

Private Ermittlungsbeitraege im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung

Bearbeitet von
Sebastian Eckhardt

1. Auflage 2009. Taschenbuch. 256 S. Paperback

ISBN 978 3 631 59357 8

Format (B x L): 14,8 x 21 cm

Gewicht: 340 g

[Recht > Strafrecht > Strafverfahrensrecht, Opferschutz](#)

Zu [Leseprobe](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Kapitel I Einleitung

§ 1 PRIVATE BETEILIGUNG AN DER SACHVERHALTSAUFLÄRUNG

Wenn man von „Privaten Beiträgen“ bzw. von „Privater Beteiligung“ an strafrechtlichen Ermittlungshandlungen spricht, ist damit zugleich ausgesagt, daß nicht private Ermittlungstätigkeit im eigentlichen Sinne den Gegenstand der folgenden Ausführungen bildet, sondern vielmehr behördliche Ermittlungsmaßnahmen, zu denen Privatpersonen „beitragen“ oder sich daran „beteiligen“. Es geht mithin weniger um das, was gemeinhin mit „Privaten Ermittlungen“ umschrieben wird und was in Form des literarischen und cinematographicischen Klassiees eines Privatdetektivs mit Trenchcoat, Pfeife und tief ins Gesicht gezogenem Hut Einzug in das allgemeine Bewußtsein gehalten hat, sondern vielmehr um eine Kooperation von Privatperson und Ermittlungsbehörden. Ob die Initiative dazu von dem jeweiligen privaten Ermittler oder den Ermittlungsbehörden ausgeht, spielt dabei keine Rolle. Entscheidend ist lediglich, daß dieser in Kenntnis und im Einverständnis der Behörden ermittelnd tätig wird.

Angesprochen sind damit in erster Linie Fallkonstellationen, in denen Ermittlungen durch die Strafverfolgungsbehörden für sich genommen keine Aussicht auf Erfolg bieten – beispielsweise, weil Informationen benötigt werden, zu denen die Ermittlungsbehörden für gewöhnlich keinen Zugang haben. In einer solchen Konstellation greifen sie deshalb (ergänzend) auf Privatpersonen zurück und setzen diese gezielt für bestimmte Ermittlungsaufgaben ein. Ein derartiger Rückgriff auf private Ermittler erfolgt etwa dann, wenn die Ermittlungsbehörden aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Hindernisse nicht eigenhändig tätig werden können. In diesen Kontext gehören etwa Konstellationen, in denen der Ermittlungscharakter einer bestimmten Maßnahme gegenüber der jeweiligen Zielperson verheimlicht werden soll. Denkbar ist auch, daß Privatpersonen für Ermittlungsmaßnahmen eingesetzt werden, die im Widerspruch zu den Bestimmungen der StPO stehen oder dem Ansehen des Staates in der Öffentlichkeit schaden könnten. Private Ermittler werden also gezielt mit Ermittlungsaufgaben betraut, die die Strafverfolgungsbehörden nicht eigenhändig durchführen können oder wollen, deren Ergebnis aber gleichwohl zur Sachverhaltsaufklärung oder für die Schaffung einer hinreichenden Beweisgrundlage benötigt wird.

Erfäßt werden dabei nicht nur solche Fälle, in denen Privatpersonen von den Ermittlungsbehörden zur Vornahme bestimmter Ermittlungen „eingesetzt“ werden, sondern auch solche, in denen der Anstoß zu der jeweiligen Ermittlungshandlung von dem privaten Ermittler ausgeht, dieser sich also seinerseits an die

Strafverfolgungsbehörden wendet und zur Durchführung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen bereit erklärt oder den Behörden Informationen anbietet.

„Private Beiträge“ sind somit „echte“ Ermittlungsbeiträge. Sie beschränken sich weder auf bloße Unterstützungshandlungen noch darauf, zufällig gemachte Wahrnehmungen von Straftaten oder deren Begehung an die Ermittlungsbehörden weiterzugeben. Anders als reine Zeugen betätigen sie sich vielmehr als aktive „Informationsbeschaffer“ und werden auch als solche von den Ermittlungsbehörden eingesetzt. Der Rückgriff auf Privatpersonen ist deshalb im Hinblick auf das konkrete Einsatzprofil eher mit der Tätigkeit von V-Leuten¹ oder Verdeckten Ermittlern² als mit der eines Informanten³ vergleichbar.

I.) „Private Beiträge“ im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen

Soweit mit „privaten Ermittlungsbeiträgen“ eine Beteiligung von Privatpersonen an den staatlichen Ermittlungsmaßnahmen umschrieben wird, ist damit zugleich klar gestellt, daß sich die private Ermittlungstätigkeit im Regelfall auf die Klärung einzelner Sachverhaltsaspekte und nicht auf eine vollständige Tataufklärung abzielt. Typischer Beispielsfall ist insoweit eine Ausforschung verdächtiger oder beschuldigter Personen und ihres unmittelbaren persönlichen Umfeldes⁴.

¹ Zur Begriffsbestimmung s. Ziff. I, 2.2, Anlage D, RiStBV (Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung (im Folgenden: Gemeinsame Richtlinien), abgedruckt bei Meyer-Goßner⁵¹, Anh 12 RiStBV): „V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird.“

² Zur Begriffsbestimmung s. Meyer-Goßner⁵¹, § 110a, Rn. 2 unter Hinweis auf BGHSt 41, 64 (65): „Unter die Regelung der §§ 110a ff. StPO fallen nur Beamte des Polizeidienstes, die unter einer Legende [...] ermitteln. Wesentlich für die Bewertung als Verdeckter Ermittler ist, daß der Ermittlungsauftrag über einzelne wenige, konkret bestimmte Ermittlungshandlungen hinausgeht, daß eine unbestimmte Vielzahl von Personen über die wahre Identität des verdeckt operierenden Polizeibeamten getäuscht werden muß und daß wegen der Art und des Umfangs des Auftrages von vornherein abzusehen ist, daß die Identität des Beamten in künftigen Strafverfahren auf Dauer geheim gehalten werden muß.“

³ Zur Begriffsbestimmung s. Ziff. I, 2.1, Anlage D, RiStBV: „Informant ist eine Person, die im Einzelfall bereit ist, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben.“ BGHSt 32, 115 (121) führt in diesem Zusammenhang beispielhaft Taxifahrer, Kellner und Gastwirte an, die – selbst unbescholtene Bürger – berufsbedingt Berührung mit dem kriminellen Milieu haben können und als gelegentliche Hinweisgeber oder Informanten (im Ausnahmefall auch als V-Leute) in Frage kommen.

⁴ Beispielsweise bedienten sich die Ermittlungsbehörden zur Aufklärung des Mordfalls „Sedlmayr“ (BGHSt 40, 211 ff.; BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, NStZ 2000,

Private Ermittlungsbeiträge sind damit – bedingt durch das jeweilige Einsatzprofil – naturgemäß heimlicher Natur. Ihr Erfolg hängt entscheidend davon ab, daß der Ermittlungscharakter der betreffenden Maßnahme gegenüber der jeweiligen Zielperson nicht zutage tritt. Dazu wird der private Ermittler gezielt auf den Beschuldigten „angesetzt“. Dabei soll er nach Möglichkeit dessen Vertrauen zu gewinnen und das so geschaffene Vertrauensverhältnis dazu ausnutzen, den Beschuldigten über die diesem zur Last gelegten Straftaten „auszuhorchen“. Gelingt es ihm tatsächlich, den jeweiligen Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen zu verleiten, kann er in einem späteren Gerichtsverfahren dazu als Zeuge vernommen werden. Alternativ kann der private Ermittler entsprechende Unterhaltungen mit dem Beschuldigten auch mitschneiden (lassen)⁵ oder den Ermittlungsbehörden die Möglichkeit einräumen, diese – etwa über technische Mithöreinrichtungen – unmittelbar mitzuverfolgen⁶.

Entsprechende Fallkonstellationen zeichnen sich in der Praxis häufig dadurch aus, daß der jeweilige private Ermittler bereits persönliche Beziehungen zu dem Beschuldigten oder dessen Umfeld unterhält. Dabei kann es sich um (ehemalige) Liebesbeziehungen handeln, um Freundschaften oder lose Bekanntschaften, aber auch um lediglich zufällige Begegnungen, aus denen eine persönliche Bindung entsteht – etwa aufgrund eines gemeinsamen Haftaufenthaltes. Gemeinsam ist diesen Konstellationen, daß die persönliche Beziehung zwischen privatem Ermittler und Beschuldigtem bzw. dessen Umfeld gezielt zu Ermittlungszwecken instrumentalisiert wird. Dabei geht es nicht zwangsläufig darum, aktiv auf die Kontaktperson einzuwirken und diese auf diese Weise dazu zu bringen, sich selbst oder einen Dritten zu belasten. Ausreichend ist oftmals vielmehr bereits die Existenz (oder die Schaffung) eines Vertrauensverhältnis-

489 f.) zweier V-Leute, die Kontakt zu den beiden Hauptverdächtigen und deren persönlichen Umfeld aufnehmen sollten. Es gelang ihnen, das Vertrauen der Verlobten eines der beiden Verdächtigen zu gewinnen, so daß diese bestimmte Verdachtsmomente gegen ihren Verlobten äußerte, die schließlich zu dessen Verurteilung führten.

⁵ Vgl. beispielhaft dazu die Fallkonstellation von BGHSt 52, 11 (13 f.): Ein Verdeckter Ermittler sprach den Beschuldigten gezielt auf die diesem zur Last gelegte Straftat an. Dabei bedrängte er den Beschuldigten unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis, wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Der Beschuldigte, der sich das Vertrauen des Verdeckten Ermittlers im Hinblick auf seine verbleibende Haftzeit und geplante gemeinsame Geschäfte erhalten wollte, räumte daraufhin seine Täterschaft ein. Dabei schilderte er – auf entsprechende Nachfragen des Verdeckten Ermittlers – Einzelheiten des Tatgeschehens sowie die Beseitigung der Tatsspuren. Das Gespräch wurde aufgrund entsprechender Beschlüsse des Amtsgerichts abgehört und mitgeschnitten.

