

Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug

Von Professorin Dr. Sabine Gless, Basel

I. Einleitung

In diesem Jahr beschäftigt sich der Deutsche Juristentag (DJT) mit Beweisverboten – vor dem Hintergrund des »Kampfes gegen den internationalen Terrorismus« und im Angesicht neuer »internationaler Einflüsse«. ¹ 1966 behandelte der DJT bereits einmal die Beweisverbote. Seinerzeit stand die kohärente Begründung der Beschränkung strafprozessualer Beweisführung innerhalb der eigenen nationalen Rechtsordnung im Mittelpunkt, auch wenn die Gutachten von einem bemerkenswerten Rechtsvergleich begleitet wurden. ² Der folgende Beitrag nimmt die neue

Blickrichtung über die Grenzen hinweg auf und untersucht Beweisverbote vor dem Hintergrund einer zunehmend international arbeitsteiligen Strafverfolgung. Zentrale Frage ist, ob es

- ¹ Vgl. www.djt2008.de sowie JAHN Beweiserhebungs – und Beweiswertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C, 67. DJT (2008) C18.
- ² Rechtsvergleichendes Generalgutachten von JESCHECK sowie Teilgutachten von ANDENAES (Oslo), G. MÜLLER (New York) und NUVOLONE (Mailand) allesamt in 46. DJT München u. a. 1967.

eigenständiger Prinzipien für die Verwertung von Beweisen in Fällen mit Auslandsbezug bedarf.

1. Sachverhaltsaufklärung im Ausland und international arbeitsteilige Strafverfolgung

Heute sucht man normative Vorgaben für Beweisverfahren nicht mehr nur im nationalen Recht, sondern auch in ausländischen und in übergeordneten Rechtsordnungen. Denn Strafverfolgung beschränkt sich nicht mehr nur auf innerstaatliche Sachverhalte.³ Vielmehr entscheiden Gerichte vermehrt in Fällen mit Auslandsbezug. Dann aber muss zur Sachverhaltsklärung außerhalb des eigenen Hoheitsgebietes oder gegenüber ausländischen Staatsangehörigen ermittelt werden. Um im Ausland ermitteln zu können beschreiten Strafverfolgungsbehörden und Gerichte entweder den Weg der internationalen Rechtshilfe⁴ oder sie bedienen sich neuer Formen zwischenstaatlicher Zusammenarbeit.⁵

Wird der Weg der Rechtshilfe beschritten, ersuchen deutsche Organe die zuständige ausländische Behörde, Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen und die dadurch gewonnenen Erkenntnisse zu übersenden.⁶ Anschließend gelten für die Verwertung des Auslandsbeweises zwar grundsätzlich die gleichen Regeln, wie für Beweise, die im Inland erhoben werden.⁷ Doch stellen sich in Zusammenhang mit der Verwertung solcher Beweise oft Fragen, welche die traditionelle, auf Beweiserhebung und -verwertung in einer Rechtsordnung zugeschnittene Beweisverbotslehre gar nicht oder nicht ohne weiteres beantworten kann. Die Problematik zeigt sich nicht nur in spektakulären Fällen, etwa bei der Frage der Verwertbarkeit von »Guantanamo-Geständnissen« (vgl. den Fall *Motassadeq*⁸) oder in der Diskussion um die Verwertbarkeit von Erkenntnissen, welche deutsche Geheimagenten aus dem Ausland von Privaten kaufen (vgl. die »Operation Liechtenstein«⁹), sondern auch im Alltagsgeschäft.¹⁰

Beschreiten deutsche Strafverfolgungsorgane neue Wege der Zusammenarbeit, etwa im Rahmen der grenzüberschreitenden Kooperation in der EU, können besondere Beweisverwertungsregeln oder die allgemeinen Regeln gelten: Das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ),¹¹ das den nationalen Strafverfolgungsbehörden u. a. eine grenzüberschreitende Observation ermöglicht, äußert sich nicht zu den Voraussetzungen einer zulässigen Verwertung von Erkenntnissen, welche aufgrund einer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit gewonnen worden sind.¹² Auch das EU-Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den EU-Staaten (EU-RhÜbk) von 2000¹³ enthält nur punktuell Vorgaben für die Verwertbarkeit von Erkenntnissen, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat erlangt wurden, etwa für die Verwertung von Informationen, die eigene Hoheitsträger im Rahmen einer sog. gemeinsamen Ermittlungsgruppe¹⁴ erlangen.¹⁵ Solche Informationen dürfen nur verwendet werden, wenn sie rechtmäßig erlangt wurden, und auch dann nur unter den Bedingungen, die im Rechtshilfeverkehr gelten.¹⁶ Ob dieses – am Souveränitätsgedanken orientierte – Konzept der Informationsbeherrschung durch die Regelungen des EU-RhÜbk zur Telekommunikationsüberwachung modifiziert wird, bleibt abzuwarten; diese sehen jedenfalls eine direkte Weiterleitung der überwachten Kommunikation in den ersuchenden Staat vor, ohne eine generelle Regelung zur Beweisverwertung zu treffen.¹⁷

Lediglich das Übereinkommen zur Zollzusammenarbeit, das sog. Neapel II,¹⁸ enthält eine allgemeine Regelung über die Verwertung von Beweisen, welche Polizeikräfte im Rahmen verdeckter grenzüberschreitender Ermittlungen z. B. durch die Observation auf fremdem Hoheitsgebiet oder den Einsatz von verdeckten Ermittlern erlangt haben: Nach Art. 19 Abs. 7 Neapel II können Informationen, die bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Bediensteten gewonnen werden, vorbehaltlich besonderer Bedingungen durch die zuständigen Behörden des Gebietsstaates, als Beweismittel verwendet werden. Ferner bestimmt Art. 23 Abs. 3 Satz 2 Neapel II, dass die ersuchte Gebietsbehörde nach

ihrem nationalen Recht die Bedingungen für die Verwendung von Informationen festlegt, welche durch einen verdeckten Ermittler in Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gewonnen wurden, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Ersuchens ist

Auch im Rahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in der EU, in der sich das tradierte Souveränitätsdenken in nationalstaatlich begrenzten Verfolgungsräumen allmählich auflöst, fehlen somit in diesem Zusammenhang generell anwendbare Beweisverwertungsregeln; stattdessen gelten immer noch die allgemeinen Grundsätze.¹⁹ Die Erfahrung der jüngeren Zeit lehrt aber, dass die Vereinfachung des Rechtshilfeweges sowie der Ausbau grenzüberschreitender Kooperationen, die gemeinsam das Phänomen einer international arbeitsteiliger Strafverfolgung konstituieren,²⁰ eine Zuteilung von Beweisrechten – im Sinne von »Informationsbeherrschungsrechten« oder »Beweisbestimmungsbefugnissen« – erforderlich machen, damit die Förmlichkeit des Beweisverfahrens auch in einem international arbeitsteiligen Strafverfahren gilt.

2. Spektrum der Fallkonstellationen

Das Spektrum der Fallkonstellationen, in denen die Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen problematisch sein könnte, markieren beispielhaft zwei Fallkonstellationen:

3 Vgl. PERRON ERA-Forum 2001, 61.

4 Ausf. zur sonstigen Rechtshilfe: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRS, 4. Aufl.) LAGODNY vor § 5 IRG Rdn. 1 ff.

5 Vgl. AMBOS Internationales Strafrecht (2006) § 12; HECKER Europäisches Strafrecht (2. Aufl. 2007) § 5; SATZGER Internationales Strafrecht (2. Aufl. 2007) § 9.

6 Haben die ausländischen Behörden einen Beweis bereits für ein eigenes Verfahren erhoben, so lautet das Ersuchen auf Übersendung des Beweismittels zur Verwertung.

7 Vgl. BGH VRS 20, 122 (124); BGH GA 1976, 218 (219); BGH NSTZ 1992, 394 = StV 1992, 403; GLESS Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung (Baden-Baden 2007) 149 ff.; WOHLERS Anmerkung zu BGH NSTZ 1994, 595, NSTZ 1995, 46.

8 Vgl. dazu: BVerfGE 109, 38, 45; OLG Hamburg, NJW 2005, 2326, 2328; HETZER Kriminalistik 2006, 148 ff.; ROGGAN/BERGEMANN NVwZ 2007, 876, 877; THAMAN FS Eser 2005, 1041, 1050 Fn. 51.

9 KÖLBEL NSTZ 2008, 241 ff.; SCHÜNEMANN NSTZ 2008, 305 ff.; SIEBER NJW 2008, 881 ff.; TRÜG/HABETHA NJW 2008, 887 ff.

10 Das Phänomen der völkerrechtswidrigen Ermittlungen im Ausland ist durchaus nicht neu, vgl. TIEDEMANN FS Bockelmann (München 1979) 820.

11 ABL EG L 239 vom 22. 9. 2000, S. 19; abgedruckt in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner IRS, 4. Aufl., Teil IV.

12 GLESS NSTZ 2000, 60 f.; GOY Vorläufige Festnahme und grenzüberschreitende Nachteile (Berlin 2002) S. 257 ff.

13 ABL EG C 197 vom 12. Juli 2000, 1; abgedruckt in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner IRS, 4. Aufl., Teil III B.

14 Nach Art. 13 EU-RhÜbk können die zuständigen Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine gemeinsame Ermittlungsgruppe zur Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen einsetzen. Sie besteht regelmäßig aus Angehörigen der für strafrechtliche Ermittlungen zuständigen oder daran teilnehmenden Behörden; gegebenenfalls können aber auch Bedienstete internationaler Organisationen oder Gremien der Gruppe angehören.

15 Vgl. auch die Möglichkeit des Spezialitätsvorbehaltes bei der Gewährung von Rechtshilfe, Art. 7 Abs. 3 EU-RhÜbk.

16 Art. 13 Abs. 8 EU-RhÜbk. Ebenso dürfen entsandte Beamte Informationen, über die sie rechtmäßig verfügen unter bestimmten Voraussetzungen für die Zwecke einer strafrechtlichen Ermittlung in die gemeinsame Ermittlungsgruppe einbringen. Auch hier kann wiederum ein Spezialitätsvorbehalt geltend gemacht werden, Art. 13 Abs. 7 EU-RhÜbk.

