

Rozdział I. Beweisverbote und Verfassungsrecht

prof. dr dres. h.c. *Rainer Arnold*

§ 1. Der Einfluss des Grundgesetzes auf das Strafprozessrecht

Der moderne Konstitutionalismus in Europa gründet sich wesentlich auf den Primat der Verfassung. Dies ist der moderne Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, das nicht nur Legalität, sondern gerade die Konstitutionalität aller staatlichen Gewalt umfasst. Alle Bereiche des Rechts sind deshalb vom Verfassungsrecht durchdrungen. Dies gilt in besonderer Weise für den Strafprozess, der das Verfahren bereithält, die Wahrheit über eine Straftat zu erforschen, um den staatlichen Strafanspruch zu verwirklichen.

Im Strafverfahren manifestiert sich mit Deutlichkeit das vertikale Verhältnis von Staat und Individuum. Die Ahndung einer Straftat greift tief in die Sphäre des einzelnen ein; sowohl Strafausspruch aber auch Strafverfahren sind deshalb in besonderer Weise „verfassungsnah“. Die normative Ausgestaltung des Strafverfahrens und die Anwendung der strafprozessualen Möglichkeiten müssen der Verfassung entsprechen, insbesondere den Grundrechten und den justiziellen Garantien Geltung verschaffen. Nicht nur die nationale Verfassung, in Deutschland das Grundgesetz, sondern auch die anderen europäischen Verfassungsordnungen, die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) (sie ist funktionelles Verfassungsrecht!) und für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union die EU Grundrechtecharta (EU GRCh), soweit sie auch die Mitgliedstaaten bindet, sind in die Betrachtung einzubeziehen¹. Diese drei funktionellen Verfassungsebenen bilden trotz ihrer normativen Selbstständigkeit eine funktionelle Einheit, die sich insbesondere in der

¹ Vgl. *R. Arnold*, European Constitutionalism and Criminal Procedure, in: *Ayşe Nuhoglu, M. Sinan Altunç, Cerem Zeynep Pirim* (dir.), Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan. Estschrift für Feridun Yenisey, Cilt I, Istanbul 2014, s. 795–805.

wachsenden Konvergenz der Interpretation der Individualrechte zeigt. So hat das deutsche Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, dass die deutschen Grundrechte im Lichte der Straßburger Rechtsprechung, als im Lichte der Interpretation der EMRK ausgelegt werden müssten: andernfalls würde nicht nur die Konvention verletzt, sondern es läge zugleich auch ein Verstoß gegen die deutschen Grundrechte vor².

Das strafprozessuale Beweisrecht ist in besonderer Weise vom Verfassungsrecht geprägt: Von herausragender Bedeutung ist die Garantie der Menschenwürde (Art. 1.1 GG) und mit ihr verbundenen das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2.1 GG), ein Recht, das in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu einem allgemeinen Recht auf Freiheit, dem „Muttergrundrecht“ erweitert wurde, das durch spezielle Grundrechte konkretisiert wird, aber zugleich die Basis für die Erschließung „neuer, unbenannter“ Grundrechte oder jedenfalls neuer Grundrechtsaspekte bildet³.

Art. 2.1 GG in Verbindung mit der Menschenwürde (Art. 1.1 GG) ist ein beinahe unbeschränkter Quell für Persönlichkeitsrechte, aus dem das BVerfG in dynamischer Rechtsprechung immer neue Schutzgarantien „schöpft“⁴. Es zeigt sich gerade hier die grundsätzliche Aufgabe der Verfassung, das Individuum substanziell und funktionell effizient zu schützen⁵. Dies bedeutet, dass nicht der geschriebene, den Geist der Zeit der Verfassungsschöpfung widerspiegelnde Text ausschlaggebend sein kann, sondern der in jeder Verfassung immanent vorhandene Auftrag, den Schutz des Individuums über den geschriebenen Text hinaus zu vervollständigen und substanziell für alle Gefahren der Freiheit, seien sie gegenwärtig oder zukünftig, vorzusorgen. Funktionelle Effizienz bedeutet dabei, dass der Grundrechtsschutz durch den Gesetzgeber nicht ausgehöhlt werden darf, dass insbesondere der Wesensgehalt der Grundrechte erhalten bleiben muss (vgl. Art. 19.2 GG) und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Abwägung von öffentlichem und individuellem Interesse gewahrt wird. Dieser Grundsatz, der in gleicher Struktur auch im polnischen Verfassungsrecht bekannt ist, hat sich im europäischen Bereich, aber auch darüber hinaus zu einem flexiblen Instrument der Grenzziehung zwischen Freiheit und Allgemeininteresse entwickelt, das auf dem Prinzip der Freiheit des

² BVerfG, Görgülü 2004 http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html/ Rz. 32,33,63 (dostep: 11.11.2015 r.).