⁶ Vgl. die Fallkonstellation von BGHSt 42, 139 ff.: Ein Zeuge berichtete gelegentlich seiner polizeilichen Vernehmung, daß der spätere Angeklagte ihm im Rahmen eines Telefones seine Beteiligung an einem Raubüberfall eingeräumt habe. Daraufhin veranlaßte die Polizei ein zweites Telefonat, das ein Dolmetscher über einen Zweitapparat mitverfolgte.

ses, aufgrund dessen sich die Zielperson freiwillig gegenüber dem privaten Ermittler zu eigenen Straftaten oder denen eines Dritten einläßt. Charakteristisch ist mithin, daß ein – tatsächlich bestehendes oder zumindest angenommenes – Vertrauensverhältnis zu Ausforschungswelcken verwandt wird.

Der Erfolg derartiger privater Ermittlungsbeiträge resultiert daraus, daß sich die jeweilige Zielperson – anders als bei einer polizeilichen Vernehmung – nicht mit einer strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahme konfrontiert sieht. Wenn sie von einer anderen Privatperson auf eine bestimmte Straftat angesprochen wird, bzw. sich in einer entsprechenden Weise gegenüber einer anderen Privatperson äußert, geht sie (zumindest) stillschweigend davon aus, daß Polizei und Staatsanwaltschaft keine Kenntnis von dem jeweiligen Gespräch und dessen Inhalt erhalten. Sie realisiert deshalb auch nicht, daß es sich bei der fraglichen Begegnung oder Unterhaltung tatsächlich um ein inszeniertes Zusammentreffen handelt, das lediglich dem Zweck dient, bestimmte Verdachtsmomente zu verifizieren und mit Beweismitteln zu belegen.

Dieser Irrtum kann im Wege eines Rückgriffs auf einen privaten Ermittler gezielt zu Ermittlungszwecken ausgenutzt werden. Die Zielperson versieht sich keiner staatlichen Ausforschung, weil sie davon ausgeht, ein vertrauliches Gespräch mit einer anderen Privatperson zu führen. Sie ist deshalb eher bereit, sich selbst oder eine ihr nahestehende Person mit einer bestimmten Straftat in Verbindung zu bringen oder zu belasten, als im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung – zumal sie von der Diskretion ihres Gesprächspartners ausgeht.

Dieser Irrtum wird zusätzlich dadurch bestärkt, daß es sich bei dem privaten Ermittler um einen persönlichen Bekannten handelt, dem eine (ohnehin fernliegende) Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden erst recht nicht zugetraut wird. Gleichzeitig kann die persönliche Beziehung zwischen Zielperson und privatem Ermittler gesondert als „Druckmittel“ eingesetzt werden, indem unter Hinweis auf das „bestehende Vertrauensverhältnis“ Offenbarung verlangt wird.⁷

II.) Private Ermittlungstätigkeit als gesetzlicher Sonderfall

Private Ermittlungstätigkeit – und damit zugleich die hier interessierende Fallgruppe privater Ermittlungsbeiträge – nimmt im Kanon der strafrechtlichen Ermittlungsmethoden eine Sonderstellung ein. Die Beteiligung von Privatpersonen an der Sachverhaltaufklärung ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Die StPO geht vielmehr von dem Bild einer staatlichen Strafverfolgung aus. Dementsprechend ist die Sachverhaltaufklärung – also die eigentliche strafrechtliche Er-

⁷ Vgl. insoweit die BGHSt 52, 11 ff. zugrundeliegende Fallkonstellation.

mittlungstätigkeit – den staatlichen Strafverfolgungsorganen, d.h. Polizei, Staatsanwaltschaft und (in eingeschränktem Maße) der Strafgerichtsbarkeit zugewiesen. Dieser Ermittlungsauftrag ist Ausdruck des strafprozessualen Ermittlungsgrundsatzes⁸, ausweislich dessen die Sachverhaltaufklärung in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen zu erfolgen hat.⁹

1.) Historische Entwicklung

Die Monopolisierung der Strafverfolgung in den Händen der Strafverfolgungsorgane ist historisch bedingt und hat ihre Ursache in der Entwicklung des deutschen Strafverfahrens.

Diese ist durch eine zunehmende Herausbildung, Ausdehnung und Verfestigung staatlicher Macht gekennzeichnet, die mit einer allmählichen Verstaatlichung des eigentlichen Konflikts zwischen Täter und Verletztem einhergeht.¹⁰ Die Privatklage des germanischen Rechts wurde dabei zunehmend durch eine staatliche Strafverfolgung von Amts wegen – ex officio – zurückgedrängt. Dementsprechend war die Privatklage in der *Constitutio Criminalis Carolina* Kaiser Karls V. zwar noch neben der Strafverfolgung von Amts wegen vorgesehen, faktisch war sie jedoch bereits im Absterben begriffen.¹¹

Auch in der Theorie hat sich die Überzeugung durchgesetzt, daß Verbrechensbekämpfung im Wege gerichtlicher Durchsetzung der Strafnormen vorrangig Aufgabe der Staatsorgane ist.¹² Diese Entwicklung wurde von einem allmählichen Umbruch im Beweisrecht begleitet. An die Stelle einer Bekräftigung der Wahrheit der eigenen Behauptung durch eine Berufung auf überirdische Mächte (Gottesurteile, Zweikämpfe) wurden externe, rational nachprüfbare Indizien gesetzt.¹³ Im Sanktionenrecht des materiellen Strafrechts vollzog sich ein Wandel dahingehend, daß das bislang vorherrschende Kompositionensystem¹⁴

⁸ Andere Bezeichnungen sind „Instruktionsprinzip“, „Amtsaufklärungsgrundsatz“, „Untersuchungsgrundsatz“ und „Inquisitionsmaxime“, wobei letztere wegen des gebräuchlichen Begriffs des Inquisitionsprozesses alsweise kritisch gesehen wird (so etwa LR²⁶-Kühne, Einl. Abschn. I, Rn. 30; Beulke, Strafprozeßrecht¹⁰, Rn. 21).

⁹ Statt vieler, s. lediglich LR²⁶-Kühne, Einl. Abschn. I, Rn. 30. Grundlegend dazu Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Teil I², Rn. 363 ff.; s. auch KK⁶-Pfeiffer/Hannich, Einl., Rn. 7; Henkel, Strafverfahrensrecht², S. 102 ff.

¹⁰ Im einzelnen Weigend, Deliktstypen und Strafverfahren, S. 24 ff., 93 ff.

¹¹ Roxin, Strafverfahrensrecht²⁵, § 12, Rn. 3.

¹² Weigend, Deliktstypen und Strafverfahren, S. 94 f.

¹³ Eb. Schmidt, Geschichte der deutschen Strafrechtspflege³, § 65.

¹⁴ Dazu Rüping/Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte⁵, Rn. 8, 14 ff.; Eb. Schmidt, Geschichte der deutschen Strafrechtspflege³, § 7.

durch die Einführung peinlicher Strafen abgelöst wurde.¹⁵ Private Strafverfolgung und Konfliktbeilegung im Wege von Bußleistungen – eine Kombination von immateriellem Schadensersatz und „Abkauf des Racherechts“ – wurden durch staatliche Strafverfolgung und Sanktionierung der Straftat ersetzt, die Opfer und Täter in gleichem Maße isolierten und neutralisierten. Der einzelne verzichtet im Interesse der Allgemeinheit auf eigene Vergeltungsmaßnahmen gegen den Schädiger und überträgt sein persönliches „Recht auf Vergeltung“ auf die staatliche Gemeinschaft, die dieses im Namen aller ihrer Angehörigen ausübt. An die Stelle der Rache tritt dabei der Gedanke einer Wiederherstellung des durch die Straftat gestörten Rechtsfriedens in Form einer Bestrafung des Täters durch und im Namen der Gemeinschaft.

2.) Prinzip der materiellen Wahrheit

Resultat dieser Entwicklung ist das Strafverfahren der StPO in seiner heutigen Form, das die Verfolgung und die Ahndung strafbaren Verhaltens als Aufgabe der im Staat verfaßten Rechtsgemeinschaft ansieht.¹⁶

Damit steht dieses im Gegensatz zu dem angloamerikanischen Strafprozeß, der dadurch gekennzeichnet ist, daß Anklage und Verteidigung den Sachverhalt darlegen, wie er sich aus ihrer Sicht darstellt, und Beweismittel präsentieren, die diese stützen (Verhandlungsmaxime).¹⁷ Entsprechendes gilt für das Zivilverfahren der ZPO, das auf der Dispositionsmaxime beruht und das erkennende Gericht in seiner Entscheidung an den Sachvortrag und die Beweisangebote der Parteien bindet und darauf beschränkt¹⁸. Diesem zivilprozessualen „Prinzip der formellen Wahrheit“¹⁹ wird im Strafverfahren das Prinzip der materiellen Wahrheit gegenüber gestellt. Leitgedanke und Ziel der StPO ist mithin die Aufklärung des tatsächlichen historischen Geschehens, nicht die bloße Feststellung des Sachverhalts, wie er sich aus Sicht der Prozeßbeteiligten darstellt.

Diese Ausrichtung der Sachverhaltaufklärung am Prinzip der materiellen Wahrheit ist nur in eingeschränktem Maße mit privater Ermittlungstätigkeit in Einklang zu bringen. Privatpersonen verfolgen – anders als die Strafverfolgungsorgane, die zumindest nach der gesetzlichen Konzeption zur Objektivität

¹⁵ Eb. Schmidt, Geschichte der deutschen Strafrechtspflege³, §§ 7-9, 40 ff.

¹⁶ Statt aller, s. nur KK⁶-Pfeiffer/Hannich, Einl., Rn. 4; LR²⁶-Kühne, Einl. Abschn. I, Rn. 14; Meyer-Goßner⁵¹, § 152, Rn. 1.

¹⁷ Hay, US-Amerikanisches Recht³, Rn. 724.

¹⁸ Eingehend Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht¹⁶, § 76, Rn. 1 ff.

¹⁹ Roxin, Strafverfahrensrecht²⁵, § 15, Rn. 3; Beulke, Strafsprozeßrecht¹⁰, Rn. 21.

und Neutralität verpflichtet sind²⁰ – regelmäßig eigene Ziele und Absichten, wenn sie Nachforschungen in einer Strafsache anstellen. Ergebnisoffene Ermittlungen, wie sie Offizialmaxime und Ermittlungsgrundsatz fordern, können sie nicht leisten. Das gilt zumal dann, wenn sie als Opfer oder Beschuldigte, als Rechtsbeistand oder Nebenkläger unmittelbar an dem Verfahren beteiligt sind.