17 Vgl. Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-GLESS IRS, 4. Aufl., Teil III B, Art. 18 ff.; SCHUSTER NSTZ 2006, 657 f.

18 ABL EG C 24 vom 23. Januar 1998, 1; abgedruckt in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner IRS, 4. Aufl., Teil III G.

19 Vgl. a. LIGETI Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union (Berlin 2005) 166 f.

20 Dazu ausf.: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner IRS, 4. Aufl., Einl Rdn. 105 ff.

Am einen Ende stehen Beweise, die ordnungsgemäß im Ausland angefordert, von den zuständigen Organen nach den dort geltenden Verfahrensvorschriften erhoben und übersandt wurden. Probleme ergeben sich hier, wenn die Beweise, wie im traditionellen Rechtshilfeverkehr üblich, ohne Rücksicht auf Anforderungen der Rechtsordnung gewonnen werden, in welcher die Beweise letztlich für die Entscheidung in der Schuldfrage verwertet werden sollen. Das andere Ende des Spektrums markieren Erkenntnisse, die staatliche Organe im oder aus dem Ausland unter Verletzung von Völkerrecht erlangen und im innerstaatlichen Strafverfahren als Beweismittel präsentieren. Dazwischen liegen vielfältige Fallkonstellationen – von der Anwendung unerlaubter Vernehmungsmethoden bis zum Spezialitätsvorbehalt bei Rechtshilfebeweisen. In allen Fällen ist fraglich, ob bzw. wann Beweisverbote greifen.

Jenseits dieser Frage hören die Gemeinsamkeiten aber rasch auf. Das zeigen wiederum die beiden eingangs genannten Fallgruppen: Während die Frage der Verwertung der im Wege der Rechtshilfe erlangten Beweise eine gewisse Parallele zur Beweisrechtsdogmatik für Inlandsbeweise aufzuweisen scheint, liegt es für die Fälle des völkerrechtswidrigen Erkenntnisgewinns nahe, eine Lösung jenseits nationaler Beweisrechtsdogmatik zu suchen, die – jedenfalls im ersten Zugriff – differenziert zwischen Fällen von Souveränitätsverletzungen einerseits und Fällen von Missachtung völkerrechtlich verbürgter Individualrechte andererseits.

3. Rechtsrahmen

Ziel des strafprozessualen Beweisverfahrens ist es, einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt aus in der Gegenwart vorhandenen Informationsquellen so zu erschließen, dass eine valide Grundlage für ein Urteil etabliert wird. Beweisverbote beschränken die Nutzung von Informationsquellen, um die Fairness im Strafprozess und/oder die Zuverlässigkeit strafprozessualer Beweisführung zu gewährleisten.

Jenseits dieser groben Zielbeschreibung herrscht in der Dogmatik der Beweisverbote eine bunte Vielfalt von Begründungsansätzen.²¹ Lediglich wenige Dogmen konnten sich weitgehend unangefochten durchsetzen und beinahe von ihrer materiellen Rechtfertigung emanzipieren, wie etwa die Differenzierung zwischen selbständigen und unselbständigen Beweisverboten sowie der pragmatische Vorbehalt, dass nicht jeder Verstoss gegen eine Beweisgewinnungsregel zu einem Beweisverbot führe.²²

Mit der Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen hat sich die Beweisverbotslehre bisher kaum beschäftigt.²³ Die allgemeinen Prinzipien der Beweisverbotslehren gelten grundsätzlich auch für die Verwertung von Beweismitteln in Fällen mit Auslandsbezug. Allerdings ergeben sich hier – in Zukunft wohl immer häufiger – spezielle Probleme, etwa weil Beweismittel im Ausland (immer noch) nach der Verfahrensordnung des Erhebungsstaates oder auch ganz ausserhalb eines strafverfahrensrechtlichen Rahmens gewonnen werden. Auslandsbeweise werfen deshalb über die gewohnten strafprozessualen Fragen hinaus, weitere Fragen auf, die nicht aus der Systematik eines nationalen Beweisverfahrens beantwortet werden können, beispielsweise die Frage, ob Beweisverbote auch übergeordneten völkerrechtlichen Zielen dienen können oder gar müssen.

Die Verwertung von Auslandsbeweisen stellen Praxis und Wissenschaft vor neue und vielschichtige Probleme: Es müssen Lösungsansätze gefunden werden, welche die spezifische Problematik von Auslandsbeweisen berücksichtigen, etwa dass Beweismittel, die aus dem Ausland von den zuständigen Behörden auf ein Ersuchen hin erhoben wurden, anders zu behandeln sind als Erkenntnisse, welche unter Umgehung des Rechtshilfeweges oder unter Verletzung völkerrechtlicher Grundsätze in die Hände von Strafverfolgungsorganen gelangen.

II. Rechtshilfebeweise

Die von ausländischen Organen im Wege der Rechtshilfe übersandten Beweismittel sind Auslandsbeweise par excellence. Die Verwertbarkeit dieser Erkenntnisse ist fraglich, wenn die Informationen zwar von den zuständigen ausländischen Behörden nach den dort geltenden Verfahrensvorschriften gewonnen und im Wege der Rechtshilfe übermittelt werden, die Beweisgewinnung aber nicht den Anforderungen der Rechtsordnung entspricht, in welcher die Beweismittel verwertet werden sollen.

1. Fallkonstellationen

Verwertungsfragen in Zusammenhang mit Rechtshilfebeweisen stellen sich in Bezug auf jede Ermittlungsmaßnahme (Zeugenvernehmung, Telefonüberwachung, Beschlagnahme von Dokumenten, etc.), weil die Vollstreckung eines Rechtshilfeersuchens immer als eigene Verfahrenshandlung des ersuchten Staates und damit grundsätzlich nach den dort geltenden Regeln durchgeführt wird (»locus regit actum«).

In Europa²⁴ hat sich dieses Problem zwar durch Vorgaben der EMRK in manchen Punkten entschärft. Die Grundsatzfrage ist aber nicht gelöst. Denn die EMRK-Rechte gewährleisten zum einen keine flächendeckende, sondern nur eine punktuelle Angleichung von Beweiserhebungsregeln, wie etwa bezüglich des Rechts auf Konfrontation des Belastungszeugen oder auf Verteidigerkonsultation,²⁵ zum anderen sind die völkerrechtlich verbürgten Rechte in unterschiedlicher Weise in den jeweiligen Verfahrensordnungen verankert und es kann deshalb auch hier zu Friktionen beim Beweistransfer kommen.²⁶

Uneingeschränkt hilfreich wäre ein Rechtshilfebeweis wohl nur, wenn er nach den Vorgaben der Rechtsordnung im Ausland erhoben werden könnte, unter deren Geltung der Beweis verwertet werden soll. Nach Art. 4 EU-RhÜbk von 2000 sollen die EU-Staaten im Rechtshilfeverkehr auch untereinander künftig regelmäßig das Recht des ersuchenden Staates anwenden (»forum regit actum«).²⁷ Eine solche Fremdrechtsanwendung ist aber mit Blick auf den Eingriff in die Rechtssphäre der Betroffenen problematisch, weil der Rechtshilfe ersuchende Staat in Individualrechte nach den Vorgaben eines fremden Staates eingreift.

a) »Richterliche Vernehmungen« im Ausland

Eine richterliche Vernehmung im Ausland wird bisher regelmäßig nach dem dort geltenden Recht durchgeführt, auch wenn daraus ein in einem deutschen Strafverfahren verlesbares Protokoll hervorgehen soll.²⁸ Das heisst etwa, dass das vor Ort für solche Vernehmungen zuständige Organ nicht unbedingt eine Richterposition innehaben muss oder dass das Landesrecht nicht

21 Vgl. dazu JAHN Gutachten C, 67. DJT (2008) C 27 m. w. N.

22 BGH St 38, 372 f.; BGH NStZ 2007, 601, 602; EISENBERG Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. (2008) Rdn. 362; anders aber: DALLMEYER Beweisführung im Strengbeweisverfahren (2002); SYDOW Kritik der Lehre von den Beweisverboten (1976), nach deren Ansicht Erkenntnisse, die unter Verletzung von Beweisgewinnungsvorschriften erlangt wurden, nie verwertet werden dürfen.

23 Vgl. aber: BÖSE ZStW 114 (2002) 151; für Auslandszeugen: ROSE Der Auslandszeuge im Beweisrecht des deutschen Strafprozesses (1999).

24 Auch nach Art. 48 Abs. 2 Europäische Grundrechtscharta hat jede angeklagte Person u. a. das Recht auf Verteidigerkonsultation. Dazu: ESER in: J. Meyer Charta der Grundrechte der EU (2005) Art. 48 Rdn. 20 ff.

25 Zur Ableitung dieser Rechte aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK: SPANIOU Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und der Europäischen Menschenrechtskonvention (1990); BEULKE NStZ 1996, 259 m. w. N.; WOHLERS FS Rudolphi (2004) 713 ff.

26 Vgl. aus jüngerer Zeit zum Konfrontationsrecht bei Zeugenvernehmung: CORNELIUS NStZ 2008, 244 ff.

27 Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-GLESS IRS, 4. Aufl., III B Art. 4 EU-RhÜbk von 2000.