³ Vgl. BVerfGE 6, 32, 36.

⁴ Vgl. F. Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 11.

⁵ Vgl. R. Arnold, Substanzielle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus, in: M.-E. Geis, M. Winkler, Chr. Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen, München 2015, s. 3–10.

Individuums basiert und die notwendigen Einschränkungen dieses Prinzips als eng bemessene, legitimationsbedürftige Ausnahmen erfasst⁶.

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das auf der Grenzlinie zwischen Grundrechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip steht, ist in unserem Zusammenhang von höchster Bedeutung und dient als Maßstab für die Abwägung der betroffenen Rechtsgüter gerade auch im Beweisrecht. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) bedient sich häufig dieses Prinzips, soweit nicht die Garantie der Menschenwürde selbst, die keinerlei Abwägung zugänglich ist, betroffen ist. Der „Kernbereich der persönlichen Lebensgestaltung“ (eine inzwischen verfestigte Formel des BVerfG)⁷ ist frei von Eingriffen der öffentlichen Gewalt; die Menschenwürde verbietet jegliche Abwägung mit einem anderen Rechtsgut. Aber auch die übrigen Grundrechte und die objektiven verfassungsrechtlichen Justizgarantien, die in der Rechtsprechung als grundrechtsgleiche Rechte qualifiziert werden, sind wesentlich für das Strafprozessrecht.

Grundrechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit sind strukturell verschieden, funktionell aber eng verbunden. Die Kernaspekte des Rechtsstaatsprinzips, die Bestimmtheit des Gesetzes (besonders auch des Strafgesetzes, in der speziellen Form des Art. 103 GG), der Legalitätsgrundsatz, erweitert durch den Primat der Verfassung, und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besitzen hohe Schutzfunktion und sind deshalb notwendige Ergänzungen des individuellen Grundrechtsschutzes. Nicht nur auf die Grundrechte, sondern auch auf das Rechtsstaatsprinzip wirkt dabei das außerstaatliche Recht ein, so das in der Rechtsprechung immer wieder angeführte *fair trial* – Gebot der EMRK. Lange Jahrzehnte war das BVerfG auf sich selbst konzentriert und hat die EMRK fast vollständig ignoriert (wohl aus dem Grund, dass sie aufgrund der deutschen Transformationslehre nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes besitzt). Doch war ein erster Ansatz für „offene Staatlichkeit“ (ein vom BVerfG selbst entwickeltes Verfassungsprinzip!)⁸ die Übernahme der Unschuldsvermutung aus Art. 6.2 EMRK in den deutschen Rechtsstaatsbegriff⁹. Seit geraumer Zeit nunmehr verfolgt das BVerfG den Ansatz einer „harmonisierenden Interpretation“

⁶ Vgl. R. Arnold, L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen, *Revue française de droit constitutionnel*, numéro spécial, 25 ans de droit constitutionnel, no. 100 (Décembre 2014), s. 769–776.

⁷ Vgl. BVerfG Beschluss vom 24. Februar 2015 – 1 BvR 472/14, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/02/rs20150224_1bvr047214.html sowie Beschluss vom 07. Mai 2013 – 2 BvR 1981/06, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/05/rs20130507_2bvr090906.html, Rz. 82 (dostęp: 11.11.2015 r.).

⁸ K.-P. Sommermann, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P.M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 2: Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Heidelberg 2008, s. 3–5.

⁹ BVerfGE 35, 311, 320.

des deutschen Rechts anhand der internationalen Standards, besonders der EMRK, gestützt auf Art. 1.2 GG, dem Bekenntnis der Verfassung zu den universell anerkannten Menschenrechten. Auch das Rechtsstaatsprinzip wurde internationalisiert, die Beachtung des außerstaatlichen Rechts zum Verfassungsgebot erklärt¹⁰.