Vor diesem Hintergrund sieht das Gesetz für Privatpersonen eine im wesentlichen passive Verfahrensrolle vor. Die StPO begreift Privatpersonen in erster Linie als „Erkenntnisquellen“ staatlicher Ermittlungstätigkeit und beschränkt sich darauf, Voraussetzungen für deren Inanspruchnahme zu normieren.²¹ Klar gestellt ist damit zugleich daß die StPO eine aktive Beteiligung von Privatpersonen an strafrechtlichen Ermittlungen – ungeachtet von § 127 Abs. 1 StPO – grundsätzlich nicht vorsieht. Die Strafverfolgung obliegt vielmehr den staatlichen Ermittlungsbehörden, denen dazu bestimmte Ermittlungsbefugnisse eingeräumt und bestimmte Ermittlungsinstrumentarien an die Hand gegeben werden.

III.) Keine Absage an die prinzipielle Zulässigkeit privater Beteiligung

Der grundsätzlichen Zulässigkeit privater Ermittlungstätigkeit wird damit allerdings ebensowenig eine Absage erteilt wie einer Beteiligung von Privatpersonen an den staatlichen Ermittlungen.²² Die StPO setzt private Ermittlungstätigkeit an manchen Stellen vielmehr sogar ausdrücklich voraus. Dies verdeutlicht beispielsweise die Normierung des Privatklageverfahrens (§§ 374 ff. StPO), das

²⁰ In der Praxis ist die staatliche Strafverfolgung allerdings oftmals eher durch eine Überbetonung belastender Umstände als durch eine Ausrichtung an dem Grundsatz „in dubio pro reo“ gekennzeichnet. Als Grund für diese Entwicklung werden neben der Konfrontation der Ermittlungsbehörden mit dem Opfer der Straftat und dem durch die Berichterstattung in den Medien erzeugten Druck der Öffentlichkeit (*Kühne, Strafprozeßrecht*⁷, Rn. 350; *Rückel*, FS Peters II, 265 (268)) vor allem die sozialpsychologische Theorie der sog. „kognitiven Dissonanz“ (eingehend dazu *Köhnken*, MschrKrim 80 (1997), 290 (294)) angeführt (*Baumann*, Eigene Ermittlungen des Verteidigers, S. 43). Danach lösen Informationen, die den eigenen Überlegungen zuwiderlaufen, einen psychischen Spannungszustand aus, der dadurch reduziert wird, daß unbewußt bevorzugt nach Informationen gesucht wird, die den eigenen Vorstellungen entsprechen. Informationen, die diesen widersprechen, werden hingegen – ebenfalls unbewußt – vermieden (*Köhnken*, a.a.O., S. 294).

²¹ Dabei differenziert das Gesetz nach der Rolle, die die jeweilige Privatperson in dem konkreten Verfahren einnimmt So dürfen beispielsweise Beschuldigte und Verdächtige grundsätzlich unter geringeren Voraussetzungen in Anspruch genommen werden als unbeteiligte Dritte (vgl. diesbezüglich etwa die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen von Durchsuchungen beim Verdächtigen (§ 102 StPO) und Durchsuchungen bei sonstigen Personen (§ 103 StPO)).

²² Vgl. insofern *Peters, Strafprozeß*⁴, § 27: „Die Strafverfolgung ist grundsätzlich Angelegenheit amtlicher Stellen, jedoch hat auch die Privatperson wichtige Funktionen bei der Einleitung und Durchführung von Strafverfahren.“.

Beweisantragsrecht von Angeklagtem (§§ 166, 219, 244 ff. StPO) und Nebenkläger (§ 397 Abs. 1 StPO) sowie das Wiederaufnahmeverfahren (§§ 359 ff. StPO) bei Bekanntwerden neuer tatsächlicher Umstände.

Den darin zum Ausdruck kommenden prozessualen Rechtspositionen ist gemeinsam, daß sie – sollen sie nicht im Ergebnis leer laufen – eigene Ermittlungen des Betroffenen bzw. seines anwaltlichen Vertreters voraussetzen. Erforderlich ist vielmehr jeweils eine faktische oder argumentative Grundlage²³, die nur im Wege eigener (privater) Ermittlungen geschaffen werden kann.

So setzt etwa ein Beweisantrag die Bezeichnung einer bestimmten Beweistatsache und die Angabe eines bestimmten Beweismittels voraus.²⁴ Voraussetzung dafür ist ein Mindestmaß an Sachverhaltskenntnis. Deshalb entspricht es verbreiteter Auffassung²⁵, daß zumindest den konkret am Verfahren beteiligten Personen – d.h. in erster Linie dem Angeklagten, dem Nebenkläger bzw. dem Verletzten sowie deren Rechtsbeiständen – eine eigene Ermittlungsbefugnis im Strafverfahren zukommt. Andernfalls ist eine sachgerechte Vorbereitung bzw. Durchführung der jeweiligen Maßnahme in der Praxis oftmals nicht möglich.

Gleichwohl nimmt private Ermittlungstätigkeit im Strafverfahren eine Sonderstellung ein und stellt – systemimmanent – die Ausnahme dar. Dies gilt schon deshalb, weil eine umfassende Ermittlungstätigkeit als Grundvoraussetzung einer effektiven Strafverfolgung nur von den staatlichen Behörden geleistet werden kann. Nur diese verfügen über die dazu erforderliche Ausstattung und die notwendigen Mittel. Und nur diese können garantieren, daß die Strafverfolgung ohne Ansehen von Person, Position und Tat des Verdächtigen erfolgt.

Private Ermittlungstätigkeit beschränkt sich demgegenüber auf Einzelfälle. Privatpersonen stellen Nachforschungen hinsichtlich solcher Straftaten an, von denen sie persönlich betroffen sind, oder von denen sie auf die eine oder andere Weise Kenntnis erhalten haben – beispielsweise in ihrer Funktion als Verteidiger bzw. Verletztenbeistand oder als ein mit der Durchführung von Ermittlungen beauftragter Detektiv. Die Berechtigung, eigene Ermittlungen vorzunehmen, resultiert dabei – anders als im Falle der staatlichen Behörden – nicht aus einer gesetzlichen Ermächtigung bzw. Verpflichtung, sondern rechtfertigt sich aus der eigenen Verfahrensrolle oder den grundrechtlichen Garantien der Artt. 2, 12, 14 GG. Soweit danach mithin die eigene Verfahrensrolle bzw. die Reichweite des Grundrechtsschutzes – d.h. subjektive Rechtspositionen – den Umfang zuläßi-

²³ KK⁵-Herdegen, § 244, Rn. 44; ders., StV 1990, 518 (519).

²⁴ Meyer-Goßner⁵¹, § 244, Rn. 19 ff.; KK⁶-Fischer, § 244, Rn. 67 ff.

²⁵ Vgl. etwa Roxin, Strafverfahrensrecht²⁵, § 24, Rn. 48; Baumann, Eigene Ermittlungen des Verteidigers, S. 46 f.; Bockemühl, Private Ermittlungen im Strafprozeß, S. 32 ff.

ger privater Nachforschungen definieren und zugleich begrenzen, begründet dies die angesprochene Sonderstellung privater Ermittlungstätigkeit.

Innerhalb des Bereichs der privaten Ermittlungstätigkeit kommt der hier interessierenden Fallgruppe der privaten Ermittlungsbeiträge eine zusätzliche Ausnahmestellung zu. Im Unterschied zu den vorgenannten Fallkonstellationen betreffen private Ermittlungsbeiträge regelmäßig Nachforschungen in einem Verfahren, das den jeweiligen privaten Ermittler selbst nicht betrifft und an dem er auch nicht in der einen oder anderen Weise beteiligt ist. In derartigen Fallkonstellationen sind private Nachforschungen somit gerade nicht Ausdruck einer effektiven Wahrnehmung der eigenen Verfahrensrolle und können – anders als die Nachforschungen von Beschuldigtem, Opfer, Nebenkläger sowie deren Rechtsbeistände und etwaig beauftragter Privatdetektive – nicht auf subjektive Rechtspositionen, wie die Subjektstellung des Beschuldigten²⁶ oder das Recht auf verfahrensmäßige Selbständigkeit²⁷ gestützt werden.

Derartige private Ermittlungsbeiträge sind dementsprechend nicht auf eine Verbesserung der eigenen prozessualen Situation gerichtet, sondern dienen vielmehr der Sachverhaltsaufklärung und der Schaffung einer hinreichenden Beweisgrundlage. Der private Ermittler übernimmt mithin faktisch die Rolle der Strafverfolgungsbehörden und klärt als „Agent des Staates“²⁸ bestimmte Aspekte einer Straftat auf, die ihn in seiner eigenen Person nicht berührt. Die hier interessierenden Fallkonstellationen sind deshalb – unbeschadet des Umstandes, daß eine Privatperson ermittelnd tätig wird – wertungsmäßig den staatlichen Strafverfolgungsmaßnahmen zuzurechnen. Als „funktional staatliche“²⁹ Ermittlungsmaßnahmen müssen sie deshalb grundsätzlich den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, die an jede Form hoheitlicher Eingriffe in subjektive Rechtspositionen zu stellen sind.

Durchgreifende rechtliche Bedenken gegen die prinzipielle Zulässigkeit derartiger Ermittlungsmethoden bestehen gleichwohl nicht. § 244 Abs. 2 StPO

²⁶ Dem Beschuldigten kommt im Strafverfahren der StPO – anders als im gemeinrechtslichen Inquisitionsprozeß – die Rolle eines mit selbständigen Verfahrensrechten und -pflichten ausgestatteten Prozeßsubjektes zu (Allgemeine Ansicht, s. lediglich BVerfGE 57, 250 (275); 63, 380 (390); *Peters*, Strafprozeß⁴, § 28 III, IV; *Roxin*, Strafverfahrensrecht²⁵, § 18, Rn. 1, § 25, Rn. 1; KMR-Sax, Einl. IV, Rn. 20; LR²⁵-*Rieß*, Einl. Abschn. I, Rn. 65 f.; *Meyer-Goßner*³¹, Einl., Rn. 80.). Diese Subjektstellung räumt dem Beschuldigten die Möglichkeit ein, am Verfahren mitzuwirken und insbesondere auch auf die Sachverhaltsaufklärung Einfluß zu nehmen (*Peters*, Strafprozeß⁴, § 28 III, 1).

