

Der Anti-Terror-Kampf der USA und die Grundrechte

Von *Stefan Talmon*, Oxford*

I. Einführung: Grundrechtsimplikationen des Anti-Terror-Kampfs der USA

Die Beteiligung deutscher Staatsorgane am Anti-Terror-Kampf der USA wurde bislang fast ausschließlich unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten und insbesondere auf Verstöße gegen die Europäische Menschenrechtskonvention untersucht.¹ Die Grundrechte haben in der Diskussion bislang lediglich eine untergeordnete Rolle gespielt. Dabei stellen sich hier interessante Fragen nach dem räumlichen Geltungsbereich der Grundrechte, der extraterritorialen Wirkung der Grundrechtsordnung sowie den Schutzpflichten des deutschen Staates gegen Grund- und Menschenrechtsverletzungen ausländischer Staatsorgane sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland. Zwar ist die aus-

* Priv.-Doz. Dr. Stefan Talmon, LL.M., M.A., ist Reader in Public International Law an der Universität Oxford und Fellow am dortigen St. Anne's College. – Das Manuskript wurde am 1.3.2007 abgeschlossen.

¹ Siehe z.B. *Tomuschat*, Internationale Terrorismusbekämpfung als Herausforderung für das Völkerrecht, DÖV 2006, 357 ff.; *Weissbrodt/Bergquist*, Extraordinary Rendition: A Human Rights Analysis, Harvard Human Rights Journal 19 (2006), 123 ff.; Council of Europe/Parliamentary Assembly/Committee on Legal Affairs and Human Rights, Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states [Marty Report], Doc. 10957, 12 June 2006; European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners, Opinion no. 363/2005, 16 March 2006, CDL-AD(2006)009 ([www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)009-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)009-e.asp)).

ländische Staatsgewalt, auch wenn sie im Bundesgebiet handelt, nicht an die Grundrechte gebunden, doch sind die deutschen Staatsorgane verpflichtet, Grundrechtsverstöße ausländischer Staatsorgane im Bundesgebiet zu verhindern oder zu unterbinden. Wie das Bundesverfassungsgericht ausgeführt hat, haben die Gewährleistungen des Grundgesetzes „den Grundrechtsschutz in Deutschland“ und nicht nur gegenüber deutschen Staatsorganen zum Gegenstand.² Die geheimen Gefangenen Transporte („Sonderüberstellungen“) durch den US-Geheimdienst CIA außerhalb eines rechtsförmlichen Verfahrens, d.h. außerhalb der Regeln über die Auslieferung oder die internationale Rechtshilfe in Strafsachen,³ durch das Gebiet und den Luftraum der Bundesrepublik Deutschland wirft somit die Frage auf, inwieweit hier eine Schutzpflicht des deutschen Staates für die Menschenwürde, das Leben, die Freiheit und die körperliche Unversehrtheit der Gefangenen besteht und wie diese im einzelnen zu erfüllen ist.⁴

Kraft der Geltungsanordnung des Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte die deutsche Staatsgewalt als unmittelbar geltendes Recht auch, wenn diese – zulässig oder unerlaubt – im Ausland handelt.⁵ Es stellt sich somit die Frage, ob es mit der Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt vereinbar ist, wenn Angehörige deutscher Sicherheitsbehörden (BND, BfV, BKA) sog. „Geisterhäftlinge“, die von den US-Behörden außerhalb eines rechtsstaatlichen Verfahrens im Gefangenenlager Guantánamo auf Kuba oder an anderen geheimen Orten im Ausland ohne Kontakt zur Außenwelt festgehalten werden, unter Umständen

² BVerfG, NJW 1993, 3047 (3049).

³ Siehe dazu den Bericht von Amnesty International „United States of America: Below the radar – Secret flights to torture and ‘disappearance’“, 5.4.2006, AI Index: AMR 51/051/2006 (web.amnesty.org). Siehe auch die Entschließung des Europäischen Parlaments zu der behaupteten Nutzung europäischer Staaten durch die CIA für die Beförderung und das rechtswidrige Festhalten von Gefangenen (P6_TA-PROV(2007)0032) vom 14.2.2007.

⁴ Siehe Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 Abs. 1 und 2 GG.

⁵ *Badura*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 47 Rn. 4 m.w.N.

befragen, in denen davon auszugehen ist, dass die Gefangenen gefoltert oder auf sonstige Weise grausam, unmenschlich oder erniedrigend behandelt werden. Macht es hier einen Unterschied, ob die Befragung durch Angehörige der Nachrichtendienste oder der Strafverfolgungsbehörden vorgenommen wird?⁶ Ist es grundrechtsrelevant, ob die Vernehmung im „Foltergefängnis“ oder „an einem anderen Ort“ vorgenommen wird?⁷ Können grundrechtliche Grenzen staatlichen Handelns dadurch umgangen werden, dass Befragungen nicht selbst durchgeführt, sondern statt dessen Fragenkataloge an die vernehmenden US-Behörden übermittelt werden?⁸ Verboten die grenzüberschreitende grundrechtliche Schutzpflicht der deutschen Staatsorgane für Leben und körperliche Unversehrtheit sowie die Pflicht zur Achtung der Menschenwürde die Übermittlung von Ermittlungsergebnissen über Personen, die in Geheimgefängnissen gefangen gehalten werden, wenn zu befürchten ist, dass diese Informationen zur fortgesetzten geheimen Inhaftierung oder zur weiteren Vernehmung mit Foltermethoden zur Verifizierung der deutschen Ermittlungsergebnisse führen?

Die Fragen in diesem Bereich reichen sicherlich für mehrere Dissertationen unter der Betreuung des Jubilars aus, der sich als Funktionsnachfolger von Günter Dürig, dem Vater der „Objektformel“, wiederholt mit Fragen der Menschenwürde und dem Grundrechtsschutz befaßt hat.⁹ Ich möchte mich hier auf einen

⁶ Siehe den Bericht der Bundesregierung (Offene Fassung) gemäß Anforderung des Parlamentarischen Kontrollgremiums vom 25.1.2006 zu Vorgängen im Zusammenhang mit dem Irakkrieg und der Bekämpfung des internationalen Terrorismus, Berlin, 23.2.2006, S. 82 f., wo eine dahingehende Unterscheidung getroffen wird.

⁷ Vgl. Interview mit Bundesjustizministerin Zypries, Die Zeit vom 26.1.2006, S. 9.

⁸ Siehe FAZ vom 21.4.2006, S. 1 („Murray: Deutschland nutzte Folter-Verhöre“).

⁹ Siehe z.B. *Graf Vitzthum*, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, 201 ff.; *ders.*, Gentechnologie und Menschenwürde, MedR 1985, 249 ff. Siehe auch die unter der Betreuung des Jubilars entstandene Doktorarbeit von *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG, 1990.

