

StVSpezial

www.wolterskluer-online.de

STRAFVERTEIDIGER

REDAKTION

Prof. Dr. Dominik Brodowski
RAin Lea Voigt
RA Prof. Dr. Björn Gercke
Prof. Dr. Matthias Jahn
RA Prof. Dr. Helmut Pollähne

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Vorsichtige Beweiswürdigung bei Aussagen Mitbeschuldigter

Europäischer Gerichtshof

Praktische und wirksame Möglichkeit der Rüge einer verspäteten Belehrung über das Schweigerecht

Spezialität nach Überstellung aufgrund eines fehlerhaften Europäischen Haftbefehls

Bundesverfassungsgericht

Unzulässigkeit der Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils

Recht auf persönliche anstelle virtualisierter Anwesenheit im erstinstanzlichen Verfahren

Einziehung und Willkür

Rechtsschutzgleichheit und Rechtsschutzgarantie bei auf Einträge in Polizeidatenbanken gestützten Grundrechtseingriffen

Bundesgerichtshof

Private Tagebuchaufzeichnungen kein Tatobjekt des § 353d Nr. 3 StGB

Oberlandesgerichte

Hamburg

Spezialitätsgrundsatz bei Auslieferung in die USA *Hiéramente*

Landgerichte

Bremen

Vertretung widerstreitender Interessen im Strafverfahren

Mannheim

Bezeichnung einer Polizeimaßnahme als rassistisch

Anrechnung der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis auf das Fahrverbot

Nürnberg-Fürth

Laptop und elektronische Aktenkopie für den inhaftierten Beschuldigten

Amtsgerichte

Frankfurt/O.

Frist für Rechtshilfeersuchen auf Zustellung einer Ladung des Beschuldigten

Darmstadt

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte; strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff

Verwaltungsgerichte

Hannover

Längerfristige Observation durch die Bundespolizei

Forum

Timo Kettler

Befangenenheitsrecht für Strafverteidiger

Aufsatz

Alicia Althaus/Marcus Traut

Rechtsstaatswidrige Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren: Verwertungsverbote und Verfahrenshindernisse



Heft 1
März 2024
Seiten 1 – 48
4. Jahrgang
Art.-Nr. 59652401

1

Carl Heymanns Verlag

Rechtsstaatswidrige Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren

Verwertungsverbote und Verfahrenshindernisse

Rechtsanwältin Alicia Althaus und Rechtsanwalt Marcus Traut, Wiesbaden und Würzburg

Ein medial aufsehenerregender Prozess vor dem *LG Frankfurt/M.* um Bestechlichkeit, Untreue und Steuerhinterziehung endete mit einem Paukenschlag: Der ehemalige Oberstaatsanwalt Alexander B.¹ wurde zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt.² Dieser Prozess wirft Fragen zur Integrität des Strafverfolgungssystems und zur Gewährleistung fairer, objektiver und unvoreingenommener Verfahren auf. Untersucht wird, welche Konsequenzen es hat, wenn Ermittlungsverfahren nicht auf einem echtem Anfangsverdacht basieren, sondern den Zweck verfolgen, ein korruptes System aufrechtzuerhalten. Die Schlussfolgerungen werden verwendet, um Lösungsansätze zu diskutieren, die einen Fall wie B. in Zukunft präventiv verhindern.

A. Sachverhalt

B. begann seine Karriere als Staatsanwalt in der Eingreifreserve der Hessischen Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt/M. Anfang der 2000er Jahre wurde er zur Staatsanwaltschaft Limburg abgeordnet und beschäftigte sich dort mit Ermittlungsverfahren im Gesundheitswesen.³ Einige Jahre später kehrte B. zu der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt/M. zurück, wo er Leiter der neu gegründeten »Zentralstelle für Medizinwirtschaftsstrafrecht« wurde.⁴