²⁷ BVerfGE 38, 105 (111 ff.).

²⁸ EGMR, Allan v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 05.11.2002, StV 2003, 257 (259), Tz. 51.

²⁹ *Gaede*, StV 2004, 46 (51).

stellt vielmehr klar, daß das Gericht die angeklagte Tat eigenhändig und erschöpfend zu untersuchen hat.³⁰ Nichts anderes ergibt sich der Sache nach aus dem strafprozessualen Ermittlungsgrundsatz. Auch dieser verpflichtet die Staatsanwaltschaft zur Vornahme sämtlicher zur Sachverhaltsaufklärung gebotener Ermittlungshandlungen. Im Rahmen der Erforschung der Wahrheit müssen deshalb grundsätzlich sämtliche zur Verfügung stehenden Erkenntnis- und Informationsquellen ausgewertet werden – unabhängig davon, ob es sich dabei um „staatliche“ oder „private“ Ermittlungsergebnisse handelt. Grenzen sind den Ermittlungen lediglich durch §§ 51, 66 BZRG sowie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesetzt. Die Bedeutung der jeweiligen Sache – d.h. die Schwere der aufzuklärenden Straftat – ist in diesem Zusammenhang ebenso entscheidend, wie Art und Grad der Beeinträchtigung, die für den Betroffenen mit der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme verbunden ist.³¹ Solange sich der Rückgriff auf private Ermittlungstätigkeit also nicht als unverhältnismäßiges Mittel darstellt, dürfen die Strafverfolgungsbehörden mithin auch Privatpersonen zu Ermittlungszwecken einsetzen, sofern dies im Hinblick auf die Falllösung geboten erscheint.

§ 2 PROBLEMATIK PRIVATER ERMITTLEMENTSBEITRÄGE

Kann die Zulässigkeit privater Ermittlungsbeiträge danach aus § 244 Abs. 2 StPO bzw. aus dem Ermittlungsgrundsatz abgeleitet werden, ist damit noch nichts über die Rechtmäßigkeit solcher Ermittlungshandlungen ausgesagt.

Dem kommt jedoch im Hinblick auf die Frage nach der Verwertbarkeit entsprechend erlangter Beweismittel eine erhebliche Bedeutung zu, da letztlich die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Ermittlungsmaßnahme darüber entscheidet, ob ein Beweismittel im weiteren Verfahrensverlauf verwertet werden darf. Der konkret Betroffene hat dabei ein vitales Interesse daran, die Rechtmäßigkeit einer Ermittlungsmaßnahme möglichst frühzeitig klären lassen zu können, weil die Beeinträchtigung, die von der Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels ausgeht, regelmäßig irreversibel ist.

³⁰ LR²⁵-Gollwitzer, § 244, Rn. 38 ff.; KK⁶-Fischer, § 244, Rn. 32.

³¹ Meyer-Goßner⁵¹, § 160, Rn. 21. Ausweislich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit muß eine Maßnahme unter Würdigung aller persönlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalls zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet und erforderlich sein. Zudem darf der mit der jeweiligen Maßnahme verbundenen Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts stehen (BVerfGE, 30, 1; 59, 95; 67, 157 (173)). Das ist regelmäßig dann nicht der Fall, wenn das beabsichtigte Ermittlungsziel auch mit einem mildernden Mittel erreicht werden kann. Dieses Verbot des Übermaßes setzt der Zulässigkeit eines ansonsten zulässigen Eingriffs bei dessen Anordnung, Vollziehung und Fortdauer eine Grenze (BVerfGE 32, 373 (389); 34, 238 (246), s. zudem die Darstellung bei Meyer-Goßner⁵¹, Einl., Rn. 20 f.).

I.) Präventiver Rechtsschutz gegen Strafverfolgungsmaßnahmen

Der Rechtsschutz der StPO gegen Ermittlungshandlungen der Strafverfolgungsorgane ist dementsprechend im wesentlichen präventiv ausgerichtet. Die Strafverfolgungsorgane sollen dazu angehalten werden, die Rechtmäßigkeit einer Ermittlungsmaßnahme schon im Vorfeld sicherzustellen. Umgekehrt soll dem Betroffenen auf diese Weise ermöglicht werden, entsprechende Maßnahmen bereits vor ihrer Durchführung richterlich auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu lassen. Dahinter steht der Gedanke, daß eine nachträgliche Sanktionierung von strafprozessuellen Grundrechtseingriffen, bzw. deren Kompensation im Wege von Entschädigungszahlungen den Betroffenen oft nur unzureichend schützt. Das gilt insbesondere im Bereich des Beweisrechts, weil die mit der Offenlegung eines bestimmten Sachverhaltes – beispielsweise mit der Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen – verbundene Beeinträchtigung regelmäßig nicht mehr rückgängig gemacht werden kann – auch wenn nachträglich festgestellt wird, daß die fragliche Ermittlungsmaßnahme rechtswidrig gewesen ist.

Mittel des präventiven Rechtsschutzes sind insbesondere die spezifisch verfassungsrechtlichen Schutzmechanismen, wie die Bindung der Strafverfolgungsorgane an die Grundsätze vom Vorrang und vom Vorbehalt des Gesetzes³² sowie die unbedingte Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes³³. Flankiert werden diese durch § 98 Abs. 2 S. 2 StPO bzw. § 304 StPO, die es dem Betroffenen ermöglichen, strafprozessuale Zwangsmaßnahmen – unabhängig von der Person des Anordnenden – jederzeit richterlich überprüfen zu lassen.

Dem Bereich des präventiven Rechtsschutzes gehören auch die sog. Beweisverbote an. Bei diesen handelt es sich um gesetzlich normierte Ausnahmen von dem Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit, die Art und Umfang von Beweisgewinnung und Beweisverwertung reglementieren. Bestimmte Umstände dürfen danach nicht zum Gegenstand der Sachverhaltaufklärung gemacht werden, bestimmte Beweisergebnisse – beispielsweise wegen der Umstände ihrer Erlangung – im weiteren Verfahren nicht berücksichtigt werden.

Diese Schutzinstrumente laufen allerdings weitgehend leer, wenn anstelle der staatlichen Strafverfolgungsorgane Privatpersonen ermittelnd tätig werden.

Die StPO gehört als Teil des Verfahrens- und damit des formellen Rechts³⁴ zum Komplex des öffentlichen Rechts und findet grundsätzlich³⁵ keine Anwen-

³² Die StPO basiert auf dem Prinzip der sog. Einzeleingriffsermächtigung (*Beulke*, Strafprozeßrecht¹⁰, Rn. 104). Jeder Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen bedarf folglich einer gesonderten gesetzlichen Ermächtigung.

³³ Ständige Rspr., z.B. BVerfGE 27, 211 (219); 30, 1 ff.

³⁴ *Roxin*, Strafverfahrensrecht²⁵, § 1, Rn. 10.

dung auf Subjekte des Privatrechts.³⁶ Privatpersonen werden in ihrer Ermittlungstätigkeit deshalb nicht durch die StPO sondern durch die Vorschriften des materiellen Rechts – im wesentlichen durch die Strafvorschriften des StGB – reglementiert. Damit korrespondiert ein durch StGB und BGB vermitteltes Rechtsschutzsystem, das sich weitestgehend darauf beschränkt, Verstöße gegen materielles Recht zu sanktionieren bzw. nachträglich zu kompensieren. Vorbeugende Abwehrmaßnahmen gegen eine drohende Beeinträchtigung subjektiver Rechtsgüter durch private Strafverfolgungsmaßnahmen – etwa gem. §§ 823, 1004 BGB bzw. § 906 BGB oder gem. §§ 859 ff. BGB – bestehen demgegenüber nur im Ausnahmefall³⁷ und beschränken sich zudem im Wesentlichen auf die Abwehr von Besitz- oder Eigentumsstörungen

Die Unanwendbarkeit der Vorschriften der StPO begründet dabei einen erheblich geringeren Grad an gesetzlicher Reglementierung und damit umgekehrt zugleich ein geringeres gesetzliches Schutzniveau der von der fraglichen privaten Ermittlungsmaßnahme konkret Betroffenen. Vorschriften, die – vergleichbar den Beweisverboten – Art und Umfang von Beweisgewinnung und -verwertung beschränken, fehlen völlig. BGB und StGB können die private Beweisgewinnung somit allenfalls mittelbar reglementieren, indem bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe gestellt bzw. zum Gegenstand zivilrechtlicher Schadensersatz- und Abwehransprüche gemacht werden.

Dessen ungeachtet sind die Vorschriften von BGB und StGB auch zu allgemein gefaßt, als daß sie eine wirksame Handhabe gegen die spezielle Problematik privater Strafverfolgungsmaßnahmen bieten könnten:

Beispielsweise stellt § 242 StGB Diebstahl unter Strafe. Dies gilt naturgemäß auch für den Diebstahl von Beweismaterial. Derjenige private Ermittler, der Beweismaterial entwendet, macht sich somit strafbar und wird – seine strafgerichtliche Verurteilung vorausgesetzt – ggf. auch dafür bestraft. Darüber hinausgehende Vorgaben, ob entsprechend erlangtes Beweismaterial auch in einem etwaigen Verfahren gegen einen Dritten verwertet werden darf, lassen sich dieser Vorschrift hingegen nicht entnehmen. § 242 StGB schützt die Verfü-

³⁵ Eine Ausnahme bildet insofern § 127 Abs. 1 StPO, der ausdrücklich „jedermann“ dazu ermächtigt, auf frischer Tat betroffene oder verfolgte Personen vorläufig festzunehmen.

³⁶ BGHSt 27, 355 (357); 36, 167 (172); Rogall, JZ 2008, 818 (828) m.w.N.

