittelverwertbarkeit BGH, NJW 2003, 2034, 2035: „Zu berücksichtigen ist überdies die in der Schaffung des § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO durch Gesetz vom 15. 7. 1992 (BGBl I, 1302) zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wertung. Danach kann das nichtöffentlich außerhalb einer Wohnung gesprochene Wort abgehört und aufgezeichnet werden, um eine in dem Tatbestandskatalog des § 100a StPO aufgeführte schwere Straftat aufzuklären.“; PELZ, S. 144; ähnlich AMELUNG, Festschrift Bemman, S. 505, 508 im Rahmen seiner Beweisverbotslehre.

¹¹⁶⁶ Vgl. FEZER, Grundfragen, S. 22 f.; DERS., StV 1989, 289, 295; KELNHOFER, S. 144; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 5; EB. SCHMIDT, MDR 1970, 461, 464.

die konkludente Aussage, dass konkret dieses Beweismittel und die daraus gewonnene Erkenntnis den Strafverfolgungsbehörden von Gesetzes wegen gar nicht zur Verfügung stehen sollte.¹¹⁶⁷

Dieses beweisrechtliche Fazit nötigt auf der Rechtsfolgenseite zur Nichtverwertung des gleichwohl vorhandenen Beweismittels. Ausschlaggebend dafür ist, dass die Bestimmungen des Strafverfahrensrechts und insbesondere die Beweiserhebungsvorschriften in ihrer überwiegenden Mehrheit Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit sind und die prozessuale Funktion haben, der staatlichen Wahrheitserforschung die rechtsstaatlich zulässigen Wege bindend vorzuschreiben.¹¹⁶⁸ Die gesetzlichen Gebote und Verbote der Beweisgewinnung sind Ausdruck objektiv-rechtlicher Entscheidungen und Wertvorstellungen des Gesetzgebers über die Reichweite der strafprozessualen Nachweismöglichkeiten bei der staatlichen Wahrheitsfindung.¹¹⁶⁹ Insoweit erlangen diese gesetzlichen Massgaben über den Vorgang der konkreten Beweisgewinnung hinaus eine generelle „normative Befehlskraft“, die sich auch in einer Verwertungssituation auswirkt, in welcher der Staat vom Erfordernis der Durchführung der Beweiserhebung rein zufällig entbunden wurde. Denn wenn den Strafverfolgungsbehörden ein bestimmtes Beweismittel sowie die gerade durch dieses Beweismittel hervorgebrachte Erkenntnis nach der Gesamtheit der Beweisgewinnungsvorschriften nicht zusteht und dem Strafverfahren somit von Gesetzes wegen vorenthalten sein soll, so ändert sich daran selbst dann nichts, wenn der Staat dieses Beweismittel jetzt faktisch bereits in den Händen hält.¹¹⁷⁰ Die einmal getroffene Entscheidung des Gesetzgebers für ein bestimmtes Beweisdispositiv bindet die Strafverfolgungsbehörden in einer Weise, die keiner nachträglichen Relativierung durch eine dem gesetzlichen

¹¹⁶⁷ Vgl. KELNHOFER, S. 144; MACHT, S. 325 f.; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319; PELZ, S. 144; SCHRÖDER, S. 102.

¹¹⁶⁸ Vgl. AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, S. 43; FEZER, Grundfragen, S. 21, 23; JAHN/DALLMEYER, NSiZ 2005, 297, 304; KELNHOFER, S. 144; MEYER-GÖBNER, Einl. N 3, 5; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319; EB. SCHMIDT, MDR 1970, 461, 464; DERS., Lehrkommentar I, N 22; SCHRÖDER, S. 102; SPENDEL, NJW 1966, 1102, 1108.

¹¹⁶⁹ Vgl. AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, S. 43; FEZER, Grundfragen, S. 23; JAHN/DALLMEYER, NSiZ 2005, 297, 304; KELNHOFER, S. 144; MEYER-GÖBNER, Einl. N 3, 5; PELZ, S. 144; SAX, JZ 1958, 178, 179; EB. SCHMIDT, MDR 1970, 461, 464; DERS., Lehrkommentar I, N 23; SCHRÖDER, S. 102.

¹¹⁷⁰ So explizit FEZER, S. 27; vgl. OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319; ähnlich AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, S. 43, der auf einen (begrenzten) materiellen Informationsanspruch des Staates abstellt; JAHN/DALLMEYER, NSiZ 2005, 297, 304 mit entsprechender Ablehnung befugnisweiternder Hypothesenbildungen; PELZ, S. 144; vgl. zur Fortgeltung gesetzlicher Wertentscheidungen auch BGH, NJW 2003, 2034, 2035.

Regelungskonzept erkennbar zuwiderlaufende prozessuale Ausnutzung zufälliger Umstände zugänglich ist.¹¹⁷¹

3. Fazit zum Geltungsgrund der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“

Die Legitimität der verwertungsverbotsbegründenden „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ ist danach abgeleitet aus der objektiv-rechtlichen Geltungskraft der Beweisgewinnungsvorschriften, die in ihrer Gesamtheit die strafprozessualen Nachweismöglichkeiten des Staates auf dem Weg zur Wahrheitsfindung bestimmen und begrenzen.¹¹⁷² Dabei ist die Hypothese schlicht das methodische Instrument, um die Zugehörigkeit eines Beweismittels zum gesetzlich vorgegebenen Beweismitteldispositiv zu ermitteln. Dies geschieht, indem bei der Beurteilung der Verwertbarkeit des zufällig erlangten Beweismittels unterstellt wird, dass die Strafverfolgungsbehörden rechtzeitig Kenntnis von dem privat verschafften Beweismittel hatten; für die weitere rechtliche Prüfung bleibt sodann die gesamte Bandbreite der gesetzlichen Beweisgewinnungsmöglichkeiten massgeblich, von denen die Erlangung des Beweismittels auch dann abhängig gewesen wäre, wenn eine von der privaten Beweisbeschaffung unabhängige staatliche Beweiserhebung tatsächlich vorgenommen worden wäre.¹¹⁷³ Ergibt diese Prüfung, dass das präsenste Beweismittel nicht einmal zu den abstrakt zulässigen Beweisen gehört, über die der Staat von Gesetzes wegen im Strafverfahren verfügen darf, so folgt daraus die Unverwertbarkeit des Beweismittels. Denn die in den Beweiserhebungsvorschriften enthaltenen normativen Garantien eines rechtsstaatlichen Weges der Sachverhaltserforschung im Strafprozess können auch bei der Verwertung von Beweismitteln aus illegaler privater Beweisbeschaffung nicht zur Disposition des Staates stehen.¹¹⁷⁴

¹¹⁷¹ Vgl. JAHN/DALLMEYER, NSiZ 2005, 297, 304; MACHT, S. 325 f.; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319; SPENDEL, NJW 1966, 1102, 1108; vgl. zu Ausnahmen, die sich aus den Beweiserhebungsvorschriften selbst ergeben können Dritter Teil: 4. Kapitel: § 3 III., S. 320 ff.

¹¹⁷² Vgl. zum Gehalt der Beweiserhebungsnormen, die staatlichen Aufklärungsmöglichkeiten im Strafverfahren verbindlich zu beschränken FEZER, S. 20 ff.; JAHN/DALLMEYER, NSiZ 2005, 297, 304; MACHT, S. 325 f.; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 5.

¹¹⁷³ Vgl. HUFEN, NJW 1982, 2160, 2167 zur Hypothesenbildung im Verwaltungsverfahren; KELNHOFER, S. 246 ff.; WELP, S. 222 bezogen auf staatliche Zufallsfunde.

¹¹⁷⁴ Vgl. FEZER, S. 20 ff.; ROGALL, NSiZ 1988, 375, 391; OTTO, Festschrift Kleinknecht, S. 319; im Ergebnis ebenso MACHT, S. 325 f.

§ 7 Der Stellenwert der Hypothese bei der Konstituierung der Verwertungsverbotsfolge

Zur Veranschaulichung von Relevanz und Gewicht der einzusetzenden Hypothese für die Auslösung der Verwertungsverbotsfolge nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen bietet sich eine Kontrastierung mit der Bedeutung der Hypothesenbildung in ihrer Grundkonstellation an: Nach verfahrensfehlerhaften staatlichen Beweiserhebungen wird die Hypothese von den Befürwortern des Abwägungsansatzes als ein Bestandteil der Gesamt abwägung oder, im Prüfungsaufbau abweichend, teilweise auch als ein dem Abwägungsverfahren vorgeschaltetes Kriterium zur Legitimation der Beweismittelverwertbarkeit behandelt;¹¹⁷⁵ die Vertreter der Schutzzwecklehren ordnen Hypothesenbildungen dagegen den jeweils für geboten gehaltenen Schutzzweckerwägungen unter und wollen über die Einbringbarkeit einer verwertungslegitimierenden Hypothese in Abhängigkeit von der ratio der konkret verletzten Verfahrensnorm entscheiden.¹¹⁷⁶

Für die Hypothesenbildung nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung können diese Ansätze keinen Bestand haben. Die im Rahmen der Schutzzwecklehre an sich plausible Annahme, die Hypothese als ein dem Schutzzweckgedanken nachgeordnetes Verwertbarkeitskorrektiv zu begreifen, geht vorliegend ins Leere: Eine tatsächlich verletzte Verfahrensnorm, deren Schutzzweck ermittelt werden könnte – oder weitergehend zumin-

¹¹⁷⁵ Vgl. zur Berücksichtigung der Hypothese im Rahmen der Gesamt abwägung BGE 96 I 437, 440 f.; 103 Ia 206, 217; 109 Ia 244; 120 Ia 314, 319; 130 I 126, 132; BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 131 f.; Kantonsgericht SG, GVP 1977, Nr. 35, S. 67; GVP 1987, Nr. 63, S. 133; GVP 1988, Nr. 79; Kassationsgericht ZH, ZR 73 (1974), Nr. 44, S. 110; BGHSt 24, 125, 130 ff.; 44, 243, 248 ff.; BGH, NSiZ 2004, 449, 450; NJW, 2003, 2034, 2035 f.; OLG Frankfurt, NJW 1997, 2963, 2964; OLG Koblenz, NSiZ 2002, 660, 661; MAURER, S. 38; MEURER, JR 1990, 389; PIQUEREZ, N 547; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 389 und dazu im Ergebnis zustimmend SCHLÜCHTER, Festschrift Krause, S. 485, 495; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 38; DERS., NSiZ 1989, 376, 379; SK-ROGALL, § 136a StPO N 101; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 890; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 50, 58 f.; für eine der Gesamt abwägung vorgeschaltete Prüfung mit der Folge einer automatischen Verwertbarkeit bei erfolgreicher Hypothesenbildung WOLTER, NSiZ 1984, 276, 277, vgl. andererseits aber SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203 f. zur Berücksichtigung der Hypothese innerhalb der Gesamt abwägung; generell für eine vorgeschaltete Prüfung KELNHOFER, S. 172 ff., 175 ff.; vgl. zur Relevanz der Hypothese im Rahmen der Gesamt abwägung auch Dritter Teil: 1. Kapitel: § 3 III., S. 248 ff.

¹¹⁷⁶ Vgl. KMR-PAULUS, § 244 StPO N 516; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 664 f.; BEULKE, Strafprozessrecht, N 483; GRÜNWALD, JZ 1966, 489, 492 ff.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 6; HAUSER, ZStrR 88 (1972), S. 130 f.; differenzierend nach den unterschiedlichen Kategorien der Verwertungsverbote MAURER, S. 38; OBERHOLZER, N 806; SCHRÖDER, S. 51 ff., 78 ff.; ZWEIDLER, StPO Thurgau, § 151 StPO TG N 9; vgl. zum Schutzzweckgedanken in der Beweisverbotsdogmatik auch HUTZLI, S. 227; vgl. zum Meinungsstand bezüglich der Geltungsberechtigung der Hypothesenbildung Dritter Teil: 1. Kapitel: § 3 III., 248 ff.

dest ein verletztes Grundrecht, an dessen Schutzrichtung eine Orientierung denkbar wäre – ist bei illegalen Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen schlicht nicht existent.¹¹⁷⁷ Verfehlt wäre es auch, die hier einzusetzende Hypothese in ein Abwägungsverfahren zur Ermittlung der Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit des jeweils betroffenen Beweismittels einstellen zu wollen. In diesem Zusammenhang verdient zunächst einmal die im Schrifttum geäußerte Kritik Beachtung, dass Beweis hypothese n sich ohnehin nur schwerlich in die Systematik des Abwägungsverfahrens einfügen, das die Rechtsprechung und mit ihr ein Teil der Lehre praktiziert.¹¹⁷⁸ Der Hypothesenbildung kommt generell kein relatives und graduell von Fall zu Fall abstufbares Gewicht zu, wie es etwa der Schwere und Tiefe des staatlichen Eingriffs, dem Schweregrad der zu beurteilenden Tat, dem Verschulden der staatlichen Organe am Beweiserhebungsfehler oder der Bedeutung der verletzten Verfahrensvorschrift eigen ist, die als Abwägungsfaktoren in der Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung neben die Hypothesenbildung treten.¹¹⁷⁹ Im Gegenteil: Bei jeder Beweis hypothese existieren von vornherein nur die zwei Alternativen eines positiven oder negativen Ausgangs – denn eine „an sich“ rechtswidrige, „geringfügig“ rechtswidrige oder „schwer“ rechtswidrige staatliche Beweiserlangung kann es nun einmal nicht geben.¹¹⁸⁰

Anders als bei einer Hypothesenbildung, die zusammen mit weiteren verwertungsfreundlichen Kriterien die Verwertbarkeit eines Beweismittels begünstigen soll, ist für die „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ nach illegaler privater Beweisbeschaffung zudem zu berücksichtigen, dass die prozessuale Relevanz der Hypothese von vornherein auf ihre negative Zielrichtung beschränkt ist, die Unverwertbarkeit eines Beweismittels zu begründen. Steht negativ fest, dass ein Beweismittel rechtmässig nicht zu erlangen gewesen wäre, so ist dieses Ergebnis bereits für sich genommen und damit als eigenständiger Parameter geeignet, die Verwertungsverbotsfolge zu begründen, ohne dass noch andere zugunsten ei-

¹¹⁷⁷ Vgl. zu den Grenzen der Schutzzweckdogmatik bei selbständigen Verwertungsverboten PELZ, S. 81; ähnlich KELNHOFER, S. 73; vgl. zur Ableitung von Schutzzweckgedanken aus dem jeweils verletzten Grundrecht bei staatlichen Beweiserhebungen KELNHOFER, S. 124.

¹¹⁷⁸ Vgl. zu dieser Kritik im Einzelnen KELNHOFER, S. 172 ff.

¹¹⁷⁹ Vgl. zu diesen Kriterien innerhalb des Abwägungsverfahrens BGE 109 Ia 244, 246; 120 Ia 314, 320; 130 I 126, 132; BGH, NJW 1983, 1570, 1571; NJW 1988, 1223, 1224; NJW 1990, 1801; NJW 1992, 1463, 1464; FEZER, Grundfragen, S. 14 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 6; KELNHOFER, S. 173; MEYER-GÖBNER, Einl. N 55; ROGALL, ZStW 91 (1979), 1, 29 ff.; DERS., JZ 1996, 944, 947 f.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 38 ff.; WALDER, ZStR 82 (1966), 36, 58 f.; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 889.

¹¹⁸⁰ Vgl. KELNHOFER, S. 173.

nes Verwertungsverbots wirkende Faktoren hinzutreten müssen.¹¹⁸¹ Daraus folgt umgekehrt, dass sich der zur Verwertungsverbotsfolge führende Befund einer nur *rechtswidrigen* staatlichen Beweiserhebungsmöglichkeit nicht durch andere zugunsten einer Verwertbarkeit wirkende Abwägungsfaktoren kompensieren lässt.¹¹⁸² Beim Stellenwert der Hypothesenbildung im Entscheidungsprozess zur Beweismittelverwertbarkeit tut sich folglich ein grundlegender Unterschied zur relativen Gewichtung verwertungsfreundlicher Beweishypothesen in der Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebungen auf: Die „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ ist ihrem Geltungsgrund und ihrer spezifischen Funktion nach für die Verwertungsverbotsfolge konstitutiv und wird damit im Verfahren zur Ermittlung des Verwertungsverbotess zu einem eigenständigen, abwägungsresistenten Massstab.¹¹⁸³

¹¹⁸¹ Vgl. BGE 99 V 12, 15; 120 V 435, 440; BGHSt 34, 39, 53; FORNITO, S. 274; HAUSER, ZStrR 88 (1972), 113, 130; PIQUEREZ, N 547; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 889; vgl. zur Legitimation der Verwertungsverbotsfolge Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III. 2., S. 287 ff.

¹¹⁸² Vgl. zu grundlegenden Einwänden gegen Hypothesenbildungen als Teil des Abwägungsverfahrens KELNHOFER, S. 170 ff.; vgl. zu Ausnahmen, die sich aus den Beweiserhebungsnormen selbst ergeben Dritter Teil: 4. Kapitel: § 3 III., S. 320 ff.

¹¹⁸³ Vgl. zur eigenständigen Bedeutung der Hypothese nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen auch OGer ZH, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 131, bestätigt durch BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 131 f.; Kassationsgericht ZH, SJZ 71 (1975), Nr. 28, S. 60, 62 f.; ebenso zunächst noch BGE 96 I 437, 441 f. für rechtswidrige staatliche Beweisbeschaffungen.

4. Kapitel: Die Anforderungen an die Hypothesenbildung

Bei der Bestimmung der Anforderungen an die Hypothesenbildung bleiben der Geltungsgrund und die spezifische Funktion der „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ wegweisend. Auszugehen ist auch insoweit von der Vorgabe, dass die Hypothese ausschliesslich dazu dient, eine fehlende finale staatliche Beweiserhebung gedanklich zu ergänzen, nicht aber dazu, einen Gesetzesverstoss bei der tatsächlich erfolgten, illegalen privaten Beweisbeschaffung zu ersetzen. Damit muss die hier einzusetzende Hypothese offenbar zwangsläufig weg von der konkreten Situation der privaten Beschaffungshandlung hin zur abstrakten Bandbreite gesetzlich möglicher Aufklärungsmassnahmen des Staates gegen den Beschuldigten verlagert werden. Diese „Verlagerung“ und die dabei geltenden Anforderungen an die Hypothesenbildung werden nachfolgend zu konkretisieren sein. Dazu kann ansatzweise auf die in Rechtsprechung und Schrifttum zur Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung entwickelte Systematik zurück gegriffen werden; eine Verschiebung und Anpassung der dogmatischen Vorgaben an die Besonderheiten der verwertungsverbotbegründenden „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ ist allerdings auch insoweit unabdingbar.

§ 1 Das Bezugsobjekt der Hypothese

In der durch Rechtsprechung und Schrifttum allenfalls beiläufig geführten Auseinandersetzung zum so genannten „Bezugsobjekt“ der Hypothese setzen sich diejenigen Unsicherheiten fort, die bei den Beweisverboten allgemein bestehen; sowohl sachliche Unklarheiten als auch ein damit einhergehender uneinheitlicher Sprachgebrauch führen dazu, dass im Bereich der Hypothesenbildung bislang selbst für die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung die scheinbar banale Frage ungeklärt geblieben ist, was genau die staatlichen Organe denn nun eigentlich hypothetisch rechtmässig hätten erlangen können müssen, damit das tatsächlich rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafverfahren verwertbar ist.

I. Überblick über den Meinungsstand

Nach der wohl herrschenden Meinung muss sich der hypothetische staatliche Untersuchungsverlauf strikt auf das konkrete „Beweismittel“¹¹⁸⁴ beziehen, während die Hypothese nach anderer Ansicht auf die Erlangung des zu Tage geförderten „Beweisergebnisses“ bzw. auf die Erlangung der erzielten „Erkenntnisse“ auszurichten ist, ohne dass es auf die Erlangung durch ein bestimmtes Beweismittel ankommen soll.¹¹⁸⁵ Ausgehend von der Prämisse, dass erst eine messbare Verschlechterung der Position des Beschuldigten beim verfahrensmässigen Schuldbeweis der Verwertbarkeit eines Beweismittels entgegen stehe, wurde zeitweise sogar angenommen, dass sämtliche Beweismittel und Erkenntnisse verwertbar seien, solange die Strafverfolgungsbehörden den Beschuldigten auch bei ordnungsgemäsem Vorgehen hätten „überführen“ können.¹¹⁸⁶

Das Ergebnis dieser Streitfrage ist nicht nur von theoretischem Interesse. Denn immerhin ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Aussichten auf eine erfolgreiche Hypothesenbildung mit zunehmender Unbestimmtheit ihres Bezugsobjektes steigen; soweit die erfolgreiche Verlaufshypothese dann dazu herangezogen wird, die Verwertbarkeit eines Beweismittels (mit) zu legitimieren oder umgekehrt ein Verwertungsverbot auszuschliessen, erweist es sich als deutlich verwertungsfreundlicher, nicht etwa auf die hypothetisch rechtmässige Erlangung des konkreten Beweismittels, sondern weiträumiger auf eine irgendwie ordnungsgemässe hypothetische Erlangung desselben Beweisergebnisses oder, noch radikaler, auf die hypothetische Überführung des Beschuldigten insgesamt abzustellen.

¹¹⁸⁴ Abstellend auf das konkrete Beweismittel BGE 109 Ia 244, 247 f.; BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; OGer ZH, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 131; BGHSt 24, 125, 130; 34, 39, 53; BGH, NStZ 1989, 375, 376; NStZ 2004, 449, 450; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 112 ff.; HARRIS, StV 1991, 313, 317, 321; JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 303; KELNHOFER, S. 268 f. und speziell zur Hypothesenbildung nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung S. 247 f.; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21; SCHRÖDER, S. 75; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203; WOHLERS, NStZ 1990, 245, 246; umfassender PAULUS, Gedächtnisschrift Meyer, S. 309, 326: Unzulässigkeit als Beweismittel bzw. der Beweisergebnisse; der Sache nach ebenso FORNITO, S. 261: Hypothese kann sich sowohl auf das Beweismittel als auch auf die Beweistatsache beziehen.

¹¹⁸⁵ Abstellend auf das Beweisergebnis BGH, NStZ 1997, 294, 295; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 517; ROGALL, NStZ 1988, 385, 392; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102; vgl. aber auch ROGALL, NStZ 1988, 385, 391: „Diese Erwägungen richten sich auf die hypothetische Wiederholbarkeit des Eingriffs mit direkter Zielrichtung auf den Gegenstand des Zufallsfundes“; auf das Beweisergebnis bezogen wohl auch BGHSt 33, 68, 70.

¹¹⁸⁶ So noch BGHSt 33, 68, 71 bezogen auf die Fernwirkung von Verfahrensfehlern; WOLTER, NStZ 1984, 276, 277, vgl. aber auch SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203; ablehnend FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 112 f.; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; SCHRÖDER, S. 75 f.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102.