Die Tätigkeit des B. fand ein Ende mit seiner Verhaftung in den Räumlichkeiten der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt/M. am 23.07.2020 und der Anklageerhebung am 02.06.2022 zur *Großen Wirtschaftskammer des LG Frankfurt/M.*⁵ Die Anklageschrift erhob den Vorwurf der fortgesetzten und gewerbmäßigen Bestechlichkeit in 101 Fällen, der schweren Untreue in 55 Fällen sowie der Steuerhinterziehung in neun Fällen.⁶ Gleichzeitig bezog sich die Anklage auf einen mit B. befreundeten Unternehmer. Dieser gründete und leitete das Unternehmen »m.-t. GmbH«, das hauptsächlich Gutachten für die Justiz erstattete. Damit soll das Unternehmen innerhalb von zehn Jahren mit Hilfe der hessischen Justizbehörden Einnahmen in Höhe von mehr als 12.500.000 EUR erzielt haben.⁷ Das *LG Frankfurt/M.* urteilte nun, dass B. dem mitangeklagten Unternehmer gegen Geldzahlungen Aufträge für solche Gutachten verschafft habe.⁸

Dieser bislang einmalige Fall wirft die Frage auf, welche Rechtsfolge es hat, wenn nicht mehr feststellbar ist, ob ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren aufgrund eines Anfangsverdachts oder zur Aufrechterhaltung eines korrupten Systems eingeleitet wurde.

Grundsätzlich ist ein Anfangsverdacht zu bejahen, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die es nach den kriminalistischen Erfahrungen als möglich erscheinen lassen, dass eine verfügbare Straftat begangen wurde.⁹ Hierbei kommt dem Staatsanwalt¹⁰ bei der Entscheidung über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zwar ein Spielraum der Würdigung

und eine gewisse Freiheit zu. Die Einleitung von Ermittlungen ist aber rechtswidrig, wenn sie selbst bei voller Würdigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nicht mehr verständlich ist.¹¹

B. Ermittlungsmaßnahmen zur Aufrechterhaltung korrupter Systeme: Rechtsfolgen und Beweisverwertungsverbot

Ein Ermittlungsverfahren betrifft den Betroffenen unmittelbar in seiner Rechtssphäre.¹² »Ermittlungsmaßnahmen«, die zur Aufrechterhaltung eines korrupten Systems eingeleitet werden und möglicherweise nicht einmal als solche bezeichnet werden können, verstoßen in eklatanter Weise gegen § 152 Abs. 2 und § 160 Abs. 2 StPO sowie gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Daraus folgt für sämtliche Beweismittel, die aus diesen »Ermittlungsmaßnahmen« resultierten, ein vollumfängliches Beweisverwertungsverbot (sogleich **I.**); zudem liegt ein Verfahrenshindernis (unten **II.**) vor.

I. Beweisverwertungsverbot

Das Recht auf ein faires Verfahren im Strafprozess hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip und der garantierten Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG.¹³ Damit zählt das Recht auf ein faires Verfahren zu den wesentlichsten Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens.¹⁴ Das Recht auf ein faires Strafverfahren enthält als solches keine in sämtlichen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote.¹⁵ Es gewährleistet jedoch das

1 Im Folgenden: B.

2 *Bender*, Sechs Jahre Haft für korrupten Oberstaatsanwalt aus Hessen, *Handelsblatt*, 12.05.2023.

3 *Dorn* FS Möller, 2023, S. 463 (464); *Staub*, Blind vor Gier?, *FAZ*, 08.01.2022, S. 4.

4 *Dorn* (Fn. 3), S. 464; *Polke-Majewskil/Feldwisch-Drentrup/Steinhagen*, Der Bestechliche, *DIE ZEIT*, 03.12.2020, S. 22.

5 *Dorn* (Fn. 3), S. 465; *Niesen*, Presseinformation der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main vom 02.06.2022 zur »Anklageerhebung gegen einen Beamten des höheren Justizdienstes wegen Korruptionsverdacht«.

6 *Dorn* (Fn. 3), S. 465.

7 *Dorn* (Fn. 3), S. 465.

8 Frankfurt am Main: Ex-Oberstaatsanwalt zu sechs Jahren Haft verurteilt, *DER SPIEGEL*, 12.05.2023, S. 2.

9 BVerfG NStZ 1982, 430 (430).

10 Soweit in dieser Arbeit die maskuline Form Verwendung findet, ist sie im Sinne des generischen Maskulinums geschlechtsneutral zu verstehen.

11 BGH NJW 1989, 96 (97) = StV 1988, 441.

12 *Jahn*, in: *Barton/Köbel/Lindemann* (Hrsg.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, 2015, S. 36.

