

GROÙE STRAFRECHTSKOMMISSION  
DES DEUTSCHEN RICHTERBUNDES

Gutachten zum Thema:

**Beweisverbote im Strafverfahren**

Im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz

Ergebnisse der Sitzung vom 9. bis 14. November 2015  
in Timmendorfer Strand

**Teilnehmerinnen/Teilnehmer  
der Sitzung der Großen Strafrechtskommission in Timmendorfer Strand  
vom 9. bis 14. November 2015:**

1. Mitglieder der Großen Strafrechtskommission:

- Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel **BIMLER, GESCHÄFTSFÜHRER**
- Vorsitzender Richter am Landgericht Dessau-Roßlau **CASPARI**
- Richterin am Bundesgerichtshof in Karlsruhe **CIRENER**
- Ltd. Oberstaatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel **HEß, VORSITZENDE**
- Richter am Oberlandesgericht Celle **DR. KREICKER**
- Vizepräsident am Amtsgericht Saarbrücken a. D. **DR. KRÜGER**
- Richter am Bundgerichtshof in Karlsruhe **PROF. DR. RADTKE**
- Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof a. D. **PROF. DR. RISSING-VAN SAAN**
- Richter am Oberlandesgericht Hamburg **WENSKE**
- Vorsitzender Richter am Landgericht Bielefeld **DR. ZIMMERMANN**

2. Gäste:

- Vorsitzender des Deutschen Richterbundes in Berlin **FRANK**
- Professorin an der Universität Basel **DR. JUR. GLESS**
- Staatsanwältin **DR. GROPP**, zurzeit abgeordnet zum Ministerium für Justiz, Kultur und Europa in Kiel
- Rechtsanwalt in Mainz **KNIERIM**
- Ministerialdirigent bei dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in Berlin **DR. KORTE**
- Staatsanwalt **KREINER**, zurzeit abgeordnet zum Bundesministerium der Justiz in Berlin

0.	Vorbemerkungen.....	9
1.	Einleitung.....	10
2.	Beweisverbote im Strafverfahren: Begriffe und Arten.....	11
2.1	Ziele und Aufgaben des Strafverfahrens.....	11
2.2	Pflicht zur Wahrheitsermittlung - Grenzen der Aufklärungspflicht.....	12
2.3	Rechtsstaatliche Grenzen der Wahrheitsermittlung.....	13
2.4	Beweisverbote.....	14
2.4.1	Beweiserhebungsverbote.....	14
2.4.1.1	Beweisthemengebotes.....	15
2.4.1.2	Beweismittelgebotes.....	15
2.4.1.3	Beweismethodengebotes.....	15
2.4.1.4	Fehlende Eingriffsbefugnisse.....	16
2.4.2	Beweisverwertungsverbote.....	16
2.4.2.1	Geschriebene Beweisverwertungsverbote.....	17
2.4.2.2	Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote.....	17
2.4.2.3	Absolute und relative Beweisverwertungsverbote.....	17
2.4.2.4	Selbständige und unselbständige Beweisverwertungsverbote.....	18
2.4.3	Beweisverwertungsverbote von Verfassung wegen.....	19
2.5	Schlussbemerkung.....	20
3.	Beweisverbote im europäischen Ausland.....	21
3.1	Beweisverbote und Grundfragen der Rechtsvergleichung.....	21
3.2	Beweisverbote in der Schweiz.....	23
3.2.1	Ausgangsüberlegungen.....	23
3.2.2	Zum Konzept der Art. 139-141 CH-StPO.....	24

3.2.2.1	Der Gesetzestext.....	24
3.2.2.2	Anmerkungen zum Konzept der CH-StPO unter rechtsvergleichen- den Aspekten.....	25
3.2.2.3	Zusammenfassung.....	28
3.3	Beweisverbote in Österreich.....	29
3.3.1	Allgemeine Anmerkungen zur Verfahrensstruktur.....	29
3.3.2	Anmerkungen zu Fragen der Beweisverbote.....	30
3.3.3	Zusammenfassung.....	32
3.4	Beweisverbote in Frankreich.....	32
3.4.1	Allgemeine Anmerkungen zur Verfahrensstruktur.....	32
3.4.2	Anmerkungen zu Fragen der Beweisverbote.....	34
3.4.3	Zusammenfassung.....	35
3.5	Beweisverbote in Italien.....	35
3.5.1	Allgemeine Anmerkungen zur Verfahrensstruktur.....	35
3.5.2	Anmerkungen zu Fragen der Beweisverbote.....	37
3.5.3	Zusammenfassung.....	39
3.6	Beweisverbote in England.....	40
3.6.1	Allgemeine Anmerkungen zur Verfahrensstruktur.....	40
3.6.2	Anmerkungen zu Fragen der Beweisverbote.....	42
3.6.3	Zusammenfassung.....	44
3.7	Zusammenfassung.....	45
4.	Beweisverbote im deutschen Strafverfahren - de lege lata.....	46
4.1	Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.....	46
4.1.1	Das Recht auf ein faires Verfahren als verfassungsrechtliche Grundlage für Beweisverwertungsverbote aufgrund von Verfahrens- fehlern.....	46
4.1.2	Prüfungsmaßstab für die Annahme eines Beweisverwertungsver- bots nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	48
4.1.2.1	Feststellung eines Verfahrensverstößes, der geeignet ist, das Recht auf ein faires Verfahren zu beeinträchtigen.....	51

4.1.2.2	Einzelfallabwägung, ob der Verfahrensverstoß zu sanktionieren ist..	52
4.1.2.3	Prüfung, ob die als erforderlich angesehene Sanktion des Verfahrensverstoßes zwingend in Form eines Beweisverwertungsverbots erfolgen muss.....	53
4.1.3	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur prozessualen Behandlung von Beweisverwertungsverböten.....	57
4.2	Beweisverböte des Völkerrrechts unter Einschluss der EMRK.....	57
4.2.1	Keine strafprozessualen Beweisverwertungsverböte im klassischen Völkerrrecht.....	58
4.2.1.1	„male captus - bene detentus“.....	60
4.2.1.2	Kein Beweisverwertungsverbot als Folge einer Missachtung konsularischer Immunität.....	62
4.2.2	Völkerrrechtliche Beweisverböte als Folge einer Verletzung völkerrrechtlicher Menschenrechtsgewährleistungen.....	64
4.2.2.1	Die Anerkennung völkerrrechtlicher Rechte des Einzelnen als Grundlage für völkerrrechtliche Beweisverböte.....	65
4.2.2.2	Beweisverwertungsverböte als Folge einer Missachtung von Gewährleistungen der EMRK.....	66
4.2.2.2.1	Die Garantie des fairen Verfahrens in Art. 6 Abs. 1 EMRK als Maßstab für Beweisverwertungsverböte.....	67
4.2.2.2.2	Beweisverwertungsverbot bei Verstößen gegen das Folterverbot (Art. 3 EMRK).....	69
4.2.2.2.3	Beweisverwertungsverbot bei unzulässiger Tatprovokation (Art. 6 Abs. 1 EMRK).....	76
4.2.3	Beweisverwertungsverbot bei Missachtung der Belehrungspflicht über konsularischen Beistand nach Art. 36 Abs. 1 WÜK.....	79
4.2.4	Beweisverböte im Kontext von Rechtshilfeleistungen anderer Staaten.....	84
4.2.5	Regelungen zu Beweisverböten im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs.....	89
4.2.6	Thesen.....	90

4.2.7	Zusammenfassendes Fazit.....	101
4.3	Beweisverbote im deutschen Strafverfahren.....	104
4.3.1	Einleitung.....	104
4.3.2	Beweiserhebungsverbote.....	104
4.3.2.1	Beweisthemaverbote.....	105
4.3.2.2	Beweismittelverbote.....	109
4.3.2.3	Beweismethodenverbote.....	111
4.3.3	Beweisverwertungsverbote.....	112
4.3.3.1	Ausdrücklich gesetzlich geregelte Verwertungsverbote.....	112
4.3.3.1.1	Unselbständige Verwertungsverbote.....	112
4.3.3.2	Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote.....	116
4.3.3.2.1	Beweisverbote nach Belehrungsfehlern.....	118
4.3.3.2.1.1	Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen des Beschuldigten (§ 52 Abs. 3 StPO).....	118
4.3.3.2.1.2	Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr von Selbst- oder Angehörigenbelastung (§§ 55 Abs. 2 StPO).....	121
4.3.3.2.1.3	Belehrung über das Untersuchungsverweigerungsrecht nach §§ 81 c Abs. 3 S. 1, 52 Abs. 3 S. 1 StPO.....	122
4.3.3.2.1.4	Freiwillige Herausgabe eines Beweismittels durch zeugnisverweigerungsberechtigten Gewahrsamsinhaber (§§ 96 Abs. 2 S. 2, 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO).....	123
4.3.3.2.1.5	§ 57 StPO.....	124
4.3.3.2.1.6	§§ 53, 53a, 54 StPO.....	124
4.3.3.2.1.7	Belehrung des Beschuldigten oder Angeklagten.....	124
4.3.3.2.1.7.1	Belehrung über das Schweigerecht zu Beginn der Hauptverhandlung (§ 243 Abs. 5 S. 1 StPO).....	124
4.3.3.2.1.7.2	Belehrung über das Schweigerecht bei außergerichtlicher Vernehmung (§§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO).....	125
4.3.3.2.1.7.3	Recht zur Verteidigerkonsultation (§§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO).....	127