II. Zur gegenständlichen Identität der Beweisstücke

Die streng gegenstandsbezogene Ausrichtung der Hypothese auf das „konkrete Beweismittel“¹¹⁸⁷ beruht auf der für sich genommen zutreffenden Überlegung, dass sich die Frage nach einem Verwertungsverbot stets bezogen auf ein ganz bestimmtes Beweismittel stellt.¹¹⁸⁸ Aus diesem Umstand wird sodann bei der Bestimmung des Bezugsobjektes der Hypothese weitergehend gefolgert, dass eine Hypothese, die der Ermittlung des Verwertungsverbotes dient, zwangsläufig auf das von der Verwertungsfrage konkret betroffene Beweismittel auszurichten sei.¹¹⁸⁹

Jedenfalls für die Fallkonstellation illegaler privater Beweisbeschaffung greift diese Argumentation aber ersichtlich zu kurz. Denn sobald der bei der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“ gedachte staatliche Beweiserhebungsvorgang einmal konkret durchgespielt wird, ergibt sich, dass die staatlichen Behörden in den seltensten Fällen „dasselbe“ Beweismittel erheben können, das ihnen durch die Privatperson weitergeleitet worden ist.¹¹⁹⁰ So wird beispielsweise eine im Wege der Hypothese ergänzte staatliche Überwachung des Fernmeldeverkehrs nicht die privat hergestellte Tonbandaufnahme hervorbringen, sondern eine gegenständlich andere, staatlich hergestellte Tonbandaufnahme, die allenfalls einen identischen Inhalt haben kann. Eine gegenständliche Identität des Bezugsobjekts des Verwertungsverbotes und des Bezugsobjekts der Hypothese zur Ermittlung dieses Verwertungsverbotes muss also bereits aus logischen Gründen jedenfalls dann ausscheiden, wenn über die Verwertbarkeit von Beweismitteln zu entscheiden ist, die durch die private Ermittlungsmassnahme mit einem bestimmten Beweisinhalt überhaupt erst hergestellt wurden. Anders sähe es dagegen aus, wenn etwa die Verwertung eines Schriftstücks in Frage stünde, dessen Herausgabe von einer Privatperson

¹¹⁸⁷ Vgl. zum Bezugsobjekt des „konkreten Beweismittels“ BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; BGE 109 Ia 244, 247: „Dès lors, rien n'aurait empêché juridiquement que le même enregistrement, opéré en Suisse sur la ligne de la cabine téléphonique de l'hôpital où séjournait X., soit réalisé conformément au droit et soit versé au dossier.“; OGer ZH, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 131; BGHSt 24, 125, 130; 34, 39, 53; BGH, NStZ 1989, 375, 376; NStZ 2004, 449, 450; FORNITO, S. 260: „Die rechtmässige Alternative bezieht sich in der Regel auf die Erlangung des betreffenden Beweismittels“; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 113; HARRIS, StV 1991, 313, 317, 321; JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 303; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21; SCHRÖDER, S. 75; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203; WOHLERS, NStZ 1990, 245, 246; differenzierend KELNHOFER, S. 268: Die Hypothese muss genau das zur Sachverhaltsfeststellung herangezogene „Mittel“ betreffen.

¹¹⁸⁸ SCHRÖDER, S. 75.

¹¹⁸⁹ SCHRÖDER, S. 75.

¹¹⁹⁰ Vgl. KELNHOFER, S. 268.

mittels Gewaltanwendung erzwungen worden ist; in dieser Konstellation könnte sich auch die bei der Hypothese gedachte staatliche Beschlagnahme durchaus gegenständlich auf dasselbe konkrete Beweismittel beziehen, also das illegal privat beschaffte Schriftstück betreffen. So besehen wäre eine echte Beweismittelidentität also zumindest dann denkbar, wenn es um die Verwertbarkeit von illegal privat beschafften Beweisgegenständen geht, die unabhängig von der privaten Ermittlungshandlung körperlich existent sind.

Für die Bildung der Beweishypothese nach illegaler privater Beweisbeschaffung lassen diese Fallvariationen erkennen, dass die Verschiedenheit der „Untersuchungsorgane“ bei der tatsächlichen und der gedachten Beweisbeschaffung bereits denkgesetzlich Anpassungen im Hinblick auf das Bezugsobjekt der Beweishypothese erzwingt: Die „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ kann sich von vornherein nicht ausschliesslich auf denselben konkreten Beweisgegenstand beziehen, sondern sie muss in einem weitergehenden Sinne auch dasjenige Mittel zum Beweis einschliessen, das dem faktisch bereits vorhandenen Beweisstück bei einer entsprechenden staatlichen Beweiserhebung seiner Art nach entspricht.¹¹⁹¹

III. Das Beweisergebnis als Bezugsobjekt der Hypothese?

Die vorstehende Korrektur eines jedenfalls zu eng geratenen Hypothesenbezugs auf „dasselbe konkrete Beweismittel“ lässt die Frage unberührt, ob nun dasselbe „Beweismittel“ bzw. das entsprechende „Mittel“ des Beweises oder – was teilweise vertreten wird – das unabhängig von einem bestimmten Beweismittel fehlerhaft erlangte „Beweisergebnis“ das Bezugsobjekt der Hypothese bilden soll.¹¹⁹² Einer Entscheidung zwischen diesen beiden Alternativen muss zunächst einmal eine Klarstellung dazu vorausgehen, welche Bedeutung dem Terminus „Beweisergebnis“ im strafprozessualen Beweisrecht unterlegt ist; dann erst werden auch die dogmatisch fragwürdigen Konsequenzen sichtbar, die mit einer Ausrichtung der Hypothese auf das Beweisergebnis einher gehen.

¹¹⁹¹ Ähnlich KELNHOFER, S. 268, 276, die allerdings übersieht, dass auch eine gegenständliche Identität von tatsächlich und hypothetisch erlangtem Beweismittel möglich ist.

¹¹⁹² Abstellend auf das Beweisergebnis BGHSt 33, 68, 70; BGH, NStZ 1997, 294, 295; KMR-PAULUS, § 244 StPO N 517; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102; der Sache nach ebenso FORNITO, S. 261.

1. Austauschbarkeit der Beweismittel bei der Erlangung eines Beweisergebnisses

Die vorwiegend im blossen Behauptungsstil ausgetragene und damit für eine dogmatische Fundierung der Hypothesenbildung weitgehend fruchtlos bleibende Kontroverse zum Bezugsobjekt der Beweis hypothese wird erst im Kontext des strafprozessualen Beweisvorgangs verständlich, in dem der Begriff des „Beweisergebnisses“ steht. Es erhellt sich nämlich, dass das strafprozessuale Beweisgeschehen in seiner Bedeutung und Zielrichtung nicht auf eine möglichst umfangreiche Sammlung, Einführung und Verwertung bestimmter gegenständlicher Beweisstücke in das Verfahren verkürzt werden darf. Vielmehr geht es beim „Beweisen“ in rechtlicher Hinsicht um „jene Prozesshandlung, mit welcher bei der rechtsanwendenden Behörde die Überzeugung geweckt werden soll, dass eine bestimmte Tatsache, d.h. ein Vorgang oder ein Zustand der Vergangenheit oder der Gegenwart, vorliegt.“¹¹⁹³ Beweismittel werden danach also im Hinblick auf ein bestimmtes Beweisziel verwendet: Sie sollen der Gewinnung von Beweisergebnissen dienen, womit all das gemeint ist, „was das Beweismittel an tatsächlichem Beurteilungsstoff für die Entscheidung der Beweisfrage ergibt.“¹¹⁹⁴ Zur Erreichung dieses Beweisziels kommt es allerdings nicht darauf an, Beweisergebnisse durch ganz bestimmte Beweismittel hervorzu bringen; entscheidend ist aus dieser Perspektive heraus, dass jedenfalls irgendwelche gesetzlichen Beweismittel eingeführt und verwertet werden können, die den für die Entscheidung der Beweisfrage erforderlichen tatsächlichen Beurteilungsstoff hergeben.¹¹⁹⁵ Wohl nur daraus erklärt sich, warum es bei der im Schrifttum befürworteten Ausrichtung der Hypothese auf das Beweisergebnis „auf die Erlangung durch ein bestimmtes Beweismittel [...] nicht [ankommen soll]“:¹¹⁹⁶ Das konkrete Beweismittel wird bei der Erlangung eines bestimmten Beweisergebnisses austauschbar, soweit sich dasselbe Beweisergebnis noch aus weiteren, unabhängigen Beweismitteln ergibt.

Für die Erfolgsaussichten der Hypothese zum staatlichen Untersuchungsverlauf und weiterführend für die Verwertungsverbotsfolge ist die beim Bezugsobjekt der Hypothese anstehende Entscheidung zwischen „Beweis-

¹¹⁹³ SCHMID, Strafprozessrecht, N 593; vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 59 N 1; MEYER-GÖBNER, Einl. N 48.

¹¹⁹⁴ Vgl. zum Begriff des Beweisergebnisses BGE 96 I 19, 21 f.; 125 IV 74; 133 I 33, 46; MEYER-GÖBNER, Einl. N 48 und § 33 StGB N 13; PAULUS, Gedächtnisschrift Meyer, S. 309, 326: Aussagen- und Urkundeninhalte, Sachbeschaffheiten.

¹¹⁹⁵ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 59 N 1; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102.

¹¹⁹⁶ SK-ROGALL, § 136a StPO N 102; im Ergebnis ebenso FORNITO, S. 261.

mittel“ und „Beweisergebnis“ von beträchtlicher Tragweite. Ergibt sich beispielsweise aus einer heimlichen privaten Aufnahme eines Telefongesprächs des Beschuldigten, dass dieser versucht hat, Abnehmer für Diebesgut zu gewinnen, bestehen für die Hypothesenbildung folgende Alternativen: Bezieht sich die „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ auf dasselbe „Mittel“ des Beweises, so wäre hypothetisch zu prüfen, ob die Strafverfolgungsorgane eine entsprechende Aufnahme selbst hätten herstellen dürfen, also zur Überwachung und Aufzeichnung dieses Telefongesprächs des Beschuldigten berechtigt gewesen wären; bezieht sich die „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ demgegenüber auf das Beweisergebnis insgesamt, so käme es lediglich darauf an, ob die Strafverfolgungsbehörden auch ohne die private Tonbandaufnahme, also beispielsweise durch die Einvernahme eines „Kaufinteressenten“, Kenntnis davon erlangt hätten, dass der Beschuldigte sich um Abnehmer für das Diebesgut bemüht hat.¹¹⁹⁷

2. Unzulässigkeit des Beweismittelaustauschs bei der Hypothesenbildung

Bei der Festlegung des Bezugsobjekts der Hypothese ist stets im Blick zu behalten, dass einer Einbeziehung der Hypothese die Funktion zukommt, die Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit eines konkreten Beweismittels (mit) zu bestimmen.¹¹⁹⁸ Das heisst für eine auf das *Beweisergebnis* ausgerichtete Hypothese, dass das prozessuale Schicksal des bereits präsenten Beweismittels (mit) davon abhängig gemacht wird, ob jedenfalls die Information, die es verkörpert, durch anderweitige Beweismittel rechtmässig zu erlangen gewesen wäre.¹¹⁹⁹ Die hypothetische Existenz anderer Mittel zum Beweis derselben Information beeinflusst demzufolge gewissermassen „quer wirkend“ die Verwertbarkeit des von der Verwertungsfrage konkret betroffenen Beweismittels.

Die Legitimität einer solchen, vom konkreten Beweismittel abstrahierten Hypothese ist bereits aus einer ganz pragmatischen Haltung heraus in Zweifel zu ziehen. Für das staatliche Untersuchungsverfahren führt die Einbringbarkeit einer auf das Beweisergebnis bezogenen Beweishypothese nämlich dazu, dass die staatlichen Organe bei ihren Beweiserhebungsaktivitäten – jedenfalls rechtlich betrachtet – von der Notwendigkeit freigestellt

¹¹⁹⁷ Vgl. FORNITO, S. 260 f.

¹¹⁹⁸ Vgl. KELNHOFER, S. 267 f.; vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2, S. 256 ff.; Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6, S. 281 ff.

¹¹⁹⁹ Ähnlich FORNITO, S. 261 für eine auf die „Beweistatsache“ bezogene Hypothesenbildung.

werden, sich um die im Wege der Hypothese mit gedachten, anderen Beweismittel tatsächlich zu bemühen: Schliesslich darf das ohnehin bereits verfügbare Beweismittel verwertet werden, sobald nur nachgewiesen werden kann, dass der ans Licht gebrachte Tatsachenstoff durch andere Mittel „so oder so“ zu erlangen gewesen wäre. Gegenüber einer solchen Konstruktion muss dann aber der Einwand nahe liegen, dass diese vom präsenten Beweisgegenstand unabhängigen, anderen Beweismittel, welche dieselbe Information verkörpern, doch vorzugsweise tatsächlich herbeigeschafft und nicht etwa rein hypothetisch einbezogen werden sollten.

Abgesehen von dieser zumindest faktischen Relativierung der staatlichen Beweiserhebungspflichten, die generell gegen eine Ausrichtung von Beweis hypothese auf das Beweisergebnis spricht, ist für die Bestimmung des Bezugsobjektes der vorliegend einzusetzenden Hypothese jedoch auf den spezifischen Geltungsgrund zurückzukommen, der ihre strafprozessuale Relevanz überhaupt erst legitimiert: Die im Wege der Hypothese zu vollziehende rechtliche Überprüfung einer gedachten staatlichen Beweiserhebung ist das prozessuale Instrument, um zu gewährleisten, dass bei der strafprozessualen Wahrheitsfindung nicht einfach alle Beweismittel herangezogen werden, die von den Strafverfolgungsbehörden faktisch erreichbar sind, sondern nur solche, die im Rahmen des gesetzlich gewährten Beweiskontingents liegen.¹²⁰⁰ Die Hypothesenbildung soll also eine Aussage darüber ermöglichen, ob gerade das präsen te *Beweismittel* noch zu den gesetzlich umgrenzten Nachweismöglichkeiten zählt oder nicht. Eine solche Prüfung hängt mit der ganz anders gelagerten Frage, ob eine durch dieses Beweismittel verkörperte *Information* ohnehin hätte erlangt werden können, aber nicht einmal denkgesetzlich zusammen. Darum kann die hier einzusetzende Hypothese ihrem Geltungsgrund und dem Gegenstand der gedanklichen Prüfung nach nicht auf das Beweisergebnis bezogen werden, sondern nur auf den von der Verwertungsfrage betroffenen Beweisgegenstand bzw. auf das zur Sachverhaltsfeststellung konkret herangezogene Mittel. Denn nur dann kann die Berücksichtigung der Hypothese ihren spezifischen Zweck erfüllen, solche Beweise aus dem Strafverfahren herauszuhalten, die der Staat der abstrakten Gesetzeslage nach gar nicht in den Händen halten dürfte.

¹²⁰⁰ Vgl. zum Geltungsgrund der Hypothese Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6, S. 281 ff.

§ 2 Der Beurteilungsmaßstab der Hypothese

I. Überblick über den Meinungsstand im Schrifttum

Gegenstand der Hypothesenbildung ist die Vorstellung von einer staatlichen Beweiserlangung, die nicht erfolgt ist, aber hätte erfolgen können. Für die danach vorzunehmende Gedankenoperation noch gänzlich ungeklärt ist allerdings, welche Bedeutung den äusseren Umständen zukommen soll, die im Zeitpunkt der tatsächlichen Beweisbeschaffung gegeben waren.¹²⁰¹ Abhängig von den Anforderungen, die an den entsprechenden Beurteilungsmaßstab zur Bildung der Hypothese gestellt werden, hat sich im Schrifttum die Unterscheidung zwischen „konkreter“ und „abstrakter“ Hypothesenbildung verfestigt, wobei Letztere inzwischen wohl nur noch für die Fallgestaltungen staatlicher Zufallsfunde erwogen wird: Bei der „abstrakten Hypothesenbildung“ wird die Beweismittelerlangung lediglich an der „abstrakten“ Gesetzeslage gemessen, ungeachtet technischer und äusserer Schwierigkeiten, die bei der Erlangung der entsprechenden Beweismittel in der konkreten Situation zu überwinden gewesen wären.¹²⁰² Dieser abstrakten Prüfung ist nach allgemeiner Auffassung jedenfalls im Bereich der rechtswidrigen staatlichen Beweiserhebungen die Konzeption einer „konkreten Hypothesenbildung“ vorzuziehen, nach der zu verlangen ist, dass bei unterstelltem einwandfreien Verhalten der Strafverfolgungsbehörden eine tatsächliche Möglichkeit der rechtmässigen Beweiserlangung zum Zeitpunkt der fehlerhaften Entscheidung vorgelegen haben muss.¹²⁰³

¹²⁰¹ Vgl. die Kritik bei FEZER, NSiZ 2003, 625, 629 f.; JAHN/DALLMEYER, NSiZ 2005, 297, 301 f.

¹²⁰² Für eine abstrakte Hypothesenbildung nach rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung noch: HAUSER, ZStrR 88 (1972), 113, 130; JESCHECK, Gutachten DJT, S. 2; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538; OSMER, S. 15 f.; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 101; vgl. zur Zulässigkeit der abstrakten Hypothesenbildung bei Zufallsfunden aus rechtmässiger staatlicher Beweiserhebung BGE 120 Ia 314 ff.; 122 I 182 ff.; 132 IV 70 ff.; BVerfG, NSiZ 1988, 32, 33; BGHSt 26, 298, 303 f.; 27, 355, 356 f.; 28, 122, 128 f.; 29, 23, 25 f.; 30, 317, 319; 32, 10, 15; FORNITO, S. 212 f.; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 391; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 154 ff.; SCHRÖDER, S. 149 ff.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 183, 194, 202; WELP, S. 222 f., 225; WOHLERS, AJP 2006, 634 ff.; differenzierend KELNHOFER, S. 278 ff.

¹²⁰³ Für eine konkrete Hypothesenbildung: AK-GUNDLACH, § 136a StPO N 85; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 670 f., 674; EISENBERG, Beweisrecht, N 410; DERS., Persönliche Beweismittel, N 220; FEZER, JR 1991, 85, 87; DERS., NSiZ 2003, 625, 629 f.; FORNITO, S. 264 ff., 308; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 112 ff.; GÖSSEL, NSiZ 1998, 126, 129 f.; GRÜNWALD, JZ 1966, 489, 496; HARRIS, StV 1991, 313, 320, 322; HERDEGEN, DAV, S. 103, S. 121; JÄGER, S. 231 f.; KELNHOFER, S. 267 ff., 276 ff.; KNOLL, Fernwirkungen, S. 115.; MEYER-GÖBNER, Einl. N 57c; PELZ, S. 145 ff.; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 392; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 38; DERS., NSiZ 1989, 376, 379; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519; SCHÖNEBORN, GA 1975, 33, 38 Fn. 49; SCHRÖDER, S. 113 ff.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102, 105; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 58; WEILER, MDR 1994, 1163, 1165; WELP, S. 217; WOH-

II. Beurteilungsmassstab der Rechtsprechung

1. Staatliche Beweisbeschaffung

Die Rechtsprechung hat sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland den bei Beweishypothesen anzuwendenden Beurteilungsmassstab unbestimmt gelassen und sich offenbar nicht auf eine „abstrakte“ oder „konkrete“ Hypothesenbildung festlegen wollen. Insgesamt geht die Tendenz der Praxis jedoch eindeutig dahin, die Anforderungen an die Hypothesenbildung denkbar niedrig anzusetzen, um auf diesem Weg eine möglichst hohe Flexibilität bei der Beurteilung der Beweismittelverwertbarkeit zu behalten.¹²⁰⁴ Sowohl die Zulassung eines Beweismittels, das die staatlichen Organe rechtswidrig erhoben haben, als auch die Verwertbarkeit staatlicher Zufallsfunde werden ganz überwiegend an die bloss abstrakt bestehende Möglichkeit einer ordnungsgemässen Beweisgewinnung gebunden, „ohne jede Rücksicht darauf, ob diese unter den konkreten Umständen hätte realisiert werden können.“¹²⁰⁵ In der Judikatur der deutschen Gerichte liest sich eine solche „abstrakte“ Hypothesenbildung dann beispielsweise wie folgt:

„Ist die Maßnahme gegen einen Beschuldigten rechtmäßig, so führt dies zur Verwertbarkeit der in unmittelbarem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse über einen weiteren Beschuldigten [...], wenn [...] auch gegen den anderen die Voraussetzungen für eine richterliche Zustimmung nach § 110b II 1 Nr. 1 StPO vorlagen. Daß das hinsichtlich des Bf. zutrifft, liegt auf der Hand.“¹²⁰⁶

LEERS, NSiZ 1990, 245, 246; DERS., AJP 2006, 629, 632; vgl. zu der an die amerikanische Beweisverbotsdoktrin angelehnten Forderung, dass der hypothetische Kausalverlauf in den Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden vor der illegalen Massnahme „bereits angelegt“ gewesen sein und sich „unmittelbar“ aufdrängen musste FEZER, JR 1991, 85, 87; JÄGER, S. 231; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 392; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203; ablehnend KELNHOFER, S. 281 ff.; PELZ, S. 154; SCHRÖDER, S. 122.

¹²⁰⁴ Vgl. WOHLERS, AJP 2006, 629, 632.

¹²⁰⁵ FEZER, NSiZ 2003, 625, 630; vgl. zum abstrakten Beurteilungsmassstab nach staatlichen Beweiserhebungsfehlern BGE 96 I 437, 441; 103 Ia 206, 217; 120 Ia 314, 318 f.; Kantonsgericht SG, GVP 1977, Nr. 35, S. 67, 68; BGHSt 24, 125, 130; 44, 243, 250; BGH, NSiZ 1989, 375, 376; NSiZ 1997, 294, 295; NJW 2003, 2034, 2035f.; NSiZ 2004, 449, 450; BGH, Entscheid v. 18. April 2007, 5 StR 546/06, HRRS 2007 Nr. 463, E.2; OLG Celle, NSiZ 1989, 385; vgl. zur abstrakten Hypothesenbildung für Zufallsfunde aus rechtmässiger staatlicher Beweiserhebung BGE 120 Ia 314 ff.; 122 I 182 ff.; 132 IV 70 ff.; BVerfG, NSiZ 1988, 32, 33; BGHSt 26, 298, 303 f.; 27, 355, 356 f.; 28, 122, 128 f.; 29, 23, 25 f.; 30, 317, 319; 32, 10, 15; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 154 ff.; SCHRÖDER, S. 149 ff.; WELP, S. 222 f., 225; WOHLERS, AJP 2006, 634 ff.

¹²⁰⁶ BGH, NSiZ 1997, 294, 295; vgl. entsprechend BGE 120 Ia 314, 317 ff.

„Die Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 100c I Nr. 2, II 1 StPO lagen hier vor; sie hätte, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat, im Fall unmittelbaren Mithörens des Gesprächs gem. § 100d I StPO auch durch Polizeibeamte als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft angeordnet werden können.“¹²⁰⁷

2. Illegale private Beweisbeschaffung

Da die schweizerische Rechtspraxis im Unterschied zum Vorgehen der deutschen Gerichte den Anwendungsbereich von Beweishypothesen auf illegale private Beweisbeschaffungen erstreckt und dabei die für rechtswidrige staatliche Beweisbeschaffungen aufgestellten Grundsätze anwendet,¹²⁰⁸ kann es nicht erstaunen, dass das Prinzip der abstrakten Hypothesenbildung auch für privat beschaffte Beweise Bestand behält. Der Beurteilungsmassstab der Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung richtet sich nach der abstrakten rechtlichen Zulässigkeit der gedachten staatlichen Beweisgewinnung.¹²⁰⁹

„Die Schriftstücke, die diesen Verdacht erweckten, hätte sie [die Bezirksanwaltschaft] grundsätzlich selber beschlagnahmen können, denn es besteht keine Vorschrift, die bestimmt oder geeignet ist, die Beibringung solcher Beweismittel zu verhindern.“¹²¹⁰

„Dès lors, rien n'aurait empêché juridiquement que le même enregistrement, opéré en Suisse sur la ligne de la cabine téléphonique de l'hôpital où séjournait X., soit réalisé conformément au droit et soit versé au dossier.“¹²¹¹

Zwar wirkt die schweizerische Rechtsprechung bemüht, die abstrakte hypothetische Betrachtung der staatlichen Beweisgewinnungsmöglichkeit durch scheinbar konkrete Ansätze abzusichern.¹²¹² Näher besehen beschränken sich allfällige „Konkretisierungen“ der Hypothese jedoch darauf, den gesamten hypothetischen Untersuchungsverlauf abstrakt durchzuspielen, angefangen bei der gedachten Strafanzeige der illegal ermittelnden

¹²⁰⁷ BGH, NJW 2003, 2034, 2035 f.