Das Strafverfahrensrecht ist zu einem der Prüfsteine für diese moderne Entwicklung geworden. Davon ist das Beweisrecht eines diejenigen Gebiete, die unter dem stärksten Verfassungseinfluss stehen. Die Gesetzgebung selbst hat die Vorgaben der Verfassungsrechtsprechung in den Text aufgenommen, besonders deutlich etwa bei den Voraussetzungen des Großen Lauschangriffs. Zahlreiche Verfassungsfragen sind aber nicht in der StPO ausdrücklich geregelt. Entscheidende Relevanz hat dabei die Rechtsprechung des BGH, die in dem noch immer häufig umstrittenen Fragen von einer lebhaft kontroversen wissenschaftlichen Debatte begleitet wird. Das BVerfG hat das letzte Wort, kann aber nur die spezifische Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und ihrer Anwendung überprüfen und muss sich der Legalitätskontrolle enthalten. Dementsprechend ist auch die Anzahl der Entscheidungen aus Karlsruhe auf dem Gebiet des Beweisrechts verhältnismäßig gering, wenngleich ihnen hohe Bedeutung für die Fortentwicklung oder Bestätigung der Verfassungskonzepte zukommt. Ein Blick auf die Rechtsprechung des BGH und auf die Literatur zeigt dabei, dass die vom BVerfG vertretenen Positionen durchweg auf Akzeptanz stoßen, wenngleich die Konsequenzen ihrer Anwendung bei strafprozessualen Fragen durchaus auch unterschiedlich bewertet werden. Die verfassungsrechtliche Thematik zum Beweisrecht ist vielfältig. Es ist mir nun möglich, einige Grundlinien aufzuzeigen.

§ 2. Zur verfassungsrechtlichen Dimension des Beweisrechts

Das Beweisrecht setzt sich aus verschiedenen Schichten zusammen: es geht einmal um die Erhebung des Beweises, das Beweisthema, die Art und Weise und auch Methode der Erhebung, und es geht auch um die Frage der Verwertung eines bereits erhobenen Beweises¹¹. Gesetzlich festgelegt sind Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, dies allerdings nicht umfas-

¹⁰ Vgl. BVerfG (FN 2), Rz. 62.

¹¹ Vgl. F.-C. Schroeder, T. Verrel, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 127.

send. Ungeschriebene, sich unmittelbar aus dem Verfassungsrecht ergebende Verbote haben deshalb erhebliche Bedeutung im Strafprozessrecht¹².

Es ist an dieser Stelle schon darauf hinzuweisen, dass im deutschen Verfassungsrecht aus Gründen der Bestimmtheit und Rechtsklarheit der Gesetzgeber verpflichtet ist, die wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen ausdrücklich festzulegen und dabei die verfassungsrechtlich gebotenen Eingriffsgrenzen zu beachten. Diese Normierungspflicht des Gesetzgebers ergibt sich für den Bereich der Grundrechte aus der vom BVerfG entwickelten Schutzpflichttheorie¹³, einem heute gefestigten und in der Verfassungsrechtsprechung häufig verwendeten Konzept, und für den Bereich der objektiven Verfassungsnormen aus dem Rechtsstaatsprinzip selbst. Auch die erwähnten Justizgarantien der Art. 101–104 GG beinhalten funktionell eine Umsetzungsverpflichtung für den Gesetzgeber. Gerade das sensible Gebiet des Strafprozessrechts bedarf von Verfassungs wegen einer hinreichenden gesetzlichen Detaillierung. Die Beschränkung etwa des Großen Lauschangriffs auf Katalogtaten ist ein Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber die Funktion des Freiheitsschutzes wahrnimmt und auch der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen genüge tut. Unterlässt der Gesetzgeber eine Regelung überhaupt oder regelt er nicht umfassend eine Frage, so greift direkt das Verfassungsrecht ein und muss zur Lösung des konkreten Falles herangezogen werden. Allerdings kann nicht trotz fehlender gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage unter Rückgriff auf das Verfassungsrecht eine strafprozessuale Maßnahme durchgeführt werden. Dies verbietet der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, ein Basiselement des Rechtsstaatsprinzips. Es ist deshalb konsequent, dass auch der BGH eine online Durchsuchung mit Trojaner Programmen für die Strafverfolgung wegen Fehlens einer ausdrücklichen Ermächtigung im Strafprozessrecht für unzulässig ansieht¹⁴. Es versteht sich von selbst, dass auch eine detaillierte gesetzliche Regelung verfassungskonform interpretiert werden muss.

¹² F.-C. Schroeder, T. Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 137.

¹³ Vgl. grundlegend BVerfGE 53, 30, 55.

¹⁴ BGHSt 51, 211; W. Beulke, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaats und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Rn. 253 c.; ausführlich J.P. Graf, in: J.P. Graf (Hrsg.), BeckOK StPO, § 100a, Rn. 108–111; dazu die wichtige Entscheidung des BVerfG betreffend das Polizeirecht Nordrhein-Westfalens, dass ein Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informatorischer Systeme herausstellt, BVerfGE 120, 274.

I. Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1.1 GG)

Das Menschenbild des Grundgesetzes ist das des autonomen Individuums, Subjekt nicht Objekt im Verhältnis zum Staat, im Prinzip frei, aber in der Gemeinschaft mit anderen nicht isoliert, sondern vielfältigen Bindungen unterworfen. Diese Bindungen müssen diese Individualität respektieren; sie bedürfen der Legitimierung und müssen sich auf das Notwendige beschränken. Die Menschenwürde verlangt einen innersten Bereich der privaten Lebensgestaltung, der staatlichen Bindungen nicht zugänglich ist. An ihnen schließt sich der Privatbereich (oftmals „schlichter Privatbereich“ genannt), der Beschränkungen zu Gunsten legitimer öffentlicher Interessen zugänglich ist, die aber nur im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sind. Daran wiederum schließt sich der Sozialbereich, der stärkeren Bindungen unterliegt, dies aber immer unter Beachtung der Grundrechte und der Verhältnismäßigkeit¹⁵.

Der Große Lauschangriff, durch eine Änderung von Art. 13 GG verfassungsrechtlich ermöglicht, findet seine Grenze an der Menschenwürde, an diesem innersten Bereich der privaten Lebensgestaltung. Beweise dürfen insoweit nicht erhoben und verwertet werden¹⁶. Der Gesetzgeber hat dies aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht festzulegen; dies ist in den § 100 a. 4 und 100 c. 5 StPO geschehen. Dass ist praktisch nicht immer einfach ist, liegt auf der Hand. Es ist eine so genannte negative Kernbereichsprognose¹⁷ anzustellen, die den Lauschangriff nur erlaubt, wenn es nicht wahrscheinlich ist, dass dieser Kernbereich erfasst wird. Sollte es sich während der Maßnahme dennoch ergeben, dass in ihn eingegriffen wird, müssen die Maßnahme sofort gestoppt und die Erkenntnisse gelöscht werden. Auch ein Verwertungsverbot ist damit verbunden. Wegen des Bezugs zu Menschenwürde dürfen auch Spuren, die sich hieraus ergeben würden, nicht weiter verfolgt werden¹⁸. Die Durchschlagskraft der Menschenwürde als oberster Wert der Rechtsordnung wird hier deutlich sichtbar. Dass Lauschangriffe auf Betriebs- und Geschäftsräume nicht diese innerste Sphäre berühren und dass Gespräche über die Straftaten selbst inhaltlich nicht diesem Bereich zu gehören, erscheint konsequent und ergibt sich auch aus dem Gesetz (vgl. § 100 c. 4 StPO).

¹⁵ Zu dieser Spöhärentheorie des BVerfG vgl. eingehend *F. Hufen*, Staatsrecht II, § 12, Rn. 4–8. Durchweg aufgegriffen in der strafprozessualen Literatur, vgl. *W. Beulke*, Beweiserhebungs-, Rn. 470; *H. Putzke*, *J. Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 5. Aufl., München 2013, Rn. 415.

¹⁶ BVerfGE 109, 279.

¹⁷ *W. Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 266.

¹⁸ *W. Beulke*, Beweiserhebungs- Rn. 476.

Mit der Garantie der Menschenwürde in Zusammenhang steht der klassische Fall des *Tagebuchs* als Beweismittel. Dies war selbst Gegenstand einer mit vier zu vier abgelehnten Verfassungsbeschwerde¹⁹. Das Meinungsbild ist hierbei unterschiedlich. Der Tendenz nach wird nicht primär darauf abgestellt, dass die Notiz in einem Tagebuch als Ort intimer Aufzeichnungen vorgenommen wird, sondern auf den Inhalt der Notiz selbst. Betrifft sie die Straftat, so ist dies kein Zeugnis über intime Vorgänge und deshalb nicht über die Menschenwürde geschützt²⁰.

II. Die verfassungsrechtliche Bewertung von Gesetzesverstößen

Die Frage insbesondere, ob unter Verstoß gegen Gesetzesvorschriften des Beweisrechts erlangte Beweise nicht verwertet werden dürfen, und auch die weitere Frage, wie mit „Zufallsfunden“ zu verfahren ist, die in Zusammenhang mit solchen Verstößen erfolgt sind, wird in Rechtsprechung und Literatur oft über eine Abwägung zwischen der Schwere des Fehlers und der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat zu lösen versucht. Dieser Ansatz über die Abwägung von Rechtsgütern wird vom BVerfG geteilt²¹. Hinsichtlich dieser Frage ist zunächst zu klären, ob es sich bei dem Verstoß gegen gesetzliche Voraussetzungen der Beweiserhebung um Legalitätsverstöße oder um spezifische Verfassungsverstöße handelt. Dies hängt von der Funktion der gesetzlichen Anforderungen, gegen die verstoßen wurde, ab.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber selbst schon ein ausdrückliches Verwertungsverbot für bestimmte Verstöße normiert hat oder ob sich das Verwertungsverbot aus der Verfassung selbst ergibt. Auch die vom Gesetzgeber festgelegten Verwertungsverbote sind direkte Konkretisierungen von Verfassungsgeboten und stellen eine vom Gesetzgeber getroffene

¹⁹ BVerfGE 80, 367.