Fall beschränken, der bereits die deutschen Gerichte beschäftigt hat, und bei dem die Tatsachen weitgehend unstrittig sind: die Verwertung von Zusammenfassungen von Aussagen sogenannter „Geheimgefänger“ der CIA im deutschen Strafprozess.¹⁰

¹⁰ Die Praxis der Geheimgefängnisse wurde von US-Präsident Bush in seiner Rede „Krieg gegen den Terrorismus ist Kampf für Freiheit“ am 6.9.2006 bestätigt. Der Präsident erklärte: „Nach den Anschlägen vom 11. September führte unsere Koalition Einsätze auf der ganzen Welt durch, um den Terroristen ihre Zufluchtsorte zu nehmen und Kämpfer und Anführer der Terroristen festzunehmen oder zu töten. [...] In einigen Fällen stellen wir fest, dass die von uns festgenommenen Personen eine erhebliche Bedrohung darstellen oder sie über nachrichtendienstliche Erkenntnisse verfügen, die wir oder unsere Verbündeten zur Verhinderung weiterer Anschläge benötigen. Viele von ihnen sind Al-Kaida-Gefolgsleute oder Taliban-Kämpfer, die versuchen, ihre Identität zu verschleiern. Sie enthalten uns Informationen vor, die das Leben von Amerikanern retten könnten. In diesen Fällen ist es erforderlich, die betreffenden Personen in ein Umfeld zu verlegen, in dem sie getrennt von anderen Gefangenen verhört und gegebenenfalls aufgrund ihrer terroristischen Verbrechen strafrechtlich verfolgt werden können. Einige dieser Personen werden auf den US-Marinestützpunkt in Guantánamo Bay auf Kuba verlegt. [...] Außer der in Guantánamo inhaftierten Terroristen wurde eine geringe Anzahl während des Kriegs festgenommener führender Terroristen und Kämpfer im Rahmen eines separaten CIA-Programms außerhalb der Vereinigten Staaten inhaftiert und befragt. [...] Viele Details dieses Programms, einschließlich des Aufenthaltsorts der Häftlinge oder Einzelheiten über ihre Haft können nicht preisgegeben werden. Wenn wir das täten, würden wir unseren Feinden Informationen liefern, die sie für Vergeltungsschläge gegen unsere Verbündeten und gegen unser Land verwenden könnten.“ (<http://amerikadienst.usembassy.de>). Bereits im Dezember 2005 hatte der Sprecher des US-Außenministeriums gesagt, dass es „einige Gefangene“ gebe, denen nach Überzeugung der amerikanischen Regierung kein Kontakt zur Außenwelt gestattet werden solle (FAZ vom 13.5.2006, S. 5).

II. Der Fall Motassadeq und die Verwertung von Zusammenfassungen der Aussagen von Geheimgefangenen des US-Nachrichtendienstes CIA

1. Der Motassadeq-Prozeß und der Beschluss des OLG Hamburg vom 14. Juni 2005

Am 8. Januar 2007 verurteilte der 7. Strafsenat des Oberlandesgerichts Hamburg den Marokkaner *Mounir El Motassadeq* wegen Beihilfe zum Mord in 246 Fällen sowie Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung zu 15 Jahren Haft.¹¹ Mit der Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts kam der weltweit erste Prozess im Zusammenhang mit den Terroranschlägen vom 11. September 2001 in den Vereinigten Staaten von Amerika (zumindest vorläufig) zum Ende.¹² Das Verfahren, das im Jahr 2002 begann, beschäftigte nicht nur drei Senate des Oberlandesgerichts, sondern auch zweimal den Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht. Bereist am 19. Februar 2003 hatte der 2. Strafsenat des OLG Hamburg Motassadeq wegen Beihilfe zum Mord in 3.066 Fällen sowie zum versuchten Mord und zur gefährlichen Körperverletzung in fünf Fällen in Tateinheit mit Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung zu 15 Jahren Haft verurteilt.¹³ Der Urteil wurde jedoch vom Bundegerichtshof am 4. März 2004 wegen mangelhafter Beweiswürdigung aufgehoben und an den 4. Strafsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts zur Neuverhandlung zurückverwiesen.¹⁴ Der 2. Strafsenat hatte sich in seinem Urteil vom 19. Februar 2003 nur recht oberflächlich damit befasst, dass potenziell wichtige Zeugen nicht zur Verfügung standen; insbesondere eine Aussage von Ramzi Binalshibh, der an der Planung der Anschläge maßgeblich beteiligt gewesen sein soll und zur Hamburger Al Qaida-Zelle zählte, gab es nicht. Binalshibh war im September 2002 in Pakistan festgenommen worden und befand

¹¹ *Pergande*, Die Höchststrafe für Motassadeq, FAZ vom 10.1.2007, S. 4.

¹² Die Verteidigung hat einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens und den Gang nach Straßburg angekündigt.

¹³ OLG Hamburg, Urteil vom 19.2.2003 – 2 StE 4/02-5 – 2 BJs 88/01 – 5.

¹⁴ BGHSt 49, 122 = NJW 2004, 1259.

sich im Gewahrsam der Vereinigten Staaten, doch weigerten sich die US-Behörden, ihn vor dem Oberlandesgericht Hamburg aussagen zu lassen oder dem vom Gericht vernommenen Beamten der US-Bundespolizei FBI eine diesbezügliche Aussagegenehmigung zu erteilen. Das Bundeskanzleramt und das Bundesministerium der Justiz verweigerten ebenfalls erfolgreich Auskünfte zum Inhalt von Unterlagen über geheimdienstliche Befragungen Bin alshibs, die dem Bundesnachrichtendienst durch „Stellen der Vereinigten Staaten von Amerika“ zur Verfügung gestellt worden waren.¹⁵ Der Bundesgerichtshof wies deshalb darauf hin, dass, wenn ein für die Wahrheitsfindung potenziell bedeutsamer Zeuge durch Maßnahmen der (inländischen oder ausländischen) Exekutive der Beweisaufnahme völlig entzogen wird, so dass offen bleibt, welches Beweisergebnis durch seine Vernehmung hätte erzielt werden können, der Grundsatz gelten müsste, dass eine durch Maßnahmen der Exekutive bedingte Verkürzung der Beweisgrundlage dem Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen dürfe und durch entsprechend vorsichtige Beweiswürdigung zu kompensieren sei.¹⁶ Im zweiten Motassadeq-Prozess wurde der Angeklagte am 19. August 2005 wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, nicht aber wegen Beihilfe zum Mord, zu sieben Jahren Haft verurteilt.¹⁷ Auf die Revision der Bundesanwaltschaft hin hob der Bundesgerichtshof das Urteil am 12. Oktober 2006 auf und sprach Motassadeq neben der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung auch der Beihilfe zum Mord in 246 Fällen schuldig.¹⁸ Die Verfassungsbeschwerde des Angeklagten hiergegen wurde nicht zur Entscheidung angenommen.¹⁹ In seiner Entscheidung vom 8. Januar 2007 setzte der 7. Strafsenat das Strafmaß auf 15 Jahre fest.

¹⁵ BVerwG, Beschluß vom 10.2.2003 – 6 VR 2.03, Buchholz 306 § 96 StPO Nr 3. Das Bundeskanzleramt hatte am 16.1.2003 eine Sperrerklärung nach § 96 StPO abgegeben, in der festgestellt wurde, dass das Bekanntwerden des Inhalts der Unterlagen dem Wohl des Bundes Nachteile bereiten würde (ebd., Rn. 10).

¹⁶ BGH, NJW 2004, 1259 (1260, 1261).

¹⁷ OLG Hamburg, Urteil vom 19.8.2005 – 2 StE 4/02-5.

¹⁸ BGH, NJW 2007, 384.

¹⁹ BVerfG, JR 2007, 390.