³⁷ Zivilrechtliche Unterlassungsansprüche gem. §§ 823, 1004 BGB setzen Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr voraus (Palandt⁶⁸-Sprau, Einf v § 823, Rn. 20). Die (künftig) zu unterlassende Handlung muß dementsprechend bereits eingetreten sein oder zumindest ernstlich zu besorgen sein (BGH, NJW 1951, 843).

gungsmöglichkeit sowie den Gewahrsam des Rechtsgutinhabers.³⁸ Weitergehende Aussagen im Hinblick darauf, ob es ihr Schutzzweck erfordert, die Vorschrift „im Sinne einer Flankierung durch ein Verbot des verfahrenswidrig Erlangten zu ergänzen“³⁹, enthält § 242 StGB nicht. Dies hat zur Folge, daß ein Verstoß gegen materielles Recht grundsätzlich keine prozessualen Konsequenzen nach sich zieht.

Mit den schlechteren Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen gegen private Strafverfolgungsmaßnahmen korrespondiert die Gefahr einer weitergehenden Ausforschung. Zielpersonen privater Ermittlungshandlungen sind sich des Umstandes, daß sie ausgeforscht werden, regelmäßig nicht bewußt. Daher fehlen die typischen „Abwehrmechanismen“, die gegenüber staatlichen, insbesondere gegenüber polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen bestehen. Eine heimliche bzw. inoffizielle – weil nicht nach außen durch die Strafverfolgungsbehörden verkörperte – private Ermittlungstätigkeit kann den Betroffenen dabei – je nach Fallkonstellation – geradezu zu einer unbewußten Preisgabe subjektiver Rechtspositionen (Bsp.: etwaige bestehende Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrechte, Hausrecht) herausfordern, beispielsweise, weil ihm der jeweilige private Ermittler persönlich bekannt ist. Die Zielperson derartiger Ermittlungsmaßnahmen ist sich regelmäßig nicht einmal bewußt, daß sie auf ein ihr eingeräumtes Recht verzichtet, weil sich ihr Verhalten – also etwa die Beantwortung von Fragen, bezüglich derer ihr ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden hätte, oder das Gestatten des Betretens der eigenen Wohnung – auf die stillschweigende Überzeugung gründet, daß die jeweilige Befragung, bzw. das Betreten der Wohnung durch eine andere Privatperson nicht der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen dient. Sie irrt somit über Sinn und Zweck der Tätigkeit eines privaten Ermittlers, was dieser wiederum gezielt zur Ausforschung ausnutzt.

Der Umstand, daß Privatpersonen nicht an die Vorschriften der StPO gebunden sind, bedingt schließlich auch die Gefahr einer zielgerichteten Umgehung beweisrechtlicher Vorgaben. Der Rückgriff auf einen privaten Ermittler entbindet Polizei und Staatsanwaltschaft faktisch zugleich von einer Einhaltung der beweisrechtlichen Vorschriften, da ein solcher – auch wenn er im Auftrag der Ermittlungsbehörden tätig wird – seinerseits nicht an die strafprozessualen Vorschriften gebunden ist.

Dies können sich die Ermittlungsbehörden zunutze machen, indem sie entsprechend instruierte Privatpersonen zur Durchführung bestimmter Ermitt-

³⁸ LK¹¹-Ruß, Vor § 242, Rn. 3; MüKo/StGB-Schmitz, § 242, Rn. 4 ff.; SchSch²⁷-Eser, § 242, Rn. 1.

³⁹ Frisch, Rudolphi-Symposium, 173 (183).

lungsmaßnahmen „einsetzen“, anstelle eigene Kräfte zu verwenden, die die beweisrechtlichen Vorgaben beachten müssen:

Beispielsweise wäre der private Ermittler, der einen Beschuldigten über die ihm zur Last gelegten Straftaten aushorcht, grundsätzlich nicht an das Belehrungserfordernis aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO gebunden. Dementsprechend hätte eine unterbliebene Belehrung auch nicht die Annahme eines entsprechenden Beweisverwertungsverbotes zur Folge. Gleiches würde grundsätzlich sogar dann gelten, wenn eine Aussage unter Anwendung von Gewalt zustande gekommen wäre. Der private Ermittler machte sich zwar ggf. gem. §§ 223, 224, 240 StGB strafbar oder nach § 823 BGB schadensersatzpflichtig, die Aussage könnte aber prinzipiell gleichwohl zum Nachteil des Betroffenen verwertet werden.

II.) Notwendige Reglementierung privater Ermittlungstätigkeit

Um eine Aushöhlung der durch das Beweisrecht vermittelten subjektiven Rechtsposition potentiell Betroffener zu verhindern, bedarf es – unbeschadet der Möglichkeit einer materiellrechtlichen Ahndung – einer gesonderten prozeßrechtlichen Sanktionierungsmöglichkeit. Die Ergebnisse rechtswidriger privater Ermittlungen müssen deshalb – vergleichbar der Rechtslage bei staatlichen Ermittlungshandlungen – von einer Verwertung ausgeschlossen werden.⁴⁰ Dies gilt insbesondere dann, wenn Privatpersonen – wie in den hier interessierenden Fallkonstellationen – an den staatlichen Ermittlungen beteiligt sind, oder Behörde und Privatperson im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zusammenarbeiten.

Daß die Verwertbarkeit privater Ermittlungsergebnisse bestimmten Schranken unterworfen werden muß, kann als allgemein anerkannt gelten.⁴¹ In Anlehnung an *Kleinknecht*⁴² ziehen Rechtsprechung⁴³ und Literatur⁴⁴ die Schranke da-

⁴⁰ So bereits SK/StPO-Rogall, § 136a, Rn. 13: „Der staatliche Schutz wäre aber unvollkommen, wenn verfahrensbezogene Rechtsverstöße Privater prozeßrechtlich sanktionslos gestellt wären. Das gilt um so mehr, als daß privates Handeln in aller Regel gerade auf die Produktion von verwertbaren Beweisergebnissen gerichtet ist und die Bereitschaft der betroffenen Privaten zur Normbefolgung angesichts des häufig vorliegenden „Beweisnotstandes“ erheblich reduziert ist.“

⁴¹ Vgl. insoweit auch die Beschlüsse der strafrechtlichen Abteilung des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008 (abgedruckt auf Seite XXXVII der NJW-Dokumentation, Heft 43/2008): Beschußvorschlag 12. a) („Die Erkenntnisse aus Ermittlungen von Privatpersonen sind stets verwertbar“) wurde mit 9:53:3 Stimmen abgelehnt.

⁴² *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537 (1543).

⁴³ BGHSt 27, 355 (357); 34, 39 (52); 44, 129 (134); OLG Celle, NJW 1985, 640 (641).

⁴⁴ KK⁶-Diemer, § 136a, Rn. 3; KMR-Paulus, § 244, Rn. 535; Meyer-Goßner⁵¹, § 136a, Rn. 3; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Teil II, § 136a, Rn. 22; Alberg/Nüse/Meyer, Beweisantrag⁵, S. 484; Beulke, Strafprozeßrecht¹⁰, Rn. 479; Roxin, Strafverfahrensrecht²⁵, § 24, Rn. 48; Schlüchter, Strafverfahren², Rn. 100; Dencker, Verwertungs-

bei zumeist dort, wo private Beweisgewinnung mit dem Makel der „extremen Menschenrechtswidrigkeit“ behaftet ist.⁴⁵ Als Beispiele für ein derartiges „extrem menschenrechtswidriges“ Verhalten führt *Meyer-Goßner*⁴⁶ die Anwendung von Folter oder Marter sowie Einkerkerung an. Da solche Ermittlungsmethoden nicht mit den Anforderungen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens zu vereinbaren sind, soll die Anwendung derartiger Ermittlungsmethoden zur unbedingten Unverwertbarkeit entsprechend erlangter Ermittlungsergebnisse führen.

Der Widerspruch zu den grundlegenden Anforderungen eines rechtsstaatlichen Verfahren besteht – in abgemilderter Form – aber auch dann, wenn in anderer Form als mit Gewalt, Folter oder Drohung auf die Willensfreiheit eines Verdächtigen oder Beschuldigten eingewirkt wird. Deshalb genügt es nicht, nur solche private Erkenntnisse von einer Verwertung auszuschließen, die unter Zuhilfenahme von „extrem menschenrechtswidrigen“ Methoden erlangt wurden.⁴⁷

Dementsprechend will namentlich *Gössel*⁴⁸ private Beteiligung an der Sachverhaltaufklärung unmittelbar an § 136a StPO messen: Auch Privatpersonen dürfen die dortigen verbotenen Vernehmungsmethoden im Rahmen eigener Ermittlungshandlungen nicht anwenden. Beweismittel, die Privatpersonen unter Verstoß gegen den Regelungscharakter von § 136a Abs. 1, 2 StPO gewonnen haben, sollen deshalb stets gem. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO unverwertbar sein.⁴⁹

verbote im Strafprozeß, S. 97 ff; *Krey*, Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, S. 100; *Mende*, Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, S. 200 ff.; *Arzt*, JZ 1973, 506 (507); *Otto*, GA 1970, 289 (305); *Ranft*, FS *Spendel*, 719 (736); *Wölfl*, JA 2001, 504 (506); *Rogall*, JZ 2008, 818 (828 f.).

⁴⁵ Vgl. z.B. *Meyer-Goßner*⁵¹, § 136a, Rn. 3; *Beulke*, Strafprozeßrecht¹⁰, Rn. 479; *Roxin*, Strafverfahrensrecht²⁵, § 24, Rn. 48. Differenzierend *Ameling*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, S. 64; *Grünwald*, Beweisrecht, S. 163. Weiter auch *Mende*, Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, S. 220 ff., der private Ermittlungen generell der Schranke von § 136a StPO unterwerfen will.

⁴⁶ *Meyer-Goßner*⁵¹, § 136a, Rn. 3.

⁴⁷ Vgl. insoweit Beschlussvorschlag 12. c) dd) der strafrechtlichen Abteilung des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008 („Die Erkenntnisse aus Ermittlungen von Privatpersonen sind unverwertbar, wenn sie unter Verletzung der Menschenwürde erlangt worden sind“), der mit 53:18 Stimmen angenommen wurde.

⁴⁸ *Gössel*, Strafverfahrensrecht, § 23 B II c; i.E. auch *Mende*, Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, S. 220 ff., allerdings über eine analoge Anwendung von § 136a StPO.