²⁰ Vgl. BGH NSTZ 1998, 635.

²¹ Beschluss vom 2.7.2009 – 2 BvR 2225/08 (Abwägung nach Art des Verbotes und Gewicht des Verstoßes – Eine Verletzung des Rechts auf faires, rechtsstaatliches Verfahren liege erst vor, wenn rechtsstaatlich zwingende Folgen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde). Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 30.6.2005, JuS 2006, 189; BVerfG Beschluss (Kammer) vom 24.2.2011 – 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10: Abwägung; absolutes Verwertungsverbot bei Eingriff in den innersten Bereich der personalen Lebensgestaltung; Videoaufnahmen der Autos zur Abstandsmessung auf der Autobahn kein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht). Beschluss vom 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09 (CD aus Liechtenstein): Verwertungsverbot nur bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen; absolutes Verwertungsverbot nur, wenn Menschenwürde berührt wird. Innerster Bereich der persönlichen Lebensgestaltung verneint: BVerfG 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09.

Abwägung zwischen verschiedenen Verfassungswerten dar. Wichtige Beispiele sind das Unterbleiben der Belehrung über Rechte zur Zeugnis-, Auskunfts- und Aussageverweigerung, des weiteren Mängel bei der Erfüllung der Voraussetzungen des Großen und Kleinen Lauschangriffs, der körperlichen Untersuchung²², der DNA – Feststellung, des Einsatzes von V-Leuten und verdeckten Ermittlern etc.²³

Verfassungsrechtlich führt das Vorliegen eines solchen Fehlers zu einer Abwägung zwischen einerseits dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Wert der Verwirklichung des staatlichen *ius puniendi* und andererseits der individuellbezogenen Grundrechte. Allerdings ist klar, dass es sich um die Bewältigung von fehlerhafter Gesetzesanwendung handelt, nicht um (bis zu einem gewissen Grade zulässige) Grundrechtseinschränkungen. Dennoch sind Abwägungen in diesem Zusammenhang unerlässlich und auch von der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH gedeckt. Nur sehr bedingt kann allerdings die so genannte Widerspruchslösung²⁴ (d.h., dass die Verwertung nur durch den Widerspruch des Betroffenen gehindert wird) ein geeigneter Ansatz sein. Grundrechtsgüter sind auch objektive Werte, auf die nicht, etwa durch unterlassenen Widerspruch, verzichtet werden kann. Andererseits kann die Verletzung von direkt in der Verfassung normierten Voraussetzungen, wie in Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) für den Großen Lauschangriff, als Verfassungsverstoß gewertet werden, der eine Beweisverwertung verhindert. Ohne Zweifel resultiert, wie schon mehrfach erwähnt, ein Verwertungsverbot aus einem Fehler, der sich auf den Schutzbereich der Menschenwürde auswirkt. Dies bezieht sich auf den innersten Bereich der persönlichen Lebensgestaltung und auch auf das in der Menschenwürde wurzelnde Verbot des Zwangs zur Selbstbeschuldigung. Aber auch außerhalb dieser innersten Sphäre, wenn es sich nur um den so genannten schlichten Privatbereich²⁵ handelt, muss ein Verstoß gegen wichtige Werte zu einem solchen Verbot führen. Beispiele können sein: Anordnung des Großen Lauschangriffs nicht durch die vorgesehene Kammer des Landgerichts, Durchführung außerhalb der so genannten Katalogtaten des § 100c StPO, Wohnungsdurchsuchung ohne richterliche Anordnung, ohne dass (objektiv

²² Dazu auch BVerfG Beschluss vom 24.2.2011 2 – BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10: kein Beweisverwertungsverbot, wenn Richtervorbehalt nicht willkürlich oder zielgerichtet umgangen wird. Auch kein Verstoß gegen das Gebot des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens und auch nicht gegen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2.2 GG). Vgl. auch BVerfG Beschluss vom 28.7.2008 – 2 BvR 784/08 zu § 81a StPO (kein Verwertungsverbot wegen Mängel bei Dokumentation und Begründung der Eilkompetenz).