¹²⁰⁸ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 1 I. 2., S. 264 ff.

¹²⁰⁹ BGE 109 Ia 244, 247; BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; Kassationsgericht ZH, SJZ 71 (1975), Nr. 28, S. 60, 63 = ZR 73 (1974) Nr. 44, S. 106, 110.

¹²¹⁰ BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132.

¹²¹¹ BGE 109 Ia 244, 247 = Praxis 72 (1983) Nr. 275, E.2b: „Es hätte rechtlich nichts im Wege gestanden, dieselbe, in der Schweiz auf der Linie der Telefonkabine des Spitals, in dem sich S aufhielt, realisierte Aufnahme rechtmässig herzustellen und zu den Akten zu nehmen.“

¹²¹² FORNITO, S. 265 bezogen auf BGE 109 Ia 244 ff.

Privatperson bis hin zur hypothetisch staatlichen Beweissicherung.¹²¹³ In- des: Diese Gedankenoperation darf nicht mit der „konkreten Hypothesen- bildung“ verwechselt werden, wie sie das strafprozessuale Schrifttum bei Beweishypothesen nach rechtswidrigen staatlichen Beweiserhebungen im Sinn hat. Anhaltspunkte dafür, dass die staatlichen Organe zum Zeitpunkt der illegalen privaten Handlung *tatsächlich* daran waren, den vorgestellten staatlichen Untersuchungsweg zu beschreiten, sind den gerichtlichen Er- wägungen jedoch nicht zu entnehmen – wie auch: schliesslich waren staat- liche Untersuchungsorgane bei der eigenmächtigen privaten Beschaffungs- handlung gar nicht vor Ort.¹²¹⁴

III. Abstrakter Beurteilungsmaßstab der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“

Die nahezu einhellige Ablehnung, die einer abstrakten Hypothesenbildung im strafprozessualen Schrifttum entgegen gebracht wird, muss vor dem Hintergrund verstanden werden, dass die an die Hypothesenbildung zu stellenden Anforderungen überwiegend mit Blick auf die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung definiert werden, bei der die Hypothesenbildung der Relativierung staatlicher Beweiserhebungsfehler dienen soll.¹²¹⁵ In diesem Kontext sind die gegenüber einer abstrakten Hypothesenbildung geäußerten Bedenken nachvollziehbar, dass ein Ab- stellen auf die abstrakte Gesetzeslage die Strafverfolgungsbehörden zu früh von ihrem Verfahrensverstoss freisprechen bzw. mit der Verwertbarkeit ihrer Beweisführung „belohnen“ würde.¹²¹⁶ Für Beweishypothesen im An- schluss an rechtswidrige private Beweisbeschaffungen können solche Über- legungen aber bereits deshalb keine Gültigkeit haben, weil ein relativierungsbedürftiger Verfahrensfehler der Strafverfolgungsbehörden nicht vorliegt. Die bei illegalen privaten Beweisbeschaffungen vorgegebenen äusseren Besonderheiten müssen also zwangsläufig zu Verschiebungen

¹²¹³ OGer ZH, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 131; bestätigt durch BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132.

¹²¹⁴ Abzulehnen daher FORNITO, S. 265 f., der die Ausführungen des OGer ZH, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130 ff. als konkrete Beurteilung der gesetzmässigen Alternative einordnet und Ausführungen des Gerichts zum Beweismass vermisst; tatsächlich handelt es sich aber um eine abstrakte Beurteilung, bei der sich die Frage des Beweismasses gar nicht mehr stellen konnte.

¹²¹⁵ Vgl. die auf rechtswidrige staatliche Beweiserhebungen bezogene Argumentation bei FORNITO, S. 308: „Auszugehen ist von der konkret verletzten Verfahrensnorm (...)“; GÖSSEL, NSiZ 1998, 126, 129 f.; JÄGER, S. 230 ff.; PELZ, S. 147 f.; SCHRÖDER, S. 113; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102; WOHLERS, NSiZ 1990, 245, 246; WOLTER, NSiZ 1984, 276, 277.

¹²¹⁶ GÖSSEL, NSiZ 1998, 126, 129 f.; PELZ, S. 147 f.; SCHRÖDER, S. 113; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102; WOLTER, NSiZ 1984, 276, 277.

der dogmatischen Grundlegung der Beweishypothese führen. Dies gilt auch für die Anforderungen an die Hypothesenbildung: Bei illegaler privater Beweisbeschaffung sind – wie sich zeigen wird – entsprechende Anpassungen im Vergleich zur Grundkonstellation der Hypothesenbildung unausweichlich.¹²¹⁷

1. Faktische Besonderheiten der „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“

Bei der Bestimmung des Beurteilungsmassstabs der Hypothese will zunächst bedacht sein, dass eine konkrete Beweishypothese in der Form, wie sie für rechtswidrige staatliche Beweiserlangungen und vereinzelt auch für staatliche Zufallsfunde gefordert wird,¹²¹⁸ im Bereich der illegalen privaten Beweisbeschaffung regelmässig scheitern müsste. Die staatlichen Organe sind zum Zeitpunkt der Vornahme der illegalen privaten Handlung typischerweise gar nicht selbst vor Ort, um eine zielgerichtete staatliche Beweiserhebung vorzunehmen zu können. Demzufolge wird kaum jemals die *tatsächliche* Möglichkeit einer rechtmässigen Beweiserlangung zum Zeitpunkt der privaten Handlung bestanden haben, wie sie für eine „konkrete Hypothesenbildung“ per definitionem erforderlich wäre.¹²¹⁹ Schon aus faktischen Gründen liegt daher auf der Hand, dass die an die Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung zu stellenden Anforderungen auf einen abstrakten Massstab hinauslaufen müssen, wenn die Verwertungsverbotsfolge nicht geradezu zwangsläufig herbeigeführt werden soll.¹²²⁰

¹²¹⁷ Differenzierend auch KELNHOFER, S. 247 f.

¹²¹⁸ Vgl. zum „Erfordernis der konkreten Bildung der Hypothese“ und dem Erfordernis der Verdachtsprüfung im Bereich der Zufallsfunde nach rechtmässiger staatlicher Beweiserhebung KELNHOFER, S. 278 f.; anders ROGALL, NStZ 1988, 391, 392 mit blosser Prüfung der prozessrechtlichen Zulässigkeit der Ermittlungsmassnahme; vgl. zur Problematik des vorbestehenden Tatverdachts bei Zufallsfunden aus staatlichen Überwachungsmassnahmen auch BGE 122 I 182 ff.; 132 IV 70 ff.; FORNITO, S. 212 f.; WOHLERS, AJP 2006, 634 ff.

¹²¹⁹ Vgl. zur konkreten Hypothesenbildung AK-GUNDLACH § 136a StPO N 85; BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 670 f.; EISENBERG, Beweisrecht, N 410; DERS., Persönliche Beweismittel, N 220; FEZER, JR 1991, 85, 87; DERS., NStZ 2003, 625, 629 f.; FORNITO, S. 264 ff., 308; GRÜNWALD, JZ 1966, 489, 496; HERDEGEN, DAV, S. 103, S. 121; KELNHOFER, S. 267 ff., 276 f.; KNOLL, Fernwirkungen, S. 115; MEYER-GÖBNER, Einl. N 57c; PELZ, S. 145 ff.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 392; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 38; ROXIN, NStZ 1989, 376, 379; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 519; SCHÖNEBORN, GA 1975, 33, 38 Fn. 49; SCHRÖDER, S. 113 ff.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 102, 105; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 58; WELP, S. 217; WOHLERS, NStZ 1990, 245, 246.

¹²²⁰ In diese Richtung auch KELNHOFER, S. 284, unklar hinsichtlich des anzusetzenden Massstabs der Hypothesenbildung bei illegalen privaten Beweisbeschaffungen aber S. 273 f.

2. Anpassung des Beurteilungsmaßstabs an den Geltungsgrund der Hypothese

Aus dogmatischer Sicht streitet für eine entsprechend weit gefasste hypothetische Prüfung, dass die Legitimität der verwertungsverbotbegründenden „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ auf der objektiv-rechtlichen Geltungskraft der Beweisgewinnungsnormen beruht, die in ihrer Gesamtheit die prozessualen Nachweismöglichkeiten des Staates bestimmen und begrenzen. Ein Verwertungsverbot, zu dessen Konstituierung die Einbeziehung der Hypothese dient, ist somit nur gerechtfertigt, wenn gemessen an der Gesamtheit der Beweiserhebungsnormen überhaupt keine Möglichkeit legaler staatlicher Beweiserhebung denkbar ist.¹²²¹ Damit aber die gesetzlich gewährten Beweisgewinnungsmöglichkeiten des Staates nicht auf einen durch die private Beschaffungshandlung bestimmten Ausschnitt reduziert werden, muss zwangsläufig eine Zurückstellung der konkreten Umstände der Beweiserlangung erfolgen.

Mit einer so verstandenen umfassenden Ergänzung staatlicher Beweiserhebungsoptionen wäre es auch nicht zu vereinbaren, lediglich die Ermittlungssubjekte – Privatpersonen und Staatsorgane – gedanklich auszutauschen, während die Beweisbeschaffungsmethoden dieselben bleiben. Eine solche, dem Surrogationsgedanken verhaftete Hypothesenbildung würde die staatlichen Behörden auf gerade denjenigen Ermittlungsweg festlegen, den die Privatperson im speziellen Fall beschritten hat und die gedachte staatliche Massnahme methodisch unzulässig an die private Beweisbeschaffung binden.¹²²² Insbesondere umfassen die im Wege der Hypothese einzusetzenden gesetzlichen Beweisgewinnungsmöglichkeiten des Staates¹²²³ auch solche Aufklärungshandlungen, die von Privatpersonen entweder aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen gar nicht rechtmässig ergriffen werden konnten. Für eine von der privaten Handlung losgelöste Hypothesenbildung heisst das zum Beispiel: Der tatsächliche Umstand, dass sich die Privatperson die beim Beschuldigten verwahrten Schriftstücke durch einen Einbruchsdiebstahl verschafft hat, lässt die im Wege der Hypothese denkbare Möglichkeit der staatlichen Organe unberührt, dieselben Schriftstücke im Wege der Durchsuchung und Beschlagnahme rechtmässig zu erlangen.

¹²²¹ Vgl. die Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III. 3., S. 289 f.

¹²²² Vgl. zum Ansatzpunkt der Hypothesenbildung Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 II. 2., S. 260 ff.

¹²²³ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III. 3., S. 289 f.

3. Bevorteilung des Staates gegenüber einer tatsächlichen staatlichen Beweiserhebung

Aufzugreifen bleibt der gegenüber einer abstrakten Hypothesenbildung vorgebrachte Einwand, die blosser Prüfung der materiellen Rechtslage befreie die Strafverfolgungsbehörden von all den tatsächlichen Schwierigkeiten, die den kriminalistischen Alltag ausmachen, womit ihnen Zugang zu solchen Beweismitteln verschafft werde, die sie bei legalem Handeln tatsächlich gar nicht hätten erlangen können.¹²²⁴ Diese an sich für die Grundkonstellation rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung getroffene Feststellung gilt grundsätzlich auch für „Zufallsfunde“ aus illegalen privaten Beweisbeschaffungen: Es ist möglich, dass die Strafverfolgungsbehörden bei einer nur die Gesetzeslage berücksichtigenden abstrakten Hypothese zur staatlichen Beweiserlangung besser stehen, als wenn sie das Beweismittel unter Überwindung äusserer Schwierigkeiten tatsächlich hätten erheben müssen. Von Rechts wegen ist an dieser faktischen Bevorteilung der Strafverfolgungsbehörden durch private Ermittlungen und Beweisbeschaffungen allerdings nichts auszusetzen. Schliesslich steht den Strafverfolgungsbehörden kein Aufklärungsmonopol zu, das sie kehrseitig verpflichten würde, alle tatsächlichen Schwierigkeiten der Beweiserlangung selbst zu bewältigen.¹²²⁵ Es ist ihnen lediglich verwehrt, bei der Verwertung solcher Beweismittel den äussersten gesetzlichen Rahmen zu überschreiten, der ihnen bei der Wahrheitserforschung vorgegeben ist.¹²²⁶ Dieser gesetzliche Rahmen wird aber über die Berücksichtigung einer abstrakten Hypothese einbezogen, ohne dass es einer darüber hinausgehenden rechtlichen „Korrektur“ bedürfte.

4. Konkrete Bezugspunkte der „abstrakten Hypothese“

Eine in ihren Anforderungen dergestalt modifizierte Hypothese kann durchaus als eine von den konkreten Umständen der privaten Beweisbeschaffung „abstrakte Hypothese“ verstanden werden, zumal damit verdeutlicht wird, dass die illegale private Beschaffungshandlung nicht der Anknüpfungspunkt der hypothetischen Überlegung ist. Selbst eine in diesem Sinne als „abstrakt“ zu bezeichnende Hypothese muss allerdings konkrete Bezugspunkte behalten und von einem bestimmten Lebenssachver-

¹²²⁴ Vgl. bezogen auf eine rechtswidrige staatliche Beweiserhebung PELZ, S. 148; SCHRÖDER, S. 113; WOHLERS, NStZ 1990, 245, 246.

¹²²⁵ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 III. 2., S. 79 ff.

¹²²⁶ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III. 3., S. 289 f.

halt ausgehen, der unter die gesetzlichen Vorgaben subsumiert werden kann.¹²²⁷ Zu nennen ist einerseits der konkrete durch die Privatperson beschaffte Beweisgegenstand bzw. weitergehend das entsprechende zur Sachverhaltsfeststellung herangezogene Mittel, auf das die Hypothese auszurichten ist.¹²²⁸ Andererseits gilt es, einen konkreten Zeitpunkt oder doch zumindest einen gewissen Zeitraum zu bestimmen, zu dem die staatliche Beweiserlangung hypothetisch hätte erfolgen sollen, weil die gesetzlichen Beweisgewinnungsmöglichkeiten durch die dann gegebenen äusseren Umstände begrenzt werden.¹²²⁹

a) Grundsatz der zeitlichen Flexibilität der Hypothese

Dem Sinn und Zweck der Hypothese entsprechend ist im Grundsatz davon auszugehen, dass die rechtliche Selbständigkeit der gedachten staatlichen Beweiserhebung von der illegalen privaten Beweisbeschaffung und ihren konkreten Umständen eine flexible Anwendung der Hypothese auch in zeitlicher Hinsicht impliziert. Denn gerade weil die private Handlung nicht den Anknüpfungspunkt der Hypothese bildet,¹²³⁰ kann konsequenterweise auch der Zeitpunkt der privaten Ermittlungshandlung für sich genommen nicht geeignet sein, den Zeitpunkt der gedachten staatlichen Massnahme zu fixieren und auf diesem Weg die rechtlichen Rahmenbedingungen der gedachten staatlichen Beweiserhebung zu beeinflussen. Eine Zurückstellung der konkreten Umstände der privaten Beweisbeschaffung bedeutet also in zeitlicher Hinsicht, dass beispielsweise der zur Nachtzeit von der Privatperson beim Beschuldigten verübte Einbruchsdiebstahl zur Beschaffung des Beweismittels die Hypothesenbildung insoweit unberührt lassen muss, als sich die gedachte staatliche Erlangung des Beweismittels durchaus nach denjenigen materiellen Voraussetzungen richten kann, die für eine staatli-

¹²²⁷ Missverständlich daher SCHRÖDER, S. 111: „Entscheidend wäre dann allein die isoliert zu betrachtende Gesetzeslage.“

¹²²⁸ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 1, S. 293 ff.

¹²²⁹ Vgl. zur entsprechenden Streitfrage nach rechtswidrigen staatlichen Beweiserhebungen PELZ, S. 149 ff.; abstellend auf die Möglichkeit der fehlerfreien Wiederholung der staatlichen Beweiserhebung im Verwertungszeitpunkt: DENCKER, S. 84; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 57 unter Bezugnahme auf RGSt 44, 195 f.; eine zeitliche Identität der fehlerhaften tatsächlichen und der gedachten rechtmässigen staatlichen Beweiserhebung voraussetzend: FEZER, NStZ 2003, 625, 630; GRÜNWALD, JZ 1966, 489, 496; HARRIS, StV 1991, 313, 317; JÄGER, S. 230 f.; JAHN/DALLMEYER, NStZ 2005, 297, 302; KELNHOFER, S. 231; ROGALL, NStZ 1988, 385, 391 ff.; differenzierend WELP, S. 223, 225 bezogen auf staatliche Zufallsfunde; für eine hypothetisch rechtmässige staatliche Beweiserlangung vom Zeitpunkt der tatsächlichen rechtswidrigen staatlichen Beweiserhebung an bis zum Verwertungszeitpunkt: BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 676; PELZ, S. 151; SCHLÜCHTER, JR 1984, 517, 520; DIES., Festschrift Krause, S. 485, 494.

¹²³⁰ Vgl. zum Ansatzpunkt der Hypothese Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2, S. 256 ff.

che Hausdurchsuchung und Beschlagnahme des entsprechenden Beweismittels bei Tage gelten.¹²³¹

b) Einschränkungen der zeitlichen Flexibilität der Hypothese

Das Prinzip der zeitlichen Flexibilität der einzusetzenden Hypothese gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Eine gewisse Fixierung des Beweiserhebungszeitpunktes ist zwangsläufig dadurch vorgegeben, dass die im Wege der Hypothese ergänzte staatliche Massnahme auf das privat beschaffte Beweismittel oder doch jedenfalls auf ein dementsprechendes Beweismittel bezogen sein muss.¹²³² Dazu kann es erforderlich werden, die gedachte staatliche Beweiserhebung zeitlich gesehen zum selben Zeitpunkt anzusetzen wie die private Beweisbeschaffung. Dies folgt nicht etwa aus der dogmatisch verfehlten Ersetzungsbedürftigkeit der illegalen privaten Handlung,¹²³³ sondern schlicht aus dem Umstand, dass sowohl ein früheres als auch ein nachträgliches Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden das konkrete Bezugsobjekt der Hypothese verfehlen kann: So mag beispielsweise zu einem früheren Zeitpunkt das durch die Privatperson deliktisch beschaffte Schriftstück noch gar nicht geschrieben, das erpresste Geständnis noch gar nicht abgelegt und das aufgenommene Telefongespräch noch nicht geführt gewesen sein; zu einem späteren Zeitpunkt ist demgegenüber denkbar, dass etwa das bereits geführte Telefonat nicht mehr aufgezeichnet, ein bereits abgehaltenes konspiratives Treffen nicht mehr fotografiert oder zwischenzeitlich veränderte Spuren am Tatort nicht mehr rekonstruiert werden können.¹²³⁴

Eine weitere Einschränkung der zeitlichen Flexibilität der hier einzusetzenden Beweishypothese folgt daraus, dass die Beweislage bei zielgerichteter staatlicher Beweiserlangung der zufälligen Beweislage gegenübergestellt werden soll, die durch die illegale private Beweisbeschaffung entstanden ist.¹²³⁵ Eine entsprechende, als Zufallskorrektiv dienende Hypothese muss dann aber eine *rein staatliche* Beweiserhebung einbeziehen, die von der

¹²³¹ Vgl. entsprechend für staatliche Zufallsfunde GÖTTING, S. 136 f.; vgl. zu verschärften rechtlichen Anforderungen bei Hausdurchsuchungen zur Nachtzeit z.B. § 89 Abs. 3 StPO AG; § 120 Abs. 2 StPO LU; § 39 Abs. 3 StPO SZ; § 91 StPO ZH; § 104 dStPO; de lege ferenda Art. 244 Abs. 1 E-StPO.

¹²³² Vgl. zum Bezugsobjekt der Hypothese Dritter Teil: 4. Kapitel: § 1, S. 293 ff.

¹²³³ Vgl. zur Ablehnung der Surrogationshypothese Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 II., S. 258 ff.

¹²³⁴ Vgl. zu praktischen Problemen einer hypothetischen Nachholung bezogen auf rechtswidrige staatliche Beweiserhebungen KELNHOFER, S. 231 bezogen auf staatliche Zufallsfunde; PELZ, S. 150; WELP, S. 223, 225; zu eng daher WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 57, der den begrenzten Anwendungsbereich der hypothetischen Wiederholungshandlung übersieht.

¹²³⁵ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6, S. 281 f.

privaten Beschaffungshandlung losgelöst ist.¹²³⁶ Diese Voraussetzung kann eine hypothetisch *nachfolgende* staatliche Beweiserhebung aber bereits deshalb nicht erfüllen, weil sie an äussere Umstände anknüpft, die durch die vorausgegangene illegale private Beweisbeschaffung beeinflusst worden sind.¹²³⁷ Von praktischer Relevanz ist dies namentlich dann, wenn die private Beschaffungshandlung die äusseren Gegebenheiten so verändert hat, dass sich zugleich die im Wege der Hypothese denkbaren staatlichen Beweiserhebungsoptionen verschieben. So ist beispielsweise eine gedachte spätere staatliche Beweiserhebung von der vorausgegangenen illegalen privaten Beweisbeschaffung nicht „abstrakt“, wenn die rechtliche Zulässigkeit der gedachten staatlichen Beweiserhebung gerade darauf beruht, dass die illegale private Handlung zu einem Wechsel des Gewahrsams über den Beweisgegenstand geführt hat.¹²³⁸

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, dass die hier einzusetzende „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ in zeitlicher Hinsicht im Ergebnis eine deutliche Fixierung erfährt. Zum einen kann das Bezugsobjekt der Hypothese den Zeitpunkt der gedachten staatlichen Beweiserlangung vorgeben. Zum anderen bleibt stets zu gewärtigen, dass die gedachte staatliche Beweiserhebung eine eigenständige, von der illegalen privaten Beweisbeschaffung unabhängige Massnahme zu sein hat; die gedachte staatliche Beweiserhebung muss deshalb entweder *früher* als die private Beweisbeschaffung oder allenfalls *zeitgleich* mit dieser erfolgen.¹²³⁹

¹²³⁶ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III. 3., S. 289 f.; ebenso bezogen auf Zufallsfunde aus staatlichen Ermittlungsmassnahmen WELP, S. 223; ähnlich für illegale private Beweisbeschaffungen WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 57.

¹²³⁷ Zweifelhaft bezogen auf rechtswidrige staatliche Beweiserhebungen PELZ, S. 151, der nachträgliche Veränderungen verwertungsbegünstigend berücksichtigen will und damit vernachlässigt, dass ein hypothetisches Hinzudenken des fehlenden Elements der rechtswidrigen staatlichen Beweiserhebung sich notwendigerweise auch zeitlich gesehen auf die rechtswidrige staatliche Beweiserhebung beziehen müsste.

¹²³⁸ Im Ergebnis ebenso WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 57, der die Gewahrsamsverhältnisse vor der illegalen privaten Handlung für eine hypothetische staatliche Beschlagnahme zu Grunde legt; vgl. zum Gewahrsamserfordernis des Zeugnisverweigerungsberechtigten bei Beschlagnahmeverboten SCHMID, Strafprozessrecht, N 747; § 97 dStPO; vgl. aber auch de lege ferenda das ortsunabhängige Beschlagnahmeverbot des Art. 263 E-StPO und dazu die Botschaft VE StPO, BBl 2006, 1085, 1245 f.

¹²³⁹ Wohl stillschweigend unterstellt in BGE 109 Ia 244, 247; OGer ZH, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 131; vgl. auch WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 57; im Ergebnis auch FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 115 f.