28 Dieses Prinzip gilt grundsätzlich auch zwischen den Vertragsstaaten des Europarats-Rechtshilfeübereinkommens von 1959, Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-LAGODNY II B Art. 4 EuRhÜbk.

zwingend vorsehen muss, dass alle Personen, die nach deutschem Recht ein Anwesenheitsrecht haben (insbesondere die Verteidigung), über den Termin im Ausland informiert und anwesend sein müssen. Aus deutscher Sicht stellt sich dann aber die Frage, ob ein Protokoll über eine Zeugenvernehmung im Ausland wie ein inländisches Protokoll einer richterlichen Vernehmung verwertbar ist, wenn – anders als in § 168 c StPO vorgesehen – das ausländische Recht keine Pflicht statuiert, die Verteidigung über einen solchen Termin zu informieren und seiner Anwesenheit zuzulassen, damit ein Belastungszeuge allenfalls mit der Verteidigungsperspektive konfrontiert werden kann.²⁹

b) Belehrungen bei Vernehmungen im Ausland

Bei Vernehmungen im Ausland müssen auch nicht zwingend die Belehrungen über Rechte (des Beschuldigten) erteilt werden, die im ersuchenden Staat zu erteilen wären. Tatsächlich differieren die konkreten Belehrungspflichten auch in den unterschiedlichen Rechtsordnungen Europas.³⁰ So kann etwa in einem Land die Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation erst nach einer förmlichen Anschuldigung, in einem anderen Land aber bereits bei sich verdichtendem Tatverdacht vorgeschrieben sein.³¹ Auch die Belehrungsformeln über die Freiheit von der Selbstbelastung können unterschiedlich ausgestaltet sein, je nach dem, welcher konkrete Inhalt dem »nemo tenetur«-Prinzip in einer Rechtsordnung zugeordnet wird. Nach der Doktrin des englischen Strafprozesses kann ein Verteidigungseinwand unter bestimmten Umständen präkludiert sein, wenn er nicht rechtzeitig vorgebracht wird. Entsprechend lautet die Belehrung: »You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in court. ...«³² Aus deutscher Sicht wirft eine solche Belehrungsformel durchaus die Frage eines unzulässigen Aussagedrucks auf.

c) Überwachungsmaßnahmen im Ausland

Auch die mit dem Ziel der Beweisgewinnung ergriffenen heimlichen Überwachungsmaßnahmen sind häufig im Ausland unter ganz anderen Rahmenbedingungen zulässig als im Inland. Die Anordnung einer Telefonüberwachung etwa kann in anderen Staaten unter anderen Voraussetzungen möglich sein als in Deutschland,³³ wo bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen müssen, dass jemand Täter oder Teilnehmer einer der in § 100 a StPO aufgelisteten Katalogtaten ist und der Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs gem. § 100 b StPO grundsätzlich eine richterliche Anordnung zugrunde liegen muss.³⁴ Nach deutschem Recht werden Erkenntnisse aus nicht rechtmäßig angeordneten Telefonüberwachungen von einem Beweisverwertungsverbot erfasst und dürfen bei der Urteilsfindung nicht berücksichtigt werden. Es ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen Erkenntnisse, die durch im Ausland angeordnete Telefonüberwachungen erlangt wurden, von deutschen Gerichten verwertet werden können, wenn nach deutschem Recht eine Telefonüberwachung gar nicht hätte angeordnet werden dürfen.³⁵ Hierzu sagen die Regelungen der §§ 100, 101 StPO nichts.

Die Frage nach der Verwertbarkeit von Erkenntnissen, die aus ausländischen Überwachungsmaßnahmen stammen, stellt sich für alle Kommunikationsmedien. So ist es z. B. ohne weitere denkbar, dass ausländische Behörden rechtmäßig Informationen aus einem inländischen Kommunikationsvorgang gewinnen, wenn etwa eine Email-Korrespondenz über einen im Ausland gelegenen Server läuft.³⁶

2. Lösungsansätze

Angesichts dieser unterschiedlichen Fallkonstellationen, die nur Schlaglichter auf die Breite der praktischen Probleme werfen, stellt sich die Frage: Nach welchen Prinzipien greifen Verwertungsverbote bei Rechtshilfebeweisen?³⁷

a) Verwertbarkeit ohne Rücksicht auf die Art der Beweisgewinnung

Nach herrschender Meinung sind ordnungsgemäß im Rechtshilfeweg erlangte Beweismittel grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Art der Beweisgewinnung verwertbar.³⁸ Gerechtfertigt wird das Ausblenden der Umstände der Beweisgewinnung mit dem Hinweis, dass die ausländischen Organe, welche das Rechtshilfeersuchen vollstrecken, nach der für sie geltenden Rechtsordnung tätig werden und nicht nach der Rechtsordnung, unter deren Geltung die Beweismittel verwertet werden sollen.³⁹ Damit laufen unselbständige Beweisverbote in gewisser Weise ins Leere: Es wird fingiert, dass der Auslandsbeweis (auch aus Sicht der Rechtsordnung, die für das entscheidende Gericht gilt) rechtmäßig erhoben wurde.

Allerdings treffen deutsche Stellen, wenn sie den Rechtshilfeweg beschreiten einerseits gewisse Pflichten, andererseits hat die Rechtsprechung der Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen bestimmte absolute Grenzen gezogen:⁴⁰

So müssen die deutschen Strafverfolgungsorgane im Vorfeld einer Auslandsvernehmung darauf hinwirken, dass grundlegende Bedingungen für Beweiserhebungen, etwa die von der StPO vorgeschriebene Belehrungen, Beachtung finden. Geschieht dies nicht, sind die gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertbar.⁴¹ Jenseits dieser Einwirkungsmöglichkeiten scheint man demgegenüber zu akzeptieren, dass die Beweisverbotsdogmatik nicht gilt, die Möglichkeit zur Sachverhaltsaufklärung aber über die Territorialgrenzen ausgedehnt werden kann.⁴²

Absolute Grenzen für die Verwertung von Rechtshilfebeweisen greifen ein, wenn

(a) die Vernehmungsmodalitäten unverzichtbare allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze (sog. *ordre public*) nicht gewährleisten;⁴³ etwa keine Belehrung betreffend die Aussagefreiheit.⁴⁴

29 Vgl. LR-ERB (26. Aufl.) § 168 c Rdn. 5 a m. w. N.; GLESS FS Grünwald, 208 ff.

30 Zur EMRK als übergeordnetes Referenzsystem: GLESS Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung (2007) 182 ff.

31 Vgl. GLESS Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung (2007) 68 f.

32 Dazu im Einzelnen: LENG [2001] 5 International Journal of Evidence and Proof, 242.

33 Einen Überblick gibt etwa: SCHUSTER NSTZ 2006, 658 f.

34 Zu den Voraussetzungen einer Telefonüberwachung in Deutschland: KK-NACK § 100 a, 21 ff.

35 SCHUSTER Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess (2006) 238 ff. Diese Frage stellt sich etwa auch, wenn deutsche Behörden Erkenntnisse aus einer im Ausland bereits durchgeführten Telefonüberwachung in einem eigenen Strafverfahren verwerten wollen, vgl. SCHUSTER NSTZ 2006, 658.

36 Das EU-RhÜbk hat diesem Umstand Rechnung getragen: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-GLESS IRS, 4. Aufl., Teil III B, Art. 20; SCHUSTER NSTZ 2006, 660.

37 Ausf. dazu: SCHUSTER Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess (2006) 123 ff.

38 Vgl. BGH, NSTZ-RR, 2002, 67; BGH, StV 2001, 66; NAGEL NSTZ 1998, 148 f.; ROSE NSTZ 1998, 155 f.; JAHN Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, Gutachten.67.DJT (2008) C 118; offen gelassen in: BGH, NJW 1994, 3364 m. Anm. WOHLERS NSTZ 1995, 45 und Anm. BRITZ NSTZ 1995, 607 und Anm. HAUSER JR 1995, 254.

39 Vgl. bspw.: BGH, NSTZ, Nr. 1 zu § 69 StPO; BÖSE ZStW 114 (2002) 153 f.; MARKEES ZStW 89 (1973) 238.

40 Vgl. JAHN Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, 67.DJT (2008) C 118.

41 GLESS FS Grünwald, 203 f. m. w. N. in Fn. 38 und 39; ROGALL JZ 1996, 954.

42 Vgl. beispielhaft Ausführungen in RGSt 40, 189 (190); BayObLG 1949/51, 113 (116); VON UNGERN-STERBERG ZStW 87 (1975) 926 f.; vgl. a. NAGEL Beweisaufnahme im Ausland (Freiburg/Br. 1988) S. 301 f. m. w. N.

43 BGH, NSTZ 1998, 155 m. w. N.; BGH NSTZ 1996, 609 m. Anm. ROSE NSTZ 1998, 154; BGH, StV 1982, 154.

44 LR-GLESS (26. Aufl.) § 136 a StPO, Rdn. 30; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-LAGODNY IRS, § 59 IRG Rdn. 39 sowie § 73.

(b) ein Betroffener, der über sein Schweigerecht nicht belehrt worden war, der Verwertung nach Aufklärung über sein Schweigerecht und seine Möglichkeit, der Verwertung zu widersprechen im deutschen Strafverfahren widerspricht,⁴⁵

(c) eine Vernehmung im Ausland bewusst durchgeführt wird, um Verfahrensrechte zu umgehen, welche das deutsche Strafverfahren gewährt.⁴⁶

b) Verwertbarkeit nach Beweisverwertungsvorgaben des Erhebungsstaates

Im Gegensatz zur eben dargestellten Rechtsprechung, die ergebnisorientiert auf eine möglichst umfassende Verwertbarkeit von Rechtshilfebeweisen abzielt, wurde in der Literatur vereinzelt der Standpunkt vertreten, die Verwertbarkeit richte sich nach den Vorschriften der Rechtsordnung, unter deren Geltung ein Beweismittel gewonnen wurde.⁴⁷

c) Meistbegünstigung der betroffenen Individuen

Vereinzelt Stimmen fordern ferner, in Verfahren mit Auslandsbezug eine »Meistbegünstigung«: Von einer Rechtshilfemaßnahme Betroffene sollen sich sowohl auf ein Beweisverbot nach dem Recht des Erhebungs- als auch nach dem Recht des Forumstaates auf Privilegierungen bei der Beweiserhebung und allenfalls auf ein Beweisverbot berufen können.⁴⁸

d) Verwertbarkeit nach Beweisverwertungsvorgaben des Forum-Staates

Eine weitere Ansicht stellt darauf ab, dass Maßstab für jede Beweisverwertung die Zuverlässigkeit und Fairness des strafprozessualen Beweisverfahrens ist und dass dieser Maßstab von der Rechtsordnung vorgegeben wird, unter deren Geltung das Beweismittel letztlich verwertet werden soll. Maßgeblich sei deshalb nicht, ob ein Beweismittel aus dem Ausland von den zuständigen ausländischen Behörden nach den dort geltenden Verfahrensvorschriften korrekt erhoben wurde,⁴⁹ sondern ob das Beweismittel aus Sicht des Forumstaates eine zuverlässige und faire Beweisführung gewährleistet: Die Beweisgewinnung sei dafür (nur) insoweit relevant als bestimmte rechtliche Rahmenbedingungen Zuverlässigkeit und Fairness garantieren. Im Übrigen ist die Beweisgewinnung aber sekundär. Primär massgeblich ist die Verwertungssituation, deren rechtliche Rahmenbedingungen die Anforderungen an die Beweiserhebung bestimmen.⁵⁰