4.3.3.2.1.7.4	Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand (Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK).....	127
4.3.3.2.2	Beweisverbote nach rechtsfehlerhaft durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen.....	128
4.3.3.2.2.1	Im Zusammenhang mit Vernehmungen oder Augenscheineinnahmen.....	128
4.3.3.2.2.2	Sonstige Maßnahmen.....	129
4.3.3.2.2.3	Beweisverbote aufgrund eines Fehlverhaltens von Privatpersonen...	134
4.3.3.2.2.4	Beweisverbote als Folge prozessualer Erklärungen in der Hauptverhandlung.....	135
4.3.3.2.2.5	Kernbereichsschutz, als verfassungsrechtlich begründetes Verwertungsverbot.....	140
5.	Einheitliche gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverböten - de lege ferenda -.....	142
5.1.	Abschließende und umfassende gesetzliche Regelung der Beweisverwertungsverböten.....	142
5.2	Einführung einer Generalklausel zu den Beweisverwertungsverböten.....	143
6.	Verfahrensrechtliche Aspekte der Feststellung und Berücksichtigung von Beweisverböten im Strafverfahren.....	149
6.1	Entstehung und wesentlicher Inhalt der Widerspruchslösung.....	149
6.2	Konsequenzen der Widerspruchslösung für die Bedeutung von Beweisverwertungsverböten in der strafjustiziellen Praxis auch schon im Ermittlungsverfahren.....	150
6.3	Widerspruchslösung, Zustimmungslösung und die Disponibilität der Verfahrensbeteiligten über die Verwertung erhobener Informationen im Strafverfahren.....	154

6.3.1	Widerspruchslösung und Disponibilität von strafprozessualen Beweisverwertungsverböten.....	155
6.3.2	Mögliche Gründe für die Disponibilität.....	155
6.3.3	„Widerspruchslösung“ oder „Zustimmungslösung“.....	157
6.3.4	Exkurs.....	158
6.3.4.1	Zur grundsätzlichen Notwendigkeit von Abwägungslösungen bei der Statuierung geschriebener oder ungeschriebener Beweisverwertungsverböte.....	158
6.3.4.2	Aufgaben des Strafprozesses.....	160
6.3.4.3	Wahrheitsermittlung und Beweisverwertung.....	161
6.3.5	Einzelne verfahrensrechtliche Aspekte der Feststellung und Berücksichtigung von Beweisverböten im Strafverfahren.....	163
6.3.5.1	Widerspruchslösung und Verwertungswiderspruch.....	164
6.3.5.1.1	Bisherige Rechtslage.....	164
6.3.5.1.2	Thesen der Kommission zum Verwertungswiderspruch.....	168
6.3.5.2	Verwertbarkeit früherer Angaben von Zeugen bei Inanspruchnahme von § 252 StPO - die Bedeutung der qualifizierten Belehrung.....	174
7.	Schlussbetrachtung.....	177
8.	Anlage.....	179



## **0. Vorbemerkungen**

Mit Schreiben vom 30.04.2015 hat das Bundesministerium der Justiz den Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes gebeten, ein Gutachten zu dem Thema „Beweisverbote im Strafverfahren“ zu erstatten.

Dazu hat das Bundesministerium der Justiz in einem Schreiben vom selben Tage ausgeführt:

„..., das äußerst komplexe und nur punktuell normierte Recht der Beweisverbote im Strafverfahren ist bereits seit langem immer wieder Gegenstand der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion. In jüngerer Zeit erhält die Debatte durch das Unionsrecht, vor allem aber durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte neue Nahrung. Eine eingehende Beleuchtung der geltenden Rechtslage und eines möglichen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs aus Sicht erfahrender Richter und Staatsanwälte ist für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz von besonderem Interesse.“

Der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes hat die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes gebeten, sich mit diesem Thema auseinanderzusetzen und es aus Sicht der Praxis zu beleuchten.

## 1. Einleitung

Beweisverbote sind im deutschen Strafprozessrecht nur höchst singulär und wenig systematisch gesetzlich geregelt. Im Wesentlichen basiert das Recht der Beweisverbote auf einer kaum mehr zu übersehenden obersten oder obergerichtlichen Rechtsprechung.

Die vom BGH entwickelte „Widerspruchslösung“, nach der der Verwertung eines Beweises binnen einer Frist des § 257 StPO widersprochen werden muss, gerät zunehmend in die Kritik.

Die Strafrechtsabteilung des Deutschen Juristentags beschäftigte sich auf seiner Tagung in Erfurt bereits im Jahr 2008 eingehend mit „Beweisverboten im deutschen Strafrecht“, die ausgesprochenen Empfehlungen sind indes wenig konsistent. Einigkeit herrschte aber dahingehend, dass „Recht und Praxis der Beweisverbote fortentwickelt und verbessert werden“ müssen, wobei die „verlässlichere Vorhersehbarkeit der Anerkennung und Reichweite von Beweisverboten“ ein wesentliches Kriterium sein sollte.

Fragen der Beweisverwertung nach deutschem Strafprozessrecht beschäftigten darüber hinaus in jüngerer Zeit wiederholt den EGMR. Die Europäische Kommission hat in Entwürfen von Richtlinien bereits wiederholt Vorgaben zu Beweisverwertungsverböten im Falle der Verletzung von Beschuldigtenrechten vorgesehen, auch wenn diese den Weg in das Amtsblatt der Europäischen Union bislang nicht gefunden haben.

## **2. Beweisverbote im Strafverfahren: Begriffe und Arten**

### **2.1 Ziele und Aufgabe des Strafverfahrens**

Im modernen Rechtsstaat, der ein „Recht des Stärkeren“ verneint und vom Verbot der Selbstjustiz ausgeht, kommt dem Staat das Strafverfolgungs- und Strafmonopol zu. Der von Straftaten betroffene Bürger kann deshalb vom Staat erwarten, dass dieser den ihm aus einer Straftat erwachsenen Wiedergutmachungs- und Sühneanspruch durchsetzt. Der Staat ist verpflichtet, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zur Verfügung zu stellen und zu sichern und seinen Bürgern ein ausreichendes Maß an effektiver Strafverfolgung zu ermöglichen (Justizgewährungspflicht des Staates - Justizgewährungsanspruch der Bürger). Ziel des Strafverfahrens ist es deshalb zu fördern, die Feststellung und die Durchsetzung eines im Einzelfall entstandenen legitimen staatlichen (Opfer-)Strafanspruchs zu gewährleisten, Recht und Gerechtigkeit zu verwirklichen und auf diese Weise den Rechtsfrieden zu sichern.

Als Aufgaben des rechtsstaatlichen Strafverfahrens werden - wenn auch mit unterschiedlichen Ausdifferenzierungen - gemeinhin genannt: Es gehe darum, durch die Ermittlung des wahren Sachverhalts den Verdacht einer Straftat aufzuklären und ggf. den einer Straftat überführten Täter unter Anwendung des geltenden materiellen Strafrechts einer gerechten und schuldangemessenen Strafe zuzuführen, um so den Rechtsfrieden wieder herzustellen und zu erhalten. Denn Wahrheitserforschung und -findung sind als Elemente der Rechtsstaatlichkeit ein Gebot der Gerechtigkeit.

Richtunggebende Leitlinien unseres Verfahrensrechts sind danach Wahrheitsfindung und Gerechtigkeit, so dass das Strafverfahren die tatsächliche und rechtliche Richtigkeit des strafrechtlichen Urteils anstreben muss, um materielle Gerechtigkeit zu erreichen.