5. Zur Problematik des strafprozessualen Beweismasses von Beweishypothesen

Bei der Hypothesenbildung ist immer eine Entscheidung dahingehend zu treffen, ob eine Einbeziehung der konkreten Umstände des tatsächlichen Beweisbeschaffungsvorgangs überhaupt erfolgen soll oder nicht.¹²⁴⁰ Nur soweit diese Frage im Sinne einer konkreten Hypothesenbildung entschieden ist, stellt sich das Problem des prozessualen Beweismasses, durch das die erforderliche Wahrscheinlichkeit der Beweismittelgewinnung unter den konkret gegebenen Umständen festgelegt wird.¹²⁴¹ Wenn sich dagegen die Beweisverwertbarkeit allein nach der abstrakten Gesetzmässigkeit der gedachten staatlichen Beweiserlangung richtet, so kann es auf ein Beweismass nicht ankommen: Die gesetzliche Gestattung der gedachten staatlichen Beweiserhebung kann nur zu bejahen oder zu verneinen sein; *beweisbar* ist sie nicht.¹²⁴² Bei der vorliegend einzusetzenden abstrakten Hypothese ist ein irgendwie gearteter prozessualer Nachweis einer tatsächlichen Möglichkeit der staatlichen Beweiserlangung unter den konkreten Umständen gerade nicht verlangt – er wäre, da die staatlichen Organe bei der illegalen privaten Beweisbeschaffung gar nicht anwesend waren, wohl auch kaum jemals zu erbringen.¹²⁴³

§ 3 Anwendungsbeispiele zur Hypothesenrelevanz

Nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen ist die Einbeziehung einer abstrakten Beweishypothese eine dogmatische Konzeption, mit der einerseits die Verwertbarkeit der betroffenen Beweismittel nicht schrankenlos zugelassen, andererseits aber auch die – bei rechtmässiger staatlicher Beweiserlangung grundsätzlich bestehende – Verwertungsbefugnis des Staa-

¹²⁴⁰ Vgl. zur Unterscheidung von abstrakter und konkreter Hypothesenbildung Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2, S. 300 ff.

¹²⁴¹ SK-ROGALL, § 136a StPO N 105; vgl. zu dieser Unterscheidung auch EISENBERG, Beweisrecht, N 410; SCHRÖDER, S. 121 f.; vgl. zum Beweismass einer konkreten Hypothese nach rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 670 f.; EISENBERG, Beweisrecht, N 410; DERS., Persönliche Beweismittel, N 220; FEZER, JR 1991, 85, 87 f.; HARRIS, StV 1991, 313, 322; HERDEGEN, DAV, S. 103, 121; HOFMANN, JuS 1992, 587, 589; JÄGER, S. 231; KELNHOFER, S. 285 ff.; PELZ, S. 153; RANSIEK, S. 91; 294 f.; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, 446, 450; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 21; SCHRÖDER, S. 121; STÖRMER, S. 249; SK-ROGALL, § 136a StPO N 105; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203; WOLTER, NSiZ 1984, 276, 277.

¹²⁴² Im Ergebnis ebenso FORNITO, S. 265; KELNHOFER, S. 285 f.; SCHRÖDER, S. 115.

¹²⁴³ Vgl. zu den faktischen Besonderheiten bei der Hypothesenbildung nach rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffungen Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 1., S. 304 f.

tes respektiert wird.¹²⁴⁴ Indes: Das ausnahmsweise Eingreifen eines Verwertungsverbotens darf keine blosser Illusion bleiben, wenn eine differenzierte Beantwortung der Beweisverbotsfrage tatsächlich ermöglicht werden soll.¹²⁴⁵ In Wissenschaft und Praxis problematisierte Sachverhaltskonstellationen illegaler privater Beweisbeschaffungen¹²⁴⁶ sollen deshalb nachfolgend aufgegriffen werden, damit sich erweisen kann, ob die hier einzusetzende abstrakte Hypothese einer Anwendungsprobe Stand hält.

I. Hypothesenbildung nach illegalen privaten Tonbandaufnahmen

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland hatten sich die Gerichte wiederholt mit der Verwertbarkeit privat erstellter, illegaler Aufnahmen von Telefongesprächen zu befassen.¹²⁴⁷ In Anwendung der abstrakten „Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung“ ist die Verwertung der Aufnahme eines privat aufgezeichneten Telefonats unzulässig, wenn die staatlichen Organe eine entsprechende Überwachung und Aufnahme selbst nicht hätten vornehmen dürfen. Die Zulässigkeit des gedachten hypothetischen Eingriffs hängt dabei davon ab, ob die materiellen Voraussetzungen der Anordnung technischer Überwachungsmaßnahmen gegenüber der privat abgehörten Person und bezüglich desjenigen Delikts gegeben sind, zu dessen Verfolgung die private Abhörmassnahme diente.¹²⁴⁸

¹²⁴⁴ Vgl. Dritter Teil: 1. Kapitel: § 1, S. 241 ff.

¹²⁴⁵ Kritisch zur abstrakten Hypothesenbildung daher WOHLERS, AJP 2006, 629, 632 bezogen auf staatliche Zufallsfunde; ebenso PELZ, S. 148; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892.

¹²⁴⁶ Vgl. Zweiter Teil: 3. Kapitel, S. 144 ff.

¹²⁴⁷ BGer, Praxis 72 (1983), Nr. 275, 738 = BGE 109 Ia 244 ff.; Kassationsgericht ZH, SJZ 71 (1975), Nr. 28 = ZR 73 (1974), Nr. 44; BGHSt 14, 358; 36, 167; vgl. Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 1, S. 144 ff.

¹²⁴⁸ Der Sache nach ebenso BGE 109 Ia 244, 247 f.; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 114 ff.; vgl. zur hypothetischen Ersetzung tatsächlicher Gegebenheiten bei der Hypothesenbildung nach staatlichen Zufallsfunden FORNITO, S. 212 f.; KELNHOFER, S. 232; WELP, S. 225 f.; abweichend RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 156: „Nichts anderes ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 4 BÜPF, welcher klar sagt, dass Ergebnisse aus einer Überwachung, für die nie eine Genehmigung eingeholt wurde, unverwertbar sind. Damit müssen staatliche Überwachungen gemeint sein, die ohne Genehmigung vorgenommen wurden, obgleich eine solche hätte verlangt werden können, aber ebenso private Überwachungen, die überhaupt nicht genehmigungsfähig sind.“ Bei dieser Gleichstellung nicht genehmigter staatlicher Überwachungen mit privaten Abhörmassnahmen wird jedoch verkannt, dass die staatlichen Organe die illegal privat hergestellte Aufnahme rechtmässig erhalten haben, so dass es an einem staatlichen Verstoss gegen eine präventive Eingriffskontrolle fehlt, der bei nicht genehmigten staatlichen Überwachungen gegeben ist.

1. Gültigkeit des Katalogtaterfordernisses

Der Gesetzgeber hat die Anordnung der staatlichen Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den einschlägigen schweizerischen und deutschen Bestimmungen unter den Vorbehalt der Verfolgung einer Katalogtat gestellt.¹²⁴⁹ Für die Hypothesenbildung folgt daraus, dass eine entsprechende Aufnahme durch eine zielgerichtete staatliche Überwachungsmaßnahme generell nicht rechtmässig zu erlangen ist, wenn es um den Vorwurf einer Nichtkatalogtat geht.¹²⁵⁰

2. Zur Einbeziehung zusätzlicher Eingriffsschranken

a) Subsidiaritätsgrundsatz und Tatverdachtserfordernis

Der Gesetzgeber hat die Zulässigkeit des staatlichen Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis neben dem Katalogtaterfordernis noch an weitere Voraussetzungen gebunden und damit Teilaspekte des allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes konkretisiert.¹²⁵¹ Das Gesetz fordert bestimmte Tatsachen, die für den (dringenden) Verdacht der Tatbegehung sprechen müssen.¹²⁵² Sodann ist nach schweizerischem Recht die Anord-

¹²⁴⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 BÜPF; § 100a dStPO; HANSJAKOB, ZStrR 120 (2002), 265, 272 ff.; KK-NACK, § 100a StPO N 21; MEYER-GÖBNER, § 100a StPO N 4; OBERHOLZER, N 1277; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 154; SCHMID, Strafprozessrecht, N 763; DERS., ZStrR 120 (2002), 284, 290 ff. bezogen auf die Zufallsfundproblematik; WOHLERS, AJP 2006, 634 ff.; vgl. zur gesamtschweizerischen Geltung des BÜPF auch für das kantonale Strafverfahren Art. 1 Abs. 1 lit.a BÜPF; SCHMID, Strafprozessrecht, N 761 f.; vgl. de lege ferenda Art. 268 Abs. 2, Abs. 3 E-StPO.

¹²⁵⁰ Vgl. die Prüfung der Schwere des Tatvorwurfs in BGE 109 Ia 244, 247 f.; BGer, Urteil vom 30. April 2007, 6A.113/2006, E. 6.3 f. bezogen auf staatliche Zufallsfunde; im Ergebnis ebenso FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 114 f.; WELP, S. 225 bezogen auf staatliche Zufallsfunde; vgl. entsprechend zum Katalogtaterfordernis bei der Verwertbarkeit staatlicher Zufallskenntnisse aus Telefonüberwachungen BVerfG, NStZ 1988, 32, 33; KELNHOFER, S. 232; KK-NACK, § 100a StPO N 37; KOHLMANN, JA 1978, 594, 595; MEYER-GÖBNER, § 100a StPO N 19; SCHRÖDER, S. 151, 154 ff.; WELP, S. 225; ebenso zur Regelung des Art. 9 Abs. 1 lit.b BÜPF BGE 132 IV 70 ff.; OBERHOLZER, N 1318 f.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 769; DERS., ZStrR 120 (2002), 284, 290 ff.; WOHLERS, AJP 2006, 634 ff.

¹²⁵¹ FORNITO, S. 161; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 115; MEYER-GÖBNER, § 100a StPO N 4; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 154.

¹²⁵² Art. 3 BÜPF; § 100a dStPO; vgl. zum Tatverdachtserfordernis nach Art. 3 Abs. 1 lit.a BÜPF OBERHOLZER, N 1278; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 153 f.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 763; WOHLERS, AJP 2006, 634 ff.; vgl. zum Erfordernis eines vorbestehenden Tatverdachts bei staatlichen Zufallsfunden BGE 132 IV 70 ff.; BVerfG, NStZ 1988, 32, 33; FORNITO, S. 212 f.; KELNHOFER, S. 232; MEYER-GÖBNER, § 100a StPO N 18 f.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 391; DERS., JZ 1999/6, 944, 955; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 153 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 769a; DERS., ZStrR 120 (2002), 284, 292 ff.; SCHRÖDER, S. 151, 154 ff.; WELP, S. 225; WOHLERS, AJP 2006, 634, 635; vgl. zum Tatverdachtserfordernis nach § 100a dStPO BGHSt 46,

nung der Überwachung nur dann gestattet, wenn andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen ohne die Überwachung aussichtslos oder unverhältnismässig erschwert wären.¹²⁵³ Dies entspricht der Sache nach weitgehend dem nach deutschem Recht bestehenden Vorbehalt, dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert sein muss.¹²⁵⁴ Und schliesslich können, was für grundrechtsrelevante staatliche Zwangsmassnahmen generell gilt, zusätzliche Eingriffsbeschränkungen durch den allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatz geboten sein.¹²⁵⁵

b) Beachtlichkeit im Rahmen einer abstrakten Hypothesenbildung

Im Hinblick auf diese zum Katalogtaterfordernis hinzutretenden gesetzlichen Anforderungen besteht nun allerdings die Ungewissheit, ob sie auch auf die im Nachhinein nur gedachte staatliche Überwachung des Fernmeldeverkehrs anzuwenden sind. Ähnlich wie bei hypothetischen Überlegungen nach staatlichen Zufallsfunden bedarf es insoweit einer differenzierenden Betrachtungsweise, bei der insbesondere überprüft wird, welche der zusätzlichen gesetzlichen Voraussetzungen auf die gedachte staatliche Beweiserlangung überhaupt sinnvoll anwendbar sind.¹²⁵⁶

Naheliegend scheint zunächst die Argumentation, dass eine mit der Einbeziehung der Hypothese angestrebte nachträgliche Bindung der Strafverfolgungsbehörden an die gesetzlich gewährten Eingriffsbefugnisse¹²⁵⁷ auch

321, 331; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 115; KK-NACK, § 100a StPO N 22; MEYER-GÖBNER, § 100a StPO N 6.

¹²⁵³ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit.c BÜPF; OBERHOLZER, N 1281 f.; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 154; SCHMID, Strafprozessrecht, N 763; WOHLERS, AJP 2006, 634, 635.

¹²⁵⁴ Vgl. § 100a Abs. 1 dStPO; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 115 f.; KK-NACK, § 100a StPO N 23; MEYER-GÖBNER, § 100a StPO N 7.

¹²⁵⁵ Vgl. zur Beachtlichkeit des allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Telefonüberwachung Art. 3 Abs. 1 lit.b BÜPF; FORNITO, S. 161; KK-NACK, Vor § 94 StPO N 6, § 100a StPO N 24; MEYER-GÖBNER, § 100a StPO N 4; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 154; SCHMID, Strafprozessrecht, N 686, 750, 763; de lege ferenda Art. 194 E-StPO.

¹²⁵⁶ Vgl. zu einer differenzierenden Betrachtungsweise im Bereich der staatlichen Zufallsfunde nach technischen Überwachungsmassnahmen KELNHOFER, S. 230 ff.; OBERHOLZER, N 1316 ff.; ROGALL, NStZ 1988, 385, 391; SCHMID, Strafprozessrecht, N 769a; DERS., ZStrR 120 (2002), 284, 293; WOHLERS, AJP 2006, 634, 635; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 158 vernachlässigt die Besonderheiten der Fallgestaltung illegaler privater Beweisbeschaffungen; für eine Berücksichtigung des Tatverdachtserfordernisses und des Subsidiaritätsgrundsatzes FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 114 ff., der damit aber eine Abhängigkeit zwischen der gedachten staatlichen Beweiserhebung und der tatsächlichen privaten Beweiserhebung herstellt, der so nicht beipflichtet werden kann, vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 II., S. 258 ff. und Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III., S. 303 ff.

¹²⁵⁷ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6, S. 281 ff.

die gesetzgeberische Entscheidung berücksichtigen muss, die Erlangung solcher Beweismittel neben dem Katalogtaterfordernis noch an weitere, erschwerende Voraussetzungen geknüpft zu haben.¹²⁵⁸ Bedacht sein will aber auch, dass die Auswirkungen des Subsidiaritätsgrundsatzes und der vorbestehende Tatverdacht untrennbar mit den konkreten Umständen des Einzelfalls verbunden sind und unmöglich generell beantwortet werden können.¹²⁵⁹ Die für eine sinnvolle Anwendung dieser Eingriffsvoraussetzungen unerlässliche Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls lässt sich aber nicht mit dem abstrakten Beurteilungsmassstab vereinbaren, der aus dogmatischen Überlegungen heraus bei der hier einzusetzenden Hypothese gelten sollte.¹²⁶⁰

Daneben besteht vorliegend die Besonderheit, dass konkrete Umstände des Einzelfalls überhaupt nur bezogen auf die tatsächlich erfolgte private Ermittlungsmassnahme existent sind. Zu einer gedachten staatlichen Überwachungsmassnahme, die bezogen auf das entsprechende Beweismittel ergänzt wird, kann es dagegen bereits begrifflich keine konkreten – also tatsächlich fassbare, wirklich vorhandene – Umstände geben, auf welche die zusätzlichen gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen Anwendung finden könnten.¹²⁶¹ Ebenso wenig kann der jeweilige Untersuchungsstand der staatlichen Organe, den diese zum Zeitpunkt der privaten Massnahme zufällig gerade erreicht haben, als konkreter, subsumtionstauglicher Bezugsrahmen herangezogen werden;¹²⁶² denn damit würde im Rahmen der Hypothesenbildung eine Konnexität zwischen der tatsächlichen illegalen privaten Beweisbeschaffung und der gedachten staatlichen Beweiserhebung hergestellt, die nach den dogmatischen Grundlagen der hier einzusetzenden Hypothese nicht gerechtfertigt ist.¹²⁶³

Ein differenzierter Standpunkt ist auch in Bezug auf das hinzutretende verfassungsrechtliche Gebot einzunehmen, wonach die staatliche Eingriffs-

¹²⁵⁸ In diese Richtung bezogen auf die Verwertbarkeit staatlicher Zufallsfunde FORNITO, S. 213; KELNHOFER, S. 233; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 154 ff.; SCHRÖDER, S. 155 f.

¹²⁵⁹ Vgl. BGHSt 41, 30, 36; KELNHOFER, S. 232; KK-NACK, Vor § 94 StPO N 6, § 100a StPO N 23; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 154; SCHRÖDER, S. 155 f.; SCHMID, ZStrR 120 (2002), 284, 293.

¹²⁶⁰ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III., S. 303 ff.

¹²⁶¹ So auch BGER, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132: „Es kann auch nicht darauf ankommen, ob die Strafverfolgungsbehörden ohne die von einem Privaten rechtswidrig erlangten Beweismittel genügend Verdachtsgründe gehabt hätten, um selber Beweise zu erheben.“

¹²⁶² In diese Richtung PELZ, S. 154 f. zum konkreten Beweismass von Verlaufshypothesen nach staatlichen Verfahrensfehlern.

¹²⁶³ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 1 II., S. 252 ff.; Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 II., S. 258 ff.

massnahme „auch sonst nicht unverhältnismässig“ sein darf.¹²⁶⁴ Für eine ergänzende Verhältnismässigkeitsprüfung bleibt im Rahmen der Hypothesenbildung (nur) insoweit Raum, als die Verhältnismässigkeit oder Unverhältnismässigkeit des gedachten staatlichen Eingriffs abstrakt-generell beurteilt werden kann. Diese Voraussetzung ist insbesondere dann erfüllt, wenn die Aufklärung von Straftaten in Frage steht, die zwar formell eine Katalogtat darstellen, aber gemessen an ihrer effektiven Schwere gleichwohl im Bagatellbereich einzuordnen sind. In derartigen Konstellationen steht auch eine nur gedachte staatliche Überwachung des Fernmeldeverkehrs ungeachtet konkreter Umstände in keinem vernünftigen Verhältnis zur Schuld des Beschuldigten, womit das rechtsstaatliche Gebot der Verhältnismässigkeit zu einem abstrakt-generell bestimmbareren Eingriffshindernis wird.

c) **Eingeschränkte Anwendbarkeit gesetzlicher Eingriffsvoraussetzungen**

Den vorstehenden Überlegungen zufolge ist bei der Bestimmung der im Rahmen der abstrakten Hypothese zu beachtenden gesetzlichen Beweiserhebungsvoraussetzungen stets einschränkend zugrunde zu legen, dass nur solche gesetzlichen Erfordernisse einzubeziehen sind, die sich abstrakt anwenden lassen und keine Würdigung konkreter Umstände der jeweiligen Beweiserlangung erfordern.¹²⁶⁵ Für die Fallgestaltungen illegaler privater Tonbandaufnahmen ergibt sich daraus konkret Folgendes: Eine im Wege der Hypothese gedachte staatliche Überwachung des Fernmeldeverkehrs muss sich jedenfalls auf die Verfolgung einer Katalogtat beziehen, damit eine rechtmässige Beweiserlangung möglich bleibt; der Subsidiaritätsgrundsatz sowie das Tatverdachtserfordernis können und müssen demgegenüber nicht hypothetisch geprüft werden, durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz aufgegebene Eingriffsbeschränkungen sind jedoch denkbar. Dieselben Grundsätze gelten als Konsequenz der abstrakten Hypothesenbildung für alle anderen Untersuchungshandlungen, die den staatlichen Organen zur Aufzeichnung nichtöffentlicher Gespräche grundsätzlich gesetzlich gestattet sind. Denn speziell in den Fallgestaltungen illegaler privater Tonbandaufnahmen ist in Betracht zu ziehen, dass das zur

¹²⁶⁴ KK-NACK, Vor § 94 StPO N 6, § 100a StPO N 24; vgl. auch FORNITO, S. 161; MEYER-GÖBNER, § 100a StPO N 4; RUCKSTUHL, AJP 2005, 150, 154; SCHMID, Strafprozessrecht, N 686, 750, 763.

¹²⁶⁵ Vgl. auch SCHMID, ZStrR 120 (2002), 284, 293, der zu den Eingriffsvoraussetzungen nach dem BÜPF bezogen auf staatliche Zufallsfunde betont, „dass die Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 1 auf die ursprüngliche Anordnung zugeschnitten sind und von ihrem Sinn und ihrer Ausrichtung her nicht oder nur bedingt auf Zufallsfunde angewandt werden können.“

Sachverhaltsfeststellung konkret herangezogene Mittel, nämlich die heimliche Aufnahme des nichtöffentlichen privaten Gesprächs, nicht nur durch die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, sondern auch durch den Einsatz anderer technischer Überwachungsgeräte zu erlangen gewesen wäre, also etwa durch die Verwendung von Richtmikrofonen, Wanzen oder sonstigen Aufzeichnungsgeräten.¹²⁶⁶ Diese Massnahmen, deren Regelung im schweizerischen Strafverfahrensrecht bis anhin noch in kantonaler Kompetenz liegt,¹²⁶⁷ sind der Telefonüberwachung vergleichbar, weshalb sie nach dem Strafverfahrensrecht des Kantons Zürich – und ebenso in nahezu allen anderen Kantonen¹²⁶⁸ – an dieselben formellen und materiellen Eingriffsvoraussetzungen wie die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gebunden sind.¹²⁶⁹ Wie bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gilt daher, dass die materielle Prüfung des gedachten staatlichen Einsatzes technischer Überwachungsgeräte zur Aufnahme des nichtöffentlichen Gesprächs lediglich an das Vorliegen des Katalogtaterfordernisses¹²⁷⁰ und das Gebot einer „abstrakten Verhältnismässigkeit“ ge-

¹²⁶⁶ Vgl. zu technischen Überwachungsmethoden FORNITO, S. 214; HANSIAKOB, ZStrR 120 (2002), 265, 272; HAUSER, SJZ 82 (1986), 253 ff.; OBERHOLZER, N 1261 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 771; MEYER-GÖBNER, § 100c StPO N 5 ff.; NOLL, ZStrR 91 (1975), 45 ff.; vgl. zur Flexibilität der Ermittlungsmassnahme, solange diese nur auf das konkrete Beweismittel bzw. das zur Sachverhaltsfeststellung herangezogene Mittel zum Beweis bezogen bleibt Dritter Teil: 4. Kapitel: § 1 III. 2., S. 298 ff. und Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III., S. 303 ff.

¹²⁶⁷ Vgl. zur eidgenössischen Regelung de lege ferenda Art. 279, 280 E-StPO, wonach gemäss Art. 280 Abs. 3 E-StPO dieselben Eingriffsvoraussetzungen wie bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gelten, vgl. dazu die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, 1085, 1251 f.