⁴⁹ Gegen eine Drittirkung von § 136a StPO hingegen die wohl h.M., BGHSt 27, 355 (357); *KK⁶-Diemer*, § 136a, Rn. 3; *LR²⁵-Hanack*, § 136a, Rn. 9; *Meyer-Goßner*⁵¹, § 136a, Rn. 3; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537 (1543); *Wölfl*, JA 2001, 504 (506). Vermittelnd demgegenüber *Eisenberg*, Beweisrecht⁶, Rn. 399, der für eine differenzierende Betrachtungsweise unter Abwägung der widerstreitenden Belange – die staatliche Pflichten zur Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes einerseits und eine effektive Straf-

Auch eine solche Lösung greift jedoch zu kurz, wenn – wie vorliegend – Fallkonstellationen in Frage stehen, in denen der private Ermittler zwar weder extrem menschenrechtswidrige Methoden anwendet noch auf die Willensentschließungs- bzw. Willensbetätigungsfreiheit des Beschuldigten einwirkt, aber gleichwohl im Widerspruch zu der materiellen Rechtslage handelt⁵⁰ oder in einer Weise vorgeht, die den Strafverfolgungsorganen nach den Bestimmungen des Beweisrechts untersagt wäre. Der grundlegende Widerspruch, Unrecht nur im Wege der Begehung neuerlichen (wiewohl wertungsmäßig geringfügigeren) Unrechts ahnen zu können, bleibt auch in einem solchen Fall bestehen. Zudem drohte eine Umgehung beweisrechtlicher Schutzzvorschriften, wenn staatliche Ermittlungshandlungen an anderen – strengerer – Maßstäben gemessen würden als staatlich vermittelte Ermittlungshandlungen, die zwar von den Strafverfolgungsbehörden veranlaßt, aber von Privatpersonen ausgeführt werden.

Der insoweit naheliegende Ansatz, private Ermittlungshandlungen generell oder zumindest in für den Betroffenen besonders einschneidend wirkenden Fällen an den beweisrechtlichen Anforderungen zu messen, führt gleichwohl nicht weiter. Der Großteil der beweisrechtlichen Normen orientiert sich an der Funktion und der Stellung der Strafverfolgungsorgane. Die betreffenden Vorschriften sind damit Ausdruck der verfassungsrechtlich erforderlichen Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in subjektive Freiheitsrechte des Einzelnen. Dementsprechend sind diese per se nicht auf das Verhältnis von Privatpersonen untereinander übertragbar. Im Unterschied zu dem Verhältnis zwischen Staat und Bürger ist dieses durch eine Gleichrangigkeit und den Umstand gekennzeichnet, daß Eingriffe in die Rechte Dritter allenfalls im Rahmen der geltenden Vorschriften – also im wesentlichen unter Beachtung der Schranken von BGB und StGB – bzw. nach ausdrücklicher oder konkudenter Gestattung durch den Betroffenen erfolgen dürfen. Der Einzelne kennt deshalb „seine Rechte“ gegenüber anderen Privatpersonen und bedarf deshalb im Verhältnis zu diesen grundsätzlich weder eines Schutzes vor dem Irrtum, zu der einen oder anderen Verhaltensweise ver-

rechtspflege nebst Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches andererseits – eintritt. In diesem Sinne auch *Rogall* (JZ 2008, 818 (828)), der im Falle einer „Privatisierung von Polizeifunktionen“ eine Drittirkung von § 136a StPO zumindest für möglich erachtet, da sich insoweit „valide Zurechnungsgründe“ vielleicht noch ausmachen ließen.

⁵⁰ So sieht etwa *Otto*, FS Kleinknecht, 319 (332 ff., 338)), privat ermittelte Beweisergebnisse, die unter Verstoß gegen die Bestimmungen des StGB gewonnen wurden, generell als unverwertbar an. Vgl. insoweit auch Beschußvorschlag 12. c) cc) der strafrechtlichen Abteilung des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008 („Die Erkenntnisse aus Ermittlungen von Privatpersonen sind unverwertbar, wenn sie mit strafbaren Mitteln erlangt worden sind“), der mit 41:11:8 Stimmen angenommen wurde.

pflichtet zu sein, noch der Vorab-Kontrolle seines Vorgehens durch eine dritte (richterliche) Instanz.

Verdeutlicht sei dies am Beispiel der Regelung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO:

Anders als ggf. bei einer Befragung durch die Polizei, weiß der Befragte, daß er gegenüber einer Privatperson nicht zur Erteilung von Auskunft verpflichtet ist – insbesondere nicht zu einer solchen, die ihn in Verbindung zu einer bestimmten Straftat bringt. Wenn er sich dennoch in einer entsprechenden Weise einläßt, geschieht dies freiwillig und in der Erwartung, sein Gesprächspartner werde das in ihn gesetzte Vertrauen nicht dadurch mißbrauchen, daß er die ihm anvertrauten Inhalte an Dritte – schon gar nicht an Polizei oder Staatsanwaltschaft – weitergibt. Eine „Belehrung“ dergestalt, daß es dem Befragten offen stehe, ob er sich äußern wolle oder nicht, macht demgemäß keinen Sinn.⁵¹ Eine „private Belehrung“ wäre allenfalls in der Form denkbar, daß sie den Erklärungsgehalt aufweist, nicht für die Strafverfolgungsorgane tätig zu sein. Eine solche „Belehrung“ beinhaltete aber – anders als der Hinweis auf das Schweigerecht und die rechtsstaatliche Garantie der Selbstbelastungsfreiheit⁵² – nicht den für den juristischen Laien notwendigen Hinweis auf eine ihm zustehende subjektive Rechtsposition. Sie wäre dementsprechend bereits inhaltlich nicht mit der polizeilichen Belehrung über das Schweigerecht vergleichbar und zöge deshalb auch im Falle ihres Unterbleibens zwangsläufig nicht dieselbe Konsequenz nach sich wie eine unterlassene Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO – also die Unverwertbarkeit der betreffenden Aussage.⁵³

Zielpersonen privater Ermittlungstätigkeit erscheinen danach grundsätzlich nur in eingeschränktem Maße schutzwürdig, weil sie regelmäßig selbst über die ihnen zustehenden Rechte verfügen, wenn sie sich in selbstbelastenden Weise gegenüber einem privaten Ermittler äußern.

III.) Anforderungen an eine entsprechende Reglementierung

Dieser Umstand darf aber weder dazu führen, daß private Ermittlungstätigkeit generell schrankenlos bleibt, noch dazu, daß spezifisch strafprozeßuale

⁵¹ Etwas anderes kann im Einzelfall bei (Zeugen-)Befragungen durch den Verteidiger oder den Nebenklägeranwalt gelten: Ähnlich wie bei Befragungen seitens der Strafverfolgungsorgane kann der Befragte angesichts dessen Verfahrensfunktion im Unklaren darüber sein, ob er sich gegenüber einem Rechtsanwalt äußern muß oder nicht.

⁵² Vgl. insofern BGHSt 38, 214 (221 ff.): Der Grund für die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes im Falle einer unterbliebenen Belehrung eines Beschuldigten über sein Schweigerecht liegt letztendlich in der besonderen Bedeutung, die der Hinweis auf das Schweigerecht für die Gewährleistung eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens hat.

⁵³ Allgemeine Auffassung, s. nur BGHSt 38, 214 ff.; Meyer-Goßner⁵¹, § 136, Rn. 20.

Schutzmechanismen im Wege eines behördlichen Rückgriffs auf Privatpersonen gezielt umgangen werden können. Die diesbezüglichen beweisrechtlichen Vorschriften der StPO dürfen nicht deshalb leerlaufen, weil sich die Strafverfolgungsorgane zur Erfüllung ihrer vom Gesetz übertragenen Aufgaben privater Helfer bedienen. Andernfalls obliegt es allein der Entscheidung von Polizei und Staatsanwaltschaft, ob sie sich an die gesetzlichen Vorgaben halten oder – im Wege eines Rückgriffs auf Privatpersonen – davon Abstand nehmen.

Die zuvor beschriebenen Grundsätze zur Verwertbarkeit von privat erlangten Beweismitteln können deshalb keine Geltung beanspruchen, wenn die Strafverfolgungsbehörden in die privaten Ermittlungshandlungen einbezogen sind, diese also mit Kenntnis und Einverständnis der Ermittlungsbehörden durchgeführt werden bzw. sogar in deren Auftrag erfolgen.

Vor diesem Hintergrund bedarf es der Aufstellung von Schranken, die entweder die private Beweisgewinnung oder aber die Verwertbarkeit entsprechender Erkenntnisse reglementieren.

Eine Normierung von Beweiserhebungsverboten scheitert allerdings bereits an grundsätzlichen Erwägungen: Wie kann – angesichts der unübersehbaren Vielzahl möglicher Fallgestaltungen – gesetzlich normiert werden, welche Formen der Sachverhaltaufklärung Privatpersonen im einzelnen verboten sein sollen? Wie kann ein Verbot bestimmter Ermittlungshandlungen, die ggf. sogar im Einklang (!) mit der materiellen Rechtslage stehen, gerechtfertigt werden?

Es kommt hinzu, daß eine derartige positivrechtliche Regelung den Wertungen von Art. 2 Abs. 1 GG diametral widersprüche. Ausweislich dieser Vorschrift unterfällt jede Form menschlichen Handelns und Verhaltens – also auch die Vornahme strafrechtlicher Ermittlungshandlungen – dem Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit.⁵⁴ Eine Ausnahme bilden insoweit strafbare oder ähnliche Handlungen, die im Rahmen der Verfassungsordnung keine grundrechtlich geschützte Vorrangsstellung gegenüber den Rechten Dritter oder Gemeinschaftsbelangen beanspruchen können.⁵⁵ Nichts anderes gilt für private Ermittlungstätigkeit. Auch diese unterfällt damit grundsätzlich der grundrechtlich geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit – zumindest solange sich diese im Rahmen der geltenden materiellrechtlichen Vorschriften hält.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 54, 143 (144); 55, 159 (165 ff.); 59, 275 (278); 80, 137 (152 f.); *Jarass/Pieroth*⁹, Art. 2, Rn. 3; *MD-DiFabio*, Art. 2, Abs. 1, Rn. 12; v. *Mangoldt/Klein/Starck I*⁵-*Starck*, Art. 2 Abs. 1, Rn. 13.

