



# Verwertung von verdeckt erlangten Beweisen

## Cyberfahnder (\*)

Das Strafverfahrensrecht bestimmt formelle und materielle Schranken für die Erhebung von Beweisen, die sich vor allem an der Schwere der Kriminalität und an den Grundsätzen orientieren, dass sich der Verdächtige nicht selber belasten muss, ihm ein privates Umfeld für eine vertrauliche Kommunikation gewährt wird (Angehörige, Berufshelfer) und ihm schließlich ein Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zusteht, in die die Verfassungsordnung und damit auch die Strafverfolgung keinen Einblick nehmen darf.

Daneben bestehen Verwertungsverbote, die vor allem die Schwellengleichheit garantieren. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass der Grundrechtseingriff, der mit der (erneuten) Beweisverwertung eintritt, nur dann zulässig ist, wenn die Verfahrensordnung dies zulässt.

Die Rechtsprechung hat inzwischen einige Fallgruppen entwickelt, mit denen die strengen Beweisverwertungsregeln aus gutem Grund durchbrochen werden.

### Verwertungsverbot und Verdacht

Das Strafverfahrensrecht kennt nur wenige Anwendungsfälle, in denen ein Beweisverwertungsverbot die Nutzung eines Beweismittels verhindert. Klassische Beispiele dafür sind die Vorschriften über verbotene Vernehmungsmethoden (§ 136a StPO), die Zeugnisverweigerungsrechte von Angehörigen (§ 52 StPO) und Berufshelfern (§ 53 StPO) sowie ihren Gehilfen (§ 53a StPO) und die daran anschließenden Beschlagnahmeverbote (§ 97 Abs. 1 StPO).

§ 152 Abs. 2 StPO bestimmt die Schwelle, ab

der die Staatsanwaltschaft Ermittlungen führen muss (Offizialprinzip). Sobald zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat vorliegen (Anfangsverdacht), muss sie die erforderlichen und gebotenen Ermittlungen durchführen (§ 160 Abs. 1 StPO), solange sie gesetzmäßig (§ 160 Abs. 4 StPO) und verhältnismäßig sind (Übermaßverbot). Zur Klärung des Anfangsverdachts darf sie öffentliche Quellen, Erkenntnisse aus anderen Ermittlungsverfahren und Auskünfte Dritter verwenden, ohne dass sie dazu Zwang anwendet oder androht (Initiativermittlungen).

Für die Ermittlungsmaßnahmen benennt das Gesetz verschiedene Schwellen für ihre Zulässigkeit. Sie sind förmlicher Art wegen aller Grundrechtseingriffe, die grundsätzlich dem Richtervorbehalt und je nach ihrer Eingriffstiefe weiteren förmlichen Einschränkungen unterliegen, und materieller Art, wenn sie nur wegen bestimmter, vor allem besonders schwerer Formen der Kriminalität zugelassen werden. Eine zentrale Bedeutung hat insoweit der Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO, der die Tatbestände benennt, die eine Überwachung der Telekommunikation rechtfertigen, und damit auch einen klaren Maßstab für die Berechtigung anderer Eingriffsmaßnahmen gibt.

#### Inhalt

- (1) Verwertungsverbot und Verdacht
- (2) Kernbereich privater Lebensgestaltung
- (3) verdeckte Ermittlungen
- (3) Schwellengleichheit
- (4) Spurenansatz und Fahndung
- (5) Beweiserhebungsverbote
- (5) Beweisverwertungsverbote
- (6) zulässige Verwertung

(\*) Autor: Dieter Kochheim, Verwertung von verdeckt erlangten Beweisen, 17.05.2009.  
Weitere Einzelheiten bei [cyberfahnder.de](http://cyberfahnder.de).