¹²⁶⁸ Vgl. § 88 Abs. 1 StPO AG; Art. 126 StPO AR mit Verweis auf das BÜPF; Art. 72 Abs. 1 StPO AI mit Verweis auf das BÜPF; Art. 160 StrV BE mit Verweis auf das BÜPF; § 103 StPO BL; § 86 Abs. 1 StPO BS; Art. 134 Abs. 4 StPO FR mit Verweis auf das BÜPF; Art. 184 StPO GE mit Verweis auf das BÜPF; Art. 95 Abs. 4 StPO GR mit Verweis auf das BÜPF; Art. 193 Abs. 1 StPO JU mit Verweis auf das BÜPF; § 117 Abs. 1 StPO LU; Art. 171a lit. b StPO NE mit Verweis auf das Bundesrecht; § 72 Abs. 2 StPO NW mit Verweis auf das BÜPF; Art. 85 Abs. 3 StPO OW mit Verweis auf das BÜPF; § 152 Abs. 2 StPO SG mit Verweis auf das BVE, das in Art. 4 BVE ebenfalls das Katalogtat-, Tatverdachts- und Subsidiaritätserfordernis normiert; Art. 192 Abs. 2 StPO SH mit Verweis auf das BÜPF; § 59^{bis} Abs. 1 i.V.m. § 59 StPO SO mit Verweis auf das BÜPF; § 41 Abs. 2 StPO SZ mit Verweis auf das BÜPF; § 121 Abs. 1 StPO TG; Art. 166 StPO TI; Art. 134 i.V.m. Art. 133 StPO Uri mit Verweis auf das BÜPF; Art. 229 StPO VD mit Verweis auf das BStP, das in Art. 66 Abs. 2 BStP die Voraussetzungen des BÜPF für sinn gemäss anwendbar erklärt; Art. 103a StPO VS; § 21^{ter} Abs. 2 StPO ZG mit Verweis auf das BÜPF; die Regelungen im Kanton Glarus beschränken sich auf Überwachungen des Post- und Telefonverkehrs, vgl. Art. 60, 61 StPO GL.

¹²⁶⁹ Vgl. § 104 Abs. 2 Satz 2 StPO ZH, der das BÜPF in formeller und materieller Hinsicht für sinn gemäss anwendbar erklärt; § 100c Abs. 1 Nr. 2 dStPO; MEYER-GÖBNER, § 100c StPO N 6 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 771; ebenso de lege ferenda Art. 279, 280 E-StPO.

¹²⁷⁰ Anstelle des Katalogtaterfordernisses ist in einigen Kantonen nach wie vor generalklauselartig normiert, dass ein Verbrechen oder Vergehen vorliegen muss, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, vgl. § 88 Abs. 1 lit. a StPO AG; § 103 Abs. 1 lit. a StPO BL; § 86 Abs. 1 lit.

bunden ist, während das Tatverdachtserfordernis sowie der Subsidiaritätsgrundsatz im Rahmen der hier massgeblichen abstrakten Hypothese unbeachtlich bleiben.

II. Hypothesenbildung nach „mensenrechtswidriger“ privater Beweisbeschaffung

Besonders schwerwiegende Rechtsverletzungen Privater bei der Beweisgewinnung werden sowohl im schweizerischen als auch im deutschen Schrifttum als Sonderfälle behandelt, für die, überwiegend unter Inkaufnahme dogmatischer Widersprüche, ein ausnahmsloses Beweisverwertungsverbot befürwortet wird. Erfasst sein sollen jedenfalls Beweismittel, die von Privaten unter Verletzung des *ordre public*¹²⁷¹ bzw. in menschenrechtswidriger oder menschenunwürdiger Weise erlangt worden sind, also insbesondere durch folterähnliche Massnahmen oder nachhaltige Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit.¹²⁷² Dasselbe Ergebnis lässt sich – dogmatisch stimmiger – durch die Einbeziehung einer Beweishypothese erreichen, die zur Legitimation der Verwertungsverbotsfolge nicht an das rechtswidrige Verhalten der Privatperson anknüpfen muss, sondern auf eine fortwirkende gesetzliche Beweisbeschränkung der staatlichen Organe verweisen kann.

1. Einbringbarkeit der Hypothese

Die im Schrifttum konsentrierte Nichtberücksichtigung von Verlaufshypothesen nach Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden durch staatliche Organe¹²⁷³ kann bei den Fallgestaltungen illegaler privater Zwangsausübungen nicht Platz greifen. Nach schwerwiegenden staatlichen Verletzungen der Willensfreiheit des Beschuldigten bei dessen Vernehmung beruht die Nichtzulassung von Hypothesen zur Beweiserlangung ganz wesentlich auf der Einsicht, dass das in dieser Konstellation gesetz-

a StPO BS; § 117 Abs. 1 Ziff. 1 StPO LU; § 121 Abs. 1 Ziff. 1 StPO TG; Art. 166 Abs. 1 lit. a StPO TI; Art. 103a lit. a StPO VS.

¹²⁷¹ Vgl. Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 2 I., S. 166 f.

¹²⁷² Vgl. Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 2 II., S. 167 ff.

¹²⁷³ Vgl. dazu BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 668 f.; EISENBERG, Beweisrecht, N 409; FORNITO, S. 269 f.; KELNHOFER, S. 196 ff.; RANSIEK, S. 90; ROGALL, NSz 1988, 385, 391; SCHRÖDER, S. 165 f.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 104; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 203; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892; anders daher wohl Kassationsgericht ZH, ZR 73 (1974), Nr. 44, S. 106, 110, das allerdings offen liess, ob ein staatlicher Verstoß gegen § 154 StPO ZH gegeben war.

lich vorgegebene unselbständige Verwertungsverbot keine nachträgliche Relativierung durch hypothetische Überlegungen verträgt.¹²⁷⁴ Dogmatisch herleiten lässt sich die Nichtberücksichtigung der Hypothese dann je nach Beweisverbotslehre entweder aus dem Schutzzweck der verletzten Verfahrensnorm oder aus der Sinnlosigkeit einer Hypothese, bei der in Verkenning der Aussagefreiheit des Beschuldigten darüber spekuliert wird, ob der Beschuldigte bei einer ordnungsgemässen staatlichen Vernehmung nicht ebenso ausgesagt hätte.¹²⁷⁵ Bei privaten Verletzungen der Willensfreiheit des Beschuldigten ist die Ausgangslage eine andere. Da kein staatlicher Beweiserhebungsfehler vorliegt, besteht die Schwierigkeit, dass eine strafprozessuale Legitimationsgrundlage für ein Verwertungsverbot zunächst fehlt. Die Hypothese ist daher das prozessuale Instrument, mit dem eine Fortwirkung der in den entsprechenden Beweiserhebungsschranken zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertungen gewährleistet und ein Verwertungsverbot überhaupt erst legitimiert werden kann.¹²⁷⁶

2. Eingreifen der Verwertungsverbotsfolge

Bei Massgeblichkeit der „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ hängt die Unverwertbarkeit eines unter Folter, Erpressung oder sonstigen privaten Eingriffen in die Willensfreiheit des Beschuldigten beschafften „Geständnisses“ von der Frage ab, ob die staatlichen Organe ein entsprechendes Geständnis des Beschuldigten nur rechtswidrig hätten beschaffen können. Hypothetisch zu ergänzen ist somit eine staatliche Einvernahme, was zugleich bedeutet, dass die Verfahrensrechte des Beschuldigten zu berücksichtigen sind. Entsprechend hat das Kassationsgericht Zürich für eine nur *hinzugedachte* staatliche Einvernahme bereits zutreffend klargestellt: „Der Beschuldigte unterliegt keinem Aussagezwang und auch keiner Wahrheitspflicht, mindestens keiner rechtlich sanktionierten [...]“.“¹²⁷⁷ Die dergestalt betonte Freiheit des Beschuldigten, über sein Aussageverhalten selbst zu entscheiden, muss auch bei der im Wege der Hypothese gedachten staatlichen Beweiserhebung respektiert bleiben. Stellvertretende Überlegungen zum möglichen Ausgang der staatlichen Einvernahme verletzen zwangsläufig das höchstpersönliche Recht des Be-

¹²⁷⁴ Vgl. BEULKE, ZStW 103 (1991), 657, 668 f.; FORNITO, S. 269 f.; KELNHOFER, S. 198; SCHRÖDER, S. 166; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892.

¹²⁷⁵ Vgl. dazu FORNITO, S. 269 f.; KELNHOFER, S. 196 ff.; SCHRÖDER, S. 165 f.; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892; im Ergebnis ebenso Kassationsgericht ZH, ZR 73 (1974), Nr. 44, S. 106, 110.

¹²⁷⁶ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6, S. 281 ff.; Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III. 3., S. 289 ff.

¹²⁷⁷ Kassationsgericht ZH, SJZ 71 (1975), Nr. 28, S. 60, 62 f. = ZR 73 (1974) Nr. 44, S. 106, 110.

schuldigten, über das Ob und Wie seiner Aussage frei zu bestimmen.¹²⁷⁸ Die hypothetisch rechtmässige Erlangung einer dem erzwungenen Geständnis inhaltlich entsprechenden Einlassung des Beschuldigten für den Fall einer *ordnungsgemässen* staatlichen Einvernahme muss danach immer eine offene Frage bleiben. Es kann, wenn die Aussagefreiheit des Beschuldigten ernst genommen wird, keine beweisrechtlich relevanten Vermutungen dazu geben, ob der Beschuldigte bei *ordnungsgemässigem* Vorgehen der staatlichen Organe nicht dieselbe Einlassung abgeben hätte.¹²⁷⁹

Zu erwägen bleibt allenfalls, ob die Beweishypothese nicht von vornherein anders formuliert werden könnte. Wenn die Hypothese nämlich auf das konkrete Beweismittel bezogen bleibt, das die staatlichen Organe jetzt zufälligerweise in den Händen halten, dann geht es nicht einfach um die hypothetische Erlangung eines Geständnisses, sondern vielmehr um die hypothetische Erlangung eines *erzwungenen* Geständnisses. Das Geständnis und seine Bedingung – die Zwangsanwendung – gehören untrennbar zusammen. Zur Erlangung eines solchen Beweismittels hält das Strafrecht aber eine eindeutige rechtliche Bewertung bereit: Fest steht der abstrakten Gesetzeslage nach, dass die staatlichen Organe ein entsprechendes *erzwungenes* Geständnis selbst nur rechtswidrig hätten erlangen können, weil ihnen der Einsatz derartiger Methoden nach den einschlägigen strafprozessualen Beweiserhebungsvorschriften absolut verboten ist. Das privat erzwungene Geständnis ist demnach als Beweismittel ebenso unverwertbar, wie es ein staatlicherseits mit illegalen Mitteln erzwungenes Geständnis wäre.¹²⁸⁰

¹²⁷⁸ Vgl. FORNITO, S. 269 f.; KELNHOFER, S. 196 ff.; SCHRÖDER, S. 165 f.; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892.

¹²⁷⁹ Vgl. zur Unzulässigkeit relativierender Hypothesenbildungen nach verbotenen staatlichen Vernehmungsmethoden FORNITO, S. 269 f.; KELNHOFER, S. 198; SCHRÖDER, S. 166; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892. Unberührt bleibt die Option der staatlichen Organe, dasselbe Beweisergebnis durch eine einwandfrei durchgeführte staatliche Vernehmung nachzuweisen, bei der eine vollumfängliche Nachholung der bereits getätigten Angaben aus Praktikabilitätsgründen durch eine nachträgliche Bestätigung der ersten Aussage ersetzt werden kann, vgl. dazu bezogen auf staatliche Vernehmungsfehler BGH, NStZ 1988, 419 f.; NStZ 2001, 551; KK-BOUJONG, § 136a StPO N 41; KELNHOFER, S. 198; LR-HANACK, § 136a StPO N 61, 65; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 12; VEST/EICKER, AJP 2005, 885, 892.

¹²⁸⁰ Vgl. z.B. § 43 Abs. 1 StPO BS; Art. 103 StPO SH; § 154 StPO ZH; § 136a dStPO; de lege ferenda Art. 138 E-StPO; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, § 60 N 10; KK-BOUJONG, § 136a StPO N 38 ff.; LR-HANACK, § 136a StPO N 61; MEYER-GÖBNER, § 136a StPO N 27; OBERHOLZER, N 807; SCHMID, Strafprozessrecht, N 625 ff.; SK-ROGALL, § 136a StPO N 81 ff.; vgl. zur Unzulässigkeit des staatlichen Einsatzes von Lügendetektoren, der Narokanalyse oder von Wahrheitsseren als Methode der Wahrheitsermittlung BGE 109 Ia 273, 289 m.w.N.; OBERHOLZER, N 807.

III. Hypothesenbildung nach Beweismitteldiebstahl

Der Einsatz von Folter und vergleichbar schweren Rechtsverletzungen durch Privatpersonen zur Beweismittelbeschaffung ist ein Paradigma der Strafrechtswissenschaft, das Grundsatzfragen der Reichweite und Wirkungsweise der Beweisverbote illustriert.¹²⁸¹ In der gerichtlichen Praxis betrifft die Beweisverbotsproblematik allerdings in der Regel weniger schwerwiegende private Übergriffe. Neben dem Umgang mit illegalen privaten Tonbandaufnahmen stand die Verwertbarkeit von Beweismitteln im Vordergrund, die Privatpersonen durch strafbare Wegnahmehandlungen erlangt und sodann freiwillig an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet haben.¹²⁸²

In diesen Konstellationen hat die gegen den Willen des Berechtigten erfolgte private Beweisbeschaffung die Notwendigkeit einer gegen den ursprünglich Betroffenen gerichteten zwangsweisen Beschlagnahme des Beweisgegenstandes entfallen lassen. Eine tatsächliche Anwendung der Beschlagnahmenvorschriften scheidet deshalb aus. Möglich ist allein die nachträgliche Einbeziehung der entsprechenden gesetzlichen Wertungen im Wege der Hypothese. Danach ist das betroffene Beweismittel unverwertbar, wenn es von den staatlichen Organen nicht rechtmässig erlangt, dass heisst hier „nicht rechtmässig hätte beschlagnahmt“ werden können.¹²⁸³ Grundsätzlich ausgeschlossen sind somit Beweismittel, für die ein Beschlagnahmeverbot besteht, also insbesondere Aufzeichnungen und Korrespondenzen aus dem Verkehr einer zur Zeugnisverweigerung berechtigten Person mit dem Beschuldigten¹²⁸⁴ oder Unterlagen aus dem Verkehr des Beschuldigten mit seinem Verteidiger.¹²⁸⁵ Die staatlichen Organe wer-

¹²⁸¹ Vgl. Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 2, S. 166 ff.; Dritter Teil: 1. Kapitel: § 1, S. 241 ff.

¹²⁸² BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; vgl. auch BGE 117 Ia 341 ff. zur Beschlagnahme von Dokumenten, die Geständnisse eines Beschuldigten enthalten und in einem Tresor aufbewahrt wurden, der einem Anwalt gestohlen und von der Polizei aufgefunden worden war.

¹²⁸³ Vgl. BGE 117 Ia 341, 347 ff.; BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1538; MAURER, S. 241; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 50.

¹²⁸⁴ Vgl. z.B. § 81 Abs. 1 StPO BS; Art. 141 Abs. 1 Ziff. 1 StrV BE; § 97 Abs. 1 Nr. 1 dStPO; de lege ferenda Art. 263 Abs. 1 lit.c E-StPO; BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; AESCHLI-MANN, N 943; ANTOGNAZZA, ZStrR 1977, 64, 74 ff.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, § 69 N 12 f.; KK-NACK, § 97 StPO N 11; MAURER, S. 241; OBERHOLZER, N 1142; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 50; vgl. zur Ableitung der Verwertungsverbotsfolge aus dem Beschlagnahmeverbot nach staatlichen Beschlagnahmehandlungen BGHSt 18, 227; 44, 46, 51; FEZGER, Grundfragen, S. 9; KK-NACK, § 97 StPO N 9.

¹²⁸⁵ Vgl. z.B. § 81 StPO Abs. 1 BS; Art. 141 Abs. 1 Ziff. 3 StrV BE; Art. 141 Abs. 2 StPO SG; § 97 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 2 dStPO; de lege ferenda Art. 263 Abs. 1 lit.a E-StPO; vgl. zur Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen BGE 117 Ia 341, 347 ff.; 130 II 193, 200 f.; Kassationsgericht ZH, ZR 99 (2000), Nr. 55, S. 151 ff.; BVerfG, NStZ 2002, 377 ff.;

den damit so gestellt, wie sie auch bei einer tatsächlichen Beschlagnahme des Beweismittels gestanden hätten. Für diesen Fall gilt nämlich, dass Beweismittel, die einem Beschlagnahmeverbot zuwider beschlagnahmt wurden, grundsätzlich nicht verwertbar sind.¹²⁸⁶

Ebenso wie nach einer tatsächlich rechtswidrigen Beschlagnahme durch die staatlichen Organe sind allerdings auch bei der hypothetisch rechtswidrigen Beschlagnahme Einschränkungen der Verwertungsverbotsfolge zu berücksichtigen, die sich aus den Beschlagnahmenvorschriften selbst ergeben: Fällt das Beschlagnahmeverbot im Verfahren weg, so kann es einer Verwertung des betroffenen Beweismittels nicht mehr entgegen stehen.¹²⁸⁷ Die Geltungskraft und die Wirkungsweise der Vorschriften, die hier „bestimmt und geeignet sind, die Beibringung solcher Beweismittel zu verhindern“,¹²⁸⁸ müssen bei der nur hypothetischen Anwendung der Bestimmungen ebenfalls beachtlich bleiben. Ein Verwertungsverbot, das durch eine hypothetisch rechtswidrige staatliche Beschlagnahme legitimiert wird, ist deshalb unter die auflösende Bedingung gestellt, dass das Beschlagnahmeverbot auch im Verwertungszeitpunkt noch besteht.¹²⁸⁹

IV. Hypothesenbildung nach Erlangung eines Tagebuchs

1. Die spezifische Beschaffenheit des Beweismittels als Ansatzpunkt der Verwertungsverbotsfolge

Unverwertbar kann ein Beweismittel auch wegen seiner beweismittelspezifischen Besonderheiten, insbesondere wegen seines höchstpersönlichen Inhalts sein.¹²⁹⁰ Die Verwertungsverbotsfolge wird in diesen Fällen durch das Beweismittel selbst ausgelöst und tritt ungeachtet der Art und Weise der Beweisbeschaffung und unabhängig von den Beweiserhebungsnormen

AEPLI, Strafprozessuale Sicherstellung, S. 61; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 69 N 14; KK-NACK, § 97 StPO N 24; SCHMID, Strafprozessrecht, N 746 mit Fn. 198.

¹²⁸⁶ Vgl. BGHSt 18, 227; 44, 46, 51; Kassationsgericht ZH, ZR 99 (2000), Nr. 55, S. 151, 153; AEPLI, Strafprozessuale Sicherstellung, S. 123 f.; ANTOGNAZZA, ZStR 1977, 64 ff.; FEZER, S. 9; KK-NACK, § 97 N 9; KÜHNE, Strafprozessrecht, N 909.1; KÜNG/HAURI/BRUNNER, HK StPO ZH, § 103 StPO ZH N 2; MAURER, S. 241; MEYER-GÖBNER, § 97 N 46; vgl. auch BGE 117 Ia 341, 347 ff.

¹²⁸⁷ Vgl. zu dieser Ausnahme BGHSt 25, 168; AESCHLIMANN, N 946; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 69 N 7; KK-NACK, § 97 N 9; MEYER-GÖBNER, § 97 N 48.

¹²⁸⁸ BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132.

¹²⁸⁹ Vgl. HÜSCH, S. 327; ohne entsprechende Einschränkungen aber BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132; WALDER, ZStR 82 (1966), 36, 50.

¹²⁹⁰ WALDER, ZStR 82 (1966), 36, 39 ff.

ein.¹²⁹¹ Als Beispiel mag das „Tagebuchurteil“ des Bundesgerichtshofs dienen, das die Unmassgeblichkeit des Beweiserhebungsvorgangs bei der Ermittlung der Beweisverwertbarkeit illustriert: „In Fällen dieser Art darf grundsätzlich kein Eindringen in die Privatsphäre stattfinden, so dass es ohne rechtliche Bedeutung ist, auf welche Weise die Aufzeichnungen gegen den Willen des Verfassers zur behördlichen Kenntnis gelangen.“¹²⁹²

Eine Hypothese, welche in diesen Konstellationen zur Ermittlung der Beweisverwertbarkeit auf die Möglichkeit der rechtmässigen – oder der „nur rechtswidrigen“ – Erlangung eben dieses Beweismittels durch staatliche Organe abstellt, ist bereits vom Ansatz her unsinnig. Die für das Verwertungsverbot ausschlaggebende „rechtliche Missbilligung“ des konkreten Beweisobjektes bleibt unberührt davon, ob dieses nun durch eine private oder staatliche, tatsächlich oder hypothetisch rechtmässige oder rechtswidrige Beweisbeschaffung in die Hände der staatlichen Organe gelangt ist.¹²⁹³ Soweit die staatliche Verwertungshandlung gerade wegen der Eigenart des Beweismittels grundrechtliche Belange des Betroffenen bedroht, kann die Zulässigkeit des staatlichen Grundrechtseingriffs nicht im Wege der Hypothesenbildung, sondern der Grundrechtsdogmatik zufolge nur durch eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Rechte und Interessen zu ermitteln sein.¹²⁹⁴

2. Zur Bedeutung der Hypothese bei grundrechtlichen Verwertungsverboten

Die Untauglichkeit einer Hypothesenbildung in solchen Fallgestaltungen wäre allenfalls damit in Abrede zu stellen, dass neben dem Verwertungsverbot zugleich ein Beweiserhebungsverbot für die gedachte staatliche Beweiserhebung bestehe, das sich entweder aus einer „Vorwirkung“ des Verwertungsverbots oder aber aus der grundrechtsverletzenden Wirkung der gedachten Beweiserhebung ergebe.¹²⁹⁵ Danach wäre eine Hypothesen-

¹²⁹¹ Vgl. EISENBERG, Beweisrecht, N 402; FEZER, Grundfragen, S. 7; DERS., Strafprozessrecht, Fall 16 N 3; FORNITO, S. 72; MEYER-GÖBNER, Einl. N 56; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 39 ff.; vgl. Zweiter Teil: 2. Kapitel: § 2 III., S. 141 ff.

¹²⁹² BGHSt 19, 325, 331; vgl. aus der schweizerischen Praxis zur Beschlagnahme und Entsiegelung eines Tagebuchs BGer, Urteil vom 19. Dezember 2006, 1P 519/2006; HAUSER/SCHWERTI/HARTMANN, Strafprozessrecht, § 69 N 2a; MAURER, S. 242; vgl. Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 1 II. 1. b), S. 154 ff.

¹²⁹³ Vgl. BGHSt 19, 325, 331; EISENBERG, Beweisrecht, N 402; KELNHOFER, S. 216 f.

¹²⁹⁴ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 III., S. 230 ff.

¹²⁹⁵ Vgl. zur Annahme einer Vorwirkung von Verwertungsverboten auf die Beweiserhebung FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 7; DERS., JuS 1979, 37; FRANK, Tonbandaufnahmen, S. 92 bezogen auf die gerichtliche Beweisaufnahme; GÖSSEL, NSTZ 1998, 126 ff.; KELNHOFER, S. 216 f. mit

bildung methodisch zumindest denkbar. Immerhin liesse sich argumentieren, dass im Wege der Hypothesenbildung – wie sonst auch – zunächst die Zulässigkeit einer gedachten staatlichen Beschlagnahme des betroffenen Beweismittels ermittelt¹²⁹⁶ und aus dem negativen Ergebnis der Hypothese sodann die Verwertungsverbotsfolge abgeleitet werden könnte.¹²⁹⁷ Das durch die Hypothesenbildung legitimierte Verwertungsverbot wäre dann – wie sonst auch – die Rechtsfolge des Umstandes, dass die gedachte staatliche Beweismittelbeschlagnahme verboten ist.