Im Rahmen des zweiten Motassadeq-Prozeß erging bereits am 14. Juni 2005 ein Beschluß,²⁰ in dem der 4. Strafsenat des Oberlandesgerichts Hamburg entschied, dass die vom Justizministerium der Vereinigten Staaten im Wege der Rechtshilfe übersandten Zusammenfassungen von Aussagen von drei angeblichen Al Qaida-Mitgliedern – dem angeblichen Drahtzieher der Anschläge, Ramzi Binalshibh, der Nr. 3 der Al Qaida-Organisation, Khalid Scheich Mohammed, und dem Mauretanier Mohamad Ould Slahi – in der Hauptverhandlung nach § 251 Abs. 1 Nr 2 StPO zu Beweis Zwecken verlesbar seien. Nach § 251 Abs. 1 Nr 2 StPO kann die nichtrichterliche Vernehmung eines Zeugen durch die Verlesung einer Niederschrift über seine Vernehmung oder eine Urkunde, die eine von ihm stammende schriftliche Erklärung enthält, ersetzt werden, wenn der Zeuge in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann, d.h. wenn er für das Gericht „unerreichbar“ ist.

Problematisch war in diesem Fall, dass die drei Beweispersonen seit mehreren Jahren an unbekanntem Orten außerhalb eines rechtsstaatlichen Verfahrens gefangengehalten und nach Berichten internationaler Menschenrechtsorganisationen auch gefoltert wurden. Die US-Behörden gaben dem Gericht auch auf mehrmalige Nachfrage keine Auskunft über den Aufenthaltsort der drei Zeugen sowie über die Umstände ihrer Vernehmungen und das Zustandekommen der Zusammenfassungen. Die Bundesregierung weigerte sich ebenfalls, dem Gericht ihr von den US-Behörden allein zu geheimdienstlichen Zwecken überlassene Informationen zur Verfügung zu stellen. Ein Verstoß gegen vereinbarte Verwendungsbeschränkungen würde zur Störung der geheimdienstlichen internationalen Beziehungen führen und deshalb die Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland gefährden. Nach Feststellung des Senats befanden sich die Zeugen „mit hoher Wahrscheinlichkeit zumindest im Zugriffsbereich der Administration der USA“,²¹ ihr Aufenthalt seit der Ergreifung im September 2002 bzw. März 2003 werde jedoch geheim gehalten. Nach Auffassung des Se-

²⁰ OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 = NStZ-RR 2005, 380.

²¹ OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 (2327).

nats bestanden zwar „Anhaltspunkte“ dafür, dass mutmaßliche Al Qaida-Mitglieder Foltermaßnahmen unterworfen worden seien,²² auch habe die US-Regierung eingeräumt, dass Al Qaida-Gefangene nicht als dem Schutz internationaler Menschenrechtsabkommen unterfallend anzusehen seien, doch sei die Anwendung von Foltermaßnahmen bei den Vernehmungen der drei Zeugen nicht nachgewiesen.²³ Die Berichte internationaler Menschenrechtsorganisationen über Folter von Al Qaida-Mitgliedern ließen sich mangels namentlicher Angabe der Quellen nicht nachprüfen. Der Senat stellte in diesem Zusammenhang darauf ab, dass die Zusammenfassungen sowohl belastende als auch entlastende Angaben enthielten und damit „die Einseitigkeit einer durchgehenden Belastung der in Freiheit befindlichen Personen fehlt, wie sie bei der Anwendung von Foltermaßnahmen [...] zu erwarten wäre.“²⁴ Der Senat stellte abschließend – gleichsam entschuldigend – fest, dass er sich bei der Verwertung der Zusammenfassungen der Problematik des möglichen Einsatzes von Foltermaßnahmen bewusst sei und dies bei der Würdigung der Angaben berücksichtigen werde. Eine Legitimierung des Einsatzes von Foltermaßnahmen sei damit nicht verbunden.²⁵

2. Beweisverwertungsverbot als Folge eines Menschenwürdeverstosses

Das Oberlandesgericht Hamburg hat im Fall Motassadeq zutreffender Weise geprüft, ob die Verlesung der Zusammenfas-

²² Nach zutreffender Auffassung des Senats handelte es sich bei Art. 15 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984 (BGBl. 1990 II S. 246) um ein innerstaatlich unmittelbar geltendes und in Strafverfahren zu beachtendes Verbot der gerichtlichen Verwertung von durch Folter herbeigeführten Aussagen, das sowohl bei Foltermaßnahmen inländischer Staatsorgane als auch bei im Ausland durch Organe anderer Staaten mittels Einsatzes von Folter herbeigeführten Aussagen eingreift (OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 [2327 f.]). Für die unmittelbare Anwendung des Art. 14 des Übereinkommens bereits BVerfG, NJW 1994, 492 (493).

²³ OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 (2328 f.).

²⁴ OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 (2329).

²⁵ OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 (2330).

sungen der Aussagen der drei Beweispersonen nicht aufgrund eines schweren Menschenwürdeverstoßes ausgeschlossen ist. Der Rückgriff auf die verfassungsrechtlich garantierte Menschenwürde ist hier notwendig geworden, da das Verwertungsverbot für Zeugenaussagen nach § 136a Abs. 3 StPO i.V.m. § 69 Abs. 3 StPO unmittelbar nur unzulässige Vernehmungsmethoden der mit der Strafverfolgung beauftragten Staatsorgane der Bundesrepublik Deutschland erfasst. Eine Drittwirkung kommt dem Verbot grundsätzlich nicht zu. Eine entsprechende Anwendung des § 136a StPO auf Dritte, einschließlich der Behörden fremder Staaten, kommt nach herrschender Ansicht jedoch ausnahmsweise dann in Betracht, wenn die „Erkenntnisse, um deren Verwertung es geht, unter *besonderes krassem Verstoß gegen die Menschenwürde*“ zustande gekommen sind.²⁶ Dies lässt sich damit erklären, dass § 136a StPO eine Ausprägung der Menschenwürdegarantie in Art. 1 Abs. 1 GG ist.

Die Folterung von Beweispersonen stellt unzweifelhaft einen besonders krassen Verstoß gegen die Menschenwürde dar. Das Gericht verneinte im vorliegenden Fall jedoch ein Verwertungsverbot, da die Anwendung von Foltermaßnahmen bei den Vernehmungen der drei Zeugen nicht nachgewiesen werden konnte. Die das Beweisverbot begründenden Umstände müssten wie andere Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse zur vollen Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden. Blieben erhebliche Zweifel, sei ein möglicher Verstoß gegen ein Verwertungsverbot nicht erwiesen und die betreffende Aussage verwertbar.²⁷ Die Nichtverwertbarkeit vorliegender Beweismittel müsse im Interesse der gerichtlichen Wahrheitserforschung die Ausnahme sein und dürfe nicht zum Regelfall erhoben werden. Eine etwaige Beeinträchtigung der freien Willensentschließung von Zeugen sei bei nicht erwiesener Anwendung unzulässiger Vernehmungsmethoden auf der Ebene der Beweiswürdigung zu

²⁶ OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 (2329). S.a. bereits OLG Celle, NJW 1985, 640 (641) m.w.N.