3. Zwischenergebnis

Der kasuistische Ansatz der herrschenden Meinung ist vor allem von Pragmatismus geprägt. Er markiert nur unverfügbare Eckpunkte, welche die Verwertung von Rechtshilfebeweisen verbieten, wenn unabdingbare Grundsätze der Rechtsordnung in ihrer Geltung eingeschränkt würden, welche für die Entscheidung in der Schuldfrage gilt. Diese wenigen Eckpunkte bieten keinen Ansatz für die Entwicklung allgemein gültiger Beweisverbotsregeln. Die Ansicht, welche die Verwertbarkeit von Rechtshilfebeweisen nach den Vorgaben des Erhebungsstaates bestimmen will, vertritt heute – zu Recht – niemand mehr. Denn es besteht Einigkeit dahingehend, dass Ausgangspunkt für die Entscheidung über ein allfälliges Beweisverbot die Verwertungssituation zu sein hat.⁵¹ Ungeachtet dieser Einigkeit im Ausgangspunkt⁵² hat sich die Praxis aber bisher von einer pragmatischen Herangehensweise leiten lassen⁵³ und nicht von der Maxime einer konsequenten Umsetzung der Prämisse, dass sich die Verwertbarkeit eines Beweismittels aus der Verwertungsperspektive bestimmt. Letztgenannter Maxime trägt nur die Meinung Rechnung, welche die Verwertbarkeit eines Beweismittels tatsächlich nach den Vorgaben des Forumstaates bestimmt:⁵⁴ Ein Beweismittel ist danach (nur) dann in einem strafprozessualen Beweisverfahren verwertbar, wenn dieses aus Sicht der Rechtsordnung, unter deren Geltung in der Schuldfrage entschieden wird, eine

zuverlässige Beweisführung in einem fairen Verfahren ermöglicht.⁵⁵ Nur dieser Ansatz sichert in ausreichendem Masse die Geltung der förmlichen Vorbedingungen für eine Beweisverwertung, welche in einem Strafverfahren erfüllt sein müssen, damit ein Beweismittel in die freie Beweiswürdigung durch das entscheidende Gericht eingehen kann und garantiert damit, dass das Ergebnis der strafprozessualen Beweisführung aus Sicht der Rechtsgemeinschaft plausibel und gerecht erscheint, in deren Namen das Urteil gesprochen wird.⁵⁶

Hier zeigt sich auch, dass die im nationalen Rahmen entwickelten Lehren, etwa die Dogmatik der unselbständigen Beweisverbote, für bestimmte Fallkonstellationen der Auslandsbeweise den Blick auf Bedeutung und Reichweite dieser Beweisverbote verstellt und die Perspektive verkehrt. Denn sie lässt oftmals die Beweisgewinnungsverbote als das Primäre und die Verwertungsverbote als das Sekundäre erscheinen.⁵⁷ Gerade in Zusammenhang mit Auslandsbeweisen greift diese Sichtweise aber zu kurz: Wird der ausschliesslich durch das nationale Recht geregelte Verfolgungsraum des Territorialstaates verlassen, muss sich die Verwertbarkeit wieder primär aus der Verwertungssituation bestimmen.⁵⁸

Der Ausbau international arbeitsteiliger Strafverfolgung kann dabei durchaus eine Modifikation allgemeiner Regeln gebieten: etwa im Sinne einer »Meistbegünstigungsregel«, wenn ein Beweisverbot die Fairness in einem Beweisverfahren – etwa durch das Zugeständnis von Aussageverweigerungsrechten – sichern soll⁵⁹ oder durch Kompensationsregeln, wenn etwa nachträglich ein Konfrontationsrecht der Verteidigung gegenüber einem Belastungszeugen gewährleistet wird.

Verfahrenstechnisch könnte grundsätzlich ein neu zu schaffendes Beweisinterlokut bzw. ein »clearing-Verfahren« sicherstellen, dass die Bedingungen, welche Zuverlässigkeit und Fairness der Beweisführung in der Rechtsordnung absichern, in der das Strafverfahren geführt wird, auch im Falle der Verwertung von Auslandsbeweisen gelten.⁶⁰ Voraussetzung dafür wäre frei-

45 Vgl. BGH, NSTZ 1992, 394; vgl. WOHLERS NSTZ 1995, 46 m. w. N.

46 BGH, NSTZ 1988, 563 f. mit Anm. NAUCKE = StV 1988, 137 mit Anm. TASCHKE.

47 Für nach ausländischem Recht formnichtige Vernehmungsprotokolle: AK-DÖLLING StPO (1993) § 251, Rdn. 27; LK-GOLLWITZER StPO (25. Aufl.) § 251, Rdn. 25; Eb. Schmidt Lehrkommentar zur StPO (1957) § 251 Rdn. 18; für nach ausländischem Recht angeordnete Telefonüberwachungen: PERRON ZStW 112 (2000) 219.

48 Vgl. WALTHER StV 1992, 561, 563; GANE/MACKAREL European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1996, 118 f.

49 Vgl. BGH, NSTZ 1992, 394; BGH, GA 1976, 219; WOHLERS NSTZ 1995, 595; vgl. a. SCHUSTER Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess (2006) 134.

50 GRÜNWARD Das Beweisrecht der StPO (1993) 143; GLESS FS Grünwald (Baden-Baden 1999) 211.

51 Vgl. BGH VRS 20, 122, 124, ROSE Der Auslandszeuge im Beweisrecht des deutschen Strafprozesses (1999) 273 ff. m. w. N.; BÖSE ZStW 114 (2002) 151.

52 BÖSE ZStW 114 (2002) 154; GLESS Beweisrechtsgrundsätze, 152 f. Für Erkenntnisse aus Telefonüberwachungen im Ausland: SCHUSTER NSTZ 2006, 660 ff.

53 S. o. II.2.a).

54 S. o. II.2.d).

55 GLESS Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung (2007) 141 ff.

56 GLESS Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung (2007) 152 f.

57 GRÜNWARD Das Beweisrecht der StPO (1993) 143.

58 GLESS FS Grünwald (1999) 211.

59 So etwa in Art. 10 Abs. 5 EU-RhÜbk für den Zeugen in der grenzüberschreitenden Videovernehmung, dazu: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-GLESS IRS, 4. Aufl., Teil III B Art. 10 Rdn. 15. Soweit aber andere Motive für ein Beweisverbot, insbesondere die Sicherung der Zuverlässigkeit der Beweisführung im Vordergrund stehen, ist Massstab für die Entscheidung über ein Beweisverbot wieder die Verwertungsrechtsordnung, in diesem Sinne auch: BÖSE ZStW 114 (2002) 152.

60 S. auch: GLESS Beweisrechtsgrundsätze S. 431; RADTKE GA 2004, 7 f.

lich noch eine umfassende Klärung der Prämissen für ein solches Verfahren und der Ausgestaltung in concreto.

III. Souveränitätsverletzungen

Die zweite eingangs genannte Fallkonstellation, in der sich die Frage nach Prinzipien für Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug in besonderer Weise stellt, betrifft Informationen, die unter Verletzung von Völkerrecht erlangt wurden. Hier lässt sich nur schwerlich mit der traditionellen Beweisrechtsdogmatik arbeiten, jedenfalls soweit sich die Verletzung des Völkerrechts in einer Missachtung von Souveränität erschöpft.⁶¹ Denn insofern stehen nicht strafprozessuale, sondern völkerrechtliche Aspekte im Vordergrund.

1. Fallkonstellationen

Maßnahmen der Beweisgewinnung oder -verwertung können die Souveränität anderer Staaten in verschiedener Weise berühren:

a) Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion

Die Frage nach einem allfälligen Beweisverbot stellt sich etwa, wenn ein Staat eigenmächtig, auf fremdem Territorium Beweise sammelt und diese dann zur Strafverfolgung verwenden will. Die Souveränität eines Territorialstaates wird verletzt, wenn ein anderer Staat extraterritorial Beweise sammelt. Denn anders als die Rechtssetzung mit Anknüpfung an extraterritoriale Sachverhalte, ist die extraterritoriale Rechtsdurchsetzung verboten.⁶² Das hat nicht nur der Internationale Gerichtshof so in seinem »Lotus-Urteil« festgehalten,⁶³ es ist auch Rechtsprechung der deutschen (Straf-)Gerichte.⁶⁴ Das Verbot der eigenmächtigen Jurisdiktion auf fremdem Hoheitsgebiet umfasst auch das Verbot von Ermittlungen auf fremdem Staatsgebiet ohne Zustimmung des Territorialstaates.⁶⁵ Strafverfolgungsbehörden dürfen im Ausland deshalb nicht »auf eigene Faust« ermitteln.⁶⁶ Dies gilt sowohl für deutsche Hoheitsträger⁶⁷ als auch für ausländische Organe.⁶⁸ Derartige eigenmächtige Ermittlungen sind (völker-)rechtswidrig und im Einzelfall auch strafbar.⁶⁹ Eine Ausnahme vom Verbot der Ermittlungen auf fremdem Territorium gilt nur, wenn der andere Staat der Ausübung von Hoheitsgewalt zustimmt.⁷⁰ Vor dem Hintergrund neuer Formen grenzüberschreitender Kooperationen – etwa der Schengen-Zusammenarbeit – ergeben sich in diesem Zusammenhang neue Fragen, etwa wenn die Polizei im Nachbarstaat eine grenzüberschreitende Observation durchführt.⁷¹

Ob deutsche Hoheitsträger etwa durch die »Operation Liechtenstein« gegen das Verbot eigenmächtiger Ermittlungen im Ausland verstoßen haben, kann angesichts des ungeklärten Sachverhalts derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden.⁷²

b) Umgehung des Rechtshilfeweges

Die Frage nach der Verwertbarkeit von völkerrechtswidrig erlangten Erkenntnissen stellt sich ferner etwa dann, wenn Strafverfolgungsbehörden oder Gerichte Informationen aus dem Ausland unter Umgehung des offiziellen Rechtshilfeweges erlangen. Das ist nicht nur der Fall, wenn eigenmächtig auf fremdem Territorium ermittelt (s. o. III. 1. a), sondern auch wenn ohne Berührung des fremden Territoriums der vertraglich vereinbarte Rechtshilfeweg nicht beachtet wird, etwa wenn eine unzuständige Behörde Informationen aus dem Ausland übersendet und die zuständige Stelle anschließend eine Verwertung verbietet.⁷³ Vor diesem Hintergrund erschließt sich auch die Regelung in Art. 39 Abs. 2 SDÜ, nach der eine in der polizeilichen Rechtshilfe übermittelte Information nur dann als Beweismittel im Strafprozess verwertet werden darf, wenn die zuständige Justizbehörde dem zustimmt.⁷⁴