13 BVerfGE 57, 250 (274 ff.); 38, 105 (111); 122, 248 (271) = StV 2010, 497; BVerfGE 133, 168 (200) = StV 2013, 353; *KK-StPO/Lohsel/Jakobs*, 9. Aufl. 2023, EMRK Art. 6 Rn. 44.

14 BVerfG NJW 1981, 1719 (1722).

15 BVerfG StV 2020, 357 (358 Rn. 20).

Recht des Einzelnen, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können.¹⁶ Es ist daher von Relevanz, dass dem Angeklagten ausreichende Möglichkeiten gegeben werden, Einfluss auf den Verlauf und das Ergebnis des Verfahrens zu nehmen.¹⁷ Das *BVerfG* erkennt ein Beweisverwertungsverbot an, wenn der Betroffene keine Einflussmöglichkeit hat, die Wahrheitssuche nicht gewährleistet ist oder das Persönlichkeitsrecht unverhältnismäßig beeinträchtigt würde. Unrechtmäßige Beweiserhebungen dürfen nicht begünstigt werden.¹⁸ Dieselben Anforderungen ergeben sich auch aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Es ist im Rahmen einer Prüfung der Gesamtumstände zu entscheiden, ob die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise den Maßstäben eines fairen Verfahrens entspricht.¹⁹

Evident ist, dass ein Beweiswert von Sachverständigengutachten, die in einem korrupten System entstanden, nicht vorhanden ist. Treffen die Vorwürfe gegen B. zu, hat er seine Position missbraucht, indem er nach Durchsuchungen Sachverständigenaufträge vergab, um persönlich hiervon zu profitieren; es wäre zudem zu prüfen, inwieweit er auf solche »Gutachten« Einfluss nahm. In jedem Fall kann in einem korrupten System eine Wahrung der Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitsforschung ausgeschlossen werden. Aus diesen bewussten und systematischen Rechtsverstößen folgt ein Beweisverwertungsverbot. Dem steht auch nicht das staatliche Aufklärungsinteresse entgegen. Bei der willkürlichen Annahme eines Anfangsverdachts durch einen Staatsanwalt, der dadurch sein eigenes korruptes System nähren will, liegt allenfalls ein sehr geringes staatliches Aufklärungsinteresse vor.

Aufgrund der bewussten Missachtung der Rechtslage unterliegen sämtliche »Erkenntnisse«, die in einem korrupten System – wie demjenigen, das B. vorgeworfen wird – eingeleiteten »Ermittlungsverfahren« wegen des massiven Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK einem vollumfänglichen Beweisverwertungsverbot.

II. Absolutes Verfahrenshindernis

Die Gewährleistung eines fairen Verfahrens und weitere rechtsstaatlichen Garantien sind grundlegend für das Funktionieren eines gerechten Strafrechtssystems.²⁰ Die Missachtung dieser Prinzipien und die Einleitung von Ermittlungen ohne das Bestehen eines Anfangsverdachts gefährden die Integrität des gesamten Rechtssystems. Aus der Rechtsprechung des *EGMR* zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation kann geschlossen werden, dass ein Beweisverwertungsverbot in einem solchen Fall nur eine Mindestkonsequenz darstellt²¹ und zudem ein absolutes Verfahrenshindernis vorliegt.

Wenn ein Ermittlungsverfahren ohne Anfangsverdacht und somit ohne jede Rechtsgrundlage eingeleitet wird, stellt dies einen eklatanten Verstoß gegen fundamentale rechtsstaatliche Prinzipien dar: Der Anfangsverdacht ist die unerlässliche Voraussetzung für die Einleitung von Ermittlungsmaßnahmen. Das Fehlen eines solchen Anfangsverdachts bedeutet, dass es keinerlei objektive Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat gibt und somit eine Strafverfolgung nicht gerechtfertigt ist.

Obwohl B. nicht als »agent provocateur« im engeren Sinne agierte, ist zu fragen, ob das ihm vorgeworfene Verhalten in wesentlichen Aspekten mit dem einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vergleichbar ist: Wenn es sich hier wie dort um einen auf rechtsstaatswidrige Weise konstruierten Anfangsverdacht handelt, kann die zu jenem Phänomen ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung herangezogen werden. Mehr noch: Die Schwere der B. vorgeworfenen Rechtsverstöße könnte sogar als noch größer als die eines »klassischen« agent provocateur anzusehen sein.