²⁷ Der Zweifelssatz ist hier nicht anwendbar, da es sich dabei um eine Entscheidungsregel und nicht um eine Beweisregel handelt, die das Gericht erst bei abgeschlossener Beweiswürdigung befolgen kann.

berücksichtigen.²⁸ Der Beweis des Verfahrensverstößes ist von Amts wegen zu führen;²⁹ dabei gilt Freibeweis. Praktisch stellt sich die Frage, wie der Nachweis der Folter durch ausländische Geheimdienste von in Inkommunikationshaft und an geheimen Orten festgehaltenen Personen geführt werden kann. Es handelt sich hier nicht nur um eine besonders schwierige Beweislage, sondern um eine fast unmögliche Beweislage, weil der betreffende ausländische Staat den Zugriff auf solche Quellen verwehrt, von denen weitergehende Informationen zu erwarten wären. Im Fall von in Geheimgefängnissen im Ausland illegal gefangengehaltenen Beweispersonen ist zu überlegen, ob der Anspruch des Angeklagten auf eine fairen, rechtsstaatliches Verfahren nicht eine Beweislastumkehr gebietet.³⁰ Danach wäre in Fällen, in denen konkrete Anhaltspunkte für Foltermaßnahmen vorliegen, zur vollen Überzeugung des Gerichts nachzuweisen, dass keine Folter der Beweispersonen stattgefunden hat. Bleiben erhebliche Zweifel, sind die Aussagen von Geheimgefängnissen unverwertbar.³¹

²⁸ OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 (2329 f.).

²⁹ Das House of Lords verweist in seiner Entscheidung im Fall *A and others v. Secretary of State for the Home Department (No. 2)* auf die Entscheidung des OLG Hamburg vom 14.6.2005 und erlegt den Gerichten eine Ermittlungs- und Prüfungspflicht auf, sobald der Angeklagte einen Folterverdacht konkret vorgetragen hat ([2005] 3 WLR 1249, paras. 116, 122 [*Lord Hope*] und paras. 140, 141 [*Lord Rodger*]). Bleiben Zweifel an den Foltervorwürfen, sollen die Aussagen wie im *Motassadeq*-Fall jedoch verwertbar sein. Zur Entscheidung des House of Lords siehe *du Bois-Pedain*, Das kleine Einmaleins des Rechtsstaats und die Fallstricke der Terrorismuskämpfung in England, HRRS 7 (2006), S. 209 ff.

³⁰ Nach Auffassung des BVerfG (NJW 1981, 1719 [1722]) kann „der Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren [...] auch durch verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt werden, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen“.

³¹ Im Ergebnis ebenfalls für eine Beweislastumkehr *Lords Bingham, Nicholls* und *Hoffmann* im Fall *A and others v. Secretary of State for the Home Department (No. 2)*, [2005] 3 WLR 1249, paras. 55, 80, 98 (HL). Im Fall vor dem House of Lords kam erschwerend hinzu, dass dem Betroffenen weder die Beweise noch die Beweispersonen, von denen sie stammten, bekannt waren. Im Hinblick auf den Beschluss des OLG Hamburg vom 14.6.2005 stellt *Lord Bingham* fest: „This is not a precedent which I would wish to follow“ und „One might have supposed that the summaries would, without more, have been excluded.“ (ebd., para. 60). Auch *Manfred Nowak*

Das Gericht prüft auch, ob es sich bei lang andauernder Inhaftierung der drei Beweispersonen ohne Gerichtsverfahren und ohne Zugang zu einem Verteidiger sowie zu sonstigen externen Personen um einen Verstoß gegen die Menschenwürde handelt. Zwar liegt es gegenüber den möglichen Foltermaßnahmen nach Ansicht der Gerichte näher, diese Umstände als erwiesen anzusehen, doch könne dies dahingestellt bleiben, da ein Beweisverwertungsverbot aufgrund der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes nur in Fällen „besonders gewichtiger Menschenrechtsverletzungen in Betracht“ komme. Dazu zähle „die bloße Nichtgewährung von Freiheit und Außenkontakten sowie die Versagung eines geordneten Gerichtsverfahrens [...] nach dem hier anzunehmenden Zeitraum von höchstens noch unter drei Jahren wie im Fall des im September 2002 festgenommenen RB [Ramzi Binalshibh] noch nicht“.³² Nach Auffassung des Gerichts war bei dieser Einschätzung auch „zu berücksichtigen, dass die amerikanische Rechtsordnung diese Behandlung der Al Qaida-Mitglieder offenbar zulässt“.³³

Dieses Ergebnis des 4. Strafsenats begegnet im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Menschenwürde erheblichen Bedenken. Der Senat hat hier sowohl den Begriff der „besonders gewichtigen Menschenrechtsverletzung“ als auch den des „krassen Verstoßes gegen die Menschenwürde“ verkannt.

(Sonderberichterstatter der UN-Menschenrechtskommission zu Fragen der Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe) spricht sich im Zusammenhang mit dem Beschluss des OLG Hamburg für eine Beweislastumkehr aus, allerdings aus menschenrechtlichen und nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen; siehe UN Doc. A/61/259, 14 August 2006, S. 17, para. 64.

³² OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 (2330).

³³ Ebd., S. 2330.

a) Die Inkommunikationshaft in
Geheimgefängnissen als schwerwiegender
Verstoß gegen die Menschenwürde

Die langandauernde Inkommunikationshaft in Geheimgefängnissen stellt m.E. einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Menschenwürde dar. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehören Achtung und Schutz der Menschenwürde zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes.³⁴ Aufschlussreich sind in diesem Zusammenhang vor allem das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Sicherungsverwahrung zum Schutz der Allgemeinheit aus dem Jahr 2004³⁵ und das Urteil zur Kontaktsperre zur Abwehr schwerer terroristischer Gefahren aus dem Jahr 1978³⁶ sowie die Rechtsprechung zur Menschenwürde allgemein. Im Folgenden ist auf diese Entscheidungen näher einzugehen.

(1) Sicherungsverwahrung
zum Schutz der Allgemeinheit

In seinem Urteil zur Sicherungsverwahrung hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die Menschenwürde weder der lebenslangen Freiheitsstrafe³⁷ noch der Sicherungsverwahrung als solcher grundsätzlich entgegenstehe.³⁸ Es ist der staatlichen Gemeinschaft danach nicht verwehrt, sich gegen einen gemeingefährlichen Terroristen durch Freiheitsentzug zu schützen. Dabei ist es unerheblich, ob der Freiheitsentzug als Sicherungsmaßnahme oder als Strafe verhängt und vollzogen wird.³⁹ Die Sicherungsverwahrung ist dabei auch als Präventivmaßnahme zum Schutz der Allgemeinheit zulässig. Dies verstößt im Hinblick auf die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums

³⁴ BVerfGE 117, 71 ff.; 109, 133 (149); 102, 370 (389); 96, 375 (398); 87, 209 (228); 45, 187 (227).

³⁵ BVerfGE 109, 133 = NJW 2004, 739.

³⁶ BVerfGE 49, 24 = NJW 1978, 2235.

³⁷ Siehe dazu BVerfGE 45, 187 = NJW 1977, 1526; BVerfGE 117, 71 ff.

³⁸ BVerfG, NJW 2004, 739 (739).

³⁹ BVerfG, NJW 2004, 739 (740); BVerfG, NJW 1977, 1526 (1529).

nicht gegen das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG. Das Grundgesetz hat die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.⁴⁰ Die Freiheitsentziehung muss jedoch gewissen, sich aus der Menschenwürdegarantie ergebenden Mindestanforderungen entsprechen; insbesondere muss sie menschenwürdig ausgestaltet sein und im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens mit wiederkehrenden Überprüfungsmöglichkeiten erfolgen.⁴¹ Letzteres ist im Falle der von der CIA in Geheimgefängnissen festgehaltenen Personen gerade nicht der Fall.