## 2.2

### **Pflicht zur Wahrheitsermittlung - Grenzen der Aufklärungspflicht**

Damit eine sachlich richtige und gerechte Entscheidung getroffen werden kann, bedarf es also der Erforschung und Feststellung des zutreffenden tatsächlichen Lebenssachverhalts, der dem Tatvorwurf zugrunde liegt. Dem entspricht die Ermittlungspflicht der Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren nach §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO und die Amtsaufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO der Gerichte im Hauptverfahren.

Gleichzeitig begrenzt das Prinzip der Gerechtigkeit aber auch die Pflicht zur Ermittlung der Wahrheit, so dass die Aufklärungspflicht der Strafverfolgungsbehörden nicht grenzenlos sein kann, sondern auch die rechtlich geschützten Interessen und Belange der von den Ermittlungsmaßnahmen betroffenen Personen bei den erforderlichen Ermittlungen berücksichtigt werden müssen. Die Wahrheit darf nicht um jeden Preis erforscht werden, vielmehr muss die Art und Weise der Wahrheitsermittlung mit der durch das Grundgesetz festgelegten Werteordnung in Einklang stehen.

Hieraus kann ferner abgeleitet werden, dass die Klärung des strafrechtlich relevanten Sachverhalts sowie die Verhängung und Vollstreckung einer darauf gestützten Sanktion sich nicht an bloßer Zweckmäßigkeit und Effizienz der Strafverfolgung orientieren darf, sondern grundgesetzkonformen, normativen Regeln zu folgen hat. Das bedeutet, dass nur solche Entscheidungen, die auf justizförmigem Wege, d. h. in einem rechtsstaatlich strukturierten Verfahren zustande gekommen sind, die Gewähr dafür bieten, dass sie den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen. Das prozessordnungsgemäße Zustandekommen der richterlichen Entscheidung ist daher ebenso eine Aufgabe des Strafverfahrens wie das Gebot einer effektiven Strafverfolgung. Effektive Strafverfolgung ist jedoch kein absolute Gültigkeit beanspruchender Wert.

## 2.3

### Rechtsstaatliche Grenzen der Wahrheitsermittlung

Rechtsstaatliche Grenzen der Wahrheitsfindung können sich vor allem aus Menschen- und Grundrechten insbesondere des Beschuldigten wie Menschenwürde, persönliche Freiheit, Unverletzlichkeit der Wohnung usw. ergeben. Als Beispiele aus jüngerer Zeit seien etwa der Fall Jakob von Metzler (Folterverbot) oder die BGH-Entscheidungen genannt, die sich mit Selbstgesprächen in geschützten Räumlichkeiten befasst und sie dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zugerechnet haben.

Aber auch Rechtsgüter der Allgemeinheit können Gegeninteressen mit Verfassungsrang darstellen, die die Möglichkeiten der Wahrheitsforschung einschränken, so z. B. die Staatssicherheit im Sinne von „schweren Nachteilen“ für die Bundesrepublik Deutschland in § 153c Abs. 3 StPO (Einschränkung des Legalitätsprinzips bei Straftaten mit terroristischem Hintergrund), § 153d Abs. 1 StPO (Nichtverfolgung von politischen Straftaten).

Die Abwägung zwischen den Erfordernissen einer effektiven Strafverfolgung und den Gegeninteressen der Betroffenen bleibt, wenn ihr nicht schon in seltenen Fällen der Gesetzgeber wie z. B. in § 136a Abs. 3 StPO Rechnung getragen hat, im Einzelfall häufig den Ermittlungsbehörden und den Gerichten überlassen. Ein Umstand, der bei schwerwiegenden Verfahrensverletzungen zu einer Vielzahl von Beweisverwertungsfragen und Umsetzungsproblemen in die strafverfahrensrechtliche Praxis geführt hat. Da Beweisverbote Ausnahmen von der grundsätzlichen Amtsaufklärungspflicht sind und außerdem das verfassungsrechtlich anerkannte Gebot einer effektiven Strafrechtspflege tangiert wird, sind Beweisverwertungsverbote nach der Rechtsprechung nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung oder übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen. Wann dies der Fall ist, darüber gehen die Ansichten, je nach Blickwinkel, nicht selten auseinander. Rechtsprechung und Lehre haben sich deshalb bisher nicht auf allgemein gültige Voraussetzungen verständigen können,

wann von einem Beweiserhebungs- oder -verwertungsverbot auszugehen ist und welche Folgen es hat oder haben sollte. Auch der 67. Deutsche Juristentag (DJT), der sich nach dem 47. DJT (1966) im Jahr 2008 erneut mit Beweiserhebungs- und Verwertungsfragen im Strafverfahren befasst hat, hat zu keiner eindeutigen Lösung geführt.

Überwiegende Einigkeit besteht jedoch hinsichtlich der Terminologie und inhaltlichen Umschreibung dieser letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Schranken der strafprozessualen Ermittlungs- und Aufklärungspflichten.

## **2.4 Beweisverbote**

Beweisverbote beinhalten generell Rechtsgrundsätze und Normen, die der Wahrheitsfindung in allen Verfahrensstufen Grenzen setzen. Mit dem Oberbegriff der Beweisverbote werden nach allgemeinem Verständnis zwei Arten von rechtlichen Einschränkungen bzw. Grenzen der Wahrheitserforschung zusammengefasst, nämlich das Verbot der Beweiserhebung und das Verbot der Beweisverwertung.

Da Beweiserhebung und -verwertung stets auch Beweiswürdigung bedeutet und umgekehrt, schränken Beweisverbote die Amtsaufklärungspflicht der Strafverfolgungsbehörden ein, vor allem aber die richterliche Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO, und durchbrechen so auch den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung des § 261 StPO.

### **2.4.1 Beweiserhebungsverbote**

Diese können nach Beweisthematen-, Beweismittel- und Beweismethodenverboten unterschieden werden.

#### **2.4.1.1 Beweisthemenvorbote**

Diese betreffen Sachverhalte, bei denen entweder bestimmte Tatsachen schon von Gesetzes wegen nicht zum Gegenstand der Beweisführung gemacht werden dürfen, etwa weil sie unter die Amtsverschwiegenheit (§ 54 StPO) oder das richterliche Beratungsgeheimnis (§§ 43, 45 Abs. 1 DRiG) fallen, oder wenn unter § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 und 4 StPO fallende Personen betroffen sind.

#### **2.4.1.2 Beweismittelverbote**

Diese schließen die Verwendung bestimmter Beweismittel aus, wie etwa die Befragung von Personen, die berechtigt von einem Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht (§§ 52 und 55 StPO) Gebrauch gemacht haben, oder die Verlesung von Urkunden/Protokollen in Fällen des § 250 S. 2 StPO.

#### **2.4.1.3 Beweismethodenverbote**

Diese betreffen Fallgestaltungen, in denen die Art und Weise der Beweismittelgewinnung entweder vom Gesetz ausdrücklich verboten ist (z. B. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO) oder ganz allgemein mit der Verfassung bzw. den Verfassungsgrundsätzen nicht zu vereinbaren sind.

Diese Form der inhaltlichen Unterscheidung der Beweiserhebungsverbote ist allerdings für die Frage der Zulässigkeit der Erhebung oder der späteren Verwertung unzulässig gewonnener Beweise in der Praxis ohne konkrete Relevanz.

#### **2.4.1.4 Fehlende Eingriffsbefugnisse**

Können bestimmte Tatsachen mittels eines Eingriffs in Individualrechte einzelner Personen ermittelt werden, wie etwa bei der Beschlagnahme einzelner Gegenstände als mögliche Beweismittel (§ 98 StPO), der Durchsuchung von Wohnungen und anderen Räumlichkeiten verdächtiger Personen (§ 102 StPO) oder zu bestimmten Zwecken bei unbeteiligten Dritten (§ 103 StPO) oder der Überwachung der Telekommunikation einzelner Personen (§ 100a StPO), so ist die zulässige Beweisgewinnung regelmäßig an die Existenz entsprechender Eingriffsbefugnisse (Erlaubnisnormen) gebunden. Fehlen die gesetzlichen Voraussetzungen für diese Eingriffe ganz oder teilweise oder gibt es für einzelne Eingriffe, z. B. die sog. online-Durchsuchung/-Überwachung privater Computer, (noch) keine umfassende Erlaubnisnorm, so ist die Beweiserhebung/-gewinnung unzulässig, d. h. ebenfalls verboten.