⁵⁵ Vgl. v. *Mangoldt/Klein/Starck I*⁵-*Starck*, Art. 2 Abs. 1, Rn. 13.

Die Lösung muß demgemäß auf der Ebene der Verwertung gesucht werden. Eine gangbare Möglichkeit bietet in diesem Zusammenhang in erster Linie der Ansatz, aus den vorhandenen strafprozessualen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten Rückschlüsse auf eine Verwertbarkeit von privat erlangten Beweismitteln zu ziehen. Dabei ist insbesondere zu klären, wie der Umstand rechtlich erfaßt werden kann, daß der private Ermittler im Auftrag oder zumindest im Wissen und mit Einverständnis der Behörden handelt.

§ 3 LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN

Eine Reglementierung der Verwertbarkeit von privat erlangten Beweismitteln kann nicht gleichbedeutend mit einem „Totalvorbehalt“ dargestalt sein, daß diese generell mit einem Beweisverwertungsverbot belegt werden müßten.⁵⁶

Zwar nimmt private Ermittlungstätigkeit im Rahmen der StPO – wie dargestellt – eine Sonderrolle ein. Daraus folgt aber nicht die unbedingte Unverwertbarkeit privat ermittelter Beweismittel. Der Umstand, daß private Beweisgewinnung an mehreren Stellen in der StPO vorausgesetzt ist, spricht eher für das Gegenteil, d.h. für eine grundsätzliche Verwertbarkeit entsprechend erlangter Beweismitteln. Ausgehend davon muß sich eine mögliche Reglementierung der Verwertbarkeit mithin an den allgemeinen Regeln orientieren, also im wesentlichen an der grundlegenden Unterscheidung zwischen rechtmäßiger und rechtswidriger Beweisgewinnung.

I.) Verwertbarkeit materiell rechtmäßig erlangter Beweismittel

Die Frage nach der Verwertbarkeit eines rechtmäßig erlangten Beweismittels stellt sich grundsätzlich nur dann, wenn die Verwertung des jeweiligen Beweismittels ihrerseits mit einer neuerlichen oder erstmaligen (Grund-)Rechtsverletzung des Betroffenen einhergeht. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Erlangung des jeweiligen Beweismittels für sich genommen rechtmäßig – oder zumindest gerechtfertigt – war, Art und Inhalt des fraglichen Beweismittels aber dazu führen, daß seine Offenlegung und seine Verwertung subjektive Rechtspositionen des Betroffenen verletzen würden. Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an eine gerichtliche Verwertung von Tonband⁵⁷ oder Ta-

⁵⁶ So aber *Sydow*, Kritik der Lehre von den „Beweisverboten“, S. 100 ff.; 116 f.

⁵⁷ BGHst 31, 296 (299 f.). Eine Unverwertbarkeit soll selbst dann anzunehmen sein, wenn die Aufzeichnung als solche und der darin liegende Verstoß gegen § 201 Abs. 1 StGB nach Maßgabe der allgemeinen Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden kann (in diesem Sinne etwa *Otto*, FS Kleinknecht, 319 (332 ff., 338)).

gebuchaufzeichnungen⁵⁸. Unabhängig von der Art und Weise der Erlangung kann bereits das Vorspielen des Mitschnitts bzw. das Verlesen der Aufzeichnungen eine Verletzung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen – insbesondere des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – darstellen. Die Annahme eines selbständigen Beweisverwertungsverbotes ist die notwendige Folge.

Da es bei dieser Fallgruppe mithin lediglich auf den, Privatpersonen per se entzogenen (staatlichen) Verwertungsakt ankommt, führt auch eine Beteiligung von Privatpersonen am Vorgang der Beweisgewinnung nicht zu einer, gegenüber der allgemeinen Rechtslage auf dem Gebiet der selbständigen Beweisverwertungsverbote abweichenden rechtlichen Bewertung.⁵⁹ Auf die diesbezüglichen Darstellungen sei deshalb an dieser Stelle verwiesen.⁶⁰

II.) Verwertbarkeit materiell rechtswidrig erlangter Beweismittel

Rechtswidrige private Ermittlungshandlungen führen nach allgemeiner Auffassung⁶¹ keinesfalls immer zur Annahme eines Beweisverwertungsverbotes bzgl. der jeweiligen entsprechend erlangten Beweismittel.

Dies ergibt sich bereits daraus, daß nicht einmal Rechtsverstöße der Strafverfolgungsorgane die unbedingte Annahme eines Verwertungsverbotes nach sich ziehen.⁶² Dies kann deshalb erst recht nicht der Fall sein, wenn ein privater Rechtsverstoß für eine strafgerichtliche Verurteilung genutzt wird, die Strafverfolgungsorgane also nur mittelbar von dem jeweiligen Rechtsbruch profitieren.

Dessen ungeachtet normiert Art. 1 Abs. 1 GG mit der Menschenwürde eine absolute Grenze für die Verwertbarkeit von Beweismitteln. Diese Vorschrift entfaltet auch im Verhältnis von Privatpersonen untereinander unmittelbare Gel-

⁵⁸ Vgl. insoweit BGHSt 19, 325 ff. für die Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen zur Aufklärung eines Meineides (§ 154 StGB). Anders jedoch BGHSt 34, 397 ff., bestätigt von BVerfGE 80, 367 ff., für die Aufklärung eines Mordes (§§ 211, 212 StGB). Für eine Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen auch *Beulke*, Strafprozeßrecht¹⁰, Rn. 473; *Rogall*, ZStW 103 (1991), 907 (931 in Fn. 147). Anders demgegenüber SK/StPO-Wolter, Vor § 151, Rn. 31 ff.; *Lorenz*, GA 1992, 254 (276 ff.); *Roxin*, Strafverfahrensrecht²⁵, § 24, Rn. 42. Kritisch auch *Geppert*, JR 1988, 471 (472 ff.).

⁵⁹ *Mende*, Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, S. 197.

⁶⁰ Statt vieler s. lediglich die Darstellung bei *Roxin*, Strafverfahrensrecht²⁵, § 24, Rn. 41 ff.

⁶¹ Allgemeine Auffassung, s. nur *Roxin*, Strafverfahrensrecht²⁵, § 24, Rn. 48. Anders jedoch *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (40); *ders.*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 210 f. Im einzelnen differenzierend *Grünwald*, Beweisrecht, S. 163.

⁶² *Roxin*, Strafverfahrensrecht²⁵, § 24, Rn. 19.

tung.⁶³ Dementsprechend dürfen Beweismittel, die Privatpersonen im Wege der Anwendung von menschenunwürdigen Umständen oder Methoden erlangt haben, unter keinen Umständen im Rahmen der Urteilsfindung berücksichtigt werden. Die hM. gibt diesem Gedanken Ausdruck, indem sie allgemein solche Beweismittel von einer Verwertung ausnimmt, die im Wege von „extrem menschenrechtswidrigen“ Methoden erlangt wurden.⁶⁴

Die Frage der Verwertbarkeit von rechtswidrigen privaten Beweismitteln bewegt sich mithin zwischen den gesetzlichen Wertungen der StPO einerseits, wonach die Annahme eines Verwertungsverbotes eine Ausnahme markiert, und der absoluten Grenze des Art. 1 Abs. 1 GG andererseits. Zur Konkretisierung von Art. 1 Abs. 1 GG kann dabei auf die Vorschrift des § 136a StPO bzw. den darin enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken zurückgegriffen werden, wonach die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit des Beschuldigten nicht durch strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen beeinträchtigt werden darf.

Der Gesetzgeber hat Verstöße gegen § 136a Abs. 1, 2 StPO allgemein für so schwerwiegend erachtet, daß er Beweismittel, die unter Verstoß gegen besagte Vorschrift erlangt wurden, selbst dann untersagt, wenn der Betroffene einer Verwertung zugestimmt hat (§ 136a Abs. 3, S. 2 StPO). Die Vorschrift des § 136a Abs. 3 StPO stellt mithin klar, daß der Gesetzgeber Aussagen, die unter Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden zustande gekommen sind, für qualitativ unzureichend erachtet. Derartigen Beweismitteln wird deshalb – vergleichbar den Ergebnissen eines Lügendetektortests⁶⁵ – keinerlei Beweiswert zugewiesen. Sie sind für eine objektive Sachverhaltaufklärung schlichtweg unbrauchbar. Nichts anderes gilt dabei dann, wenn nicht die Strafverfolgungsbehörden, sondern vielmehr Privatpersonen derartige Ermittlungsmethoden anwenden. Dementsprechend sind auch Ermittlungsergebnisse, die Privatpersonen unter Beeinträchtigung der Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit des Betroffenen erlangt haben, im Strafverfahren generell unverwertbar.

⁶³ BK-Zippelius, Art. 1 Abs.1, 2, Rn. 34 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck I⁵-Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 32, 116 ff.

⁶⁴ BGHSt 27, 355 (357); 34, 39 (52); 44, 129 (134); OLG Celle, NJW 1985, 640 (641); KK⁶-Diemer, § 136a, Rn. 3; KMR-Paulus, § 244, Rn. 535; Meyer-Goßner⁵¹, § 136a, Rn. 3; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Teil II, § 136a, Rn. 22; Alsb erg/Nüse/Meyer, Beweisantrag⁵, S. 484; Beulke, Strafprozeßrecht¹⁰, Rn. 479; Roxin, Strafverfahrensrecht²⁵, § 24, Rn. 48; Schluchter, Strafverfahren², Rn. 100; Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß, S. 97 ff; Krey, Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, S. 100; Mende, Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, S. 200 ff.; Arzt, JZ 1973, 506 (507); Otto, GA 1970, 289 (305); Ranft, FS Spendel, 719 (736); Wölfl, JA 2001, 504 (506).

⁶⁵ Grundlegend dazu BGHSt 44, 308 ff. Vgl. ferner Meyer-Goßner⁵¹, § 136a, Rn. 24.