²³ Vgl. die Auflistung bei F.-C. Schroeder, T. Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 136.

²⁴ H. Putzke, J. Scheinfeld, Strafprozessrecht, s. 105.

²⁵ Zu diesem Begriff W. Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 470.

eindeutig erkennbar) Gefahr im Verzug vorliegt, unter Verletzung von § 136a StPO gewonnene Erkenntnisse usw.

Diesen Beweisverwertungsverböten ist dann auch Fernwirkung zuzumessen, zumindest wenn die aufgrund des nicht verwertbaren Beweises ermöglichten weiteren Ermittlungen den Grundrechtsverstoß „vertiefen“²⁶.

Insgesamt kann man feststellen, dass das Verfassungsrecht im deutschen Strafprozessrecht durchaus adäquate Beachtung findet. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Menschenwürde. Außerhalb dieses Bereichs, im Rahmen der so genannten „schlichten“ Privatsphäre, für uns ein Verstoß gegen wichtige Rechtsgüter zu einem Verwertungsverbot, während im übrigen der Strafanspruch des Staates als vorrangig angesehen wird. Die Abwägung zwischen gegensätzlichen Rechtsgütern erscheint hier als der einzig gangbare Weg, zu praktisch akzeptablen und auch theoretisch durchaus haltbaren Ergebnissen zu gelangen. Dass damit die Kasuistik eine große Rolle spielt, ist offensichtlich. Dies fordert die wissenschaftliche Diskussion und die Kooperation von Strafrecht und Verfassungsrecht besonders heraus.

²⁶ W. Beulke, Beweiserhebungs-, Rn. 482, zum „rechtmäßigen hypothetischen Ersatzeingriff“, Rn. 483.

Rozdział II. Zakazy dowodowe a prawo konstytucyjne

prof. dr dres. h.c. *Rainer Arnold*¹
tłumaczenie: dr *Dagmara Gruszecka*

§ 1. Wpływ ustawy zasadniczej na postępowanie karne

Współczesny konstytucjonalizm w Europie opiera się przede wszystkim na primacie ustawy zasadniczej. Stanowi to wyraz zasady państwa prawnego, która obejmuje już nie tylko legalizm, ale również konstytucyjność (podległość konstytucji) każdej władzy państwowej. Wszystkie obszary i gałęzie prawa są zatem przesycane prawem konstytucyjnym. Jest to zwłaszcza aktualne w odniesieniu do procesu karnego, w którego dyspozycji znajdują się instrumenty proceduralne służące ustaleniu prawdy o czynie zabronionym, tak aby możliwa była realizacja państwowego roszczenia karnego (*Strafanspruch*).

W procesie karnym manifestuje się z pełną jaskrawością wertykalna relacja pomiędzy państwem a jednostką. Ukaranie, będące konsekwencją popełnienia czynu zabronionego, stanowi głęboką ingerencję w sferę jednostki; stąd zarówno wyrok karny, jak i całe postępowanie karne może być określone jako w szczególności „bliskie konstytucji”. Normatywne ukształtowanie postępowania karnego i wykorzystanie proceduralnych możliwości musi odpowiadać postanowieniom konstytucji, a w szczególności zapewnić obowiązywanie podstawowych praw i gwarancji sądowych.

Nie tylko konstytucja narodowa, w Niemczech – Ustawa Zasadnicza (*Grundgesetz*), ale także pozostałe europejskie regulacje o randze konstytucyj-

¹ Profesor Uniwersytetu w Regensburgu, emerytowany Kierownik Katedry Prawa Publicznego (od 1978 r.), Katedry Jean Monnet (od 1999 r. Katedry prawa europejskiego (EC Law) i od 2008 r. Katedry „Legal Relations of the EU with Central Eastern and South-Eastern Europe”), członek–korespondent Akademii Nauk w Bolonii, członek stowarzyszony Międzynarodowej Akademii Prawa, współpracownik Europejskiego Instytutu Prawa. W przeszłości profesor wizytujący na Uniwersytetach: Paris I, Paris II, w Strasburgu, Tuluzie, Aix-en-Provence, Roma La Sapienza, Bolonii, Lizbonie, Santiago de Chile.

nej, jak np. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (ona wszak jest prawem konstytucyjnym w ujęciu funkcjonalnym), a dla państw członkowskich UE – Karta Praw Podstawowych UE (EU GRCh), na tyle, na ile wiążą państwa członkowskie, muszą zostać uwzględnione w rozważaniach². Te trzy funkcjonalne poziomy konstytucyjne odzwierciedlają, mimo ich autonomizmu, funkcjonalną jedność, która przejawia się zwłaszcza w rosnącej konwergencji wykładni praw jednostki. W związku z tym niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) orzekł, że niemieckie prawa podstawowe muszą być interpretowane zarówno w świetle orzecznictwa strasburskiego, jak i w świetle interpretacji Konwencji. W przeciwnym wypadku nie tylko doszłoby do pogwałcenia Konwencji, lecz naruszone byłyby równocześnie normy niemieckiej ustawy zasadniczej³.