2. Lösungsansätze

In Fällen von Souveränitätsverletzungen scheint auf den ersten Blick die Perspektive international arbeitsteiliger Strafverfolgung für die Lösung der Beweisverbotsfrage wenig hilfreich zu sein. Durch Übergriffe in fremde Souveränität wird ja gerade nicht kooperativ über Staatsgrenzen hinweg zusammen gearbeitet, vielmehr erlangt ein Staat Informationen in Verletzung fremder Souveränität. Doch bei genauer Betrachtung zeigt sich, dass das Ziel internationaler Zusammenarbeit auch hier einen Rahmen für eine Beweisverbotslehre gibt, die Respekt für die (nicht durch vertragliche Bindung eingeschränkte) Souveränität sowie für vereinbarte Regeln einfordert. Die Rechtsprechung trägt diesem Anliegen in einer kasuistischen Annäherung Rechnung, indem sie in Fällen von Souveränitätsverletzungen generell zum Beweisverwertungsverbot tendiert, ohne dies allerdings zur Doktrin zu erheben.

a) Beweisverbot nach Territorialverletzung

In den wenigen Fällen, in denen der Bundesgerichtshof über das Eingreifen eines Beweisverbotes nach einer Souveränitätsverletzung zu entscheiden hatte, stand die Achtung fremder Hoheitsgewalt klar im Mittelpunkt: So führte etwa der 3. Senat nach Überwachung eines Telefonanschlusses eines Konsulats aus: »Erkenntnisse aus einer Telefonüberwachung, die unter Verletzung der völkerrechtlich anerkannten Grundsätze der Immunität der Konsularbeamten und der Unverletzlichkeit ihrer Diensträume zustande erlangt sind, unterliegen einem strafprozessualen Verwertungsverbot.«⁷⁵ Nur vier Wochen später hat derselbe Senat-

61 Zur Bedeutung von Beweisgewinnung und Beweisverwertung mit Blick auf das Völkerrecht: BÖSE ZStW 114 (2002) 177 m. w. N.

62 Zur Differenzierung zwischen der »jurisdiction to prescribe«, der »jurisdiction to adjudicate« und der »jurisdiction to prescribe« vgl. PETERS Völkerrecht: Allgemeiner Teil (2. Aufl. Zürich 2008) Kap. 4, Rdn. 1; LIGETI Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union (Berlin 2005) 69 ff., S. WALTHER FS Eser (2005) 928 ff.

63 Urt. vom 7. September 1927, abrufbar unter: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf(...) la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.«

64 BGH St 45, 188, 192; BGH NSZ 1991, 121.

65 TIEDEMANN FS Bockelmann (München 1979) 827, 830 m. w. N.; SCHELLER Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung (Freiburg/Br. 1997) 276 ff. Dazu aus anglo-amerikanischer Sicht: GANE/MACKAREL European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1996, 108 ff. sowie aus Schweizer Sicht: BGE 9X.1/1999 (»Bental«).

66 Das Verbot der eigenmächtigen Beweiserhebung folgt nach h. M. aus dem völkerrechtlichen Grundsatz des Territorialitätsprinzips, nach dem die Hoheitsgewalt eines Staates an seinen Grenzen endet. Vgl. dazu ausf.: NAGEL Beweisaufnahme im Ausland (Freiburg 1988) 18 f. m. w. N.

67 Diese in Deutschland einhellig vertretene Ansicht wird zum Teil außerhalb Deutschlands in Frage gestellt, vgl. dazu bspw.: GANE/MACKAREL European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1996, 109 ff.; HERDEGEN EuGRZ 1986, 1, Fn. 7.

68 JESCHKE Kriminalistik 1985, 69; JESCHKE/GRAF Kriminalistik 1987, 438; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-LAGODNY IRS, 4. Aufl., vor § 59 IRG Rdn. 5; VOGLER Strafprozessuale Wirkungen völkerrechtswidriger Entführungen von Straftätern aus dem Ausland, in: HERZBERG (Hrsg.) FS für Dietrich Oehler (Köln u. a. 1985) 382 m. w. N. in Fn. 8.

69 Vgl. Art. 271 Schweizer StGB sowie Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts 9X.1/1999 (»Bental«).

70 Sei es ad hoc, durch Vertrag oder in gewohnheitsrechtlicher Übung.

71 Zu den möglichen Fallkonstellationen vgl. BÖSE ZStW 114 (2002) 176 ff.

72 Zu den Ermittlungen in Liechtenstein, ohne auf die hier geschilderte Problematik einzugehen: KÖLBEL NSZ 2008, 241 ff.; SCHÜNEMANN NSZ 2008, 305 ff.; SIEBER NJW 2008, 881 ff.; TRÜG/HABETHA NJW 2008, 887 ff.

73 Vgl. BGHSt 34, 334

74 Vgl. BÖSE ZStW 114 (2002) 174.

75 BGHSt 36, 396 = JZ 1990, 1031. Die Telefonüberwachung in Konsularräumen verstieß nach Ansicht des Gerichtes jedenfalls dann gegen die

Beweisverbote als Fehlerfolgenregime für Souveränitätsverletzungen im Rahmen grenzüberschreitender Strafverfolgung zwar obiter dictum bestätigt,⁷⁶ aber nicht zur zwingenden Konsequenz erklärt, sondern eine Art völkerrechtlicher Rechtskreistheorie kreiert. Danach könnte letztlich nur der verletzte Staat, nicht aber ein betroffenes Individuum ein Beweisverbot geltend machen.⁷⁷ »Aus dem Völkerrecht ergibt sich für den Beschuldigten ein Beweisverwertungsverbot hier auch nicht als Reflexwirkung aus der Verletzung von Interessen eines anderen Staates. Vielmehr ist anerkannt, dass der einzelne, der von einer völkerrechtswidrigen Maßnahme betroffen ist (insbesondere von der Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrags, der ihm keine Rechte als Individuum gewährt), sich in einem anschließenden gegen ihn gerichteten inländischen Strafverfahren wegen einer im Inland begangenen Straftat grundsätzlich nicht auf die vom Gewahrsamsstaat verübte Völkerrechtswidrigkeit berufen kann, um daraus strafprozessuale Vorteile für sich herzuleiten.«⁷⁸

b) Beweisverbot nach Umgehung des Rechtshilfeweges

Die Bedeutung des Respekts gegenüber Rechten anderer Staaten unterstreichen auch Entscheidungen bezüglich der Verwertung von Informationen, die außerhalb des zulässigen Weges erlangt wurden und als Beweismittel im Strafprozess verwertet werden sollen.⁷⁹ Widerspricht der andere Staat der Verwertung von Erkenntnissen, die auf kurzem Dienstweg erlangt wurden, greift ein Verwertungsverbot ein. Denn ein Rechtshilfevertrag diene »als Vertragswerk auch dazu . . ., die Interessen eines Unterzeichnerstaats in der Rolle als ersuchter Staat zu schützen.«⁸⁰ Eine Nutzung solcher Erkenntnisse »als unmittelbares Beweismittel entgegen dem ausdrücklich erklärten Willen des ersuchten Staates wäre eine völkerrechtliche Vertragsverletzung, die er und seine Organe zu unterlassen haben.«⁸¹

c) Beweisverbot in Zusammenhang mit Spezialitätsvorbehalten

Ausdruck des Respekts vor souveränen Entscheidungen fremder Staaten ist ferner die traditionelle Anerkennung von Spezialitätsvorbehalten als Beweisverbote. Ein solcher Vorbehalt stellt sicher, dass ein im Rechtshilfeweg übersandtes Beweismittel grundsätzlich⁸² nur in einer bestimmten Art und Weise verwendet werden darf,⁸³ z. B. zur Verfolgung ausdrücklich genannter Straftaten oder Personen.⁸⁴ Der ersuchte Staat bewirkt damit, dass die Mitwirkung am fremden Strafverfahren die innerstaatliche Straflegitimation nicht überschreitet. Ein Beweisverwertungsverbot besteht insoweit als die übermittelnde Behörde das übersandte Beweismittel unter Spezialitätsvorbehalt gestellt hat. Daran sind alle Organe des ersuchenden Staates gebunden.⁸⁵ Ein entsprechender Vorbehalt muss demnach auch in der Rechtsmittelinstanz beachtet⁸⁶ und entsprechend durchgesetzt werden.⁸⁷

In Zusammenhang mit der Verwertung von Bankunterlagen im »Schreiber-Komplex«⁸⁸ hat sich der BGH mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein Spezialitätsvorbehalt auch noch nach Verwertung eines Auslandsbeweises geltend gemacht werden kann. Er entschied, dass ein Beweisverbot zur Kompensation einer Souveränitätsverletzung *nach Teilrechtskraft* nur ausnahmsweise in Betracht komme, und zwar dann wenn ein zwischenstaatlicher Rechtsverstoß *nur* durch ein solches Verwertungsverbot geheilt werden könne.⁸⁹ Damit hat der BGH das Verwertungsverbot einmal mehr dem Grunde nach anerkannt, auch wenn es in der besonderen Einzelkonstellation nicht zur Geltung gebracht wurde.