Die tatsächlichen Anhaltspunkte sind der Ausgangspunkt für die Prüfung des Anfangsverdachts und im stärkeren Maße noch für alle Maßnahmen mit weiter Eingriffstiefe, für die ein „angereicherter“ Anfangsverdacht verlangt wird. In der Vergangenheit hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach die Praxis kritisiert, wenn sie ihre Erfahrungswerte an die Stelle von Anknüpfungstatsachen gestellt hat, zum Beispiel im Beschluss vom 30.04.2007<sup>1 2</sup>. Dort heißt es zu den Anforderungen bei der Überwachung der Telekommunikation bei einem Dritten:

*Das Tatbestandsmerkmal "bestimmte Tatsachen" in § 100a Satz 2 StPO erfordert, dass die Verdachtsgründe über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen müssen. Bloßes Gerede, nicht überprüfte Gerüchte und Vermutungen reichen nicht. Erforderlich ist, dass auf Grund der Lebenserfahrung oder der kriminalistischen Erfahrung fallbezogen aus Zeugenaussagen, Observationen oder anderen sachlichen Beweiszeichen auf die Eigenschaft als Nachrichtenmittler geschlossen werden kann.*

### Kernbereich privater Lebensgestaltung

Seit 1957 verlangt das BVerfG den Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung als *ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit ... , der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist. Ein Gesetz, das in ihn eingreifen würde, könnte nie Bestandteil der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ sein*<sup>3</sup>.

Eine genaue Definition des Kernbereichs hat das BVerfG bislang nicht vorgestellt, aber seine Konturen bestimmt. *Es kommt zunächst darauf an, ob der Betroffene einen Lebenssachverhalt geheimhalten will oder nicht*<sup>4</sup>. Verzichtet er auf die Geheimhaltung, verdienen politische, religiöse oder philosophische Ansichten oder die Auseinandersetzung mit Krankheiten, Sexualität oder belastenden Lebensumständen keinen besonderen Schutz.

Allein der Wille zur Geheimhaltung reicht dem BVerfG nicht: *Ob ein Sachverhalt dem Kernbereich zugeordnet werden kann, hängt ferner davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt*<sup>5</sup>.

*Äußerungen und Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten, stehen sie also in einem unmittelbaren Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen, ... gehören ... dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung nicht an*<sup>6</sup>.

2008 hat das BVerfG diese Grundsätze zusammen gefasst: *Da der Mensch als Person, auch im Kern seiner Persönlichkeit, notwendig in sozialen Bezügen existiert, hängt die Zuordnung eines Sachverhalts zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zu jenem Bereich des privaten Lebens, der unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen steht, nicht davon ab, ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt besteht, sondern welcher Art und wie intensiv sie ist. Dies lässt sich nicht ab-*

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 30.04.2007 - 2 BvR 2151/06

<sup>2</sup> Siehe auch BGH, Urteil vom 16.02.1995 - 4 StR 729/94 und BGH, Beschluss vom 22.04.2003 - 3 StE 2/02-5 (1) - StB 3/03 - (hinreichender Tatverdacht wegen der Anklageerhebung).

<sup>3</sup> BVerfG, Urteil vom 16.01.1957 - 1 BvR 253/56

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.09.1989 - 2 BvR 1062/87, Rn 28

<sup>5</sup> ebenda, Rn 29

<sup>6</sup> ebenda, Rn 30 (Tagebuchaufzeichnungen)

*strakt beschreiben; es kann befriedigend nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falls beantwortet werden*<sup>7</sup>.

## verdeckte Ermittlungen

Verdeckte Ermittlungen sind heimliche Maßnahmen. Sie durchbrechen die Grundsätze der Beteiligung, wie sie etwa für die Durchsuchung (§§ 102 ff. StPO) geregelt sind, und des rechtlichen Gehörs (§ 33 Abs. 1 StPO, Art. 101 Abs. 1 GG). Sie werden vom Gesetz dann zugelassen, wenn die vorherige Anhörung den Zweck der Anordnung gefährden würde (§ 33 Abs. 4 StPO). Seit dem 01.01.2008 bestimmt § 101 StPO für die von der StPO zugelassenen verdeckten Ermittlungen besondere Lösch-, Benachrichtigungs- und Belehrungspflichten, wobei das befristete Rechtsmittel, das § 101 Abs. 7 S. 2 StPO eröffnet, nach einer aktuellen Entscheidung des BGH andere Rechtsmittel der StPO verdrängt<sup>8</sup>.