#### **2.4.2 Beweisverwertungsverbote**

Diese setzen vorhandene oder bereits gewonnene Beweise voraus, deren Verwendung im Verfahren grundsätzlich nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Beweisverwertungsverbote kennt das geltende Strafverfahrensrecht als geschriebene, d. h. gesetzlich vorgesehene Folge des Verstoßes gegen ein Beweiserhebungsverbot oder als Verwertungsverbote, die von der Rechtsprechung als ungeschriebene Folgen schwerwiegender anderer Verfahrensverstöße entwickelt worden sind. Allerdings ist die unzulässige Beweiserhebung keine zwingende Voraussetzung für ein Beweisverwertungsverbot, sondern das Gesetz sieht in bestimmten Fällen auch ein Verwertungsverbot von zulässig erlangten Beweismitteln vor. In der Regel handelt es sich hierbei um Vorschriften zum Schutz von sensiblen, häufig aus dem höchstpersönlichen Bereich der von den



Ermittlungsmaßnahmen betroffenen Personen stammenden Daten, die vor unzulässigen Zugriffen abgeschirmt werden sollen.

#### **2.4.2.1 Geschriebene Beweisverwertungsverbote**

Gesetzliche Regelungen eines Beweisverwertungsverbots finden sich sowohl in der StPO (Beispiele: §§ 69 Abs. 3, 136a Abs. 3 S. 2, 81c Abs. 3 S. 5, 100c Abs. 5 S. 3 sowie auch §§ 100c Abs. 6 S. 2, 108 Abs. 3 und 477 Abs. 2 StPO) als auch in anderen Gesetzen (Beispiele: §§ 4 Abs. 6, 7 Abs. 6 G10; § 51 Abs. 1 BZRG).

#### **2.4.2.2 Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote**

Ist bei Verfahrensverstößen im Zusammenhang mit Ermittlungsmaßnahmen zum Zwecke der Beweisgewinnung ein Verwertungsverbot im Gesetz nicht vorgesehen, ist es in Literatur und Rechtsprechung lebhaft umstritten, wann eine Verletzung von Verfahrensvorschriften die Unverwertbarkeit der rechtswidrig erlangten Beweise zur Folge hat. Darauf soll hier nicht näher eingegangen werden. Nach herrschender Meinung soll aber nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot zu einem Beweisverwertungsverbot führen und nicht jeder Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot z. B. das Recht der Revision begründen können. Es kommt vielmehr auf eine Abwägung der betroffenen Interessen und des Gewichts des Verfahrensverstößes unter Berücksichtigung des Regelungsgehalts der verletzten Vorschrift an.

#### **2.4.2.3 Absolute und relative Beweisverwertungsverbote**

Da die Beweiswertungsverbote nach unterschiedlichen Kriterien systematisiert werden können, lassen sie sich auch nach ihrem

Wirkungsgrad als absolute oder als relative Verwertungsverbote unterscheiden. Eine Unterscheidung, die vor allem das Bundesverfassungsgericht vornimmt.

Zu den absoluten Beweisverwertungsverböten müssen solche Verwertungsverböte gerechnet werden, die keiner Interessenabwägung zugänglich und in der Regel für den Betroffenen auch nicht disponibel sind. Beispiele sind § 136a Abs. 3 S. 2 StPO, wohl auch § 160a Abs. 1 StPO hinsichtlich der dort genannten Berufsgeheimnisträger. Hierzu gehört ferner das Verbot der Verwertung von Erkenntnissen, die unter Verletzung des nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewonnen wurden, das inzwischen in § 100c Abs. 5 S. 2 und 3 StPO einen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat.

Relative Beweisverwertungsverböte können ebenfalls aus der Verletzung grundgesetzlich geschützter Rechte folgen, gleich ob sie normiert oder nicht normiert (z. B. faires Verfahren) sind. Sie sind jedoch einer Interessen- und Güterabwägung zugänglich oder aber für den Betroffenen disponibel, wie z. B. die Verwertungsfrage bei § 252 StPO bei Verzicht auf das Verwertungsverbot durch den zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen. Zudem hat nicht jede fehlerhafte Beweiserhebung die Unverwertbarkeit des erlangten Beweismittels zur Folge, vielmehr ist dies nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, wobei es maßgeblich auf die Art des Verstoßes und seines Gewichts ankommt.

#### **2.4.2.4 Selbständige und unselbständige Beweisverwertungsverböte**

Eine andere gängige Unterscheidung orientiert sich daran, ob es sich um ein Verwertungsverbot handelt, das im Einzelfall aus der vorangegangenen Verletzung einer Verfahrensvorschrift folgt, die die zulässige Erhebung oder Gewinnung von Beweisen regelt, oder ob das

Verwertungsverbot unabhängig vom Verstoß gegen eine Erhebung unter bestimmten Voraussetzungen vom Gesetz vorgeschrieben wird oder sich sogar unmittelbar aus der Verfassung ergibt. Ist kein vorausgegangener Verstoß gegen eine Erhebungsnorm erforderlich, handelt es sich um ein selbständiges, im anderen Fall um ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot.

In der Regel decken sich jedoch die Begriffe der selbständigen und unselbständigen Beweisverwertungsverbote und ihre Regelungsgehalte mit den Fallgestaltungen der absoluten und relativen Beweisverwertungsverbote.

### **2.4.3 Beweisverwertungsverbote von Verfassungen wegen**

Bei der Kategorie des Beweisverbots von Verfassungen wegen handelt es sich um eine neuere Begrifflichkeit, die sich im Laufe der Zeit aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts heraus entwickelt hat.

Die Frage, ob sich aus einem Verfahrensverstoß im konkreten Einzelfall ein Verwertungsverbot ergeben kann, wird von der Rechtsprechung der Instanzgerichte und des BGH in der Regel unter Abwägung des Gewichts des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen und des Gewichts des Rechtsverstoßes beantwortet. Bei Verfassungsbeschwerden beschränkt sich das BVerfG auf die Prüfung, ob die Fachgerichte den Schutzbereich der verletzten Norm verkannt oder die Anforderungen für die Annahme eines Verwertungsverbots überspannt haben. Die Annahme eines Verwertungsverbots von Verfassungen wegen ist nach seiner Rechtsprechung nur dann geboten, wenn bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind. Ein absolutes, unmittelbar aus der Verfassung bzw. den Grundrechten abzuleitendes Verwertungsverbot kommt nur in solchen

Fällen in Betracht, in denen der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist.

## **2.5 Schlussbemerkung**

Schon die Darstellungen der Versuche, die unterschiedlichen Formen von Beweisverboten begrifflich oder inhaltlich zu systematisieren, zeigen, dass kein verlässliches Instrumentarium zur Verfügung steht, mit dessen Hilfe in konkreten Einzelfällen die Frage, ob ein vorhandenes Beweismittel benutzt, d. h. verwertet werden darf, bestandsfest beantwortet werden kann. Zu differenziert sind schon die Voraussetzungen für das Entstehen von Beweisverwertungsverböten, wenn sie nicht vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben sind. Dies gilt erst recht, wenn auch noch vor der Beachtlichkeit eines Verwertungsverböts zusätzliche Verfahrenshürden wie etwa mit der Widerspruchslösung des BGH errichtet werden. Leitlinienähnliche gesetzliche Vorgaben für die Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit von Beweismitteln, die anerkannten, aber ungeschriebenen Verwertungsverböten unterfallen, wären hilfreich für eine Vereinheitlichung des Umgangs der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte mit solchen durch erhebliche Verfahrensverstöße gewonnenen Beweismitteln.

### **3. Beweisverbote im europäischen Ausland**

#### **3.1 Beweisverbote und Grundfragen der Rechtsvergleichung**

Im Bereich der Beweisverbote zeigen sich deutlich die typischen Probleme jeder rechtsvergleichenden Betrachtung, z. B.:

- Gibt es überhaupt eine der deutschen Lehre vergleichbare Systematik bei den Beweisverboten?
- Gibt es unterschiedliche Verfahrensstrukturen, die zu unterschiedlichen Beweisfunktionen und damit auch zu unterschiedlichen Konzepten bei den Beweisverboten führen?
- Wer ist innerhalb des Rechtssystems vorrangig für die Beweiserhebung zuständig und wer soll ggf. durch etwaige Beweisverbote diszipliniert werden?

