

## Einheit 7: Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote (Teil 2)

### IV. Kriterien für die Bestimmung ungeschriebener Beweisverwertungsverbote

- Bislang fehlt eine einheitliche und allgemein gültige Regel, wann in Folge eines Beweiserhebungsfehlers oder bei einem besonders intensiven Eingriff ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist. Es bedarf folglich eines interessengerechten Einzelfallbewertung- sowohl wenn es sich um auf Beweiserhebungsfehler beruhenden Beweisverwertungsverböten handelt als auch bei unselbstständigen Beweisverboten.
- Zur Orientierung haben sich verschiedene, teils kongruente Kriterien entwickelt, an denen Rechtsprechung und Jurisprudenz nach wie vor festhalten:

#### 1. Rechtskreistheorie

- Die Rechtskreistheorie fragt danach, ob die verletzte Rechtsvorschrift dem Schutz des Beschuldigten und nicht etwa eines Dritten (z.B. eines Zeugen oder Nebenklägers) dient.
- War die Rechtskreistheorie für den BGH früher ein sehr wichtiges Kriterium, wird sie heute regelmäßig nur noch als Teilaspekt im Rahmen einer einzelfallbezogenen Abwägung verstanden (vgl. etwa BGHSt 42, 73). Das leuchtet insofern ein, als sie hauptsächlich für solche Fallkonstellationen eine Aussage trifft, in denen neben dem Beschuldigten noch ein weitere Personen betroffen sind. Das ist aber längst nicht bei allen Vorschriften über die Beweiserhebung der Fall.

#### 2. Schutzzweck der Norm

- Nach diesem Ansatz wird – nicht unähnlich der Rechtskreistheorie – auf den primären Schutzzweck der Norm abgestellt.
- Allerdings kann die Norm zwar primär dem Schutz des Beschuldigten dienen, letztlich aber nicht vor der Verwertung ihn belastender Beweise.

*Bsp.:* Die Zulässigkeit von körperlichen Untersuchungen nur durch einen Arzt (vgl. § 81a I 2 StPO) dient dazu, die gesundheitlichen Folgen für den Beschuldigten möglichst gering zu halten; sie hat nach h.M. aber kein Beweisverwertungsverbot zur Folge.

#### 3. Die Lehre vom hypothetischen Ersatzeingriff

- Mittlerweile umstritten ist, inwiefern die Lehre vom rechtmäßigen „hypothetischen Ersatzeingriff“ für das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots zu berücksichtigen ist. Danach soll die Beweisverwertung zulässig sein, wenn bei ordnungsgemäßen Verfahrensablauf – ohne Verstoß gegen Vorschriften zur Beweiserhebung – das konkrete Beweismittel ebenfalls erlangt worden wäre.

*Bsp.:* Es wird eine Wohnungsdurchsuchung ohne die erforderliche richterliche Zustimmung durchgeführt und dabei ein Beweismittel gefunden. Auch wenn ein Ermittlungsrichter befasst worden wäre, hätte er die Maßnahme aber sicher genehmigt.

- Gegen diesen Ansatz spricht, dass im konkreten Fall gleichwohl gegen eine Verfahrensregel verstoßen wurde. Das Abstellen auf einen hypothetisch zulässigen Ersatzeingriff droht also, die Verfahrensvorschriften der StPO zu unterlaufen. Zumindest als Indiz für das geringe Gewicht eines Verstoßes im Rahmen einer umfassenden Abwägung (s. sogleich) wird sich dieser Gedanke aber berücksichtigen lassen.