3. Zwischenergebnis

Nicht nur das gedeihliche Zusammenleben der Staaten, sondern auch die international arbeitsteilige Strafverfolgung ruht auf der Einhaltung von Regeln und der Sanktionierung von Regelverstößen. Die Staatsorgane sind deshalb verpflichtet (auch und gerade im Rahmen internationaler Kooperationen) fremde Sou-

veränität und völkerrechtliche Normen bei der Ausübung von Hoheitsgewalt zu beachten.⁹⁰

Wenngleich es den Staaten grundsätzlich freisteht, welche Rechtsfolgen sie an einen Völkerrechtsverstoss knüpfen,⁹¹ ist der Weg über Beweisverbote doch jedenfalls dann vorgezeichnet, wenn dieser die volle Wirksamkeit der völkerrechtlichen Vorgaben für das strafprozessuale Beweisverfahren gewährleistet. Die Rechtsprechung erkennt dies an, indem sie auf den Übergriff in fremde Hoheitsgewalt Beweisverbote folgen lässt. Das legt – auf einem kasuistisch-intuitiven Ansatz aufbauend – den Grund für eine auf Souveränitätsrechte gegründete Lehre von völkerrechtlichen Beweisbestimmungsrechten.

IV. Verletzung völkerrechtlich verbürgerter Individualrechte

Zur Fallgruppe völkerrechtswidrig erlangter Informationen gehören neben den Fällen des Erkenntnisgewinns durch Souveränitätsverletzung des Weiteren noch die Fälle, in denen Beweismittel (im Ausland oder Inland) unter Missachtung völkerrechtlich geschützter Individualrechte gewonnen werden. Hier stellt sich

geltenden Wiener Konsularrechtskonvention, wenn sich der zugrunde liegende Verdacht auf strafbare Handlungen bezieht, die – unabhängig von den damit verfolgten weiteren Zwecken – mit der Wahrnehmung der konsularischen Aufgaben zusammenhängen könnten (BGH JZ 1990, 1031, 1032).

76 BGHSt 37, 30.

77 BGHSt 37, 30, 32.

78 BGH St 37, 30, 33 mit Verweis u. a. auf BVerfG NJW 1986, 1427; BVerfG NSTz 1986, 468; BGH, NSTz 1984, 563; 1985, 464; BGHSt 30, 347, 349 f.

79 BGHSt 34, 334 ff.

80 BGHSt 34, 334, 343.

81 BGHSt 34, 334, 344.

82 Umstritten ist, wann das durch einen Spezialitätsvorbehalt gebundene Beweismittel entgegen der Auflagen der *Entlastung* des Verfolgten verwendet werden darf. Nach herrschender Meinung gilt der Spezialitätsvorbehalt auch dann, wenn sich die Verwertung *zugunsten* des Verfolgten auswirken würde; es sei denn, der Verfolgte kann aufgrund besonderer Vereinbarung auf den Grundsatz der Spezialität verzichten (BFH Urteil vom 21. 6. 1989 – X R 20/88; vgl. auch: BGHSt 34, 334 [344]). Doch steht diesem Ansatz die berechtigte Kritik von ROXIN/SCHÄFER/WIDMAYER entgegen, die im Rahmen der »Mühlenteichtheorie« die Wirkung von Verwertungsverboten als (blossen) Belastungsverboten mit der Konsequenz der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangten Materials zur Entlastung gezeichnet haben, vgl. StV 2006, 655 ff.

83 Vgl. BGH NSTz 1981, 483; Art. 2 EuRhÜbk sowie BGE 116 Ib 457; BGE 128 II 305 ff.; BÖSE ZStW 114 (2002) 172 ff.; NAGEL Beweisaufnahme im Ausland (Freiburg/Br. 1988) 128 ff.; POPP Rdn. 331 & 527; SCHUSTER Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess (2006) 28.

84 Vgl. Art. 2 EuRhÜbk sowie § 72 IRG; VOGLER GA 1986, 195 ff.; NAGEL Beweisaufnahme im Ausland (Freiburg/Br. 1988) 128 ff.

85 Vgl. dazu: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-SCHOMBURG/HACKNER IRS, 4. Aufl., § 72 IRG Rdn. 11 ff. sowie § 59 IRG Rdn. 19.

86 Zur Bedeutung im Revisionsverfahren: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-SCHOMBURG/HACKNER IRS, 4. Aufl., § 72 IRG Rdn. 28 b.

87 Zur Frage wann sich ein solcher Vorbehalt bereits aus der vertraglichen Gestaltung der Rechtshilfe ergibt: BÖSE ZStW 114 (2002) 174 f.; SCHUSTER Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess (2006) S. 138 f.; VOGLER GA 1996, 198 f.; vgl. a. BGH, JR 2005, 114, 117.

88 Nach Feststellung des BGH (NSTz 2007, 345 m Anm. Lagodny) hatten Manager der Thyssen AG in Zusammenhang mit dem Verkauf von Fuchs-Panzern von der saudischen Käuferseite Schmiergelder in Höhe von insgesamt 210 Mio. DM in einem »Logistikpaket« erhalten. Aus diesem Logistikpaket wurden Karlheinz Schreiber letztlich ca. 26 Mio. DM ausbezahlt. Für diese Gelder bildete er Rubrikkonten, über die weitere Schmiergeldzahlungen (auch an Politiker) getätigt wurden.

89 BGH, NSTz 2007, 345, 346 mit Anmerkung LAGODNY; vgl. a. GLESS/EYMANN StV 2008, 318.

90 Dazu etwa BVerfGE 111, 307 324 (GÖRGÜLÜ).

91 DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM Völkerrecht, Band I/1, § 9, S. 101; PETERS Völkerrecht: Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 2008, Kap. 8 Rdn. 1.

die Frage, ob Verletzung derartiger Rechtspositionen eines Einzelnen die Nichtverwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse zur Folge haben muss.

1. Nichtgewährung völkerrechtlich verbürgter Verfahrensrechte

Völkerrechtlich verbürgte Rechte von Individuen können sich aus internationalen Verträgen ergeben, wenn diese etwa die staatliche Organe verpflichten, bei der Strafverfolgung (Beweisaufnahme) bestimmte Verteidigungsrechte zu gewähren und verfolgte Personen entsprechend zu belehren. Ein Beispiel dafür ist das aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK abgeleitete Fragerecht gegenüber Belastungszeugen,⁹² die aus Art. 6 Abs. 2 EMRK abgeleitete Pflicht zur Belehrung über die Aussagefreiheit⁹³ oder die aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK abgeleitete Pflicht zur Belehrung über das Recht auf einen Verteidigerbeistand.⁹⁴

Neben diesen unstreitig anerkannten, in der EMRK gewährleisteten Verfahrensrechten gibt es noch weitere völkerrechtliche Vorgaben, die bisher für die strafprozessuale Beweissammlung kaum eine Rolle gespielt haben. So verpflichtet etwa das Wiener Übereinkommen vom 24. April 1963 über konsularische Beziehungen (WÜK) in Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3,⁹⁵ dass jede im Ausland inhaftierte Person, über ihr Recht belehrt werden muss, mit ihrem Heimatkonsulat in Verbindung zu treten, um allenfalls um Unterstützung zu bitten. Auch hier stellt sich die Frage nach dem adäquaten Fehlerfolgenregime, wenn diese Belehrung nicht erteilt wurde.

2. Lösungsansätze

Aus der Perspektive international arbeitsteiliger Strafverfolgung kommt zwischenstaatlich verbürgten Individualrechten eine besondere Bedeutung zu. Denn sie sichern die Rechte von Betroffenen unabhängig davon, in welcher Form die Staaten eine arbeitsteilige Beweisgewinnung oder -verwertung organisieren. Nur sie können, weil ihr Standard überall gilt, eine Umgehung von Beweisverboten effektiv verhindern. Bis jetzt haben international verbürgte Individualrechte in der Praxis international arbeitsteiliger Strafverfolgung zwar noch keine große Rolle gespielt. Dies wird sich aber etwa dann ändern, wenn durch EU-Recht Beschuldigtenrechte garantiert und die nationalen Instanzen auf deren Einhaltung verpflichtet werden.⁹⁶

In Zusammenhang mit nationaler Strafverfolgung löst die Verletzung eines völkerrechtlich verbürgten Individualrechts in der Praxis der deutschen Strafgerichte bisher nur ausnahmsweise ein Beweisverbot aus. Die Rechtsprechung operiert in Fällen der Verletzung von internationalen Verfahrensrechten einzelfallorientiert und ohne überzeugende Lösungsansätze, wie zwei jüngeren Entscheidungen illustrieren:

a) Beweiswürdigungslösung

Eine Verletzung des durch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verbürgten Rechts auf Konfrontation eines Belastungszeugen soll nach Ansicht des 1. Senats des BGH über eine »Beweiswürdigungslösung« kompensiert werden.⁹⁷ Das unter Verletzung der EMRK gewonnene Beweismittel soll verwertet werden können, solange das entscheidende Gericht besonders strenge Beweis- und Begründungsanforderungen beachtet. Diese besonders strenge Beweis- und Begründungsanforderungen benennt das Urteil nicht, sondern verweist auf die Kriterien, welche die Rechtsprechung für die Verwertbarkeit von Aussagen anonymer Zeugen aufgestellt hat.⁹⁸ Ob die Analogie zwischen anonymisierten Zeugenaussagen und Verweigerung der Konfrontation gegenüber einem bekannten Zeugen trägt, mag im Vorliegenden ebenso dahingestellt bleiben, wie die Beweggründe des Gerichts für eine solche Lösung.⁹⁹ Denn in jedem Falle leidet eine »Beweiswürdigungslösung« unter einem grundlegenden Mangel: Die justizförmige Beweiserhebung und -verwertung ist Grundvoraussetzung einer in die Hand der Rich-

ter gelegten Beweiswürdigung. Beweisverbote schließen von vorneherein Erkenntnisse von der Würdigung aus, die aus übergeordneten Gesichtspunkten nicht in die Entscheidungsfindung einfließen sollen, weil eben im Rahmen einer freien Beweiswürdigung nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie letztlich doch (maßgeblich) auf die Urteilsfindung durchschlagen.¹⁰⁰ Eine Beweiswürdigungslösung vermischt unterschiedliche Ebenen des Beweisverfahrens und stellt damit die Förmlichkeit des Beweisverfahrens in Frage.¹⁰¹

b) Strafzumessungslösung

Ein Fall der Verletzung einer völkerrechtlichen Belehrungspflicht, nämlich der Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK, will der 5. Senat des BGH durch eine »Strafzumessungslösung« sanktionieren.¹⁰² Er begründet seine Entscheidung mit den Besonderheiten dieser speziellen Belehrungspflicht:¹⁰³ Letztere habe – anders als etwa § 136 Abs. 1 S. 2 StPO – keine zentrale Bedeutung für das strafprozessuale Beweisverfahren.¹⁰⁴ Die Verletzung der Norm begründe kein Verwertungsverbot, weil sich Art. 36 WÜK nicht unmittelbar auf die Beweisgewinnung, sondern auf die Inhaftierung beziehe.¹⁰⁵ Nach Verfassungsbeschwerde der Betroffenen hat das BVerfG zwar darauf verwiesen, dass Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK eine »Verteidigungsmöglichkeit und folglich die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten« konstituiere¹⁰⁶ und dass ein Verwertungsverbot als Kompensation der Völkerrechtsverletzung nahe liege.¹⁰⁷ In concreto überantwortet das BVerfG die Entscheidung über das adäquate Fehlerfolgenregime aber der

92 BGH 46, 93; WöHLERS FS Rudolphi (2004) 725.

93 LR-GLESS (26. Aufl.) § 136 StPO Rdn. 10 und 31 m. w. N.

94 SPANIOL Das Recht auf Verteidigersbeistand im Grundgesetz und der Europäischen Menschenrechtskonvention (1990) 285 f.

95 BGBl 1969 II 1585, 1647; 1971 II 1285; 1972 II, 613; 1974 II, 945; 1994 II, 308; in Auszügen abgedruckt in: SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER IRS 4. Aufl., Anhang 14.