Für alle Eingriffsmaßnahmen gilt eine Begründungspflicht. Von den Gerichten verlangt das BVerfG<sup>9</sup>: *Der wesentliche, der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung dienende Vortrag muss aber in den Entscheidungsgründen verarbeitet werden.* Damit wendet es sich gegen formelhafte und nichtssagende Begründungen, die sich häufig darauf beschränken, den Gesetzeswortlaut wieder zu geben. Der Maßstab des BVerfG gilt grundsätzlich für alle gerichtlichen Entscheidungen und auch für die Anordnungen in Eilfällen (Gefahr im Verzug), für die ein geringerer Prüfungsmaßstab anerkannt ist, aber eine besondere Darlegungspflicht für die Eilbedürftigkeit verlangt wird<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.06.2008 - 2 BvR 219/08 (wiederum: Tagebuchaufzeichnungen)

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 08.10.2008 - StB 12-15/08

<sup>9</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.12.2002 - 2 BvR 1910/02

<sup>10</sup> ebenda

Heimliche Ermittlungen haben die Obergerichte in ständiger Rechtsprechung dann als zulässig angesehen, wenn sie die besonders schwere Kriminalität betreffen und auf andere Weise eine Strafverfolgung ausgeschlossen oder erheblich erschwert wäre. Als besonders schwere Kriminalität hat das BVerfG im Zusammenhang mit dem großen Lauschangriff alle Straftaten angesehen, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren Dauer bedroht sind<sup>11</sup>.

Als zulässig angesehen werden zum Beispiel die akustische Wohnraumüberwachung (großer Lauschangriff, § 100c StPO<sup>12</sup>), die Onlinedurchsuchung<sup>13</sup>, Polizeibeamte als verdeckte Ermittler<sup>14</sup>, (private) Informanten und Vertrauenspersonen<sup>15</sup> sowie auch die Tatprovokation, soweit der Täter bereits zur Tat geneigt ist<sup>16</sup>.

## Schwellengleichheit

Neu in der Strafprozessordnung sind auch § 477 Abs. 2 StPO zur Beschränkung der Akteneinsicht (Export von Ermittlungsergebnissen) und § 161 Abs. 2 StPO für die Übernahme aus anderen Verfahren (Import). Sie nehmen das Prinzip der Schwellengleichheit auf, das das BVerfG im Zusammenhang mit dem

<sup>11</sup> BVerfG, Urteil vom 03.03.2004 - 1 BvR 2378/97, 1 BvR 1084/99, Rn 238.

<sup>12</sup> ebenda

<sup>13</sup> BVerfG, Urteil vom 27.02.2008 - 1 BvR 370/07, 595/07, Rn 6 pp.

<sup>14</sup> BGH, Beschluss vom 22.04.2003 - 3 StE 2/02-5 (1) - StB 3/03, BGH, Urteil vom 23.05.1984 - 1 StR 148/84, BVerfG, Beschluss vom 26.05.1981 - 2 BvR 215/81, und BVerfG, Beschluss vom 19.07.1995 - 2 BvR 1142/9, beide abgedruckt bei Jens Ph. Wilhelm, *Entscheidungssammlung zum Strafverfahrensrecht*, Stand Dezember 2003, S. 7, 18, 19.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 18.11.1999 - 1 StR 221/99

<sup>16</sup> ebenda, Rn 65

großen Lauschangriff entwickelt hat<sup>17</sup>. Danach gilt die allgemeine Regel, dass die Erkenntnisse aus der einen Verfahrensordnung, die rechtmäßig, aber durch Grundrechtseingriffe erworben wurden, in der jeweils anderen Verfahrensordnung nur dann zu Beweis Zwecken verwendet werden dürfen, wenn dort der Verwendungszweck ebenfalls durch denselben Grundrechtseingriff hätte erreicht werden dürfen.

Die Frage nach der Schwellengleichheit stellt sich indes nur, wenn verschiedene prozessuale Taten (§ 264 Abs. 1 StPO) oder die Verwertung von Erkenntnissen aus ganz anderen Verfahrensordnungen (Polizeirecht, Nachrichtendienste) in Rede stehen.