Jedenfalls bei grundrechtsrelevanten Beweismitteln, wie etwa schriftlichen Aufzeichnungen aus der Intimsphäre des Beschuldigten oder eines Zeugen, erscheint die im deutschen Schrifttum angenommene „Vorwirkung“ von Verwertungsverboten auf den Beweiserhebungsvorgang aber ebenso verfehlt wie die denkbare Einbeziehung einer Hypothese, bei der aus einem grundrechtlichen Beweiserhebungsverbot das Verwertungsverbot als Rechtsfolge abgeleitet wird. Beide Konzeptionen suggerieren die Existenz eines Bedingungs Zusammenhangs zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot, der in solchen Konstellationen nicht plausibel ist.¹²⁹⁸ Die Grundrechte des Betroffenen sind sowohl bei der (gedachten) staatlichen Beweismittelbeschlagnahme als auch bei der beabsichtigten Verwertung des Beweismittels beachtlich.¹²⁹⁹ Es sind folglich zwei voneinander unterscheidbare und rechtlich selbständige staatliche Grundrechtseingriffe denkbar, nämlich einmal bei der Beweiserhebung und einmal bei der Beweisverwertung.¹³⁰⁰ Soweit die bevorstehende Verwer-

Erwägungen zur Relevanz der Hypothesenbildung bei selbständigen Verwertungsverboten; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 138, 201; vgl. BGHSt 14, 358, 360 zur Unzulässigkeit des Beweiserhebungsvorgangs, wenn dieser Grundrechte des Betroffenen verletzt; im Ansatz ebenso BGER, Urteil vom 19. Dezember 2006, 1P 519/2006, E.3.

¹²⁹⁶ Vgl. zur Beschlagnahmefähigkeit eines Tagebuchs BGER, Urteil vom 19. Dezember 2006, 1P 519/2006, E.3; SCHMID, Strafprozessrecht, N 746.

¹²⁹⁷ Vgl. zur Möglichkeit einer solchen Argumentation auch KELNHOFER, S. 216.

¹²⁹⁸ Für einen entsprechenden Bedingungs Zusammenhang bei verfassungsrechtlichen Verwertungsverboten aber FEZER, Strafprozessrecht, Fall 16 N 7; GÖSSEL, NSTZ 1998, 126; KELNHOFER, S. 216 f.; SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 201; vgl. ausserdem SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 138 zur Konnexität von Beweiserhebungsverbot und Beweisverwertungsverbot bei verbotenen Vernehmungsmethoden der staatlichen Organe.

¹²⁹⁹ So grundsätzlich auch SK-WOLTER, Vor § 151 StPO N 201; vgl. die entsprechende Grundrechtsprüfung beim Beweiserhebungsvorgang im Beschwerdeverfahren über die Beschlagnahmefähigkeit eines Tagebuchs BGER, Urteil vom 19. Dezember 2006, 1P 519/2006, E.3; MAURER, S. 242; SCHMID, Strafprozessrecht, N 746; vgl. auch BGHSt 14, 358, 360 zur Unzulässigkeit der Beweiserhebung wegen unzulässiger Grundrechtsbeeinträchtigung durch den Erhebungsakt; vgl. zur Bindungswirkung und Wirkungsweise der Grundrechte Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 I. 1., S. 201 ff.; Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 II., S. 216 ff.

¹³⁰⁰ Vgl. STÖRMER, S. 58: „Staatliche Eingriffe in diesen engsten Bereich privater Lebensgestaltung sind schlechthin unzulässig“; vgl. zum „erneuten“ und selbständigen Grundrechtseingriff durch den Verwertungsakt nach staatlichen Beweiserhebungen DENCKER, S. 102 ff.; JÄGER, S. 222 un-

tung die Grundrechte des Betroffenen (erneut) verletzt, wird das entsprechende Verwertungsverbot – ebenso wie das Beweiserhebungsverbot¹³⁰¹ – unmittelbar und selbständig durch die Abwehrfunktion der Grundrechte begründet.¹³⁰² Eine echte Konnexität zwischen Beweiserhebungsverbot und Beweiserhebungsverbot oder umgekehrt zwischen Beweiserhebungsverbot und Beweiserhebungsverbot ist insoweit gerade nicht feststellbar. Für die Tagebuchfälle bedeutet das: Soweit der staatliche Zugriff auf intime Aufzeichnungen des Beschuldigten vor dessen Grundrechten halt zu machen hat, ist die Beschlagnahme des Beweismittels wegen der unzulässigen Grundrechtsverletzung bei der Beweiserhebung untersagt¹³⁰³ und nicht etwa deshalb, weil bereits absehbar ist, dass die Verwertung des Beweismittels im weiteren Verfahren wegen eines grundrechtlichen Verwertungsverbotes ausgeschlossen sein wird. Umgekehrt ist die staatliche Verwertung intimer Aufzeichnungen des Beschuldigten oder eines Dritten als Beweismittel untersagt, soweit deren Grundrechte durch den Verwertungsakt verletzt werden, und nicht etwa deshalb, weil auch die (gedachte) Erhebung des Beweismittels verboten ist. Es erweist sich damit, dass die Berücksichtigung der „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ in diesem Zusammenhang eine überflüssige und rechtssystematisch irreführende Hilfskonstruktion wäre, die den Blick für die eigenständige grundrechtsverletzende Wirkung des Verwertungsaktes verstellt und zudem mit der zwangsläufigen Verwertungsverbotsfolge die nach der Grundrechtsdogmatik grundsätzlich gebotene Interessenabwägung überspielt.¹³⁰⁴

ter Ausnahme der mittelbar gewonnenen Beweise; LR-HANACK, § 136a StPO N 10; NÜSE, JR 1966, 281, 286; PETERS, Gutachten DJT, S. 91, 150 ff.; SCHLÜCHTER, N 100; STÖRMER, S. 57 f.; vgl. Zweiter Teil: 2. Kapitel: § 2 III., S. 141 ff.

¹³⁰¹ Vgl. dazu BGer, Urteil vom 19. Dezember 2006, 1P 519/2006, E.3.

¹³⁰² Vgl. zum das Verwertungsverbot konstituierenden grundrechtlichen Abwehranspruch STÖRMER, S. 57 f.; WÖLFL, S. 201. f.; WOHLERS, AJP 2006, 627, 629; in diese Richtung auch MAURER, S. 242; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 39 ff.; vgl. die Terminologie des „verfassungsrechtlichen Verwertungsverbot“ in BGE 131 I 272, 277.

¹³⁰³ Vgl. BGer, Urteil vom 19. Dezember 2006, 1P 519/2006, E.3; MAURER, S. 242.

¹³⁰⁴ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 III., S. 230 ff.

5. Kapitel: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

Der Versuch einer Neukonzeption der Beweisverbotsdogmatik für die Fallgestaltung illegaler privater Beweisbeschaffung greift die im schweizerischen Rechtsraum geläufige Methode auf, bei der Verwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweismittel mit zu berücksichtigen, ob die staatlichen Organe das Beweismittel selbst rechtmässig hätten erlangen können.¹³⁰⁵ Brauchbar ist der dahinter stehende und in Deutschland bislang kaum verfolgte Grundgedanke, dass Beweishypothesen auch nach privatem Beschaffungsunrecht ein tauglicher Massstab zur Bestimmung der Verwertbarkeit der betroffenen Beweismittel sein könnten. Indes: Eine Dogmatik der entsprechenden Hypothesenbildung fehlt. Insbesondere ist verkannt worden, dass die nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung einzusetzende Hypothese nicht dieselbe Funktion und nicht denselben Ansatzpunkt haben kann wie eine Beweishypothese nach einem staatlichen Beweiserhebungsfehler, der die Verwertbarkeit des Beweismittels in Frage stellt.¹³⁰⁶ Die Beweishypothese nach rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffungen muss danach eine grundlegend andere Hypothese sein, als die, die in Rechtsprechung und Schrifttum bislang diskutiert und angewendet wird. Die Herleitung dogmatischer Grundlagen zur Zulässigkeit, Berechtigung und Bildung einer solchen Hypothese musste darum gewissermassen bei Null beginnen.

1.

Legitimierungsbedürftig ist nach einer rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung nicht die Verwertbarkeit, sondern die Unverwertbarkeit des Beweismittels; die staatlichen Organe sind – vorbehaltlich der selbständigen verfassungsrechtlichen Verwertungsverbote – angesichts der Rechtmässigkeit der staatlichen Beweiserlangung zur Verwertung des ohne ihr Zutun präsenten Beweismittels prinzipiell befugt.¹³⁰⁷ Die Einbeziehung der Beweishypothese kann deshalb nur die einseitige, negative Funktion haben, ein Verwertungsverbot zu legitimieren, soweit die staatlichen Organe das betroffene Beweismittel selbst nur rechtswidrig hätten erheben können.¹³⁰⁸

¹³⁰⁵ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 1 I. 2., S. 264 ff.

¹³⁰⁶ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2, S. 256 ff.

¹³⁰⁷ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 1 III., S. 254 ff.

¹³⁰⁸ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 I., S. 257 ff.

Zur terminologischen Abgrenzung von Beweishypothesen im Anschluss an (rechtswidrige) staatliche Beweiserhebungen und zur Akzentuierung der anders gelagerten Funktionsweise ist die im Anschluss an illegale private Beweisbeschaffungen vorzunehmende Gedankenoperation vorliegend als „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ bezeichnet worden.¹³⁰⁹

2.

Da eine Hypothese Umstände einbezieht, die tatsächlich nicht erfolgt sind, aber hätten erfolgen können, bedarf es zunächst einer Festlegung dahingehend, an welchem „Umstand“ es der tatsächlichen staatlichen Beweiserlangung mangelt, der im Wege der Hypothese zu ergänzen sein sollte. Mit anderen Worten: Präzisierungsbedürftig ist der Anlass der Hypothesenbildung nach illegaler privater Beweisbeschaffung. Insoweit ist zunächst zu konstatieren, dass es sich aus staatlicher Perspektive bei einem Beweisgegenstand, der durch eine Privatpersonen illegal beschafft und anschliessend an die staatlichen Organe übergeben wurde, um ein staatlicherseits rechtmässig erlangtes Beweismittel handelt. Es besteht allein die Besonderheit, dass die staatlichen Organe aufgrund der vorausgegangenen illegalen privaten Beweisbeschaffung zufälligerweise von der Notwendigkeit entbunden wurden, zur Erlangung des Beweismittel eine eigene – in den Grenzen der strafprozessualen Bestimmungen zu vollziehende – staatliche Beweiserhebung vorzunehmen. Strukturell ist dieser äussere Sachverhalt der strafprozessualen Problemlage staatlicher Zufallsfunde angenähert, freilich mit dem Unterschied, dass den staatlichen Organen der „Zufallsfund“ nicht anlässlich einer an sich legalen staatlichen Ermittlungsmassnahme in die Hände gefallen ist, sondern ganz ohne staatliches Zutun.¹³¹⁰ Ausgehend von diesem Befund verbleibt als dogmatischer Ansatzpunkt der Hypothese, ähnlich wie bei staatlichen Zufallsfunden, letztlich nur die Zufälligkeit der so entstandenen Beweislage als solche. Soll diese Zufälligkeit im Wege einer Gedankenoperation „korrigiert“ werden, so muss eine tatsächlich fehlende zielgerichtete staatliche Beweiserhebung im Wege der Hypothese ergänzt werden.¹³¹¹

3.

Die Berücksichtigung strafprozessualer Beweishypothesen ist im Strafprozess nicht a priori ausgeschlossen. Nachweisschwierigkeiten bei der An-

¹³⁰⁹ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 I., S. 257 ff.

¹³¹⁰ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 II.2, S. 260 ff.; Dritter Teil: 3. Kapitel: § 4 III., S. 277 ff.

¹³¹¹ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 II., S. 258 ff.

wendung der Hypothese in der Verfahrenswirklichkeit können der Einbringbarkeit von Beweishypothesen auf dogmatischer Ebene nicht entgegen stehen; sie sind allenfalls ein Folgeproblem einer als legitim erkannten Hypothesenbildung, das sich durch eine angemessene Verteilung der Beweislast jedoch ohne weiteres lösen lässt.¹³¹²

4.

Die Gesetzessystematik legt einerseits den Schluss nahe, dass Hypothesenbildungen im Kontext der Beweisverbote kein absoluter Fremdkörper des staatlichen Strafverfahrens sind, denn der Gesetzgeber hat hypothetische Überlegungen jedenfalls im Bereich der Zufallsfundregelungen selbst zugrunde gelegt.¹³¹³ Andererseits sieht das Strafverfahrensrecht kodifizierte Beweisverbote vor, bei denen an sich denkbare Hypothesen von Gesetzes wegen unbeachtlich geblieben sind; daran wird deutlich, dass die Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen zur Verwertungslegitimation gewisse unverrückbare Grenzen hat, die im Wege der Auslegung bestimmt werden müssen.¹³¹⁴ Für die vorliegend einzusetzende Hypothese, die nicht der Legitimation der Beweisverwertbarkeit, sondern gegenläufig zur Konstituierung der Unverwertbarkeit eines Beweismittels dient, ist allerdings primär entscheidend, dass die Einbringbarkeit von Beweishypothesen der Gesetzessystematik nach grundsätzlich gestattet scheint; den Nachweis einer strafprozessualen Geltungsberechtigung der jeweiligen Hypothese ersetzt dies aber selbstverständlich nicht.

5.

Parallelen zur strafrechtlichen Rechtsfigur des „rechtmässigen Alternativverhaltens“ können dazu beitragen, die rechtssystematische Einordnung der Hypothese zu erleichtern. Die strafrechtliche Zurechnungsdogmatik belegt, dass bei der Entscheidung über die strafrechtliche Relevanz eines Verhaltens mit schlichten Kausalitätsbetrachtungen nicht auszukommen ist, weshalb auf einer normativen Prüfungsstufe wertende Gesichtspunkte ergänzend berücksichtigt werden. Diese Erkenntnis gilt für die strafprozessuale Hypothesenbildung entsprechend. Auf einer eigenständigen normativen Prüfungsstufe ist die Hypothese bei der Entscheidung über die Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit eines Beweismittels das Einfallstor

¹³¹² Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 2, S. 267 f.

¹³¹³ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 4, S. 272 ff.

¹³¹⁴ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 4 I., S. 272 ff. und Dritter Teil: 3. Kapitel: § 4 III., S. 277 f.

für über die tatsächlichen Umstände der staatlichen Beweiserlangung hinausgehende, übergeordnete Wertungen.¹³¹⁵

6.

Ist man bereit, das Erfordernis eines Wertungsschritts bei der Frage der Zulassung eines Beweismittels im Strafprozess anzuerkennen, so erhält auf einer normativen Ebene der Umstand Gewicht, dass die nach illegaler privater Beweisbeschaffung bestehende „Zufälligkeit“ der Beweislage eine notwendige Bedingung der staatlichen Verwertungsoption ist, wenn der Staat selbst das illegal privat beschaffte Beweismittel von Gesetzes wegen gar nicht hätte erlangen können.¹³¹⁶ Mit der Verwertung des zufällig vorhandenen Beweismittels verschafft sich der Staat einen zusätzlichen Nachweis auf dem Weg zur strafprozessualen Wahrheitsfindung, der im gesetzlichen Regelungskonzept nicht vorkommt.

Die rechtliche Unzulässigkeit einer solchen staatlichen Besserstellung erklärt sich aus gesetzlichen Wertungen, die in den – im Wege der Hypothese einbezogenen – Beweiserhebungsnormen zum Ausdruck kommen.¹³¹⁷ Durch die Gesamtheit der gesetzlichen Beweiserhebungsnormen wird das „Kontingent“ der Beweismittel festgelegt, das den staatlichen Organen auf dem Weg der Wahrheitsfindung von Gesetzes wegen zusteht; spiegelbildlich sind damit zwangsläufig Beweismittel ausgegrenzt, die als strafprozessuale Nachweismöglichkeit von Gesetzes wegen nicht in Betracht kommen. Den gesetzlichen Geboten und Verboten der Beweiserhebung liegt danach eine objektiv-rechtliche Entscheidung des Gesetzgebers über die Reichweite und Grenzen strafprozessualer Nachweismöglichkeiten zugrunde, die über die konkreten Umstände der Beweiserlangung hinaus verbindlich bleibt. Dies gilt auch dann, wenn der Staat vom Erfordernis einer „eigenhändigen“ Durchführung der Beweiserhebung rein zufällig entbunden wurde. Ergibt ein Vergleich der tatsächlichen Ist-Situation der Beweislage mit der gesetzlichen Soll-Situation bei gedachter staatlicher Beweiserhebung, dass die staatlichen Organe ein Beweismittel nicht hätten erlangen dürfen, so wirkt diese gesetzgeberische Grundsatzentscheidung auch dann fort, wenn das Beweismittel faktisch bereits erlangt worden ist. Will der Staat nicht mit sich selbst in Widerspruch treten und sein gesetzliches Regelungskonzept desavouieren, dann muss die Unverwertbarkeit des zufälligerweise verfügbaren Beweismittels die Folge sein.¹³¹⁸

¹³¹⁵ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 5, S. 278 ff.

¹³¹⁶ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 II., S. 284 ff.

¹³¹⁷ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III., S. 285 ff.

¹³¹⁸ Vgl. Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III., S. 285 ff.; Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III. 3., S. 289 f.

7.

Die im Wege der Hypothese erfolgende Prüfung einer staatlichen Zugriffsbefugnis auf das von der Verwertungsfrage betroffene Beweismittel gibt das Bezugsobjekt bereits vor: Die Hypothese ist strikt auf das präsen- te Beweismittel bzw. auf das zur Sachverhaltsfeststellung herangezogene Mittel zu beziehen, weil dessen Zugehörigkeit zum gesetzlich umgrenzten Beweismitteldispositiv festzustellen ist.¹³¹⁹

8.

Der Beurteilungsmassstab der Hypothese ist abstrakt.¹³²⁰ Angesichts des Umstandes, dass staatliche Organe typischerweise gar nicht selbst vor Ort gewesen sind, um neben der rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung eine zielgerichtete staatliche Beweiserhebung *tatsächlich* vorzunehmen, müsste eine konkrete Hypothesenbildung geradezu zwangsläufig ein Verwertungsverbot begründen.¹³²¹ Im Übrigen lassen die dogmatischen Grundlagen der hier einzusetzenden Hypothese eine konkrete Hypothesenbildung auch gar nicht zu.¹³²² Die „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ soll sichtbar machen, ob das Beweismittel zu den abstrakt-generell gewährten strafprozessualen Nachweismöglichkeiten des Staates zählt oder nicht. Dies erfordert die Einbeziehung aller gesetzmässigen Möglichkeiten zur staatlichen Erlangung des Beweismittels, worin eine gedankliche Distanzierung von den konkreten Umständen der privaten Beweisbeschaffung notwendigerweise angelegt ist.¹³²³

Die Zulässigkeit der im Wege der abstrakten Hypothese jeweils gedachten staatlichen Untersuchungshandlung zur Erhebung des Beweismittels richtet sich grundsätzlich nach den Eingriffsvoraussetzungen, die das Gesetz aufstellt.¹³²⁴ Allerdings bleibt stets ergänzend zu berücksichtigen, ob die gesetzlichen Merkmale auf eine nur gedachte staatliche Beweiserhebung überhaupt sinnvoll anwendbar und mit dem abstrakten Beurteilungsmassstab der Hypothese vereinbar sind. Ausser Betracht fallen danach für die Bildung der hier einzusetzenden abstrakten Hypothese insbesondere solche gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen, die ihrem Sinn und Zweck nach eine Würdigung konkreter Umstände der Beweiserhebung erfordern.¹³²⁵

¹³¹⁹ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 1 III., S. 296 ff.

¹³²⁰ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III., S. 303 ff.

¹³²¹ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 1., S. 304 f.

¹³²² Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 2., S. 305 ff.

¹³²³ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 2., S. 305 ff.

¹³²⁴ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 3 I., S. 311 ff.

¹³²⁵ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 3 I. 2. c), S. 315 f.

9.

Für eine Hypothesenbildung, die vom illegalen privaten Beschaffungsakt unabhängig ist, kann der Zeitpunkt der Vornahme der privaten Handlung nicht bindend sein; die gedachte staatliche Untersuchungshandlung ist dem Grundsatz nach zeitlich flexibel.¹³²⁶ Denkbar ist jedoch, dass das Bezugsobjekt der Beweishypothese – das hypothetisch zu erhebende Beweismittel – einen bestimmten Zeitpunkt für die Vornahme der gedachten staatlichen Untersuchungshandlung vorgibt und diese damit zeitlich fixiert.¹³²⁷ Daneben ist zu berücksichtigen, dass die gedachte staatliche Beweiserhebung von der illegalen privaten Beweisbeschaffung rechtlich und tatsächlich losgelöst sein muss. Diese Prämisse ist jedoch nur dann gewahrt, wenn die gedachte staatliche Beweiserhebung früher als die tatsächliche private Beweisbeschaffung oder spätestens zeitgleich mit dieser erfolgt, weil die Hypothese andernfalls an äussere Umstände angeknüpft, die durch die private Beschaffungshandlung beeinflusst wurden.¹³²⁸

10.

Steht die Verwertbarkeit eines Beweismittels allein wegen seiner besonderen Beschaffenheit unabhängig von der Art und Weise der staatlichen Beweiserlangung in Frage, so ist die Hypothesenbildung ein untaugliches prozessuales Instrument. Praktisch bedeutsam sind in diesem Zusammenhang insbesondere die so genannten „Tagebuchfälle“, bei denen die Abwehrfunktion der Grundrechte die Nichtverwertung eines derart intimen Beweises gebieten kann.¹³²⁹ In diesen Konstellationen bleibt das durch die Eigenart des Beweismittels bedingte grundrechtliche Verwertungsverbot vorrangig. Die Berücksichtigung der Beweishypothese würde einen rechtlichen Zusammenhang zwischen gedachter staatlicher Beweiserhebung und Unzulässigkeit der staatlichen Beweisverwertung suggerieren, der bei den selbständigen grundrechtlichen Verwertungsverböten methodisch nicht plausibel ist. Zudem müsste die zwingende Verwertungsverbötsfolge der „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ dazu führen, dass die durch die Grundrechtsdogmatik spezifisch vorgegeben Massgaben zur Bestimmung der Verwertbarkeit eines solchen Beweismittels unzulässig überlagert werden.¹³³⁰

¹³²⁶ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 4. a), S. 307 ff.

¹³²⁷ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 4. b), S. 308 ff.

¹³²⁸ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 2 III. 4. b), S. 308 ff.

¹³²⁹ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 3 IV., S. 321 ff.

¹³³⁰ Vgl. Dritter Teil: 4. Kapitel: § 3 IV., S. 321 ff.

Schlussbetrachtung und Ausblick

§ 1 Gesamtbilanz der Untersuchung

I. Ermittlungen durch den Geschädigten im Strafprozess

Während Ermittlungen des Strafverteidigers im Interesse des Beschuldigten inzwischen als eine durch die Subjektstellung des Beschuldigten gebotene und gar verfahrensbestimmte Aufgabe anerkannt sind, ist der Stellenwert eigener Ermittlungshandlungen des Geschädigten bislang diffus geblieben.¹³³¹ Auch die zwischenzeitlich erzielten Fortschritte bei der Stärkung des Opferschutzes durch die Schaffung des Opferhilfegesetzes¹³³² und dessen nunmehr anstehende Totalrevision¹³³³ haben die Strafrechtswissenschaft nicht dazu bewogen, die Möglichkeit der „Strafverfolgung“ durch den Geschädigten, das Opfer eingeschlossen, als eine sehr weitgehende Form der aktiven Beteiligung am Strafverfahren zu diskutieren.¹³³⁴ Der in dieser Untersuchung geführte Nachweis einer Ermittlungsbefugnis des Geschädigten versteht sich daher als ein wissenschaftlicher „Nachtrag“, um private Ermittlungshandlungen des Geschädigten zur eigeninitiativen Verwirklichung seiner Beweis- und Informationsinteressen rechtlich abzusichern. Dabei galt es, sowohl die Stellung des Verdächtigen als „Subjekt“ der Privatermittlungen einzubeziehen¹³³⁵ als auch die Strafverfolgungszuständigkeit der Staatsanwaltschaft, die durch die eigenmächtige Straftataufklärung des Geschädigten aus ihrer Position als „Herrin des Untersuchungsverfahrens“ faktisch teilweise verdrängt wird.¹³³⁶ Mit dieser

¹³³¹ Vgl. Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 II., S. 74 f.