#### 4. Abwägungslehre

- Die Interessenabwägung wird vom BGH mittlerweile häufig herangezogen.
- Es wird das staatliche Interesse an der Strafverfolgung und Wahrheitserforschung gegen das Individualinteresse des Betroffenen an der Wahrung seiner Verfahrens-, Freiheits- und Persönlichkeitsrechte abgewogen.
- Abwägungskriterium auf Seiten des Interesses an der Strafverfolgung ist die Schwere des in Verdacht stehenden Delikts (beispielsweise ein Tötungsdelikt gegenüber einer Sachbeschädigung) sowie das Gewicht der Verfahrensverstöße (beispielsweise Irrtum gegenüber Willkür). Dabei sind insbesondere die verfassungsmäßig garantierten Rechte und Prinzipien miteinzubeziehen und geben zumeist den Ausschlag. Der Praxis obliegt es daher bei der Abwägung auch insbesondere die Rechtsansichten des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR zu würdigen und zu beachten.
- Abwägungskriterium auf Seiten des Beschuldigteninteresses ist die Intensität des Eingriffs in seine Freiheits- und Persönlichkeitsrechte; hier gilt die bekannte Drei-Sphären-Theorie:

- Sozialsphäre: Verwertung regelmäßig zulässig
- Privatsphäre: Verwertung nur zulässig, wenn besonders gewichtige Gründe auf Seiten des Strafverfolgungsinteresses

*Bsp.:* Aufzeichnungen im Tagebuch; hier kommt es insbesondere auf die Schwere der Tat und die Chancen der anderweitigen Nachweisbarkeit gegenüber dem Interesse des Beschuldigten auf Geheimhaltung an; Letzteres ist umso stärker, je persönlicher die Details sind (insbesondere Gefühlsregungen) und je eher der Beschuldigte sich „entäußern“ wollte, z.B. mittels intendierten „Abschiedsbriefs“

- Intimsphäre: Verwertung regelmäßig unzulässig

#### V. Die Fernwirkung von Beweisverboten / „fruit of the poisonous tree“-Doktrin

- Umstritten ist, inwiefern Beweisergebnisse, die zwar mittelbar, aber trotzdem noch aufgrund eines unverwertbaren Beweismittels erlangt wurden, verwertet werden können.

*Bsp.:* Aufgrund einer Vernehmung des Beschuldigten ohne vorherige Belehrung gem. § 136 I 2 StPO wird der Leichnam des Tatopfers gefunden, an dem DNA-Spuren des Beschuldigten gesichert werden können. – Werden diese DNA-Spuren ebenfalls von dem Beweisverwertungsverbot bzgl. der Aussagen während der Vernehmung erfasst?

- Die in anglo-amerikanischen Rechtsordnungen anzutreffende „fruit of the poisonous tree“-Doktrin spricht sich für eine Fernwirkung und damit für eine Unverwertbarkeit

des mittelbaren Beweises aus. Andernfalls werde der Sinn von Beweisverwertungsverbote unterlaufen.

- Die Lehre vom hypothetischen Ermittlungsverlauf<sup>1</sup> kann hingegen eine Verwertung ermöglichen:
  - Teilweise wird vorgeschlagen, anhand der Schwere und des Schutzbereichs des Verfahrensverstößes zu differenzieren.
  - Der BGH lehnt eine Fernwirkung grundsätzlich ab, da ansonsten die Gefahr bestehe, dass das gesamte Verfahren unmöglich werde. Zudem sei nur schwer justiziabel feststellbar, ob der Verfahrensverstoß für die Überführung ursächlich gewesen sei oder nicht.

## VI. Die Folge von Beweisverwertungsverböten

- Beweisverwertungsverböte föhren zur Unverwertbarkeit des Beweisergebnisses, so dass eine Verurteilung nicht mehr auf diese Beweistatsache gestützt werden darf.
- Beruht ein Urteil dennoch auf einer unzulässigen Verwertung eines Beweisergebnisses, stellt dies einen Revisionsgrund gem § 337 StPO dar. Insbesondere bei unselbstständigen Beweiserhebungsverböten hat sich eine umfangreiche Kasuistik entwickelt, welche Beweiserhebungsfehler auf diesem Weg eine Revision begründen können und welche nicht.

---

<sup>1</sup>Detaillierter bei *Engländer*, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, Rn. 272.