(2) „Kontaktsperre“ zur Abwehr schwerer terroristischer Gefahren

Die Inkommunikationshaft der des Terrorismus verdächtigen Personen lässt sich mit der gegen die RAF-Terroristen im Jahr 1977 angeordneten sog. „Kontaktsperre“ vergleichen. Das Bundesverfassungsgericht hat die „Kontaktsperre“ zur Abwehr schwerer terroristischer Gefahren, d.h. die Unterbrechung jedweder Verbindung von gefangenen Mitgliedern terroristischer Vereinigungen untereinander und mit der Außenwelt einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger, als grundsätzlich mit der Menschenwürde der Gefangenen vereinbar angesehen.⁴² Die Kontaktsperre kann von der Regierung sowohl gegen Straf- als auch Untersuchungsgefangene verhängt werden. Zwar kann die Verhängung einer Kontaktsperre je nach den Umständen des konkreten Falles einschneidend in die Grundrechte des Gefangenen eingreifen,⁴³ doch lässt sie sich mit der aus Art. 2 Abs. 2 GG ergebenden Pflicht des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2

⁴⁰ BVerfG, NJW 2004, 739 (740).

⁴¹ BVerfG, NJW 2004, 739 (740); BVerfG, NJW 1977, 1526 (1528 f.). S.a. §§ 66, 66a, 66b StGB und § 275a StPO.

⁴² BVerfG, NJW 1978, 2235.

⁴³ BVerfG, NJW 1978, 2235 (2236).

GG) gegen rechtswidrige Angriffe von Seiten Dritter rechtfertigen. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts wäre es „eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtermaßen die Zerstörung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten.“⁴⁴ Die Kontaktsperre muss jedoch mit den anderen Grundsätzen der Verfassung, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Rechtsstaatsprinzip, in Einklang stehen.⁴⁵ Die Kontaktsperre bei Terroristen wurde nicht generell, sondern nur unter den engen im Kontaktsperre-gesetz vorgesehenen Voraussetzungen als mit der Menschenwürdegarantie für vereinbar angesehen. Voraussetzung ist danach – wie im Entführungsfall Schleyer – eine gegenwärtige konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit *einer bestimmten Person*, die von einer terroristischen Vereinigung ausgeht. Eine latente generelle Gefahr terroristischer Angriffe ist hierfür nicht ausreichend. Das Bundesverfassungsgericht hat zudem ausdrücklich darauf abgestellt, dass der mit „der Kontaktsperre etwa verbundene Eingriff in Grundrechte von Gefangenen zeitlich begrenzt bleibt“.⁴⁶ Nach dem Kontaktsperre-gesetz verliert die Maßnahme spätestens nach Ablauf von dreißig Tagen ihre Wirkung; soll sie länger als zwei Wochen dauern, bedarf sie gerichtlicher Bestätigung. Die zeitliche Begrenzung trägt entscheidend dazu bei, dass die Kontaktsperre nicht zur Aushöhlung von Grundrechten der Gefangenen führt. Die Kontaktsperre verletzt die Menschenwürde nur „bei Beachtung der

⁴⁴ BVerfG, NJW 1978, 2235 (2236).

⁴⁵ Ebd. Im Fall des mehr als vier Jahre im Gefangenenlager Guantánamo auf Kuba festgehaltenen *Murat Kurnaz* stellte das VG Bremen (InfAuslR 2006, 198 [200]) fest: „Es kann dahingestellt bleiben, ob die dortigen Haftbedingungen gegen das Völkerrecht verstoßen. Jedenfalls ist die dort für den Kläger bestehende weitgehende Kontaktsperre und das langfristige Vorenthalten anwaltlichen Beistands mit den bundesdeutschen Grundsätzen über ein rechtsstaatliches Verfahren nicht vereinbar.“

⁴⁶ BVerfG, NJW 1978, 2235 (2238). S.a. ebd., S. 2239.

gesetzlichen Vorschriften“ nicht.⁴⁷ Eine Kontaktsperre von annähernd drei Jahren ohne gerichtliche Bestätigung und ohne eine konkrete Gefährdungslage verstößt danach gegen die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes.

(3) Die Geheimgefangenen als bloße „Objekte der Terrorismusbekämpfung“

Dieses Ergebnis stimmt auch mit den allgemeinen Überlegungen zur Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes überein. Menschenwürde ist auch dem eigen, der sich wie der Terrorist selbst außerhalb der Gesellschaftsordnung stellt. Wie das Bundesverfassungsgericht ausgeführt hat, geht sie selbst durch „unwürdiges“ Verhalten nicht verloren.⁴⁸ Mit der Menschenwürde ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen geschützt, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine prinzipielle Subjektqualität in Frage stellt.⁴⁹ Art. 1 Abs. 1 GG verbietet somit eine grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung von Gefangenen. Langandauernde Inkommunikationshaft kann u.a. zu deformierenden Persönlichkeitsveränderungen und Haftschäden führen. Die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen hat in ihrer Resolution Nr. 39 vom 19. April 2005 alle Staaten daran „erinnert, dass die dauerhafte Inkommunikationshaft eine Form der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder sogar Folter darstellen kann.“⁵⁰ Zudem erfüllt die Inkommunikations-

⁴⁷ BVerfG, NJW 1978, 2235 (2238).

⁴⁸ BVerfG, NJW 2004, 739 (739).

⁴⁹ BVerfGE 117, 71 ff.; 109, 133 (149f.); 45, 187 (228); 27, 1 (6).

⁵⁰ Resolution 2005/39 – Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe – vom 19.4.2005, para. 9, UN Doc. E/CN.4/2005/135, S. 153. Ebenso Resolution 2004/41 vom 19.4.2004, para. 8, UN Doc. E/CN.4/2004/127(Part 1), S. 152. Siehe z.B. *El-Megreisi v. Libyan Arab Jamahiriya*, Communication No. 440/1990, UN Doc. CCPR/C/50/D/440/1990, 24.3.1994, para. 5.4 (“the Committee finds that Mr. Mohammed Bashir El-Megreisi, by being subjected to prolonged incommunicado detention in an unknown location, is the victim of

haft in Geheimgefängnissen zusammen mit der Weigerung, Informationen über den Aufenthaltsort der gefangenen Personen zu geben, den Tatbestand des „zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen“ – einer schwerwiegenden Menschenrechtsverletzung.⁵¹ Gemäß Art. 1 Abs. 1 des am 7. Februar 2007 in Paris unterzeichneten Internationalen Abkommens zum Schutz aller Personen gegen zwangsweises Verschwindenlassen ist die geheime Inhaftierung ohne Ausnahme verboten und von den Vertragsstaaten mit Strafe zu belegen.⁵² Das zwangsweise Verschwindenlassen kann zudem nach Art. 7 Abs. 1 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs unter bestimmten Umständen den Tatbestand des „Verbrechens gegen die Menschlichkeit“ erfüllen.⁵³ Das bloße Wegschließen von Terroristen ist weder mit dem Schuldgrundsatz, der aus der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen folgt, noch mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar. Die US-Behörden nehmen für sich in Anspruch, ohne jede Kontrolle über das Schicksal der betroffenen Menschen zu entscheiden. Die Gefangenen

torture and cruel and inhuman treatment, in violation of articles 7 and 10, paragraph 1, of the Covenant”).