96 Vgl. etwa den Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der EU, KOM (2004) 328 endg, der aber bisher nicht in bindendes Recht umgesetzt wurde.

97 Der Beschuldigte war von der ermittelungsrichterlichen Vernehmung der Geschädigten ausgeschlossen worden, diese hatte in der Hauptverhandlung die Aussage verweigert, worauf ihre Aussage durch Vernehmung des Ermittlungsrichters als Beweis in das Verfahren eingeführt wurde, BGH St 46, 93, 103 ff. mit Anm. FEZER JZ 2001, 363 f.; FRANKE GA 2002, 573; GLESS NJW 2001, 3606.

98 BGH St 46, 93, 103 mit Verweis insbes. auf BGH St 17, 398.

99 Möglicherweise hat der BGH von einem Beweisverwertungsverbot sehenden Auges wegen der Befürchtung Abstand genommen, dass die Praxis eine solche Lösung im Einzelfall mit sehr hohen Hürden versehen würde.

100 Vgl. ARZT in: FS Peters, 1974, 231; PETERS JR 1977, 476; SCHROTH JuS 1998, 969.

101 Zur Kritik: GLESS NJW 2001, 3607; FEZER JZ 2001, 363 f.; ENDRISS FS Riess (2002) 74; KUNERT NStZ 2001, 217 f.

102 BGHSt 52, 148 = NStZ 2008, 168; demgegenüber spricht sich BGHSt 52, 38 (1 StR 273/07 vom 11. 9. 2007) für eine Widerspruchslösung aus; offen gelassen in BGHSt 52, 110 (3 StR 318/07 vom 20. 12. 2007).

103 Unter Verweis auf BGHSt 44, 243, 249 = NJW 1999, 959 = NStZ 1999, 203 m. w. N.; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269, 2271 = NStZ 2007, 601.

104 Vgl. demgegenüber: BVerfG NJW 2007, 499, 503 Nr. 71 ff. sowie IGH »Avena« ILM 43 [2004], 581 [608] Rdn. 87.

105 Die Norm wolle lediglich verhindern, dass fremde Staatsangehörige »die ausserhalb ihrer Heimat vielfach nur über geringe oder gar keine Sozialkontakte verfügen, dort auf Grund staatlichen Zugriffs spurlos aus der Öffentlichkeit verschwinden.« BGH NStZ 2002, 168; vgl. demgegenüber: BVerfG, NJW 2007, 499, 503 Nr. 65; KRESS GA 2007, 300 f.; WEIGEND FS Lüderssen (2002) 469.

106 BVerfG NJW 2007, 499 Nr. 65 und 49 sowie Nr. 45 mit Verweis auf BG St 33, 148, 154 sowie Nr. 48 und 52; vgl. a. PAULUS StV 2003, 59; WALTHER HRRS 2004, 129; T. WALTHER JR 2007, 101.

107 Nach der vom IGH geforderten Auslegung des Art. 36 WÜK muss eine effektive Revisibilität (»full effect«, IGH »La Grand« ICJ-Report 2001, 464, 498) sichergestellt sein, zur Verbindlichkeit im deutschen Recht: BVerfG NJW 2007, 499, 501; KRESS GA 2007, 300 ff.; WALTHER HRRS 2004, 131; WEIGEND FS Lüderssen (2002) 469.

Fachgerichtsbarkeit¹⁰⁸ – sehenden, fast fürchtenden Auges, dass diese Rechtsprechung nicht zu einem Beweisverwertungsverbot finden wird.¹⁰⁹

3. Aussagen und Einlassungen unter Folter oder anderer unerlaubter Vernehmungsmethoden

Ein international verbürgtes, individualschützendes Recht ist das Verbot der Folter, wie es in Art. 5 UN-MR-Erklärung oder Art. 3 EMRK verankert ist.

Erkenntnisse, die durch Folter gewonnen wurden, sind aufgrund eines ausdrücklichen internationalen Verbots unverwertbar und stellen insofern einen Sonderfall dar: Art. 15 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe von 1988 verbietet eine Beweisverwertung ausdrücklich.¹¹⁰ Von daher scheint keine Frage offen.

Aus dem Blickwinkel international arbeitsteiliger Strafverfahren ist aber die Diskussion interessant, die im deutschen Recht um die Bedeutung der – an Folter angrenzenden – unerlaubten Vernehmungsmethoden geführt wird. Sie ist Hintergrund für die Frage, wie mit »Foltergeständnissen« umzugehen ist, die deutsche Strafverfolgungsbehörden oder Gerichte aus dem Ausland erhalten, ob bzw. wann das Beweisverwertungsverbot aus § 136 a Abs. 3 S. 2 StPO Anwendung auf ausländische Strafverfolgungsorgane findet.¹¹¹

Nach allgemeiner – und zutreffender – Meinung sind die Normen der deutschen StPO auf ausländische Hoheitsträger grundsätzlich nicht anwendbar.¹¹² Gleichwohl greift ein Verwertungsverbot aber in Fällen, in denen deutsche Organe ausdrückliche ausländische Stellen mit Folter oder anderen unzulässigen Vernehmungsmethoden beauftragen und gezielt das dadurch erlangte Wissen abschöpfen.¹¹³ Darüber hinaus ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen durch fremde Hoheitsträger erlangte Erkenntnisse einem Beweisverbot unterliegen. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass insoweit die für die Informationsgewinnung durch Private geltenden Maßstäbe Geltung beanspruchen;¹¹⁴ dadurch würden Beweise ausgeschlossen, die unter besonders krassem Verstoß gegen die Menschenwürde zustande gekommen sind.¹¹⁵ Demgegenüber verlangen andere Stimmen in der Literatur,¹¹⁶ dass Erkenntnisse, die ausländische Hoheitsträger gewinnen und anderen Staaten zur Verfügung stellen, einem Bewertungsmaßstab unterworfen werden müssen, welcher der internationalen Arbeitsteilung bei der Beweisgewinnung Rechnung trägt. Ein solcher Maßstab bedarf anderer Kriterien als derjenigen, welche für die Informationsgewinnung durch Privatpersonen gelten. Mit der Forderung nach einer gesonderten Beurteilung der Informationsgewinnung durch ausländische Hoheitsträger im Rahmen international arbeitsteiliger Strafverfolgung ist die Hoffnung verbunden, dass auch in den neuen Strukturen die Verantwortung für die Geltung von Verfahrensrechten von Beschuldigten nicht von einem auf den anderen Staat abgeschoben werden kann. Als einfache Zurechnungsregel könnte etwa gelten, dass eine (unerlaubte) Beweisgewinnung schon immer dann dem verwertenden Staat als eigene zugerechnet wird, wenn dadurch erlangte Erkenntnisse in einem institutionalisierten Rahmen als Beweismittel übermittelt werden. Weil sich die Staaten – auch mit der Aufnahme von Kooperationsbeziehungen – nicht ihrer völkerrechtlichen Pflichten entledigen können, müssen sie entweder die Pflicht übernehmen, eine menschenrechtskonforme Beweisgewinnung in den Staaten zu gewährleisten, mit denen sie in der Strafverfolgung zusammen arbeiten, oder sie müssen auf die Verwertung von völkerrechtswidrig gewonnen Erkenntnissen verzichten. Damit würden Beweisverbote das Gesamtsystem eines globalisierten Strafverfahrens und nicht nur (nationale) Teilsysteme erfassen.¹¹⁷

4. Zwischenergebnis

Abgesehen von dem – international verbindlich geregelten – Folterverbot fehlt eine klare Anweisung für die Verwertbarkeit von Beweismitteln, die unter Verletzung eines völkerrechtlich verbürgten Individualrechts erlangt wurden. Während die Rechtsprechung strafprozessuale Beweisverbote zur Kompensation von Souveränitätsverletzungen grundsätzlich anerkennt, scheint ihr dieser Weg bei Verletzungen von Individualrechten zu widerstreben. Das zeigt die Zuflucht zu einer »Strafzumessungslösung«, die weder überzeugt noch eine dauerhafte Lösung bieten kann. Die vom Gericht gezogenen Parallelen zur rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung¹¹⁸ oder zur Verleitung einer unverdächtigen und zunächst nicht tatgeneigten Person zu einer Straftat durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zuzurechnenden Weise¹¹⁹ tragen nicht. Ein rechtsstaatswidrig verzögertes Verfahren belastet den Angeklagten durch die andauernde Ungewissheit des Verfahrensausgangs und damit möglicherweise einhergehende Eingriffe in seine Rechte (etwa U-Haft) und kann dementsprechend durch eine spätere Strafmilderung ebenso kompensiert werden, wie der verminderten Tatschuld einer zunächst nicht tatgeneigten Person, die durch den Staat zur Tat verleitet wurde. Die Nichtbelehrung über ein Verfahrensrecht belastet den Täter aber weder als solche (sondern nur in ihrer Konsequenz der Nichtwahrnehmung des Rechts), noch mindert sie seine Schuld.