Karnoprocesowe regulacje prawa dowodowego są w szczególności sposobem nacechowane konstytucyjnoprawnie: sprawą najwyższej wagi pozostaje gwarancja ochrony godności ludzkiej (art. 1 ust. 1 GG) oraz związane z nią prawo do swobody rozwoju osobistego (art. 2 ust. 1 GG). Jest to prawo, które w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego zostało rozszerzone do ogólnego prawa do wolności, „prawa macierzystego wszystkich praw podstawowych”, konkretyzowanego w poszczególnych prawach podstawowych, ale równocześnie stanowiącego fundament dla wyprowadzania nowych, nienazwanych praw podstawowych lub przynajmniej nowych aspektów tych praw⁴.

Artykuł 2 ust. 1 GG w związku z zasadą godności człowieka z art. 1 ust. 1 GG jest niemal nieograniczonym źródłem praw osobistych, z którego Federalny Sąd Konstytucyjny w dynamicznym orzecznictwie „czierpie” wciąż nowe gwarancje ochrony⁵. W tym ukazuje się właśnie zasadnicze zadanie konstytucji – zadanie zapewnienia jednostce istotnej i funkcjonalnie efektywnej ochrony⁶. To oznacza, że decydujący może być nie tylko tekst pisany konstytucji, odpowiadający duchowi czasów jej tworzenia, ale immanentne dla każdej konstytucji zadanie uzupełnienia ochrony jednostki, także wykraczającej poza normy pisane oraz zapewnienie tej ochrony w każdej sytuacji zagrożenia wolności, istniejącej lub dopiero mogącej mieć miejsce w przyszłości. Funkcjonalna wydajność oznacza przy tym, że ochrona praw podstawowych przez ustawodawcę nie może być osłabiana, należy zwłaszcza zachować istotę owych praw (por. art. 19 ust 2 GG) oraz zagwarantowana musi pozostać zasada proporcjonalności przy wazeniu

² Por. R. Arnold, *European Constitutionalism and Criminal Procedure*, s. 795–805.

³ Post. BverfG, Görgülü 2004, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html/Rz. 32, 33, 63 (dostęp: 11.11.2015 r.)

⁴ Por. post. BVerfGE 6, 32, 36.

⁵ Por. F. Hufen, *Staatsrecht II*, § 11.

⁶ Por. R. Arnold, *Substanzielle und funktionelle*, s. 3–10.

publicznego i indywidualnego interesu. Ta zasada, która w tym samym kształcie znana jest również polskiemu prawu konstytucyjnemu, rozwinęła się w europejskim obszarze prawnym – lecz również poza nim – w elastyczny instrument rozgraniczania wolności od interesu ogółu, który bazuje na zasadzie wolności jednostki i ujmuje konieczne ograniczenia owej zasady jako wąsko określone, potrzebujące każdorazowej legitymizacji, wyjątki⁷.

Zasada proporcjonalności, znajdująca się na linii granicznej pomiędzy ochroną praw podstawowych a zasadą państwa prawnego, ma najwyższe znaczenie i służy jako miara przy ważeniu rozważanych dóbr prawnych również w prawie dowodowym. Judykaty Trybunału Federalnego (*Bundesgerichtshof* – BGH) posługują się często ową zasadą, o ile przedmiotem nie jest sama gwarancja godności ludzkiej, która nie podlega ważeniu. Jądro (sedno) życia prywatnego jednostki (*der Kernbereich der persönlichen Lebensgestaltung*) – formuła utrwalona w międzyczasie przez Federalny Sąd Konstytucyjny (BVerfG)⁸ pozostaje wolne od ingerencji władzy publicznej; godność ludzka zabrania w tym przypadku jakiegokolwiek ważenia względem innych dóbr.