Bei einem agent provocateur handelt es sich in der Regel um Verdeckte Ermittler der Polizei oder Vertrauenspersonen, die von den Ermittlungsbehörden zur Gewinnung eines Anfangsverdachts eingesetzt werden.²² Die Tätigkeit eines agent provocateur verstößt laut *EGMR* bereits von Beginn an gegen die allgemeinen Grundsätze des fairen, rechtsstaatlichen Strafverfahrens aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK.²³ Ein Ermittlungsverfahren sei nach deutschem Recht unverzüglich gemäß §§ 206a, 260 StPO einzustellen.²⁴ Gerichte sind nunmehr von Amts wegen dazu verpflichtet, zu überprüfen, ob eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt, denn nach dem *EGMR* stellt die rechtsstaatswidrige Generierung eines Anfangsverdachts zur Einleitung der Strafverfolgung gegen einen Unschuldigen den maßgeblichen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens dar.²⁵ Wesentlich ist laut *EGMR*, dass objektive Anhaltspunkte für einen Anfangsverdacht im Falle der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vor dem Ergreifen des Betroffenen gerade nicht vorliegen.²⁶ Eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation läge insbesondere dann vor, wenn gegenüber einer an sich unverdächtigen Person »hartnäckig« ermittelt werde.²⁷

Eben dies soll hier der Fall gewesen sein: B. wird vorgeworfen, ähnlich wie ein agent provocateur Maßnahmen ergriffen zu haben, die nicht auf der tatsächlichen Annahme eines Anfangsverdachts beruhen, sondern dazu dienen, ein korruptes System aufrechtzuerhalten. Dass er – so die Anklage – unmittelbar nach der Einleitung von Ermittlungsverfahren die m.-t. GmbH beauftragt hat, erweckt den Eindruck, dass seine Motive zweifelhaft sind und dass sein Verhalten in Verbindung mit dem persönlichen Vorteil stehen.

Die Staatsanwaltschaft ist zur Objektivität und Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet. Ihre Rolle ist die Aufklärung von Straftaten, nicht deren Förderung. Wenn sie Fehlverhalten von Ermittlungsbeamten nicht kontrolliert, gefährdet dies die Rechtsstaatlichkeit.²⁸ Das *BVerfG* erkennt

16 Vgl. hierzu *BVerfG NJW* 2009, 1469 (1474) = StV 2010, 497; *BVerfGE* 63, 45 (69 ff.) = StV 1983, 177.

17 *BVerfG NJW* 2012, 907 (910) = StV 2012, 641.

18 Dies wird näher ausgeführt in *BVerfG NJW* 2012, 907 (910) = StV 2012, 641.

19 *EGMR NJW* 1999, 3545 (3545); 2015, 3631 (3634) = StV 2015, 405.

20 MüKo-StPO/Peters, § 152 Rn. 26.

21 *EGMR NJW* 2015, 3631 (3635) = StV 2015, 405.

22 Schönke/Schröder-StGB/Heinel/Weißer, 30. Aufl. 2019, § 26 Rn. 21.

23 *EGMR NStZ* 1999, 47 (48) = StV 1999, 127.

24 *BGH NJW* 2016, 91 (95 ff.) = StV 2016, 129.

25 *BGH NStZ* 2023, 243 = StV 2022, 275 (Ls); *EGMR NJW* 2015, 3631 (3633) = StV 2015, 405.

26 *EGMR NJW* 2015, 3631 = StV 2015, 405.

27 *BGH NStZ* 1984, 519 (520) = StV 1984, 407.

28 *BVerfG NJW* 2015, 1083 (1084) = StV 2015, 413.

an, dass das Versagen der Staatsanwaltschaft Einfluss auf das Verfahren haben kann, insbesondere wenn das Fehlverhalten schwerwiegend ist und den Betroffenen im Ermittlungsverfahren rechtsstaatswidrig beeinflusst.²⁹ Dadurch schließt das *BVerfG* die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Folge einer Verletzung des Rechts auf ein faires Strafverfahren nicht aus, sondern legt im Gegenteil selbst Umstände dar, unter denen die Aufrechterhaltung eines staatlichen Strafanspruchs zweifelhaft wäre.