Die Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts in demselben Ermittlungsverfahren ist davon nicht betroffen, etwa dann, wenn sie zunächst wegen Bandendiebstahls geführt wurden (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB, § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. j StPO) und am Ende ein „einfacher“ Diebstahl gemäß § 242 StGB verbleibt, der Eingriffsmaßnahmen unter den Voraussetzungen des Tatbestandskatalogs des § 100a Abs. 2 StPO nicht gerechtfertigt hätte. Wenn der geänderten rechtlichen Beurteilung derselbe zeitlich, räumlich und sachlich umgrenzte Lebenssachverhalt zugrunde liegt, bildet er den Rahmen für dieselbe prozessuale Tat, so dass alle Ermittlungsergebnisse verwertbar bleiben, wenn sie zum Zeitpunkt ihrer Erhebung zulässig waren<sup>18</sup>. *In rechtmäßiger Weise erlangte Erkenntnisse sind im Ausgangsverfahren – sowohl als Spurenansatz als auch zu Beweis Zwecken – sowohl hinsichtlich anderer Bege-*

*hungsformen der zunächst angenommenen Katalogtat als auch hinsichtlich sonstiger Straftatbestände und anderer Tatbeteiligten insoweit verwertbar, als es sich noch um dieselbe Tat im prozessualen Sinn handelt*<sup>19</sup>.

Dasselbe gilt dann, wenn aus einem Vorgang die Vorwürfe wegen eines (zum Beispiel untergetauchten) Mittäters oder wegen einzelner, noch nicht abschließend ausermittelter Taten eines Beschuldigten abgetrennt werden.

Die Verwertung von Erkenntnissen wegen schwellegleicher Vorwürfe nach Maßgabe der §§ 161 und 477 StPO hat der BGH unlängst bestätigt und dabei hervorgehoben, dass immer das Verfahrensrecht gilt, das zum Zeitpunkt seiner Anwendung besteht<sup>20</sup>. Das führt dazu, dass wegen aller Tatbestände, die der Tatbestandskatalogs des § 100a Abs. 2 StPO jetzt enthält, TKÜ-Erkenntnisse verwertet werden dürfen, die nach altem Recht nicht hätten ermittelt werden dürfen.

Der BGH spricht in diesem Zusammenhang von Zufallsfunden und nimmt damit einen Begriff aus § 108 StPO auf. Das zeigt deutlich, dass er die Prüfung der §§ 161 und 477 StPO erst dann vorgenommen wissen will, wenn sicher ist, dass die Verwertung wegen einer anderen prozessualen Tat oder in einer anderen Verfahrensordnung erfolgen soll.

## Spurenansatz und Fahndung

Das deutsche Strafverfahrensrecht differenziert zwischen Beweiserhebungs- und -verwertungsverboten und unterscheidet sich damit besonders von dem US-amerikanischen Recht, in dem das Verwertungsverbot unmittelbar dem Erhebungsverbot folgt („Frucht

<sup>17</sup> BVerfG, Urteil vom 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, Rn 342

<sup>18</sup> Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG (Gesetzesentwurf vom 27.06.2007), S. 66 der Begründung mit weiteren Nachweisen.

<sup>19</sup> ebenda

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 27.11.2008 - 3 StR 342/08

vom verbotenen Baum“). Das führt einerseits dazu, dass über die Verwertbarkeit erst im Hauptverfahren vor dem erkennenden Gericht entschieden wird <sup>21</sup>, und andererseits dazu, dass verdeckt erlangte Erkenntnisse zur Begründung von Ermittlungen und Eingriffsmaßnahmen verwendet werden dürfen, auch wenn die einschlägigen Vorwürfe schwellenungleich sind (Spurenansatz <sup>22</sup>).

Seine Rechtsprechung hat das BVerfG 2005 bestätigt und dabei auch ausgeführt, dass ungeachtet der Schwellengleichheit die verdeckt erlangten Erkenntnisse auch zur Ermittlung des Aufenthalts eines Täters oder Verurteilten verwendet werden dürfen <sup>23</sup>.