¹³³² Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 4. Oktober 1991, SR 312.5.

¹³³³ Vgl. zum Rechtsetzungsprojekt der Totalrevision des OHG <http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/opferhilfegesetz.html> (09.08.2007); Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten, BBl 2005, 7165 ff.; Entwurf eines Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), BBl 2005, 7251 ff.

¹³³⁴ Vgl. zu den durch das OHG garantierten Mindest-Verfahrens- und Beteiligungsrechten des Opfers gemäss Art. 8 OHG und de lege ferenda gemäss Art. 37 E-OHG: BGE 124 IV 137 ff.; 131, IV 183, 185 ff.; BOMMER, S. 34 ff.; HOFER, ZStrR 120 (2002), 107, 116 ff.; JABORNIGG, S. 22 ff.; KOLLY, FZR 1994, 32 ff.; MAURER, ZBJV 2000, 305, 315 f.; PIQUEREZ, N 475 ff.; OHG-Kommentar-STEIGER-SACKMANN, Art. 8 OHG N 9 ff.; WEDER, ZStrR 113 (1995), 39 ff.; WEISHAUP, S. 211 ff.

¹³³⁵ Erster Teil: 1. Kapitel: § 3 III., S. 43 ff.; Erster Teil: 2. Kapitel, S. 46 ff.

¹³³⁶ Erster Teil: 3. Kapitel: § 2 III., S. 76 ff.

Kontextualisierung der Ermittlungsbefugnis des Geschädigten sollte zugleich die Kehrseite der gesetzlich zugelassenen Privatisierung strafprozessualer Ermittlungen im Gesamtgefüge des Strafverfahrens sichtbar gemacht werden: Straftatermittlungen durch den Geschädigten berühren einerseits das staatliche und öffentliche Interesse an einer streng formalisierten Durchführung des strafprozessualen Untersuchungsverfahrens zur Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Strafprozesses und sie beeinträchtigen andererseits die Verteidigungsinteressen des Beschuldigten, der einer ermittelnden Privatperson seine strafprozessualen Rechte nicht entgegenhalten kann. Diese Wechselwirkung zwischen der Ermittlungsbefugnis des Geschädigten und dem Schutz und den Rechten der weiteren Verfahrensbeteiligten ist auf einer materiell-rechtlichen Ebene gesetzlich gesteuert und austariert, ohne dass damit eine Entscheidung über den strafprozessualen Umgang mit dem privat beschafften Beweismaterial vorweggenommen ist. Falls der Geschädigte seine Ermittlungsbefugnisse jedoch überschritten und Beweise strafrechtswidrig beschafft hat, sind Rechtsprechung und Lehre herausgefordert, die Legitimierbarkeit eines als „verfahrensethisch“ notwendig erkannten strafprozessualen Verwertungsverbots in den Blick zu nehmen.¹³³⁷

II. Dogmatik der Beweisverbote nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen

In der Wissenschaft ist nach intensiven Bemühungen um die Entwicklung allgemeingültiger Regeln der Beweisverbote schlussendlich die Einsicht gereift, dass es ein „einheitliches, alle denkbaren Konstellationen in gleicher Weise umfassendes Prinzip“ nicht geben kann.¹³³⁸ Die vorliegende Untersuchung hat sich diese Erkenntnis zu eigen gemacht. Aus der allgemeinen Fragestellung der Beweisverbote im Strafprozess ist mit der Problematik privater Beweisbeschaffungen des Geschädigten ein begrenzter Ausschnitt herausgegriffen worden, dessen dogmatische Bewältigung in der auf (rechtswidrige) staatliche Beweiserhebungen zugeschnittenen allgemeinen Beweisverbotslehre nicht angelegt ist.

Allerdings bleibt zu vermerken: Trotz der thematischen Fokussierung der Untersuchung auf Ermittlungshandlungen und Beweissicherungen durch den Geschädigten beansprucht die dogmatische Grundlegung zu den Be-

¹³³⁷ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 1 I., S. 251.

¹³³⁸ FEZER, Grundfragen, S. 18; vgl. auch FORNITO, S. 52.

weisverboten eine von der jeweiligen Rolle und Funktion der Privatperson losgelöste, weitergehende Geltung für private Beweisbeschaffungen insgesamt. Die im zweiten Teil und dritten Teil der Untersuchung gewonnenen Ergebnisse und deren Herleitungen gelten unabhängig davon, ob die tatsächlich handelnde Privatperson die Rolle des Geschädigten, des Verteidigers oder eines am Verfahren unbeteiligten Dritten einnimmt. So ist etwa die grundlegende Feststellung, dass die rechtswidrige private Beweisbeschaffung als solche die Verwertungsverbotsfolge nicht auslösen kann,¹³³⁹ auf private Beweisbeschaffungen im Allgemeinen übertragbar; dasselbe gilt beispielsweise für die richtungweisende Erkenntnis, dass der Staat Beweismaterial, das ihm von einer Privatperson zur Verfügung gestellt wird, tatsächlich absolut rechtmässig erlangt hat und daher grundsätzlich verwerten darf.¹³⁴⁰ Vor allem aber ist die hier vorgeschlagene Umorientierung bei der dogmatischen Verankerung der Verwertungsverbotsfolge weg vom tatsächlich Geschehenen hin zu einer rechtlichen Prüfung eines hypothetisch ergänzten staatlichen Beweiserhebungsaktes für strafrechtswidrige private Beweisbeschaffungen generell angezeigt: Die zum Ansatzpunkt der Hypothesenbildung nach strafrechtswidriger privater Beweisbeschaffung erklärte Zufälligkeit der staatlichen Beweiserlangung¹³⁴¹ ist nicht nur bei Ermittlungshandlungen des Geschädigten, sondern immer dann gegeben, wenn dem Staat aufgrund einer illegalen privaten Beweisbeschaffung Beweismittel vorliegen, ohne dass eine entsprechende staatliche Untersuchungs- und Beweiserhebungshandlung zur Erlangung des Beweismittels vorgenommen werden musste. Die an diese Zufälligkeit der staatlichen Beweiserlangung anknüpfende Verwertungsverbotsfolge tritt daher ohne Ansehung der Rolle und Funktion der eigenmächtig handelnden Privatperson im Anschluss an jede strafrechtswidrige private Beweisbeschaffung ein, wenn feststeht, dass der Staat das bereits präsente Beweismittel durch eigene zielgerichtete Ermittlungs- und Beweiserhebungsmassnahmen nur rechtswidrig hätte beschaffen können.¹³⁴²

§ 2 Ausblick auf die Rechtslage de lege ferenda

Ermittlungsaktivitäten des Geschädigten zum Zwecke der Aufklärung eines Straftatverdachts und die private Sicherung von Beweisen sind Erschei-

¹³³⁹ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel, S. 170 ff. und Zweiter Teil: 5. Kapitel, S. 234.

¹³⁴⁰ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 1, S. 251 ff.

¹³⁴¹ Vgl. Dritter Teil: 2. Kapitel: § 2 II. 2., S. 260 ff.

¹³⁴² Vgl. zur Rechtsfolgenseite der Hypothese Dritter Teil: 3. Kapitel: § 6 III. 2., S. 287 ff.

nungsformen der Verfahrenswirklichkeit im Strafprozess, die seit je her über das gesetzte Recht der Strafprozessordnungen hinaus gereicht haben. Es ist Rechtsprechung und Lehre überantwortet geblieben, gefestigte und damit für die Verfahrensbeteiligten vorhersehbare Regeln bei der Bewältigung der entsprechenden strafprozessualen Problemlagen zu entwickeln und an die Stelle einer gesetzlichen Normierung zu setzen. Diese Ausgangslage wird de lege ferenda nicht nur in Deutschland, sondern auch in der Schweiz nach einer Umsetzung der seit Mitte der neunziger Jahre bestehenden Idee einer Vereinheitlichung des Strafprozesses durch eine Schweizerische Strafprozessordnung Bestand behalten.¹³⁴³ Die Problematik der Verwertung von Beweismitteln, die Private rechtswidrig beschafft haben, ist im Gesetzgebungsverfahren zwar durchaus erkannt und als regelungswürdig diskutiert worden. Auf die allseitige Kritik der Vernehmlasser hin ist die zwischenzeitlich angedachte gesetzliche Bestimmung aber letztlich nicht in den Entwurf einer Schweizerischen Strafprozessordnung aufgenommen worden.

I. Kodifikationsansätze im Rahmen der Schaffung einer Schweizerischen Strafprozessordnung

Die vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement beauftragte Expertenkommission legt ihrem 1998 veröffentlichten Konzept für eine vereinheitlichte Schweizerische Strafprozessordnung¹³⁴⁴ die Annahme zugrunde, dass bei der Verwertung rechtswidrig privat beschaffter Beweismittel auf „die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien“ abzustellen sei.¹³⁴⁵ Laut Darstellung der Experten musste danach eine Abwägung zwischen den bei der privaten Beweisbeschaffung beeinträchtigten Interessen und den Interessen der Strafrechtspflege an der Beweisverwertung vorgenommen werden: Solche Beweise dürfen verwertet werden, „wenn bei ihrer Beschaffung kein Rechtsgut verletzt wurde, das im konkreten Fall den Vorrang vor dem Interesse an der Wahrheitsfindung und der Durchsetzung des Strafrechts verdient.“¹³⁴⁶

¹³⁴³ Vgl. zum Verlauf des Rechtsetzungsprojekts einer eidgenössischen Strafprozessordnung <http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html> (09.08.2007); vgl. auch die Zusammenfassung unter http://www.parlament.ch/afs/data/d/rb/d_rb_20050092.htm (09.08.2007).

¹³⁴⁴ <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html> (14.08.2007); Bericht der Expertenkommission, Aus 29 mach 1.

¹³⁴⁵ Bericht der Expertenkommission, Aus 29 mach 1, S. 105 f.

¹³⁴⁶ Bericht der Expertenkommission, Aus 29 mach 1, S. 105 f.

1. Art. 150 VE StPO

Diese Analyse der bundesgerichtlichen Praxis wurde mit dem Vorentwurf zu einer eidgenössischen Strafprozessordnung in die Bestimmung des Art. 150 VE StPO überführt, welche die Verwertung privat beschaffter Beweise zukünftig gesetzlich regeln sollte:

„Beweise, die von Privaten auf strafbare Weise erlangt wurden, dürfen im Strafverfahren nur verwertet werden, wenn das öffentliche oder private Interesse an der Wahrheitsfindung die durch die verletzten Strafbestimmungen geschützten Interessen überwiegt.“

Mit dieser Bestimmung war jedenfalls dem Grundsatz nach ein Verwertungsverbot für sämtliche Beweise aufgestellt, die Privatpersonen strafrechtswidrig beschafft hatten;¹³⁴⁷ eine deutliche Relativierung sollte dieser Grundsatz jedoch durch ein generell zulässiges Abwägungsverfahren erfahren, bei dem die durch den privaten Beschaffungsakt verletzten, strafrechtlich geschützten Interessen einerseits und die Interessen der Strafrechtspflege andererseits als widerstreitende Abwägungskriterien heranzuziehen waren. Ausgehend von der Prämisse, dass sich die Vorschriften für die Beweiserhebungen nur an die Strafverfolgungsbehörden, nicht aber an Private richten, sollte diese Regelung „gewisse Interessen, die mit den Beweisverwertungsverböten nach Art. 148 Abs. 1 VE geschützt werden sollen,“ auch bei privaten Beweisbeschaffungen einem entsprechenden Schutz unterstellen.¹³⁴⁸

2. Ergebnisse der Vernehmlassung

In dem im Jahre 2001 über den Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung eröffneten Vernehmlassungsverfahren erfuhr die Bestimmung harsche Kritik.¹³⁴⁹ Einige Vernehmlasser brachten von vornherein kein Verständnis für die Differenzierung zwischen rechtswidrig behördlich erhobenen und rechtswidrig privat erhobenen Beweisen auf, die nach den Art. 148-150 VE StPO vorgesehen war.¹³⁵⁰ Andere beurteilten das Abwägungskriterium des öffentlichen oder privaten Interesses an der Wahrheitsfindung als zu unbestimmt und fürchteten eine schwierige Hand-

¹³⁴⁷ Vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 110.

¹³⁴⁸ Vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 110.

¹³⁴⁹ Vgl. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 42.

¹³⁵⁰ Bundesamt für Polizei, Vernehmlassung, S. 5; Grüne, Vernehmlassung, S. 4.

habung in der Praxis.¹³⁵¹ Daneben empfanden manche Vernehmlasser die generelle Zulassung der Interessenabwägung als nicht gerechtfertigte Besserstellung illegaler privater Beweisbeschaffungen gegenüber rechtswidrigen staatlichen Beweiserhebungen, bei denen eine Beweisverwertung gemäss Art. 149 Abs. 1 VE StPO nur dann in Betracht kam, „wenn es zur Aufklärung von schweren Straftaten erforderlich ist.“¹³⁵² Vor allem aber wurde die Befürchtung laut, dass der Versuch einer Kodifikation der Problematik der Verwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweise sowie die im Vergleich zu rechtswidrigen staatlichen Beweiserhebungen vorgesehene erleichterte Beweisverwertbarkeit rechtswidrigen Ermittlungen auf eigene Faust Tür und Tor öffnen und zu einer Selbsthilfe bei der Beweiserhebung geradezu auffordern könnte.¹³⁵³ Insgesamt wurde dringend angeraten, die Beurteilung der Frage auch weiterhin der Praxis zu überlassen.¹³⁵⁴

Die Vorbehalte der Vernehmlasser gegenüber der Erforderlichkeit und Tauglichkeit der gesetzlichen Regelung veranlassten das mit der Ausarbeitung des Entwurfs einer Schweizerischen Strafprozessordnung und der entsprechenden Botschaft betraute EJPd,¹³⁵⁵ die Bestimmung des Art. 150 VE StPO ersatzlos zu streichen. Die am 21. Dezember 2005 vom Bundesrat verabschiedete Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts sowie der Entwurf einer Schweizerischen Strafprozessordnung erwähnen die

¹³⁵¹ Kanton LU, Vernehmlassung, S. 5; Kanton NW, Vernehmlassung, S. 3; Kanton SG, Vernehmlassung, S. 7; Kanton SZ, Vernehmlassung, S. 3; Kanton TG, Vernehmlassung, S. 4; Liberale Partei der Schweiz, Vernehmlassung, S. 10; in diese Richtung auch Ordre des avocats de Genève, Vernehmlassung, S. 6.; generell kritisch gegenüber einem Abwägungsverfahren SAV, Vernehmlassung, S. 53; vgl. auch Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 42.

¹³⁵² Kanton AG, Vernehmlassung, S. 4 f.; Kanton BS, Vernehmlassung, S. 45; Kanton SZ, Vernehmlassung, S. 3; Universität GE, Vernehmlassung, S. 9; vgl. auch zur Forderung einer Beschränkung der Abwägung auf schwere Straftaten Kanton SZ, Vernehmlassung, S. 3; vgl. zur gegenteiligen Auffassung, wonach unerlaubte Handlungen von Privaten weniger schwer zu gewichten seien als diejenige von staatlichen Stellen Kanton Genf, Vernehmlassung, S. 98; Universität GE, Vernehmlassung, S. 9; vgl. auch Universität SG, Vernehmlassung, S. 15: Regelung ist überkomplex, widersprüchlich und zugleich lückenhaft; ablehnend auch Liberale Partei der Schweiz, Vernehmlassung, S. 10 und SP, Vernehmlassung, S. 13: Differenzierung nach der Schwere des begangenen Unrechts erforderlich, pauschales Kriterium der Strafrechtswidrigkeit ist untauglich.

¹³⁵³ Kanton AR, Vernehmlassung, Punkt 3.1; Kanton SH, Vernehmlassung, S. 8; Kanton SO, Vernehmlassung, S. 4; StA Kanton SG, Vernehmlassung, S. 4; in diese Richtung auch Kanton BS, Vernehmlassung, S. 45; kritisch auch Kanton BL, Vernehmlassung, S. 18: Bestimmungen führen zu weit; vgl. auch Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 42.

¹³⁵⁴ Kanton TI, Vernehmlassung, S. 5; Universität SG, Vernehmlassung, S. 15; FDP, Vernehmlassung, S. 3.

¹³⁵⁵ <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html> (16.10.2007).

Problematik rechtswidriger privater Beweisbeschaffungen nicht mehr.¹³⁵⁶ Durchgesetzt hat sich damit im Ergebnis die Annahme, dass die Praxis die notwendige Klarheit schaffen wird und eine abstrakt-generelle gesetzliche Regelung einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung nur im Wege stehen kann.

3. Mangelhafte Rezeption der bisherigen Praxis

Tatsächlich hat der Gesetzgeber gut daran getan, die Kritik der Vernehmlasser ernst zu nehmen und auf die vorgesehene Regelung des Art. 150 VE StPO zu verzichten. Das primäre Anliegen der Experten, die bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung in einer vereinheitlichten Schweizerischen Strafprozessordnung gesetzlich umgesetzt zu wissen,¹³⁵⁷ wäre mit der so gefassten Bestimmung sicherlich verfehlt worden. Abgesehen davon, dass angesichts der wenigen einschlägigen Entscheide keine wirklich kohärente, langjährige Rechtsprechung existiert, die hätte kodifiziert werden können, fusste das Gesetzgebungsverfahren von Anfang an auf einer unzureichenden Rezeption der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis. Die zuständige Expertenkommission machte mit ihrem Konzept einer Schweizerischen Strafprozessordnung eine allzu oberflächliche Analyse der einschlägigen Entscheide publik, welche die Vorgehensweise der Gerichte auf ein Abwägungsverfahren reduzierte und damit stark vereinfachte.¹³⁵⁸ Eine eingehende Begutachtung der Rechtsprechung zur Beweisverbotsfrage nach rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffungen belegt nämlich, dass das Bundesgericht zur Ermittlung der Beweismittelverwertbarkeit zunächst darauf abstellt, ob das Beweismittel auch auf rechtmässige Weise hätte beschafft werden können.¹³⁵⁹ Diese hypothetische Prüfung wird sodann um eine Abwägung zwischen dem Interesse des Staates an der Wahrheitsfindung und dem Interesse des Betroffenen an der Wahrung seiner strafrechtlich geschützten Interessen ergänzt, wobei diese Abwägung keinesfalls schrankenlos zulässig ist: Ein Verwertungsverbot wird jedenfalls dann für

¹³⁵⁶ Vgl. Botschaft VE StPO, BBl 2006 1085, 1182 ff.; Art. 137 ff. E-StPO.

¹³⁵⁷ Vgl. Bericht der Expertenkommission, Aus 29 mach 1, S. 105 f.; Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 107 f., 110.

¹³⁵⁸ Vgl. Bericht der Expertenkommission, Aus 29 mach 1, S. 105 f.

¹³⁵⁹ Vgl. zur Hypothesenbildung nach illegalen privaten Beweisbeschaffung in der schweizerischen Praxis Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 5 III. 1., S. 144 ff. und Dritter Teil: 3. Kapitel: § 1 I. 2., S. 264 ff.

zwingend gehalten, wenn bei der privaten Beweisbeschaffung Mittel eingesetzt wurden, die durch den *ordre public* schlechthin verboten sind.¹³⁶⁰

Die gesetzliche Fassung des Art. 150 VE StPO sieht dagegen weder einen abwägungsfesten Bereich strafrechtswidriger privater Beweisbeschaffungen vor, in dem ein Verwertungsverbot unausweichlich eingreift, noch wird die von den Gerichten angestellte Überlegung berücksichtigt, ob die staatlichen Organe das Beweismittel selbst rechtmässig hätten beschaffen können. Zwar wäre es *de lege ferenda* wohl grundsätzlich denkbar gewesen, die Hypothesenbildung – im Unterschied zur derzeitig teilweise kumulierten Prüfung von Hypothesenbildung und Abwägungsverfahren – als ein Abwägungskriterium in die durch Art. 150 VE festgeschriebene Interessenabwägung einzustellen.¹³⁶¹ Dies ändert aber nichts daran, dass in den Gesetzesmaterialien der Umstand verkannt wird, dass die gerichtliche Praxis sich angesichts der Komplexität der Problematik offenbar zu einer differenzierten Lösung und zur Kombination unterschiedlicher Kriterien gezwungen sah, die sich in der angedachten gesetzlichen Bestimmung nicht wiederfinden.

4. Dogmatische Unstimmigkeiten des Kodifikationsversuchs

Mehr noch als die unzureichende Rezeption der bisherigen Praxis spricht gegen die angedachte Fassung des Art. 150 VE StPO zur Verwertbarkeit illegal privat beschaffter Beweise, dass dogmatische Widersprüchlichkeiten manifestiert und rechtssystematische Brüche in der Beweisverbotsdogmatik gesetzlich festgeschrieben worden wären. Im Ansatz zutreffend ist zwar die in den Art. 145-150 VE StPO zum Ausdruck kommende Überlegung, dass zwischen der rechtswidrigen privaten Beweisbeschaffung einerseits und der rechtswidrigen staatlichen Beweiserhebung andererseits gesetzessystematisch differenziert werden muss, weil für staatliche Eingriffshandlungen und private Rechtsverletzungen unterschiedliche rechtliche Massstäbe gel-

¹³⁶⁰ Vgl. Zweiter Teil: 3. Kapitel: § 1 I., S. 144 ff.; vgl. zu Ausnahmen vom Abwägungsverfahren, falls die staatliche Verwertung in den Kernbereich der Grundrechte eingreifen würde BGE 129 V 323, 326.

¹³⁶¹ Vgl. zu diesem systematischen Standort der Hypothese im Rahmen der Abwägungslehre MEURER, JR 1990, 389; ROGALL, NSiZ 1988, 385, 389 und dazu im Ergebnis zustimmend SCHLÜCHTER, Festschrift Krause, S. 485, 495; ROXIN, Strafverfahrensrecht, § 24 N 38; DERS., NSiZ 1989, 376, 379; SK-ROGALL, § 136a StPO N 101; WALDER, ZStrR 82 (1966), 36, 50, 58 f. Die Verortung einer verwertungsverbotbegründenden Hypothese im Rahmen des Abwägungsverfahrens wäre allerdings methodisch wenig überzeugend und daher allenfalls als „Notlösung“ zu akzeptieren gewesen, vgl. dazu Dritter Teil: 3. Kapitel: § 7, S. 290 f.

ten.¹³⁶² Die rechtlichen Konsequenzen dieser Erkenntnis sind im Gesetzgebungsverfahren allerdings nicht überblickt worden.

a) Methodische Verknüpfung von Verwertungsverbotsfolge und privatem Beschaffungsunrecht

Zu wenig Beachtung wird dem Umstand geschenkt, dass der Staat das illegal privat beschaffte Beweismittel verfahrensfehlerfrei erlangt hat, so dass die Verwertbarkeit die Regel, die Unverwertbarkeit eines solchen Beweises dagegen die legitimierungsbedürftige Ausnahme sein müsste.¹³⁶³ Die gesetzliche Bestimmung des Art. 150 VE StPO verkehrt diese Legitimationslast: Die Unverwertbarkeit des illegal privat beschafften Beweises wird zum Grundsatz erhoben und die Verwertbarkeit des Beweismittels an den Nachweis eines überwiegenden öffentlichen oder privaten Interesses an der Wahrheitsfindung gebunden.