Unterstellt ein Staatsanwalt willkürlich einen Anfangsverdacht, um ein korruptes System zu fördern, steht einem solchen Verhalten ein absolutes Verfahrenshindernis entgegen.

C. Forderungen

Wünschenswert ist, dass der Fall B ein Einzelfall in der Geschichte der deutschen Strafjustiz ist. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass es sich bislang um den einzig entdeckten Fall dieser Art handelt. Jedenfalls zeigen die Geschehnisse die Notwendigkeit von Kontrollmechanismen auf.

Die Einführung eines 4-Augen-Prinzips zur Prüfung des Anfangsverdachts ist zu fordern. Nur dann, wenn zwei Staatsanwälte das Vorliegen eines Anfangsverdachts annehmen, sollten Ermittlungsverfahren eingeleitet werden. Eine entscheidende Frage stellt sich daher: Wie kann das 4-Augen-Prinzip effektiv umgesetzt werden? Erforderlich sein wird zukünftig eine schriftliche Begründung einer Einleitungsverfügung. In dieser ist darzulegen, worauf der Anfangsverdacht fußt. Diese Begründung ist einem zweiten Staatsanwalt vorzulegen und von diesem zu prüfen.

Der Gesetzgeber hat ein Hinweisgeberschutzgesetz, dessen Geltung sich auf die freie Wirtschaft fokussiert, verabschiedet. Dieses Gesetz ließe sich auch auf Staatsanwaltschaften übertragen. Die Einführung eines Hinweisgebersystems für Staatsanwaltschaften fördert Transparenz und Rechenschaftspflicht in der Justiz. Whistleblower können anonym Missstände melden, was die Glaubwürdigkeit stärkt, Probleme frühzeitig erkennt und Fehlverhalten reduziert.

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass Beschuldigten bisher kein Rechtsbehelf gegen die Annahme der Beschuldigteneigenschaft und die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens zusteht.³⁰ Dem könnte durch die Einführung einer »Ermittlungsverfahrensanfechtungsklage« abgeholfen werden.³¹ Deren Daseinsberechtigung zeigt sich nun wieder anschaulich. Ausgestaltet werden könnte diese durch einen entsprechenden Antrag beim OLG, angelehnt an §§ 23 ff. EGGVG.³² Die Erforderlichkeit eines solchen gerichtlichen Rechtsschutzes zeigt sich dann, wenn Ermittlungen willkürlich eingeleitet wurden oder deren Durchführung evident unvertretbar ist.³³ Dies gilt umso mehr, da bereits die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens erhebliche Folgen für den Beschuldigten mit sich bringen kann.³⁴

Zusammenfassend zeigt der vorliegende Fall die Notwendigkeit der Einrichtung von Kontrollmechanismen in der Strafjustiz. Es gilt, Möglichkeiten der Willkür konsequent zu verhindern. Ein mögliches 4-Augen-Prinzip bei der Annahme eines Anfangsverdachts sowie die Einführung eines Hinweisgebersystems für Staatsanwaltschaften würden Transparenz stärken. Eine »Ermittlungsverfahrensanfechtungsklage« würde Beschuldigten einen Rechtsbehelf bieten, insbesondere bei willkürlichen Ermittlungen. Diese Maßnahmen sind notwendig, um Willkür zukünftig zu verhindern.

Die Verfasser verkennen nicht, dass die vorgeschlagenen Änderungen für die Ermittlungsbehörden einen erheblichen, zusätzlichen Aufwand bedeuten würden. Das Erfordernis der Gewährleistung eines fairen Ermittlungsverfahrens überwiegt demgegenüber jedoch.

29 BVerfG NJW 2015, 1083 (1084) = StV 2015, 413.

30 *Jahn* (Fn. 12), S. 85.

31 Dies schlägt auch *Jahn* (Fn. 12) vor, S. 85 ff.

32 *Jahn* (Fn. 12), S. 85 ff. mit weiteren Nachweisen.

33 *Jahn* (Fn. 12), S. 88.

34 So auch *Jahn* (Fn. 12), S. 89.