Die Fragen, die bei dem Vergleich unterschiedlicher Rechtsordnungen auftreten können, sind besonders klar herausgearbeitet worden bei dem Problem der grenzüberschreitenden Beweisverwertung. Dabei handelt es sich um Sachverhalte, bei denen Beweiserhebungen aus dem Ausland in das eigene Rechtssystem übertragen werden müssen, in denen es also um die Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise geht. Ähnliche Probleme zeigen sich auch bei Fragen der grenzüberschreitenden Strafverteidigung.

In diesem Zusammenhang ist deutlich geworden, dass unterschiedliche verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen auch Auswirkungen auf die Umsetzung der Beweisverbote haben können.

Wenn z. B. die zentrale Beweisgewinnung im Ermittlungsverfahren erfolgt und die Beweise im Hauptverfahren nur erörtert werden, müssen auch bereits im Ermittlungsverfahren entsprechende Kontrollrechte für die Beteiligten zur Verfügung stehen.

Derartige strukturelle Unterschiede in den verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen können hier nicht vertieft dargestellt werden. Sie werden aber bei den einzelnen Ländern skizziert, soweit dies für ein besseres Verständnis der einschlägigen Regeln über Beweisverbote

hilfreich erscheint. Zudem macht im vorliegenden Rahmen der hier gewählte Ansatz eine Konzentration auf einige exemplarisch zu behandelnde Länder erforderlich. Maßstab für die Auswahl waren dabei folgende Gesichtspunkte:

In Anlehnung an Überlegungen in der wissenschaftlichen Literatur wird für Fragen der Beweisverbote an die Unterscheidung zwischen adversatorischen und inquisitorischen Verfahrenstypen angeknüpft. Unter adversatorischen Verfahren werden dabei Verfahren verstanden, bei denen die Feststellung des Sachverhalts und die entsprechenden Beweisermittlungen den Parteien (Staatsanwalt, Beschuldigter) weitestgehend selbst überlassen ist. Im inquisitorischen Verfahrenskonzept, das dem deutschen Strafprozessrecht zugrunde liegt, ist der Richter von Amts wegen für die Beweisermittlung bzw. die Ermittlung des Sachverhalts zuständig.

Als Beispiel für das adversatorische Verfahren wird hier neben Italien das englische Strafverfahrensrecht erörtert. Dieses ist auch deshalb interessant, weil es weitestgehend durch Richterrecht geprägt ist.

Zudem beziehen sich die Ausführungen schwerpunktmäßig auf Fragen der Beweisverwertung, insbesondere auf unselbstständige Beweisverwertungsverbote im Sinne der deutschen Strafprozesslehre. Dies sind die Beweisverwertungsverbote, die an eine rechtswidrige Beweiserhebung anknüpfen, also die fehlerabhängigen Beweisverwertungsverbote im Sinne der Terminologie von Amelung.

Im Folgenden wird daher zunächst etwas näher das schweizerische Konzept vorgestellt. Dieses beruht - wie die hier auch behandelten österreichischen und französischen Konzepte - auf einem inquisitorischen Ansatz. Zudem enthält es, wie noch zu verdeutlichen ist, zentrale Regelungen für Fragen der Beweisverwertungsverbote. Gerade in diesem Bereich bietet sich daher das schweizerische Konzept geradezu als Vergleichsmodell für die deutsche strafprozessuale Diskussion an.

## **3.2 Beweisverbote in der Schweiz**

### **3.2.1 Ausgangsüberlegungen**

Aus mehreren Gründen sind die Regelungen in der Schweiz für Fragen der Beweisverbote von Interesse.

- Die Schweiz hat die früher geltenden kantonalen Regelungen durch ein gesetzgeberisches Gesamtkonzept abgelöst (aus 29 mach 1). Die Regelungen sind seit dem 01.01.2011 in Kraft und stellen damit ein auch zeitlich neues Konzept dar. Es kann nicht überraschen, dass der Gesetzgeber in Teilbereichen auch an die frühere Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts anknüpft, z. B. bei der Differenzierung zwischen Ordnungs- und Gültigkeitsvorschriften. Deshalb ist in diesem Zusammenhang auch der frühere Diskussionsstand zum Thema „Beweisverbote in der Schweiz“ mit zu berücksichtigen.
- In der Schweiz gilt wie in Deutschland der Untersuchungsgrundsatz. Nach Art. 6 Abs. 1 CH-StPO klären die Strafbehörden - dazu zählen auch die Gerichte - von Amts wegen alle für die Beurteilung der Tat bedeutsamen Tatsachen auf. Ziel des Strafverfahrens ist die Erforschung der materiellen Wahrheit. Nach Art. 139 CH-StPO setzen die Strafbehörden alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Mittel ein.

Das schweizerische Konzept ist in zentralen Punkten mit dem deutschen Konzept vergleichbar und insoweit auch inhaltlich von besonderem Interesse.

## 3.2.2 Zum Konzept der Art. 139-141 CH-StPO

### 3.2.2.1 Der Gesetzestext

Schon aus Gründen der besseren Verständlichkeit soll zunächst der Text der Art. 139-141 CH-StPO vorangestellt werden.

#### Art. 139 Grundsätze

<sup>1</sup> Die Strafbehörden setzen zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind.

<sup>2</sup> Über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, wird nicht Beweis geführt.

#### Art. 140 Verbotene Beweiserhebungsmethoden

<sup>1</sup> Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt.

<sup>2</sup> Solche Methoden sind auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt.

#### Art. 141 Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise

<sup>1</sup> Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.

<sup>2</sup> Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.

<sup>3</sup> Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar.



<sup>4</sup> Ermöglicht ein Beweis, der nach Absatz 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.

<sup>5</sup> Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise werden aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet.

### **3.2.2.2 Anmerkungen zum Konzept der CH-StPO unter rechtsvergleichenden Aspekten**

Im Folgenden sollen einige zentrale Regelungen des schweizerischen Konzepts angesprochen werden. Die Darstellung orientiert sich an rechtsvergleichenden Aspekten. Dies sind die Fragestellungen und Kategorien, die in der deutschen Diskussion um die Beweisverbote eine herausragende Bedeutung haben.

- Normen wie Art. 139 bzw. Art. 141 Abs. 2 CH-StPO richten sich an Strafbehörden. Damit fallen Beweiserhebungen durch Private grundsätzlich nicht unter Art. 141 CH-StPO.
- Die Kategorie der selbständigen Beweisverwertungsverbote wird von Art. 141 CH-StPO nicht erfasst. Von einem selbständigen Beweisverwertungsverbot wird gesprochen, wenn ein rechtmäßig erhobener Beweis nicht verwertet werden darf, weil anderenfalls entgegenstehende Interessen beeinträchtigt werden. Wichtig geworden ist dies in der schweizerischen Rechtsprechung insbesondere bei Beweisverwertungen, die den Kern der Persönlichkeitsrechte und Menschenwürde betreffen können, z. B. bei Tagebucheintragungen.

Bei diesen hat das schweizerische Bundesgericht im Ergebnis ein Verwertungsverbot angenommen mit der Begründung, dass das Recht auf Privatsphäre auch das öffentliche Interesse an der Verbrechensaufklärung eines schweren Vermögensdelikts überwiegt.

- Ein Beweis ist gemäß Art. 141 Abs. 1 CH-StPO unverwertbar, wenn bei der Beweiserhebung eine absolute Gültigkeitsvorschrift verletzt wurde. Als absolute Gültigkeitsvorschriften betrachtet der Gesetzgeber gemäß Art. 141 Abs. 1 CH-StPO die Vorschrift des Art. 140 Abs. 1 CH-StPO sowie sämtliche strafprozessuale Einzelregelungen, die ausdrücklich im Fall der Missachtung der Norm eine Unverwertbarkeit vorsehen. Dazu zählen u. a.:
  - Beschuldigtenvernehmungen, die ohne Hinweis auf die entsprechenden Rechte durchgeführt werden (Art. 158 Abs. 2 CH-StPO)
  - Zeugenvernehmungen, die ohne entsprechende Belehrung erfolgen, sofern sich der Beschuldigte nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft (Art. 177 Abs. 1, 3 CH-StPO)
- Kontrovers wird die Frage erörtert, ob die Aufzählung der absoluten Beweisverwertungsverbote durch den Gesetzgeber abschließend ist. Betont wird in diesem Zusammenhang, dass sich ein Verwertungsverbot auch aufgrund der Verletzung einer elementaren EMRK-Garantie ergeben kann.
- Aus Art. 141 Abs. 2 und Abs. 3 CH-StPO ergibt sich das schweizerische Gesamtkonzept für die relativen Beweisverwertungsverbote. Gemäß Art. 141 Abs. 3 CH-StPO sind Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, verwertbar. Gemäß Art. 141 Abs. 2 CH-StPO können dagegen Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, grundsätzlich nicht verwertet werden. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn ihre Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist. Damit rückt erkennbar die Unterscheidung zwischen (bloßen) Ordnungsvorschriften und (echten) Gültigkeitsvorschriften in das Zentrum der Diskussion. Mit dieser Differenzierung knüpft der Gesetzgeber an die frühere langjährige Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts an. Für die zentrale Unterscheidung zwischen Ordnungsvorschrift (kein Beweisverwertungsverbot) und Gültigkeitsvorschrift (grundsätzlich Beweisverwertungsverbot) wird