III.) Besonderheiten bei „funktional staatlichen“ Ermittlungshandlungen

Die vorgenannten Wertungen können allerdings nicht ohne weiteres auf die hier interessierenden Fallkonstellationen übertragen werden, in denen zwar private Ermittler die fragliche Ermittlungshandlung vornehmen, deren Auftraggeber – und damit eigentlicher Veranlasser – aber die Strafverfolgungsorgane sind. Derartige Beweisgewinnungsmaßnahmen sind im eigentlichen Sinne staatliche Ermittlungen, die allerdings den Anschein erwecken, sie seien privater Natur.

Wollte man den vorgenannten, spezifisch auf private Ermittlungen ausgelegten Lösungsansatz auch auf solche „funktional staatlichen“ Ermittlungsmaßnahmen anwenden, drohte in verstärktem Maße die Gefahr einer bewußten Umgehung der strafprozessualen Anforderungen durch die Strafverfolgungsorgane. Auch eine Übertragung der allgemeinen Beweisverbotslehren, d.h. eine Anwendung von Abwägungs-, Rechtskreis- oder Schutzzweckerwägungen auf die Frage nach der Verwertbarkeit von privatem Beweismaterial begegnet Bedenken.

Den materiellrechtlichen Vorschriften lassen sich keine Aussagen zu einer Beschränkung privater Beweisgewinnung im Zuge von Strafverfolgungsmaßnahmen entnehmen. Sofern bestimmte Vorgehensweisen dennoch verboten werden, stellt sich dies als bloßer Reflex oder unbeabsichtigter Nebeneffekt des eigentlichen Regelungsgehalts der jeweiligen Norm dar. Soweit etwa § 242 Abs. 1 StGB private Ermittlungsmaßnahmen unter Strafe stellt, die mit einer Wegnahme fremder Sachen einhergehen, kann dies nicht im Sinne eines entsprechenden Beweiserhebungsverbotes verstanden werden. Der Umstand, daß solche Maßnahmen verboten sind, ist vielmehr ausschließlich der Tatsache geschuldet, daß Diebstahl im Rahmen der staatlichen Gemeinschaft generell – d.h. unabhängig von dem konkreten Tatobjekt – eine nicht zu tolerierende Handlungsweise darstellt, die strafrechtlich sanktioniert werden muß.

Auch Abwägungskriterien, die sich bei vorausgegangener rechtswidriger Beweisgewinnung für oder gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes anführen lassen, können nur in eingeschränktem Maße auf private Ermittler-tätigkeit übertragen werden. Zwar kann auch die Intensität eines mit einer rechtswidrigen privaten Beweisgewinnungsmaßnahme verbundenen Eingriffs unproblematisch in Relation zur Schwere der in concreto verfolgten Straftat gesetzt werden. Anders als die Strafverfolgungsbehörden sind Privatpersonen aber nicht zur Strafverfolgung berufen. Rechtswidrige Eingriffe können insofern nicht ohne weiteres mit dem allgemeinen Strafverfolgungsinteresse gerechtfertigt werden. Typische strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen verstößen zudem nur ausnahmsweise gegen die materiellrechtlichen Wertungen. Sie wären somit

als rechtmäßig zu qualifizieren, obwohl sie für den Betroffenen mit u.U. erheblichen Beeinträchtigungen verbunden sind.

Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf die Fallkonstellation, daß ein privater Ermittler einen Verdächtigen im staatlichen Auftrag in ein scheinbar unverfängliches Gespräch verwickelt. In dessen Verlauf spricht er ihn beiläufig auf eine bestimmte Straftat an, die diesem zur Last gelegt wird. Die Befragung eines Verdächtigen ohne Offenlegung des „hoheitlichen“ Charakters der Maßnahme verstößt nicht gegen materielles Recht und wäre dementsprechend als rechtmäßig zu qualifizieren. Umgekehrt sieht sich der Verdächtige mit keiner staatlichen Ermittlungsmaßnahme konfrontiert und verfügt deshalb unbewußt über das ihm zustehende Schweigerecht. Er ist somit in erheblicher Weise in seinen Rechten beeinträchtigt, wenn er sich infolge seines Irrtums über Charakter und Anlaß des vermeintlichen Privatgesprächs in einer selbstbelastenden Weise gegenüber dem privaten Ermittler äußert.

IV.) Ansatz über die Frage der Zurechenbarkeit

Der Ansatz für eine Beantwortung der Frage nach der Verwertbarkeit privater Beweismittel muß deshalb auf einer anderen Ebene gesucht werden: Problematisch ist weniger, ob eine private Ermittlungsmaßnahme nach Maßgabe des materiellen Rechts rechtswidrig ist. Es geht vielmehr darum, den Umstand, daß staatliche Strafverfolgungsorgane an der privaten Sachverhaltsaufklärung beteiligt waren, dergestalt zu berücksichtigen, daß der Bewertung der „privaten“ Tätigkeit ein anderer Rechtmäßigkeitsmaßstab zugrunde gelegt wird.

Dabei kommt es nicht darauf an, daß die private Ermittlungshandlung ihrerseits – unmittelbar oder analog – an den Anforderungen der StPO zu messen wäre. Für die Frage nach der Verwertbarkeit derartiger privater Ermittlungsergebnisse ist dementsprechend nicht entscheidend, ob ein privater Ermittler die beweisrechtlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße (staatliche) Beweisgewinnung erfüllt. Maßgeblich ist vielmehr, daß die Strafverfolgungsbehörden – wenn sie eine bestimmte Ermittlungsmaßnahme durch einen privaten Ermittler vornehmen lassen – faktisch selbst ermittelnd tätig werden. Der Rückgriff auf den privaten Ermittler ersetzt mithin eine ansonsten erforderliche staatliche Ermittlungsmaßnahme, die ihrerseits den diesbezüglichen Anforderungen der StPO genügen müßte. In dem obigen Beispielsfall einer heimlichen Befragung durch einen privaten Ermittler kommt es somit im Rahmen einer Beurteilung von deren Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit nicht darauf an, ob der private Ermittler den Beschuldigten vorab auf den – offenkundigen – Umstand hingewiesen hat, daß er ihm gegenüber nicht zur Aussage verpflichtet ist. Maßgeblich ist vielmehr, daß der private Ermittler, wenn er den Beschuldigten befragt, im

Auftrag der Strafverfolgungsbehörden handelt und die heimliche Befragung eine förmliche Vernehmung des Beschuldigten (mit den Pflichten des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO) durch die Strafverfolgungsbehörden ersetzen soll.

Entscheidend für die rechtliche Einordnung einer privaten Ermittlungsmaßnahme ist danach die Rolle, die die Strafverfolgungsbehörden dabei spielen.

Vor diesem Hintergrund bietet sich ein Rückgriff auf Zurechnungsgesichtspunkte an. Die jeweilige – funktional staatliche – Ermittlungsmaßnahme wird mithin auch als solche behandelt und unmittelbar an den Anforderungen der StPO gemessen, sofern die private Handlung den Strafverfolgungsorganen als eigenes Verhalten zugerechnet werden kann.⁶⁶ Maßgeblich für eine Zurechenbarkeit sind dabei Art und Grad der staatlichen Einflußnahmemöglichkeit auf die konkrete private Ermittlungsperson: Sind die Strafverfolgungsorgane in der Lage, die Privatperson nach ihrem Willen zu lenken? Können sie durch diese in ähnlicher Weise wie im Wege eines Rückgriffs auf eigene Beamte agieren? Kann man ihnen die Durchführung der jeweiligen Beweisgewinnungsmaßnahme dergestalt anlasten, daß diese sich im Ergebnis nicht als private, sondern vielmehr als staatliche Ermittlungsmaßnahme darstellt? Sofern eine Ermittlungsmaßnahme danach den Strafverfolgungsorganen zuzurechnen ist, muß die sie unmittelbar an den strafprozessualen Vorschriften gemessen werden. Liegt danach ein Verstoß gegen beweisrechtliche Wertungen vor, bestimmt sich die Frage der Verwertbarkeit des fraglichen Beweismittels nach den – für staatliche Ermittlungshandlungen geltenden – allgemeinen Regeln.

Die Zurechenbarkeit einer privaten Ermittlungshandlung führt mithin nicht zwangsläufig zur Unverwertbarkeit entsprechend erlangter Beweismittel. Das gilt auch dann, wenn sich die jeweilige Maßnahme nach Maßgabe der Vorschriften der StPO als rechtswidrig darstellt. Hinzutreten müssen vielmehr Umstände, die den Einsatz von Privatpersonen im konkreten Fall als mißbräuchlich erscheinen lassen. Nur dann kann von einer bewußten Umgehung beweisrechtlicher Anforderungen gesprochen werden. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Strafverfolgungsorgane wissen, daß eine staatliche Ermittlungsmaßnahme keinen Erfolg hat, oder zumindest begründeten Anlaß zu einer solchen Annahme haben. Zu denken ist in diesem Zusammenhang auch daran, daß ein Beschuldigter oder Zeuge bereits von seinem Schweige- bzw. Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, oder angekündigt hat, von diesem Gebrauch machen zu wollen und gleichwohl durch einen privaten Ermittler ausgeforscht wird. Glei-

⁶⁶ In diesem Sinne auch EGMR, M.M. v. Niederlande, Urt. v. 08.04.2003, StV 2004, 1 (2), par. 40; EGMR, Allan v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 05.11.2002, StV 2003, 257 (259), par. 51.

ches gilt in den Fällen, in denen der Einsatz von Privatpersonen einer bewußten Umgehung von Beschuldigtenrechte dient.

V.) Vorgehensweise

Zur Verifizierung der soeben dargelegten These werden im folgenden zunächst einige typische Fallkonstellationen aus der Spruchpraxis des BGH dargestellt, die private Ermittlungsbeiträge zum Gegenstand haben. Dabei werden diese im Hinblick auf ihre rechtliche Behandlung in Rechtsprechung und Lehre untersucht (Kapitel II). Diese Lösungsansätze werden sodann auf Gemeinsamkeiten überprüft, wobei die Frage der Zurechenbarkeit als maßgebliches Kriterium für eine rechtliche Erfassung privater Ermittlungsbeiträge identifiziert wird. Im Zuge dessen werden die maßgeblichen Zurechnungskriterien entwickelt (Kapitel III), die abschließend auf die zuvor dargestellten Fallkonstellationen angewandt werden (Kapitel IV).