### **Beweiserhebungsverbote**

Die Zulässigkeit der Beweiserhebung orientiert sich im Wesentlichen an den förmlichen Schwellen des Gesetzes und der Tiefe des Grundrechtseingriffs.

Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) hat das BVerfG im Volkszählungsurteil von 1983 <sup>24</sup> zunächst das Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet. Es ist ein Recht des Einzelnen gegenüber dem Staat und seinen Einrichtungen, über die Preisgabe, Erhebung und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen. Es beschränkt die Anlässe und Umfänge staatlicher Datenerhebungen und -sammlungen.

Im Zusammenhang mit seiner Entscheidung

zur Onlinedurchsuchung stellt das BVerfG jetzt daneben das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme <sup>25</sup>, *um neuartigen Gefährdungen zu begegnen, zu denen es im Zuge des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und gewandelter Lebensverhältnisse kommen kann* <sup>26</sup>. Dies ist nur deshalb zulässig, weil die Grundrechte zum Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) und der informationellen Selbstbestimmung Lücken lassen, die vom Schutz der Grundrechte umfasst werden müssen <sup>27</sup>.

Die unantastbare Grenze für Grundrechtseingriffe ist beim Kernbereich der privaten Lebensführung erreicht. Er ist im Einzelfall zu bestimmen und umfasst eindeutig nicht die Angaben des Betroffenen über Straftaten.

### **Beweisverwertungsverbote**

Die Beweisverwertungsverbote der StPO betreffen vor allem den Grundsatz, dass kein Verdächtiger sich selber belasten muss, seine Angehörigen und Vertrauenspersonen (Berufshelfer) ihn nicht bezichtigen müssen und dass seine Äußerungen jedenfalls dann nicht gegen ihn verwertet werden dürfen, wenn sie mit unlauteren Mitteln erworben wurden.

Die Verwertungsverbote im übrigen orientieren sich an dem Grundsatz der Schwellengleichheit. Er wird von der Bewertungseinheit im Zusammenhang mit derselben prozessualen Tat, dem Spurenansatz und der vorrangigen Aufenthaltsermittlung durchbrochen.

<sup>21</sup> Das gilt zum Beispiel für Tagebuchaufzeichnungen, für die im Einzelfall entschieden werden muss, ob ihre Verwertung zulässig ist; BVerfG, Beschluss vom 26.06.2008 - 2 BvR 219/08.

<sup>22</sup> BVerfG, Urteil vom 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, S. 64

<sup>23</sup> BVerfG, Beschluss vom 25.04.2005 - 2 BvR 866/05

<sup>24</sup> BVerfG, Urteil vom 15.12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83

<sup>25</sup> Urteil des BVerfG vom 27.02.2008 - 1 BvR 370/07, 595/07, Rn 166

<sup>26</sup> ebenda, Rn 169

<sup>27</sup> ebenda, Rn 168

## Zulässige Verwertung

Als Vollbeweis bleiben verdeckt erlangte und besonders geschützte Informationen wegen derselben prozessualen Tat verwertbar, auch wenn sich später eine abweichende rechtliche Würdigung des Sachverhalts ergibt. Maßgeblich ist, dass die Eingriffsmaßnahme zum Zeitpunkt ihrer Durchführung zulässig war.

Wegen verschiedener prozessualer Taten gilt der Grundsatz der Schwellengleichheit. Er begrenzt die Verwertung der Kenntnisse als Vollbeweis auf die Fälle, in denen die Erhebung des Beweises ebenfalls zulässig ist.

Im Wege des Freibeweises sind verdeckt erlangte Erkenntnisse verwertbar zur Begründung von Eingriffsmaßnahmen (Spurenansatz) und zur Ermittlung des Aufenthalts eines Verdächtigen.

Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts	verwertbar als Vollbeweis
Abtrennung bei gleicher prozessualer Tat	verwertbar als Vollbeweis
Nutzung in schwellengleichen Verfahren	verwertbar als Vollbeweis
Begründung von Eingriffsmaßnahmen (Spurenansatz)	verwertbar als Freibeweis, nicht als Vollbeweis
Ermittlung des Aufenthalts von Verdächtigen	verwertbar als Freibeweis, nicht als Vollbeweis