Dieser Verschiebung der Legitimationslast liegt wohl die stillschweigende Annahme zugrunde, der private Beschaffungsakt könne eine irgendwie geartete prozessuale Relevanz für die Beweisverwertbarkeit entfalten.¹³⁶⁴ Jedenfalls ist die Verwertungsverbotsfolge des Art. 150 VE StPO der gesetzlichen Systematik nach aus dem strafrechtswidrigen privaten Beschaffungsakt und seinen rechtsverletzenden Auswirkungen hergeleitet. So wird zum einen gerade die strafbare private Beweisbeschaffung – und nichts sonst – zur Grundlage des Verwertungsverbots erhoben. Zum anderen gehen die durch die verletzten Strafbestimmungen geschützten Interessen in das vorzunehmende Abwägungsverfahren als verwertungsfeindlicher Abwägungsparameter ein; dies impliziert, dass die mit der Begehung der Straftat verwirklichte Interessenverletzung offenbar nicht nur bei der materiell-rechtlichen Sanktionierung des strafbaren Verhaltens, sondern darüber hinaus auf prozessualer Ebene ein beachtliches Gewicht erlangen soll.¹³⁶⁵

¹³⁶² Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 110; vgl. zur Unanwendbarkeit der Beweiserhebungsnormen auf den privaten Beschaffungsakt Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 3 II., S. 188 ff.

¹³⁶³ Vgl. zur Legitimationsbedürftigkeit der Verwertungsverbotsfolge Dritter Teil: 2. Kapitel: § 1 III., S. 254.

¹³⁶⁴ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel, S. 170 ff.

¹³⁶⁵ Vgl. zur strafprozessualen Relevanz des privaten Unrechts Zweiter Teil: 4. Kapitel, S. 170 ff.

b) **Praktische und dogmatische Unzulänglichkeiten einer Anknüpfung an das private Beschaffungsunrecht**

Mit Blick auf die Auswirkungen einer solchen Konzeption auf die Verfahrenswirklichkeit muss der Einwand erhoben werden, dass die strafprozessuale Relevanz des privaten Unrechts die rechtliche Behandlung des Beweismittels von der zufälligen zeitlichen Abfolge privater und staatlicher Beweisbeschaffung abhängig macht. Zudem werden dem Staat im Strafprozess die Folgen einer vorausgegangenen strafrechtswidrigen privaten Handlung aufbürdet, auf die er keinen korrigierenden Einfluss hat nehmen können¹³⁶⁶ – damit aber gibt der Staat seine Strafverfolgungshoheit faktisch endgültig aus der Hand.

Aus dogmatischer Sicht ist herauszustellen, dass der Staat nach der erwoگenen Fassung des Art. 150 VE StPO für das durch die Privatperson verwirklichte fremde Unrecht im Rahmen der Entscheidung über die Beweismittelverwertbarkeit der Sache nach strafprozessual verantwortlich gemacht wird. Dies entspricht einer Zurechnung des privaten Unrechts zum Staat: Der Staat wird als strafprozessual Zuständiger für ein fremdes Verschulden identifiziert, obgleich er an der privaten Handlung selbst nicht beteiligt gewesen ist. Dass diese Konzeption mit den Grundsätzen der Zurechnungsdogmatik unvereinbar ist und die bestehende staatliche Distanz zur illegalen privaten Beschaffungshandlung unzulässig beiseite schiebt, ist in der vorliegenden Abhandlung bereits eingehend dargelegt worden.¹³⁶⁷

Aus eben diesen Gründen ist auch die in Art. 150 VE StPO vorgesehene Abwägungslösung abzulehnen, bei der die von der Privatperson bei der Beweisbeschaffung verletzten, strafrechtlich geschützten Interessen zum strafprozessualen Abwägungskriterium qualifiziert werden. Diese prozessuale Relevanz des privaten Beschaffungsunrechts stellt eine rechtliche Abhängigkeit zwischen den Wertungen des Strafrechts und den Wertungen des Strafprozessrechts her, mit der das Verwertungsverbot letztlich zu einer unselbständigen Rechtsfolge strafbaren privaten Verhaltens herabgestuft wird. Dogmatisch abstützen lässt sich ein solches Vorgehen nicht. Der private Beschaffungsakt liegt zeitlich vor der Berücksichtigung des Beweises im Strafverfahren und ist materiell-rechtlich ein in sich abgeschlossener

¹³⁶⁶ Vgl. zum Wettlauf staatlicher und privater Ermittlungen Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 II. 1., S. 195 ff.

¹³⁶⁷ Vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 2, S. 171 ff.

Vorgang, von dem die prozessuale Rechtswidrigkeit – die Nichtverwertbarkeit im Strafprozess – rechtlich selbständig ist.¹³⁶⁸

II. Schlussfolgerungen für die Rechtslage de lege ferenda

Der schweizerische Gesetzgeber wird auf eine Kodifikation der Zulassung strafrechtswidrig privat beschaffter Beweise verzichten und die Lösung der Problematik auch weiterhin Rechtsprechung und Lehre überlassen. Die Strafprozessrechtswissenschaft ist danach zur Erarbeitung dogmatischer Grundlagen aufgerufen, mit denen die in Einzelfällen als geboten erachtete Verwertungsverbotsfolge nach illegalen privaten Beweisbeschaffungen in die allgemeine Beweisverbotsdogmatik eingebettet und auf eine rechtlich tragfähige Basis gestellt wird.

1. Erfordernis einer spezifischen Beweisverbotsdogmatik für strafrechtswidrige private Beweisbeschaffung

Die vorliegende Untersuchung hat einen Weg aufgezeigt, wie sich ein – in dieser Konstellation als Ausnahme vom Grundsatz der staatlichen Verwertungsbefugnis zu verstehendes – Verwertungsverbot für die betroffenen Beweismittel dogmatisch verankern lässt: Solange nach strafbaren privaten Beweisbeschaffungen keine gesetzliche Regelung besteht, die das Abwägungsverfahren verbindlich vorgibt, kann das strafprozessuale Verwertungsverbot allein davon abhängig gemacht werden, dass die staatlichen Organe das bereits präsente Beweismittel durch eine eigene zielgerichtete Beweiserhebung „nur rechtswidrig“ hätten beschaffen können. Den praktischen und moralisch-sittlichen Bedürfnissen nach einer vermittelnden Lösung, die innerhalb der bestehenden Strukturen der allgemeinen Beweisverbotslehre weder ein generelles Verwertungsverbot noch eine pauschale Verwertungsbefugnis vorgibt,¹³⁶⁹ wird damit bestmöglich entsprochen. Überdies vermeidet die vom privaten Beschaffungsakt losgelöste Legitimation der Verwertungsverbotsfolge die praktisch unerwünschte und dogmatisch unschlüssige Konsequenz, dass eine eigenmächtige illegale Selbsthilfe bei der Beweissicherung die staatlichen Verwertungsbefugnisse

¹³⁶⁸ Grundlegend WERNER, NJW 1988, 993, 999; vgl. Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 I. 2., S. 193 ff. und Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 II. 2., S. 196 ff.

¹³⁶⁹ Vgl. zum Erfordernis einer differenzierenden Lösung Dritter Teil: 1. Kapitel: § 1, S. 241 f.

bestimmt und die rechtliche Behandlung des Beweismittels im Strafprozess verbindlich festlegt.¹³⁷⁰

2. Gesetzgeberische Leitlinien für die Beweisverbotsdogmatik

Die weitere Entwicklung wird zeigen, ob sich eine spezifische Beweisverbotsdogmatik für strafrechtswidrige private Beweisbeschaffungen durchsetzen kann. Das Gesetzgebungsverfahren zur Schweizerischen Strafprozessordnung hat Rechtsprechung und Lehre für die Konkretisierung der Rechtslage *de lege ferenda* jedenfalls einige Vorgaben mit auf den Weg gegeben, die geeignet sind, das zukünftige Meinungsspektrum zu beschränken und dogmatischen Fehlentwicklungen vorzubeugen. So ist zunächst anzuerkennen, dass der Entwurf einer Schweizerischen Strafprozessordnung auf der grundlegenden Prämisse aufbaut, dass die strafprozessualen Bestimmungen ausschliesslich für die Strafverfolgungsbehörden verbindlich sind und insbesondere die Vorschriften für die Beweiserhebungen nur die Strafbehörden adressieren, nicht aber „die privaten Parteien“.¹³⁷¹ Sodann hat der Gesetzgeber die Frage der Zulassung illegal privat beschaffter Beweise im Gesetzgebungsverfahren zur Schweizerischen Strafprozessordnung gesehen und sich bewusst gegen eine gesetzliche Kodifikation entschieden. Ein Beweisverwertungsverbot für illegal privat beschaffte Beweismittel wird also gerade deshalb nicht gesetzlich geregelt, weil der Gesetzgeber es nicht abstrakt-generell regeln *will*.¹³⁷² Dieser klare gesetzgeberische Entscheid, die Bewältigung der Problematik aus dem strafprozessualen Normensystem herauszunehmen, müsste in Zukunft diejenigen Stimmen aus dem strafprozessualen Schrifttum zum Schweigen bringen, die eine Privatrechtsbindung strafprozessualer Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote bei illegalen privaten Beweisbeschaffungen befürworten.¹³⁷³

Im Übrigen lässt die gesetzgeberische Zurückhaltung bei der gesetzlichen Kodifikation eines Beweisverwertungsverbotes vor allem den Schluss zu,

¹³⁷⁰ Vgl. zum Wettlauf staatlicher und privater Ermittlungen Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 4 II. 1., S. 195 ff.

¹³⁷¹ Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 110.

¹³⁷² Vgl. zur Unterscheidung zwischen ausfüllungsbedürftiger Lücke und qualifiziertem Schweigen des Gesetzgebers BGer, Urteil vom 21. September 2007, 2C_346/2007, E.2.3, zur Publikation vorgesehen; FORSTMOSER, Einführung in das Recht, § 14 N 16 ff., insbesondere N 20.

¹³⁷³ Für eine Privatrechtsbindung einzelner strafprozessualer Vorschriften und Grundsätze HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 60 N 14 f. zur „Verletzung der Beweisverbote durch Privatpersonen“ mit Verweis auf die sinngemässe Geltung der Ausführungen unter N 5 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 612; vgl. dazu Zweiter Teil: 4. Kapitel: § 3, S. 186 ff.

dass der Praxis der Freiraum erhalten bleiben soll, die Lösung der Problematik differenziert anzugehen und besondere Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.¹³⁷⁴ Die verwertungsverbotsbegründende „*Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung*“ trägt diesem Bedürfnis bereits bei der Bildung der Hypothese, also auf einer der Verwertungsverbotsfolge vorgelagerten Stufe Rechnung: Das Beweisverwertungsverbot wird an die von Fall zu Fall unterschiedlichen Möglichkeiten einer hypothetisch rechtmässigen staatlichen Erlangung des konkret betroffenen Beweismittels geknüpft und damit letztlich von der ausdifferenzierten gesetzlichen Konzeption der Beweiserhebungsnormen abhängig gemacht, die auf die gedanklich ergänzte staatliche Beweiserhebung angewendet werden.

¹³⁷⁴ Vgl. aus dem Vernehmlassungsverfahren Kanton TI, Vernehmlassung, S. 5; Universität SG, Vernehmlassung, S. 15; FDP, Vernehmlassung, S. 3; vgl. zur Bedeutung bewusster Nichtregelungen einer Rechtsfrage FORSTMOSER, Einführung in das Recht, § 14 N 22.

Stichwortverzeichnis

Abschlussprüfung *Siehe* Revision,
Externe

Abwägungsverfahren 148, 248, 263,
291

Adhäsionsverfahren 109

- Beweislast für Zivilforderungen
109, 110

Amtsermittlungsgrundsatz 110

Analogie 187, 285

Anfangsverdacht 75

Antragsdelikte 80

Anzeigepflicht 71

- des Arbeitnehmers 68
- für Amtsträger 71
- für Privatpersonen 72, 79
- strafprozessuale 71
- strafrechtliche 72

arbeitsrechtliche Nebenpflichten

- Anzeigepflichten 65
- Handlungspflichten 65

asset tracing 22, 44

Aufklärungsmonopol, staatliches 1,
77, 82, 284, 306

Aussageerpressung 155

Aussagefreiheit 318

Beschlagnahmeverbot 320

Beweisdispositiv 287

Beweisergebnis 294, 296, 297, 298

Beweiserhebungsnormen

- als Ermächtigungsgrundlagen 287
- objektiv-rechtliche Befehlskraft
286, 328

Beweishypothese

- abstrakte 300
- Anwendungsbereiche 243
- bei Zufallsfunden 246, 282
- Beurteilungsmassstab 300
- Beweismass 310
- Funktion 243, 256, 325
- Geltungsberechtigung 248
- gesetzliche Unbeachtlichkeit 272

- im Rahmen der
Fernwirkungsproblematik 246
- konkrete 300, 303
- Praxistauglichkeit 267
- Terminologie 242
- und Kausalitätsprüfung 270

Beweislast

- im Adhäsionsverfahren 109
- im Zivilprozess 108

Beweismethodenverbote 137

Beweismitteldiebstahl 144, 146, 320

Beweismittelhehlerei 194

Beweismittelverbote 137

Beweisthemenverbote 137

Beweisuntauglichkeit *Siehe*
Verwertungsverbote

Beweisverbote

- bei Folter 168, 200, 232, 317, 318
- Drittwirkung 187
- Privatrechtsbindung 187, 236,
284, 342
- Rechtspraxis des EGMR 161

Beweisverwertungsverbote *Siehe*
Verwertungsverbote

Bundesverfassung

- Grundwerte 104
- Prinzip der Spezialermächtigung
104
- Zweckartikel 104

conditio sine qua non-Formel 270

dolose Handlungen 31, 32, 37

Dreistufentheorie 151

Einheit der Rechtsordnung 183,
193, 194

Einheitsthese 190, 236

**Ermittlungsbefugnis des
Geschädigten** *Siehe* Geschädigter

Ermittlungsmonopol *Siehe*
Aufklärungsmonopol, staatliches

exclusionary rule 243

faïres Verfahren 161, 164

Folter 145, 168, 200, 232, 318

Forensic Services 16, 18

- Abgrenzung zur Revision 27
- Auftraggeber 16, 29
- Befragung des Verdächtigen 24
- Beweismittelsicherung 18
- Ermittlungsmassnahmen 24
- Forensische Untersuchung 19, 20
- Gutachtertätigkeiten 26, 45
- Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden 43
- Kosten 42
- Mitarbeiterdelinquenz 25
- Netzwerk, internationales 41
- Prävention von Wirtschaftsdelikten 19, 39
- Prüfungsansatz 38
- Reputationsrisiko des Unternehmens 40, 41
- Spezialkompetenzen 37
- Teamzusammensetzung 23
- Vorbereitung der Strafanzeige 26, 44
- Weisungsgebundenheit 44
- Zwangsbefugnisse 42

Forensische Untersuchung *Siehe***Forensic Services****Freistellung des Arbeitnehmers 50****Gefährdungsdelikte 178****Geschädigter**

- Begriff 121
- deliktische Ansprüche 106
- Ermittlungsrecht 70, 82, 117
- Genugtuungsinteresse 106
- Stellung im Strafverfahren 77, 85
- Zeugenpflichten 83
- Zivilforderungen 105, 108, 117

Gewaltmonopol, staatliches 1, 44, 82**Grundrechte**

- als Abwehrrechte 104, 218, 219
- Bindungswirkung 237
- Drittwirkung 203
- Drittwirkung der Menschenwürdegarantie 208
- Drittwirkung, mittelbare 212, 216
- Drittwirkung, unmittelbare 204
- Eingriff, staatlicher 186, 219

- Grundrechtsbindung des Staates 201
- Kernbereichsverletzungen 159
- Lückenhaftigkeit des Grundrechtsschutzes 102
- Schutzpflichten *Siehe* Schutzpflichten, grundrechtliche

Gültigkeitsvorschriften 249**Handlungsfreiheit, allgemeine 8, 90, 116**

- Abgrenzung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht 93
- Auffangfunktion 91, 94
- Schutzbereich 90

Hörfälle 128, 129

- in Haftanstalten 131

Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung 146

- Anwendungsbereich 265
- Begriff 243, 244

Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung 257

- als Zufallskorrektiv 284
- Anforderungen an die Hypothesenbildung 293
- Ansatzpunkt 260, 326
- bei heimlichen Tonbandaufnahmen 311
- Beurteilungsmassstab 303, 306, 329
- Bezugsobjekt 293, 329
- Funktion 325
- Geltungsberechtigung 262
- Geltungsgrund 281, 289
- gesetzssystematischer Rahmen 272
- Zeitpunkt der Beweiserhebung 308

hypothetical independent source 242**inevitable discovery exception 242****Informant 127, 131****Justizförmigkeit des Strafverfahrens 1, 134, 189****Kündigung**

- ausserordentliche 64
- fristlose 47, 57, 58

- Tatkündigung 48, 49, 58, 59
- Verdachtskündigung *Siehe* Verdachtskündigung
- wegen strafbarer Handlungen 59
- Kündigung, ordentliche 48, 51, 62, 114**
- personenbedingte 63
- verhaltensbedingte 63
- Kündigungsschutzgesetz 62**
- Legalitätsprinzip 171**
- Lohnfortzahlungspflicht 50**
- Menschenwürdegarantie 208, 209**
- Drittwirkung 215
- Schutzrechtliche Dimension 211
- Mitarbeiterdelinquenz 46, 114**
- Rechtsstellung des Arbeitnehmers 46
- Selbstbelastungszwang 46
- Mithörfälle *Siehe* Hörfälle**
- Mitwirkungspflicht des verdächtigen Arbeitnehmers 55, 67, 115**
- Nebenflichten, arbeitsrechtliche 63**
- Mitwirkungspflichten *Siehe* Mitwirkungspflicht des verdächtigen Arbeitnehmers
- Reichweite 64, 66
- Selbstbelastung 65, 66
- Unterlassungspflicht 64
- nemo-tenetur-Grundsatz 67, 68**
- Nichtigkeitsbeschwerde 273**
- absolute Nichtigkeitsgründe 273
- Objektivitätsgrundsatz 76, 78**
- Begriff 76
- Bindungswirkung 76, 77, 81, 109
- Offizialprinzip 79, 81**
- Ausnahmen 80
- Relativierung 80
- Opfer**
- Begriff 121
- im Sinne des OHG 123
- Opferhilfegesetz 85, 121, 331**
- Ordnungsvorschriften 249**
- ordre public 147, 148, 166, 200, 317, 338**

Parteigutachten *Siehe* Forensic Services

persönliche Freiheit 95, 116

- Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit 97
- Freizeitgestaltung 97
- Privatermittlungen des Geschädigten 100
- Schutzbereich 95, 99

Persönlichkeitsrecht, allgemeines 86

- Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit 92, 93
- Drittwirkung 160
- Integritätsschutz 92, 94, 116
- Rechtsbeistandsbeschluss *Siehe* Rechtsbeistandsbeschluss
- Schutzbereich 90
- Teilgelte 92
- verfassungsrechtliches 86, 89, 91, 115
- zivilrechtliches 91, 107

Rechtsbeistandsbeschluss 86, 87, 115

Rechtsstaat, liberaler 102, 103, 104, 117

rechtsstaatliches Strafverfahren 1, 189

Revision

- Aufdeckung von Wirtschaftsdelikten 27
- Aufklärung von Wirtschaftsdelikten 27
- Begriff 27
- Prüfungsansatz 38

Revision, Externe

- Abgrenzung zur Forensischen Untersuchung 33
- Auftraggeber 34
- deliktische Handlungen 35
- Prüfungsaufgaben 33
- Prüfungsumfang 34
- Testat 34
- Verantwortlichkeit der Prüfer 35

Revision, Interne

- Abgrenzung zur Forensischen Untersuchung 29
- Aufgabenbereich 30

- Auftraggeber 29
- Begriff 28, 30
- Hinweisgeber der Forensic Services 32
- Prävention von Wirtschaftsdelikten 39
- Revisionsverfahren 273**
 - absolute Revisionsgründe 273
- Schutzpflichten, grundrechtliche 184, 218**
 - Gefahrenschwelle 223
 - Rechtsfolgen 221, 224
 - Reichweite 220
 - Wirkungsweise 218
- Schutzzwecklehre 290**
- Schweizerische Strafprozessordnung 334, 342**
 - private Beweisbeschaffung 334
- Selbstbelastungszwang *Siehe* Mitarbeiterdelinquenz**
- Selbstjustiz 1, 217, 227**
- Strafanspruch des Staates 1, 80, 82, 85**
- Strafantrag 81**
- Strafrecht**
 - ultima ratio-Funktion 227
- Tagebuch**
 - Beweishypothese 321
 - Verwertbarkeit 154, 158
- Tatkündigung *Siehe* Kündigung**
- Testat *Siehe* Revision, Externe**
- Tonbandaufnahme, heimliche 144, 145, 149, 153**
 - Verwertbarkeit im Strafverfahren 149, 155, 156, 161, 265
- Transparenzgebot 78**
- Treuepflicht des Arbeitnehmers 48, 52, 63**
 - Anzeige von Straftaten 55
 - Beweislast bei Verletzungen 57
 - Ermittlungssabotage 54
 - Mitwirkungspflichten *Siehe* Mitwirkungspflicht des verdächtigen Arbeitnehmers
 - Reichweite 52, 56
 - Selbstbelastungsfreiheit 56
 - treuwidrige Behinderung der Aufklärung 50, 52
 - Unterlassungspflicht 54
- Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs 295, 316**
 - Katalogtaterfordernis 312, 313
- undercover-agents 127**
- Unterlassungsdelikte, unechte 72**
- Untersuchungsmaxime 109**
- Verdachtskündigung 47, 49, 58, 60, 114**
 - Beweislast 57
 - treuwidrige Behinderung der Aufklärung *Siehe* Treuepflicht des Arbeitnehmers
 - Zerstörung des Vertrauensverhältnisses 50
- Verdeckte Ermittlungen**
 - im Sinne der §§ 110a ff. dStPO 124
 - im Sinne des BVE 124
- Verhandlungsmaxime 108**
- Verletzter, Begriff 122**
- Vernehmungsmethoden, verbotene 155, 167, 317**
- Verwertungsverbote**
 - Analogie *Siehe* Analogie
 - Begriff 135, 136
 - bei Beweisuntauglichkeit 232
 - Disziplinierungsfunktion 225
 - Fernwirkung 246
 - für Zufallsfunde 246
 - gesetzliche 272
 - Privatrechtsbindung 186
 - selbständige 141, 230, 238, 253
 - Tagebuch *Siehe* Tagebuch
 - unselbständige 141
 - Vorwirkung 322
- V-Leute 126, 131**
- Waffengleichheit, strafprozessuale 84**
- Whistleblower 66**
- Wirtschaftskriminalität 15, 18**
- Zeuge**
 - mittelbarer 164
 - Rechtsbeistand 88
 - Rechtstellung 87

- Verfahrensgestaltung 89
- Zeugenbeeinflussung 147
- Zufallsfunde 282, 326**
- bei Hausdurchsuchungen 275
- bei privater Beweisbeschaffung 261
- bei Überwachungsmaßnahmen 276
- Beweishypothese 268, 282
- Verwertungsverbote *Siehe* Verwertungsverbote
- Zurechnung**
- Begriff 172
- Gefährdungshaftung, staatliche 178
- privater Handlungen zum Staat 171, 234, 340
- strafrechtliche Dogmatik 278, 281, 327
- verfassungsrechtliche Dogmatik 183
- Verursacherprinzip 174
- wegen Beweismittelhehlerei 180
- wegen Beweismittelübernahme 177
- wegen legislativen Unterlassens 182
- wegen staatlicher Beteiligung 175