primär auf den Zweck der fraglichen Norm abgestellt. Ordnungsvorschriften sollen in erster Linie der äußeren Ordnung des Verfahrens dienen. Gültigkeitsvorschriften sollen dagegen vorrangig den Schutz des Beschuldigten bezwecken. Insoweit gilt: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor. Abgrenzungsprobleme in diesem Zusammenhang drängen sich auf. So musste z. B. das Bundesgericht den Fall einer Hausdurchsuchung in Abwesenheit des Wohnungsinhabers entscheiden. Das Gericht hat die Verwertbarkeit des Beweismittels bejaht, weil die verletzten Anwesenheitsvorschriften nicht vorrangig dem Schutz des Beschuldigten dienen.

Als klassischer Anwendungsfall von - bloßen - Ordnungsvorschriften gelten z. B. Normen, die die Förmlichkeiten einer Ladung regeln. Bejaht wird eine bloße Ordnungsvorschrift auch dort, wo die Einhaltung einer Verfahrensbestimmung ein Interesse schützt, welches nicht in einem sachlichen Zusammenhang mit der Art der Beweiserhebung steht. Dieser Gedanke wird z. B. bei der Vorschrift, die die Blutentnahme durch einen Arzt vorsieht, angewandt. Die Regelung hat keinen Bezug zur Beweiserhebung als solcher. Sie dient nur dem Schutz der Gesundheit der beschuldigten Person. Vergleichbare Überlegungen gelten für die Vorschrift, dass eine Person von einer Person des gleichen Geschlechts durchsucht werden muss.

- Umstritten ist die Frage, was eine schwere Straftat im Sinne des Art. 141 Abs. 2 CH-StPO ist, die zur Verwertung berechtigen kann. Wohlers/Bläsi befürworten eine restriktive Auslegung und eine Beschränkung der Ausnahmevorschrift auf Delikte, die ausschließlich nur mit Freiheitsstrafe bedroht werden.
- Art. 141 Abs. 4 CH-StPO enthält eine ausdrückliche Regelung zu Fragen der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten. Damit wird die Frage beschrieben, ob ein Verwertungsverbot nur den unmittelbar

erhobenen Beweis betrifft oder aber auch die mittelbar durch die Beweiserhebung aufgefundenen weiteren Beweismittel. Gemäß Art. 141 Abs. 4 CH-StPO darf ein derartiger Beweis nicht verwertet werden, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre. Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht die bloße theoretische Möglichkeit, den Beweis auch rechtmäßig zu erlangen, nicht aus. Eine Fernwirkung im Sinne eines Beweisverwertungsverbots wird aber dann verneint, wenn der Folgebeweis mit einer großen Wahrscheinlichkeit auch ohne den illegalen Erstbeweis erlangt worden wäre.

- Die Regelung des Art. 141 Abs. 5 CH-StPO betrifft den praktischen Umgang mit Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise. Diese müssen aus den Strafakten entfernt werden. Die Einzelprobleme, z. B. die Frage, ob das Entfernungsverbot auch für entlastende rechtswidrig erlangte Beweisunterlagen gilt, sollen hier nicht weiter vertieft werden.

### **3.2.2.3 Zusammenfassung**

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass durch die neuen schweizerischen StPO-Regelungen wesentliche Fragen der Beweisgewinnung bzw. Beweisverwertung gesetzlich vom Grundsatz her geklärt sind. Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass auch in der Schweiz die Diskussion um die Berechtigung und Reichweite bestimmter Verwertungsverbote nicht endgültig beendet ist. Es bleibt das Ergebnis: Nicht jede rechtswidrige Beweiserhebung führt zu einem Verwertungsverbot. Daher muss über die Folgen eines Verfahrensverstößes - jedenfalls außerhalb der absoluten Beweisverwertungsverbote - auch weiterhin im konkreten Einzelfall entschieden werden.

### 3.3 Beweisverbote in Österreich

#### 3.3.1 Allgemeine Anmerkungen zur Verfahrensstruktur

- Die österreichische StPO von 1975 hat in den letzten Jahren einige Änderungen erfahren. Dies gilt insbesondere auch für die am 01.01.2008 in Kraft getretene Strafprozessreform. Diese wurde als Quantensprung in der Rechtsentwicklung des österreichischen Strafprozessrechts bezeichnet. Inhaltlich erfolgte dabei ein Wechsel vom Untersuchungsrichtermodell zum staatsanwaltlich geleiteten Ermittlungsverfahren.
- Allgemein wird die Reform als deutlicher Fortschritt eingestuft. Die polizeiliche Ermittlungsarbeit erhielt einen rechtlichen Rahmen. Die Rechte der Verteidigung wurden gestärkt. Seit der Reform besteht z. B. die grundsätzliche Pflicht der Polizei, die Rechte der Verteidigung zu wahren. Nach altem Recht durfte der Beschuldigte nach den gesetzlichen Vorgaben zur Vernehmung im Vorverfahren gar keinen Verteidiger beiziehen. Bemängelt wird jedoch im Schrifttum, dass mit Einzelregelungen auch weiterhin die Verteidigungsrechte zu weitgehend eingeschränkt werden. So kann bei der Vernehmung eines Beschuldigten die Anwesenheit eines Verteidigers untersagt werden, soweit dies erforderlich erscheint, um eine Gefahr für die Ermittlungen oder eine Beeinträchtigung von Beweismitteln abzuwenden (§ 164 Ö-StPO).
- Im Ergebnis zählt die Strafverfahrensordnung zu den inquisitorisch geprägten Verfahrensordnungen. Von der Struktur ähnelt sie in weiten Teilen dem deutschen Recht.

### 3.3.2 Anmerkungen zu Fragen der Beweisverbote

Die österreichische Lehre von den Beweisverboten entspricht in den grundlegenden Fragen weitestgehend der deutschen Systematik. So kennt das österreichische Recht Beweismittelverbote wie z. B. das Verbot, Zeugen zu vernehmen, die von der Pflicht der Aussage ausgenommen sind (§ 155 Ö-StPO), oder Beweisthemenverbote, wenn Tatsachen des Privat- und Familienlebens von jeder Beweisführung ausgeschlossen sind. Allgemein gilt der Grundsatz, dass als Beweismittel alles herangezogen werden kann, was der Wahrheitsfindung dient und nicht einem Verwertungsverbot unterliegt. Durch die Reform 2008 hat der Gesetzgeber bei Fragen des Beweisrechts und insbesondere der Beweisverwertung neue Akzente gesetzt.

- Bei den Ablehnungsmöglichkeiten eines Beweisantrags hat der Gesetzgeber in § 55 Abs. 2 Ö-StPO ausdrücklich auch die Unverwertbarkeit des Beweises aufgeführt. Damit hat in der Sache der österreichische Gesetzgeber die Vorwirkung von Beweisverwertungsverboten geregelt. Steht fest, dass ein Beweismittel unverwertbar ist, soll schon jede Beweisbeschaffung verboten sein.
- Die österreichische StPO hat schon früher mehr ausdrückliche Beweisverwertungsverbote enthalten als die deutsche StPO. Diese wurden durch die Strafprozessreform 2008 noch ausgebaut, und zwar in mehreren Punkten. So enthält § 123 Ö-StPO nunmehr eine umfassende Regelung über die Zulässigkeit einer körperlichen Untersuchung. Klargestellt wird, dass das Ergebnis nur dann verwertet werden darf, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorlagen und die Untersuchung rechtmäßig angeordnet worden war (§ 123 Abs. 6 Ö-StPO). Fehlerhaft erlangte Untersuchungsergebnisse sind daher unverwertbar. Für die Praxis ist die Frage wichtig, ob das Ergebnis einer körperlichen Untersuchung, die außerhalb des Strafverfahrens erfolgt ist, im Strafverfahren verwertet werden kann. Die gilt z. B. mit Blick auf notwendige medizinische Behandlungen. Ausweislich § 123 Abs. 7 Ö-StPO ist dies nur zum Nachweis einer

solchen Straftat zulässig, derentwegen eine körperliche Untersuchung im Strafverfahren hätte angeordnet werden können.