⁵¹ Der österreichische Staatssekretär Hans Winkler erklärte am 6.2.2007 anlässlich der Unterzeichnung des Internationalen Übereinkommens zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen: „Das Verschwindenlassen von Personen ist eine der schlimmsten Menschenrechtsverletzungen. Weder Krieg, politische Instabilität noch ein anderer öffentlicher Notstand darf jemals als Rechtfertigung zum Verschwindenlassen von Personen dienen.“ (<http://diplomacymonitor.com>)

⁵² Der Text des Übereinkommens wurde von der UN-Generalversammlung am 20.12.2006 angenommen; siehe A/RES/61/177, 12.1.2007, Annex. Der Vertrag wurde von 57 Staaten unterzeichnet, jedoch nicht von Deutschland, Italien, Spanien, dem Vereinigten Königreich und den USA.

⁵³ Siehe Art. 7 Abs. 1 lit. (i) des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998 (BGBl. 2000 II S. 1393). Nach Art. 7 Abs. 2 lit. (b) des Statuts bedeutet „zwangsweises Verschwindenlassen von Personen“ die Festnahme, den Entzug der Freiheit oder die Entführung von Personen durch einen Staat oder eine politische Organisation oder mit Ermächtigung, Unterstützung oder Duldung des Staates oder der Organisation, gefolgt von der Weigerung, diese Freiheitsberaubung anzuerkennen oder Auskunft über das Schicksal oder den Verbleib dieser Personen zu erteilen, in der Absicht, sie für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen.

haben keine Möglichkeit, gegen ihre Inhaftierung vorzugehen. Ihr Wohl und Wehe liegt in den Händen der US-Behörden, denen sie vollständig ausgeliefert sind. Der personale Eigenwert wird den Weggeschlossenen damit abgesprochen. Sie werden unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs zu bloßen Objekten der Terrorismusbekämpfung gemacht.

b) Begründung des Beweisverwertungsverbots

Das Vorliegen eines schweren Menschenwürdeverstoßes sagt aber noch nichts über das Bestehen eines Beweisverwertungsverbotes und wie ein solches zu begründen ist. Die lang andauernde Inkommunikationshaft in ausländischen Geheimgefängnissen stellt zwar einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Menschenwürde der Beweispersonen dar, doch wird dieser nicht von deutschen, sondern von US-Behörden begangen. Letztere sind bei ihren Handlungen nicht an die deutschen Grundrechte gebunden.⁵⁴ Für sie gilt zum Beispiel nicht die Abschaffung der Todesstrafe nach Art. 102 GG, nicht das Folterverbot nach Art. 1 Abs. 1 und nicht das Habes-corpus-Grundrecht nach Art. 104 GG. Den Grundrechten kommt insoweit keine extraterritoriale Geltung zu; andernfalls wäre das ausländische Staatshandeln generell am Grundrechtsstandard des Grundgesetzes und nicht nur an der Menschenwürdegarantie zu messen. Dies wäre jedoch mit der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und der daraus folgenden Pflicht zur Achtung anderer Rechtsordnungen nicht vereinbar.

Das Verhalten der US-Behörden ist der deutschen Staatsgewalt auch nicht zuzurechnen. Die grundrechtliche Verantwortlichkeit der staatlichen deutschen, an das Grundgesetz gebundenen öffentlichen Gewalt endet nämlich grundsätzlich dort, wo ein Vorgang in seinem wesentlichen Verlauf von einem fremden souveränen Staat nach dessen eigenem, von der Bundesrepublik Deutschland unabhängigen Willen gestaltet wird.⁵⁵

⁵⁴ Zur extraterritorialen Wirkung der Grundrechtsordnung *Badura* (Fn. 5), Rn. 1–4.

Es ist dogmatisch bislang nicht geklärt, wie sich aus einem schwerwiegenden Verstoß gegen die Menschenwürde einer Beweisperson durch eine ausländische Staatsgewalt ein Beweisverwertungsverbot im deutschen Strafprozess ergibt. Sowohl das Oberlandesgericht Hamburg als auch das Schrifttum machen hier keine näheren Ausführungen. Die Verwertung eines Beweismittels, das unter Verletzung der Menschenwürde der Beweisperson durch einen ausländischen Staat erlangt wurde, stellt keinen Verstoß gegen die Menschenwürde des Angeklagten durch die deutsche Staatsgewalt dar. Durch die Verwertung der Zusammenfassungen der Aussagen verletzt das Gericht auch nicht selbst die Menschenwürde der Beweispersonen. Die Verwertung des Beweismittels als solche ist wertneutral. Eine Fernwirkung kommt dem ausländischen Menschenwürdeverstoß nicht zu.

Zu denken ist zunächst an eine Parallele zur Rechtslage im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, wie sie in Art. 6 S. 2 EGBGB ihren Ausdruck findet.⁵⁶ Danach sind ausländische Rechtsnormen und Hoheitsakte durch deutsche Staatsorgane nicht anzuwenden bzw. nicht anzuerkennen oder zu vollstrecken, wenn sie mit den Grundrechten unvereinbar sind. Die Grundrechte dienen hier als Maßstab für ausländische Hoheitsakte, die in der Bundesrepublik Rechtswirkung entfalten sollen. Es handelt sich hierbei nicht um eine unzulässige Ausdehnung des Geltungsbereichs des Grundgesetzes gegenüber fremden Staaten. Die ausländischen Hoheitsakte werden nicht generell auf eine Übereinstimmung mit dem Grundgesetz überprüft. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob eine innerstaatliche Rechtshandlung deutscher Staatsgewalt in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt mit Inlandsbezug – hier die Beweisverwertungsentscheidung – zu einer Grundrechtsverletzung führt. Adressat der Grundrechte ist und bleibt die deutsche Staatsgewalt. Die Beweisverwertung durch die deutschen Gerichte stellt aber selbst keine Grundrechtsverletzung dar. Eine Übertragung der Grundsätze aus dem internationalen Privatrecht

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 57, 9 (23 f.).

⁵⁶ Vgl. *Badura* (Fn. 5), Rn. 4.

hätte zudem zur Folge, dass die dem Beweismittel zugrunde liegenden Handlungen ausländischer Staatsorgane – zumindest indirekt – allgemein am Grundrechtsstandard des Grundgesetzes zu messen wären. Maßstab ist nach herrschender Ansicht jedoch nur die Menschenwürdegarantie.

Das Beweisverbot bei Verstoß gegen die Menschenwürde der Beweisperson durch ausländische Staatsorgane lässt sich in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Auslieferungsfällen begründen. Danach haben die deutschen Gerichte bei ihrer Entscheidung das Verhalten der ausländischen Staaten, das durch die Auslieferung ermöglicht wird, zu berücksichtigen. Dieses wird aber nicht generell an den Grundrechten gemessen, sondern die Gerichte haben lediglich zu prüfen, ob dieses Verhalten „mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar“ ist.⁵⁷ Zu den unabdingbaren Grundsätzen der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung – oder kurz zum deutschen *ordre public* – gehört aber gerade die Menschenwürdegarantie als eines der Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes. Die deutschen Gerichte sind danach verpflichtet, bei ihrer Verwertungsentscheidung zu prüfen, ob die dem zu verwertenden Beweismittel zugrunde liegenden Handlungen ausländischer Staatsorgane mit den unabdingbaren Grundsätzen der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung vereinbar sind. Dieses Ergebnis lässt sich damit begründen, dass das Bekenntnis des Grundgesetzes zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG der deutschen Staatsgewalt eine überstaatliche Orientierung gibt.⁵⁸ Deutschland macht sich dadurch nicht zum Grundrechtsensor anderer Staaten. Der Sache nach geht es sich hier nicht um die Grundrechte, sondern um deren menschenrechtliches Fundament, wie es das Grund-

⁵⁷ BVerfG, NJW 1982, 1214; NJW 1987, 1726 (1727). Siehe aus jüngster Zeit BVerfG, NStZ-RR 2006, 149 (150); NStZ 2004, 308 (309); NJW 2001, 3110.