Dla postępowania karnego relewantne pozostają jednak także pozostałe prawa podstawowe i obiektywne konstytucyjne gwarancje wymiaru sprawiedliwości, które w judykaturze kwalifikuje się jako prawa analogiczne, równoważne prawom podstawowym. Ochrona praw podstawowych i praworządność różnią się strukturalnie, funkcjonalnie jednak są one mocno powiązane. Aspekty węzłowe zasady państwa prawa, określoność ustawy (w szczególności ustawy karnej – art. 103 Grundgesetz), zasada legalizmu, rozbudowane poprzez prymat konstytucji oraz zasadę proporcjonalności spełniają istotną funkcję ochronną i są tym samym koniecznym uzupełnieniem indywidualistycznej ochrony praw podstawowych.

Regulacje pozapaństwowe oddziałują nie tylko na prawa podstawowe, ale również na zasadę państwa prawnego, czego egzemplifikacją jest wciąż przytaczany w orzecznictwie nakaz rzetelnego procesu – *fair trial*, formułowany przez ETPCz. Przez długie lata Federalny Sąd Konstytucyjny pozostawał skoncentrowany wyłącznie na ustawodawstwie niemieckim, ignorując Europejską Konwencję Praw Człowieka (prawdopodobnie z tego powodu, że stosownie do niemieckiej doktryny transformacji miała ona rangę jedynie zwykłego prawa federalnego). Pierwszy wszakże teoretyczny przejaw „otwartej państwowości” (zasada

⁷ Por. *tenże*, L'État de droit comme fondement, s. 769–776.

⁸ Por. post. BVerfG z 24.12.2015 r. – 1 BvR 472/14, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/02/rs20150224_1bvr047214.html, jak również post. BVerfG z 7.5.2013 r. – 2 BvR 1981/06, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/05/rs20130507_2bvr090906.html, Rz. 82 (dostęp: 11.11.2015 r.).

konstytucyjna samodzielnie rozwinięta przez Federalny Sąd Konstytucyjny!)⁹ stanowiła recepcja instytucji domniemania niewinności z art. 6 ust. 2 ETPCz w niemieckim pojęciu państwa prawa¹⁰. Od dłuższego czasu Federalny Sąd Konstytucyjny wielokrotnie dawał wyraz teorii „harmonizującej wykładni” prawa niemieckiego w stosunku do standardów międzynarodowych, w szczególności Konwencji, opartej na art. 1 ust. 2 GG, uznaniu konstytucyjnym powszechnie przyjętych praw człowieka. Nastąpiła także internalizacja zasady państwa prawnego, która uczyniła nakazem konstytucyjnym uwzględnianie prawa państwa prawnego¹¹.

Proces karny stanowi kamień probierczy tego współczesnego rozwoju. W tym zaś prawo dowodowe jest tego rodzaju obszarem, który pozostaje pod najsilniejszym wpływem konstytucji. Samo ustawodawstwo przyjęło w przepisach standardy określone w orzecznictwie konstytucyjnym, szczególnie wyraźnie przy przesłankach podsłuchu w pomieszczeniach mieszkalnych – tzw. *Großer Lauschangriff*. Liczne kwestie konstytucyjnoprawne zostały bezpośrednio uregulowane w StPO (niemieckim KPK). Najistotniejsze miejsce zajmuje tu judykatura, zwłaszcza orzeczenia Trybunału Federalnego (BGH), którym w coraz częściej spornych i kontrowersyjnych zagadnieniach towarzyszy ożywiona debata naukowa. Federalny Sąd Konstytucyjny (BVerfG) ma wprawdzie ostatnie słowo, może jednak kontrolować jedynie specyficzną konstytucyjność ustawy i jej zastosowania oraz musi zachować kontrolę legalności, przy jednocześnie znacznej ich istotności dla dalszego rozwoju albo potwierdzenia koncepcji konstytucyjnych. Nawet pobieżna analiza orzecznictwa Trybunału Federalnego oraz piśmiennictwa wskazuje, że stanowiska zajmowane przez Federalny Sąd Konstytucyjny spotykają się bez wyjątku z akceptacją, chociaż konsekwencje ich stosowania w kwestiach procesowych są już oceniane w różny sposób. Konstytucyjnoprawna tematyka prawa dowodowego jest zróżnicowana, co powoduje, że będą mógł jedynie odnieść się do najważniejszych zagadnień i zarysować podstawowe kierunki problemów.

⁹ K.-P. Sommermann, *Offene Staatlichkeit: Deutschland*, w: A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P.M. Huber (red.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 2: *Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg 2008, s. 3–35.

¹⁰ Por. post. BVerfGE 35, 311, 320.

¹¹ Por. post. BVerfG (FN 2), Rz. 62.