- In den §§ 134 ff. Ö-StPO sind nunmehr Eingriffe in das Brief- und Telekommunikationsgeheimnis sowie die optische und akustische Überwachung von Personen geregelt. In § 140 Ö-StPO findet sich eine einheitliche Regelung über die Verwertbarkeit etwaiger Überwachungsergebnisse.
- Näher geregelt sind auch die Verwertungsverbote bei Verletzung der Vorschriften über Aussageprivilegien. Generell unverwertbar sind z. B. Zeugenaussagen über Inhalte, die der geistlichen Verschwiegenheitspflicht oder der Amtsverschwiegenheit unterliegen (§ 155 Ö-StPO). Für die Fälle einer Aussagebefreiung bzw. eines Aussageverweigerungsrechts sind Verwertungsverbote in § 159 Abs. 3 Ö-StPO geregelt. Danach ist die Aussage dann grundsätzlich unverwertbar, wenn der Zeuge nicht über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt wurde bzw. nicht ausdrücklich auf seine Aussagebefreiung verzichtet hat.
- Bis zur Reform gab es im österreichischen Recht keine Norm, die dem deutschen § 136a StPO entsprach. Der Gesetzgeber hat nun mit dem neuen § 166 Ö-StPO eine vergleichbare Vorschrift geschaffen. Aussagen, die durch Folter zustande gekommen sind, sind generell unverwertbar. Bei sonstigen unerlaubten Beeinträchtigungen der Willensfreiheit ist eine Abwägung vorgeschrieben. Unverwertbarkeit ist anzunehmen, wenn fundamentale Verfahrensrechte verletzt sind und eine Unverwertbarkeit der Aussage zur Wiedergutmachung der Verletzung unerlässlich ist. Als Kriterium für die Beurteilung der Unerlässlichkeit werden genannt die Schwere der angelasteten Straftat einerseits, andererseits die Beeinträchtigung durch die unzulässige Vernehmung und der Beweiswert der Aussage. Entscheidend ist letztlich die Frage, ob unter den konkreten Umständen ein inhaltlich unrichtiges Strafurteil leichter zu akzeptieren ist als eine Verwertung der rechtswidrig erlangten Aussage.

- Gesetzwidrig erlangte Beweismittel einer Privatperson dürfen nach der Rechtsprechung (betrifft unzulässige Tonaufnahmen) dagegen grundsätzlich verwertet werden.

### **3.3.3 Zusammenfassung**

In der österreichischen Prozessreform 2008 sind damit eine Reihe von Fragen angesprochen bzw. geregelt worden, die auch in der deutschen Diskussion - speziell zu den Beweisverwertungsverböten - eine wesentliche Rolle spielen.

## **3.4 Beweisverböte in Frankreich**

### **3.4.1 Allgemeine Anmerkungen zur Verfahrensstruktur**

Das französische Strafverfahrensrecht ist durch den Code de Procédure Pénale (CPP) von 1993 geregelt. Grundsätzlich ist das Verfahren - vergleichbar mit dem deutschen Recht - durch das Inquisitionsprinzip geprägt. Der Richter bestimmt die Beweisermittlung im Wesentlichen von Amts wegen und kann ergänzende Beweiserhebungen veranlassen. Charakteristisch für das französische Strafverfahren ist die Trennung zwischen Vor- und Nachverfahren, die auch für die Beweisaufnahme Bedeutung hat. Eine Besonderheit ist dabei, dass das Ermittlungsverfahren teilweise durch den Ermittlungsrichter geführt wird. Bei Verbrechen beantragt die Staatsanwaltschaft die instruction préparatoire bei dem Untersuchungsrichter (juge d'instruction). Bei Vergehen ist dies fakultativ (Art. 79, 80 CPP).

Gerade mit Blick auf die hier interessierenden Beweisverböte ist diese Form des Vorverfahrens strukturell von besonderer Bedeutung und soll hier deshalb weiter erörtert werden. Der Untersuchungsrichter hat sowohl belastende als auch entlastende Umstände zu ermitteln.



Wichtig ist in diesem Zusammenhang der systemtheoretische Ansatz: Das untersuchungsrichterliche Vorverfahren ist der Form nach ein Vorverfahren, dem Inhalt nach liegt jedoch hier der Schwerpunkt der Beweisaufnahme. Im Hauptverfahren soll grundsätzlich nur die Würdigung der Beweise stattfinden, die nach dem Mündlichkeitsprinzip in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Daher muss das Prozessrecht auch Möglichkeiten vorsehen, um die Einhaltung der Beweiserhebungsvorgaben bereits im Ermittlungsverfahren zu kontrollieren. Es soll sichergestellt werden, dass keine unzuverlässigen Beweismittel in die nächste Verfahrensstufe gelangen. Dabei steht in der „instruction“ das prozessuale Instrument der Nichtigkeitsbeschwerde (nullité) zur Verfügung. Dieses ist letztlich ein Mittel zur Durchsetzung der Beweisverbote.

Im untersuchungsrichterlichen Vorverfahren können sowohl der Untersuchungsrichter als auch der Beschuldigte eine Beweisaufhebung beantragen, was - nachvollziehbar - von Seiten des Untersuchungsrichters so gut wie nie geschieht. Beweisaufhebungsanträge müssen zügig gestellt werden, spätestens sechs Monate nach Protokollierung des betreffenden Beweises und auf keinen Fall nach Schließung des Ermittlungsverfahrens. Die Annullierung der Verfahrenshandlung erfolgt durch die chambre de l'instruction, nicht durch das später erkennende Gericht. Dadurch soll erreicht werden, dass unverwertbare Informationen erst gar nicht zur Kenntnis des erkennenden Gerichts gelangen. Diesem Zweck dient auch die Regelung des Art. 174 III CPP. Danach sind Unterlagen über unverwertbare Beweise aus den Akten zu entfernen. Die Pflicht zur Entnahme dieser Unterlagen bezieht sich förmlich nur auf richterliche Akten. Kontrovers wird diskutiert, ob Staats- oder Rechtsanwälte auf die ausgeschlossenen Beweismittel Bezug nehmen und so dem entscheidenden Gericht zur Kenntnis bringen können.

Ist kein Untersuchungsrichter eingesetzt worden, ist das Hauptverfahrensgericht für die Beweisaufhebungen zuständig. Die Beweisaufhebungsanträge müssen am Anfang der Hauptverhandlung eingereicht werden. Die Entscheidung darüber wird aber erst im Endurteil

getroffen. Dies verhindert etwaige angedachte Störungsstrategien durch Nichtigkeitsanträge.

### **3.4.2 Anmerkungen zu Fragen der Beweisverbote**

- Im französischen Strafverfahrensrecht besteht die grundsätzliche Freiheit der Wahl des Beweismittels (*liberté de la preuve* - Art. 427 CPP). Ausgenommen davon sind die Beweisverbote.
- Die CPP nennt keine ausdrücklichen Beweisverbote wie z. B. § 136a D-StPO. Auch eine systematische Lehre von den Beweisverboten, etwa die Unterscheidung zwischen Beweiserhebungsverboten bzw. Beweisverwertungsverboten, besteht in dieser Form nicht.
- Anerkannt sind jedoch insbesondere verfassungsrechtliche Schranken, die unter dem Begriff „loyauté“ diskutiert werden. Danach sind Beweiserhebungen unzulässig, wenn dadurch die Würde des Gerichts, die Grundwerte der Zivilisation oder das Recht des Einzelnen verletzt werden. Anerkannt ist dies bei erzwungenen oder erschlichenen Aussagen des Angeklagten.
- Zudem wurde bereits auf das prozessuale Konzept der *nullité* hingewiesen. Materiell sind diese mit den unselbstständigen Beweisverwertungsverboten im deutschen Strafverfahren vergleichbar. Inhaltliche Anhaltspunkte für eine *nullité* ergeben sich aus Art. 171 CPP. Einem Verwertungsverbot, also der *nullité*, unterfallen dabei Akten der Beweisaufnahme, bei denen wesentliche Vorgaben des CPP oder anderer Gesetze nicht beachtet wurden und damit Interessen der Beteiligten berührt sind.
- Die Voraussetzungen für eine *nullité* werden insbesondere bei Fallkonstellationen anerkannt, in denen wesentliche Rechte der Verteidigung verletzt wurden. Bezüglich der *nullité* wird jedoch kritisch

angemerkt, dass dieses Rügerecht in der Praxis sehr restriktiv ausgelegt wird.