Noch wäre es zu früh, aus den wenigen Entscheidungen des BGH eine Rechtsprechungslinie herzuleiten. Für die Zukunft ist jedoch festzuhalten, dass die Ungleichbehandlung von Fällen einer Souveränitätsverletzung einerseits und Fällen der Verletzung völkerrechtlich verbürgter Individualrechte andererseits, sich zwar in gewisser Weise als Fortsetzung eines etatistisch ausgerichteten zweidimensionalen Rechtsverständnisses erklären lässt. Dieses überkommene Verständnis leitet aus völkerrechtlichen Vereinbarungen nur Rechtspositionen für Staaten ab, nicht aber für das Individuum.¹²⁰ Heute darf diese Betrachtungsweise indes als überholt gelten. An ihre Stelle ist eine dreidimensionale Betrachtungsweise getreten, welche das Individuum als Träger eigener Rechte anerkennt, die mehr als nur blosser Reflex staatlicher Rechtspositionen sind.¹²¹ Auf dieser

108 BVerfG NJW 2007, 499, 501 Nr. 51 und 58.

109 BVerfG NJW 2007, 499, 503 Nr. 71 f.; vgl. a. PAULUS StV 2003, 57, 58.

110 BGBl. 1990 II, 246; 1993 II, 715; 1996 II, 282, in Auszügen abgedruckt in: SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER IRS 4. Aufl., Anhang 1 c; vgl. a. OLG Hamburg, NJW 2005, 2329; LR-GLESS (26. Aufl.) § 136 a StPO Rdn. 79 m. w. N.

111 OLG Hamburg, NJW 2005, 2329; LR-GLESS (26. Aufl.) § 136 a StPO Rdn. 71 f.; MEYER-GOSSNER (51. Aufl.) § 136 a, Rdn. 3.

112 JAHN Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, 67. DJT (2008) C 101 m. w. N.

113 BGHSt 34, 362, 364; LR-GÖSSEL (26. Aufl.) Einl. L Rdn. 115; BEULKE Rdn. 481; PETRY Beweisverbote im Strafprozess (1971) S. 83. Zu Abgrenzungsversuchen über die Anwendung von Tatherrschaftskriterien FRANK Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater (1996) S. 35 f.

114 Vgl. etwa KÖLBEL NStZ 2008, 241 f.; TIEDEMANN FS Bockelmann (München 1979) S. 820 beide m. w. N.

115 Vgl. OLG Hamburg, NJW 2005, 2329, KÖLBEL NStZ 2008, 242.

116 LR-GLESS (26. Aufl.) § 136 a Rdn. 11 und 72; EISENBERG Beweisrecht der StPO (5. Aufl.) Rdn. 355; BÖSE ZStW 114 (2002) 153.

117 Offen bleibt, wie Folter oder andere Verstöße gegen Menschenrechte im Ausland zu beweisen sind, vgl. dazu einerseits OLG Hamburg, NJW 2005, 2329 m. w. N. und andererseits LR-GLESS (26. Aufl.) § 136 a Rdn. 72.

118 Vgl. Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats, NJW 2007, 3294.

119 BGHSt 45, 321 = NJW 2000, 1123 = NStZ 2000, 269; BGHSt 47, 44, 52 = NJW 2001, 2981 = NStZ 2001, 553.

120 Vgl. BGHSt 37, 30; HILLGRUBER JZ 2002, 95 f.

121 Dazu etwa SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER IRS 4. Aufl., Einleitung Rdn. 84 und 90; KRESS GA 2004, 697 f.; FASSBENDER EuGRZ 2003, 11 f.; BURCHARD JZ 2007, 891.

Grundlage beanspruchen Betroffene etwa Verfahrensrechte in der internationalen Rechtshilfe.¹²² Grundsätzlich haben auch das BVerfG und der BGH in verschiedenen Fallkonstellationen anerkannt, dass völkerrechtliche Vereinbarungen eine Rechtsposition für den einzelnen begründen können,¹²³ einschliesslich des Bereichs der Beweisrechtshilfe.¹²⁴ Die Rechtsprechung sollte hieraus die Konsequenz ziehen und nach Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung regelmässig zu einem Beweisverwertungsverbot kommen.¹²⁵ Damit würde nicht nur dem Völkerrecht effektiv zur Durchsetzung verholfen, sondern auch der generellen Entwicklung im Rechtshilferecht Rechnung getragen, individualschützende Regelungen als Grundlage für Rechtspositionen anzuerkennen. Die Lösung für beide Fallkonstellationen – Verletzung von Souveränität und Missachtung von individualschützenden Normen – muss einheitlich sein, wenn Völkerrecht Beachtung und Vorrang vor dem nationalen Recht erhalten und »full effect« entfalten soll.¹²⁶

V. Fazit

Der Ausbau international arbeitsteiliger Strafverfolgung macht es erforderlich, eigenständige Prinzipien zu entwickeln, die langfristig als Ansatz für eine kohärente Beweisverbotslehre für Auslandsbeweise dienen können.

Für die Entwicklung solcher Prinzipien gelten zwei Prämissen: *Erstens* ist der Sachverhalt auch in einem Fall mit Auslandsbezug zur Überzeugung des entscheidenden Gerichts nach dem Massstab der eigenen Rechtsordnung festzustellen. Es gelten also auch in diesen Fällen die Anforderungen an Zuverlässigkeit und Fairness der Beweisführung der Rechtsordnung, unter deren Geltung Beweismittel verwertet werden. Die Rechtsordnung des Staates, in dem Beweise gewonnen werden, ist insofern zweitrangig. *Zweitens* determinieren in Fällen mit Auslandsbezug neben strafprozessualen auch völkerrechtliche Überlegungen die Entscheidung über das Eingreifen von Beweisverboten: Massstab ist die effektive Durchsetzung völkerrechtlicher Vorgaben.

Für die vorstehend behandelten Fallkonstellationen bedeutet dies:

Wenn nach den Anforderungen der Rechtsordnung, in welcher das Strafverfahren geführt wird, ein Protokoll aus einer ausserhalb der Hauptverhandlung durchgeführten Vernehmung nur dann als Surrogat vor dem entscheidenden Gericht verlesen werden darf, wenn die protokollierte Vernehmung von einem Richter in Anwesenheit und mit Fragerecht der Verteidigung und des Beschuldigten durchgeführt wurde, dann ist ein Protokoll unverwertbar, das im Ausland in Abwesenheit von Verteidigung und Beschuldigtem in einer staatsanwaltschaftlichen Vernehmung gefertigt wurde, auch wenn dies nach dem Recht des Erhebungsstaates ordnungsgemäss ist. Wenn eine Überwachungsmassnahme nach eigenem Recht nicht (in der Form) angeordnet und

durchgeführt werden darf, wie dies im Ausland möglich ist, können Erkenntnisse aus dieser Massnahme nur dann im inländischen Strafprozess verwertet werden, wenn sie den inländischen Anforderungen an Zuverlässigkeit und Fairness gerecht werden, wenn also etwa Vorkehrungen technische Fehler ausschliessen und die im Inland verbürgte Privatsphäre gewahrt ist.

Wenn eine Information unter Verletzung von Völkerrecht gewonnen wurde, kann sie grundsätzlich nicht als Beweismittel in ein Strafverfahren eingeführt werden. Das gilt sowohl in Fällen von Souveränitätsverletzungen durch eigenmächtige Ermittlungen, Umgehung des Rechtshilfeweges etc., wie auch in Fällen, in denen ein völkerrechtlich verbürgtes Individualrecht missachtet wurde und nur ein Beweisverbot der völkerrechtlichen Vorgabe effektiv Wirkung verliehen kann, wie z. B. in den Fällen, in denen ein international verankertes Belehrungsrecht vor einer Vernehmung missachtet wurde. Eine Beweiswürdigungs- oder Strafzumessungslösung, wie sie in zwei jüngeren Entscheidungen vom BGH vertreten wurde, kann weder aus völkerrechtlicher noch aus strafprozessualer Sicht ein angemessenes Fehlerfolgenregime begründen.¹²⁷

Eine Beweisverbotslehre, die sich in Fällen mit Auslandsbezug an den genannten Prinzipien orientiert, gewährleistet die Förmlichkeit der Beweisführung, indem sie die Rechtspositionen in einem international arbeitsteiligen Strafverfolgung sichert: Den Staaten sichert sie die Souveränität, die sie sich in diesem und für diesen Bereich vorbehalten haben, den Beschuldigten die Verfahrensrechte, welche ihnen nach dem Recht des Staates, in dem sie angeklagt werden, oder nach internationalem Recht zustehen und der Rechtsgemeinschaft gewährleistet sie eine Beweisführung, die zuverlässig und fair und damit legitime Grundlage für ein strafrechtliches Urteil ist.

122 So hat etwa der IGH in » LaGrand« (ICJ-Report 2001, 464 = EuGRZ 2001, 287) und »Avena« (ILM 43 [2004], 581 [608] Rdn. 87) den individualschützenden Charakter der Wiener Übereinkommen über die Konsularbeziehungen anerkannt, obwohl die Konvention zur Zeit der Entstehung wohl nur als Verpflichtung der Konventionsstaaten untereinander angesehen werden kann; vgl. a. BVerfG NJW 2007, 499, 501 ff. Ausf. ZIEGENHAHN Der Schutz der Menschenrechte in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen (2002).

123 BVerfG NJW 2007, 499; BGHSt 34, 334, 344.

124 BGHSt 34, 334, 344; vgl. a. BGH NJW 2001, 2102, 2106; restriktiv aber mit Bezug auf die Schutzrichtung der betroffenen völkerrechtlichen Vorschrift: BGHSt 37, 30, 33 f.

125 BVerfG, NJW 2007, 499, 501 Nr. 45 m. w. N.; vgl. a. HABERNICHT wistra 1982, 220; NAGEL Beweisaufnahme im Ausland (Freiburg/Br. 1988) 317; SCHNIGULA DRiZ 1984, 181.

126 Vgl. IGH » LaGrand« ICJ-Report 2001, 464, 498 = EuGRZ 2001, 287; BVerfG NJW 2007, 499, 501 = NSTZ 2007, 159.

127 Vgl. KRESS GA 2007, 304; WEIGEND FS Lüderssen, 469 und 475.