⁵⁸ Siehe *Badura* (Fn. 5), Rn. 2.

gesetz in Art. 1 Abs. 1 und 2 anerkennt und das für alle Staaten gilt.⁵⁹

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass sich – entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts Hamburg – aufgrund der menschenunwürdigen Behandlung der Beweispersonen durch die US-Behörden im vorliegenden Fall ein Verwertungsverbot unmittelbar aus der Verfassung ergibt.

*3. Beweisverwertungsverbot als Folge
eines Verstoßes gegen den Grundsatz des
fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens*

Neben dem Beweisverwertungsverbot als Folge der menschenunwürdigen Behandlung der Beweispersonen durch die US-Behörden lässt sich auch noch an ein – von den vorangegangenen Überlegungen unabhängiges – Verwertungsverbot aufgrund der verfahrensmäßigen Gestaltung des Strafprozesses wegen eines Verstoßes gegen den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren denken. Die Wurzeln des fairen Verfahrens als eines allgemeinen Prozessgrundrechts finden sich in den in einem materiell verstandenen Rechtsstaatsprinzip verbürgten Grundrechten und Grundfreiheiten des Menschen, insbesondere in dem durch ein Strafverfahren bedrohten Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 GG), dessen freiheitssichernde Aufgabe auch im Verfahrensrecht Beachtung erfordert. Es folgt ferner aus Art. 1 Abs. 1 GG, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt eines staatlichen Verfahrens herabzuwürdigen, und deshalb einen Mindestbestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen des Angeklagten voraussetzt.⁶⁰ Das

⁵⁹ Das BVerfG (NJW 1984, 601) hat festgestellt, dass sich der „menschenrechtliche Schutzbereich der vom Grundgesetz anerkannten Grundrechte und Grundfreiheiten gegen jedwede hoheitliche Gewalt“ richtet (Hervorhebung durch Verf.).

⁶⁰ BVerfG, NJW 2001, 2245 (2246); NJW 1981, 1719 (1722). Zum Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren allgemein *Dörr*, Faires Verfahren. Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 1984; *Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, 1984.

Verfahren muss die wirksame Sicherung der Grundrechte des Angeklagten gewährleisten, insbesondere muss es das aus der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person abgeleitete Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf, sicherstellen. Als zentrales Anliegen des Strafprozesses erweist sich daher die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann. Der Anspruch auf ein faires Verfahren kann deshalb auch durch verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt werden, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen.⁶¹

Bei den von Beamten der CIA erstellten Zusammenfassungen von Aussagen der drei angeblichen Al Qaida-Mitglieder handelt es sich nicht um wörtliche Niederschriften über einzelne Vernehmungen dieser Personen und auch nicht um von ihnen stammende schriftliche Erklärungen. Der Senat hat die Zusammenfassungen dennoch den Urkunden in § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO gleichgesetzt, die in der Hauptverhandlung zu Beweis Zwecken zu verlesen sind.⁶² Bei den Zusammenfassungen handelt es sich in Wirklichkeit jedoch um schriftliche Erklärungen sog. „Zeugen vom Hörensagen“ (nämlich von unbekanntem CIA-Beamten), die mittels Verlesung einer Urkunde in den Prozess eingeführt wurden. Diese verfahrensrechtliche Gestaltung begegnet im Hinblick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens Bedenken.

a) Der mittelbare Beweis durch Urkunden

Das Bundesverfassungsgericht hat sich sowohl mit dem „Zeugen vom Hörensagen“ als auch mit dem Beweis durch Urkunden befasst. Nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO kann die nichtrichterliche Vernehmung eines Zeugen durch die Verlesung einer Niederschrift über eine Vernehmung oder eine Urkunde, die eine von ihm stammende schriftliche Erklärung enthält, ersetzt werden, wenn der Zeuge in absehbarer Zeit gerichtlich nicht

⁶¹ BVerfG, NJW 2001, 2245 (2246).

⁶² OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 (2327).

vernommen werden kann. Eine Beweisperson ist in diesem Sinne „unerreichbar“ für die gerichtliche Vernehmung, wenn die Bemühungen des Gerichts, sie herbeizuschaffen, vergeblich geblieben sind oder vergeblich bleiben müssen, weil eine begründete Aussicht, sie in absehbarer Zeit beibringen zu können, nicht besteht. Eine Person ist nach ständiger Rechtsprechung auch dann unerreichbar, wenn staatliche Stellen den Aufenthalt des Zeugen nicht preisgeben.⁶³ Bei den nach § 251 I Nr. 2 StPO verlesenen Urkunden handelt es sich um sog. „mittelbare“ Beweismittel, die den wirklichen oder vermeintlichen sachlichen Inhalt des dem Beweisthema nächsten Originalbeweismittels lediglich berichten. Infolge der bei dieser Reproduktion nicht auszuschließenden Fehlerquellen stellt es typischerweise einen weniger zuverlässigen Weg zur Erforschung der Wahrheit dar.⁶⁴ Im Hinblick auf eine vollständige und umfassende Sachverhaltsaufklärung sind „mittelbare Beweismittel“ nicht grundsätzlich als unzulässig ausgeschlossen, sofern diese für die Wahrheitsfindung Bedeutung haben. Ein generelles Beweisverbot für mittelbare Beweismittel würde aufgrund seiner mangelnden Flexibilität der Wahrheitsfindung entgegenstehen. Den Gefahren einer flexibleren Handhabung des Beweisrechts begegnet die StPO nach Ansicht der Verfassungsgerichts mit der freien richterlichen Beweiswürdigung,⁶⁵ die insoweit als Korrektiv zur Wahrung des fairen Verfahrens grundsätzlich ausreicht.

b) Der Zeuge vom Hörensagen als mittelbares Beweismittel bei unerreichbaren Auslandszeugen

Beim „Zeugen vom Hörensagen“ handelt es sich ebenfalls um eine Form des „mittelbaren Beweises“.⁶⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass es verfassungsmäßig legitimierte staatliche Aufgaben wie die Verbrechens- und Terrorismusbekämpfung gibt, die zu ihrer Erfüllung der Geheimhal-

⁶³ BVerfG, NJW 1981, 1719 (1721).

⁶⁴ BVerfG, NJW 1981, 1719 (1722).

⁶⁵ Siehe § 261 StPO.

⁶⁶ BVerfG, NJW 1996, 448 (449); NJW 1992, 168.

tung bedürfen, ohne dass verfassungsrechtliche Bedenken zu erheben wären. Diese Aufgaben würden erheblich erschwert und in weiten Teilen unmöglich gemacht, wenn die Aufdeckung geheimhaltungsbedürftiger Vorgänge im Strafverfahren ausnahmslos geboten wäre.⁶⁷ Voraussetzung ist jedoch die rechtliche Gebundenheit dieser Aufgaben und dass sie nicht außerhalb des Rechtsstaates stehen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Regeln über den Zeugen vom Hörensagen auch auf einen Auslandszeugen angewandt, dessen Identität den Verfahrensbeteiligten zwar bekannt war, dessen Aufenthaltsort aber nicht zu ermitteln war und dessen Angaben durch die Vernehmung von Verhörspersonen in die Hauptverhandlung eingeführt wurde.⁶⁸ Auch im Fall des Zeugen vom Hörensagen sind wegen der begrenzten Zuverlässigkeit des Beweismittels besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung zu stellen. Der Tatrichter ist gehalten, den Beweiswert dieses weniger sachnahen Beweismittels besonders sorgfältig zu prüfen. Hier darf der Tatrichter nicht übersehen, dass es die Exekutive ist, die eine erschöpfende Sachaufklärung verhindert und es den Verfahrensbeteiligten unmöglich macht, die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen zu überprüfen. Auf die von einem Vernehmungsbeamten wiedergegebenen Aussagen darf eine Feststellung regelmäßig nur dann gestützt werden, wenn diese Angaben durch andere nach der Überzeugung des Tatrichters wichtige Beweisanzeichen bestätigt worden sind.⁶⁹

c) Beweisverwertungsverbot
bei „doppelter Mittelbarkeit“

Jede Form des mittelbaren Beweises für sich genommen führt danach nicht zu einem Beweisverbot. Zu überlegen ist jedoch, ob die Kombination der beiden mittelbaren Beweismittel – Urkunde über eine schriftliche Erklärung und anonymer Zeuge vom Hörensagen – im vorliegenden Fall infolge einer Verlet-

⁶⁷ BVerfG, NJW 1981, 1719 (1724).

⁶⁸ Vgl. BVerfG, NJW 1997, 94.

⁶⁹ BVerfG, NJW 1996, 448 (449); NJW 1992, 168, NJW 1981, 1719 (1725).

zung des Anspruchs des Angeklagten auf eine faire Verfahren zu einem verfassungsunmittelbaren Beweisverwertungsverbot führt. Aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren folgt insbesondere ein Anspruch auf materielle Beweisteilhabe, also auf Zugang zu den Quellen der Sachverhaltsfeststellung.⁷⁰ Jedes der beiden mittelbaren Beweismittel für sich führt bereits zu einer erheblichen Einschränkung der Rechte des Angeklagten, die über das Korrektiv der freien Beweiswürdigung zusammen mit dem Zweifelsatz auszugleichen sind. Im Falle der Verlesung von Aussagezusammenfassungen, die von unbekanntem CIA-Beamten angefertigt wurden, die vom Gericht nicht über die Aussage vernommen werden können, wird die verfahrensrechtliche Stellung des Angeklagten weiter verschlechtert. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist „ein generelles Mißtrauen gegenüber dem Beweiswert von Polizeiprotokollen [...] im Staat des Grundgesetzes nicht gerechtfertigt“.⁷¹ Fraglich ist, ob sich dies im Hinblick auf die Foltervorwürfe gegen den US-Geheimdienst CIA mit gleicher Sicherheit auch für Aussagezusammenfassungen der CIA sagen läßt. Der Angeklagte kann hier nicht nur die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht überprüfen, sondern auch nicht die der (anonymen) Vernehmungsperson. Weder der Zeuge noch die Vernehmungsperson stehen unter Eideszwang; die Verteidigung kann sich keinen persönlichen Eindruck vom Zeugen und der Vernehmungsperson machen, ihre Glaubwürdigkeit kann nicht umfassend beurteilt werden. Die Möglichkeit von Fragen, Vorbehalten und Gegenüberstellungen scheidet aus. Das Recht des Angeklagten, Erkundigungen über den Zeugen oder die Vernehmungsperson einzuholen, läuft leer.

Der Beweiswert solcher schriftlicher „Erklärungen anonymer Zeugen vom Hörensagen“ tendiert de facto gegen Null. Eine Verwertung doppelt mittelbarer Beweismittel ist mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens nur schwer vereinbar. Die besonderen Gefahren der beweisrechtlichen Lage lassen sich im vorliegenden Fall durch die freie und besonders vorsichtige Beweiswürdigung des Tatrichters und den Zweifelsatz kaum

⁷⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2001, 2245 (2246).

⁷¹ BVerfG, NJW 1981, 1719 (1723).

mehr ausgleichen⁷² und können rechtsstaatsgemäß nur noch durch ein Beweisverwertungsverbot aufgefangen werden.

III. Schlussfolgerung

Das Oberlandesgericht Hamburg hat mehrmals ausdrücklich darauf abgestellt, dass die Zusammenfassungen der Aussagen sowohl den Angeklagten belastende als auch *entlastende* Angaben enthalten. Der dem Angeklagten günstige Inhalt der Zusammenfassungen scheint somit für die Entscheidung des Gerichts von ausschlaggebender Bedeutung gewesen zu sein.⁷³ Bereits im ersten Hamburger Terroristenprozess gegen den Marokkaner Abdelghani Mzoudi hatten die Richter die Zusammenfassung der Aussage eine „Auskunftsperson“, die sich im Gewahrsam der CIA befand,⁷⁴ als Beweismittel verwertet und zugunsten des Angeklagten gewertet.⁷⁵ Für den Angeklagten Motassadeq mag die Verwertung der vom US-Geheimdienst zur Verfügung gestellten Zusammenfassungen der Aussagen der drei mutmaßlichen Al Qaida-Mitglieder im vorliegenden Fall von Vorteil gewesen sein, dies muss jedoch nicht immer der Fall sein. Grundsätzliche Erwägungen sprechen gegen eine Ver-

⁷² *Detter* (Einige Gedanken zu audiovisueller Vernehmung, V-Mann in der Hauptverhandlung und der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Sache El Motassadeq, StV 2006, S. 544 [550]) weist zu Recht darauf hin, dass, soweit vom Tatgericht eine Würdigung der Glaubwürdigkeit des Zeugen und der anonymen Vernehmungsperson verlangt wird, tatsächlich Unmögliches verlangt wird. A.A. BGH, NJW 2007, 384 (387), der davon ausgeht, dass „wegen der Unmöglichkeit, diese beiden Zeugen [Binalshibh und Ould Slahi] persönlich zu vernehmen oder auch nur die Verhörspersonen zu befragen oder zumindest vollständige Vernehmungsprotokolle zu erhalten, die von den USA überlassenen ‚Zusammenfassungen‘ einer besonders vorsichtigen Würdigung zu unterziehen waren“.

⁷³ Vgl. OLG Hamburg, NJW 2005, S. 2326 (2329). Ein anderer Senat des OLG Hamburg hat die Angaben, die Binalshibh und Ould Slahi nach dem Inhalt der von den USA überlassenen „Zusammenfassungen“ ihrer Aussagen in US-Gewahrsam gemacht haben, je für sich als unglaubhaft bewertet (BGH, NJW 2007, 384 [387]).

⁷⁴ Es wurde allgemein angenommen, dass es sich bei der „Auskunfts-person“ um Ramzi Binalshibh handelte.

⁷⁵ OLG Hamburg, Urt. vom 5.2.2004 – 2 StE 5/03-5.

wertung schriftlicher Zusammenfassungen von Aussagen von Personen, die von ausländischen Staaten über längere Zeit in Inkommunikationshaft in Geheimgefängnissen festgehalten werden. Auch im Anti-Terror-Kampf dürfen die Grundrechte nicht außer Betracht bleiben. Sie bilden vielmehr ein wichtiges Korrektiv zu den rechtsstaatswidrigen Auswüchsen des Anti-Terror-Kampfs der USA – zumindest soweit deutsche Staatsorgane involviert sind.