- Die Beweisverwertungsverbote gelten für staatliche Behörden. Illegale Gesprächsaufnahmen können daher in der Beweisaufnahme verwertet werden, wenn die Aufnahmen nicht von einer staatlichen Ermittlungsbehörde getätigt wurden.
- Bei untrennbar miteinander verbundenen Beweisen bejaht die Praxis in der Sache eine Fernwirkung. Dies gilt z. B. für den Fall einer Beschlagnahme während einer Hausdurchsuchung. Ist die Hausdurchsuchung gesetzeswidrig, ist auch die Beschlagnahme aufzuheben.

### **3.4.3 Zusammenfassung**

Grundlegender Gedanke des französischen Beweisrechts ist der Gedanke des fairen Verfahrens bzw. der Grundsatz der Legalität. Dieser wird so verstanden, dass ein rechtswidrig gewonnener Beweis nicht verwertet werden darf. Rechtswidrig ist ein Beweis, wenn er unter Verstoß gegen geschriebene Vorschriften oder gegen die *loyauté*, d. h. den Inbegriff aller ungeschriebenen Prinzipien des Strafverfahrens und der französischen Rechtsordnung, erhoben wurde.

## **3.5 Beweisverbote in Italien**

### **3.5.1 Allgemeine Anmerkungen zur Verfahrensstruktur**

Grundlage des Strafverfahrens ist der Codice Procedura Penale (CPP), der 1989 in Kraft getreten ist. Durch die Neufassung wurde das Institut der richterlichen Voruntersuchung abgeschafft. Zudem sollte der Prozess eine neue Struktur erhalten in Richtung eines Parteiprozesses

(adversatorisches System). In der kontradiktorischen Hauptverhandlung sollte eine neue, vom Prinzip der gleichberechtigten Parteien geprägte „Kultur des Beweisrechts“ entstehen. Die neue italienische StPO zielte auf eine Erhebung der Beweise nach der Methode der Mündlichkeit und des Kreuzverhörs. Dies sollte in der Hauptverhandlung und nicht mehr im Ermittlungsverfahren geschehen. Prägend sollte sein die Initiative der Parteien und nicht die des Richters. Es ging um die Trennung der Verfahrensstadien und der Verfahrensrollen.

Dies wurde durch die Regelung unterstützt, dass der erkennende Richter nicht in den Besitz der Akten des Vorverfahrens kommen sollte. Es sollte eine Ermittlungsakte und eine Verfahrensakte geben.

Abzusehen war, dass dadurch der Umfang des Hauptverfahrens zunehmen würde. Daher hat der Reformgesetzgeber besondere Verfahrensarten (Sonderverfahren) vorgesehen, die durch weitreichende konsensuale Elemente gekennzeichnet waren und zur Entlastung der Gerichte dienen sollten. Dies gilt z. B. für das *giudizio abbreviato* (abgekürztes Verfahren) und das *patteggiamento* (Strafzumessung auf Antrag der Parteien).

Zudem kennt das italienische Recht zahlreiche Sonderregelungen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität.

Hält das zuständige Gericht in einem Normalverfahren die Beweissituation für hinreichend, erklärt es durch Beschluss die Eröffnung des Hauptverfahrens. Spätestens sieben Tage vor der Hauptverhandlung müssen die Parteien ihre Beweisanträge stellen und entsprechende Listen dem Gegner zur Verfügung stellen. In der Hauptverhandlung können weitere Beweise nur eingebracht werden, wenn nachgewiesen wird, dass sie früher nicht gestellt werden konnten. Das Gericht ist vorrangig dafür zuständig, über die Zulässigkeit von Beweisanträgen von Parteien zu entscheiden. Gemäß Art. 506 CPP kann der Vorsitzende jedoch ergänzende Beweisthemen anregen. Grundsätzlich gilt aber das Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens. Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers bedienen. Er muss sogar durch einen Verteidiger vertreten sein. Ggf. ist ihm ein Verteidiger von

Amts wegen beizuordnen. Es gilt das Prinzip der notwendigen Verteidigung.

### 3.5.2 Anmerkungen zu Fragen der Beweisverbote

- Als inhaltlicher Ausgangspunkt ist die 1999 erfolgte Neufassung des Art. 111 der italienischen Verfassung mit zu berücksichtigen. Danach wird die Rechtsprechung verwirklicht im Wege des rechtsstaatlichen Verfahrens (giusto processo).  
Dieser Begriff entspricht dem Begriff „due process of law“ und betont im Gesamtkonzept des Art. 111 der italienischen Verfassung u. a. auch die kontradiktorische Verfahrensgestaltung. Er hat auch Bedeutung für Fragen des Beweisrechts.
- Die Zentralnorm im Bereich der Beweisverbote stellt Art. 191 CPP dar. Art. 191 CPP bestimmt, dass Beweise, die unter Verletzung von gesetzlichen Vorschriften erlangt wurden, nicht verwertet werden dürfen (Abs. 1) und die Unverwertbarkeit in jeder Lage des Verfahrens auch von Amts wegen geltend gemacht werden kann (Abs. 2).  
Das italienische Recht hat damit eine Grundsatzregelung zu Fragen der Beweisverwertung geschaffen. Alle rechtswidrig erlangten Beweise sind grundsätzlich unverwertbar.
- Die obergerichtliche Rechtsprechung zu Art. 191 CPP wird als tendenzmäßig restriktiv beschrieben. Durch eine illegale Durchsuchung erlangte und beschlagnahmte Gegenstände sollen z. B. nicht unter das Verbot des Art. 191 CPP fallen.
- Wichtig ist bei der Auslegung des Art. 191 CPP u. a. die Frage, ob eine Abweichung von gesetzlich vorgesehen Beweiserhebungsvorschriften nur eine Unregelmäßigkeit darstellt, die kein Verwertungsverbot nach sich zieht. Diese Differenzierung deutet

an, dass Verfahrensregeln in ihrer Wichtigkeit unterschiedlich bewertet werden.

- Das Gericht darf nur Beweise verwerten, die rechtmäßig in der Hauptverhandlung erhoben wurden (Art. 526 CPP). Der Beweis, der vor der Hauptverhandlung erhoben wurde, ist unverwertbar.
- Die italienische Strafprozessordnung nennt sieben typische Beweise. Es gibt jedoch keinen Numerus clausus der Beweismittel.
- Ausdrücklich geregelt wird der Zeugenbeweis (Art. 196 CPP). Angehörige des Beschuldigten haben ein Aussageverweigerungsrecht. Dies gilt auch für Personen, die zwar nicht Ehegatten des Beschuldigten sind, aber mit diesem wie ein solcher zusammenleben oder zusammengelebt haben.
- Träger von Berufsgeheimnissen - wie Ärzte und Rechtsanwälte - oder Staatsgeheimnissen können nicht zu einer Aussage gezwungen werden. Gegen den Willen dieser Personengruppen erlangte Informationen sind rechtswidrig und nicht verwertbar.
- Auch Mitglieder der Gerichtspolizei oder Angehörige des Nachrichtendienstes können vor Gericht nicht verpflichtet werden, die Namen ihrer Informanten anzugeben (Art. 203 CPP). Die Amtsträger dürfen dann aber auch nicht als Zeugen vom Hörensagen vernommen werden.
- Mitangeklagte Personen, die in einem zusammenhängenden Verfahren angeklagt sind, dürfen als Zeugen nicht vernommen werden (Art. 197 CPP). Insoweit besteht ein Verbot des Rollenwechsels.
- Es gibt ein Verbot der Zeugenaussagen über Erklärungen des Beschuldigten (Art. 62 CPP). Damit soll vermieden werden, dass das

Schweigerecht des Beschuldigten umgangen werden kann. Ansonsten gibt es relativ komplizierte Regeln über den Zeugen vom Hörensagen (Art. 195 CPP), der nur unter engen Grenzen zulässig ist.

- Große Bedeutung für den Beschuldigten haben die gesetzlichen Bestimmungen über den Ablauf der Vernehmung. Vergleichbar mit § 136 der deutschen StPO regelt Art. 64 Abs. 3 CPP die Belehrungen, die dem Beschuldigten vor der Vernehmung zu erteilen sind. Dazu gehört u. a.,
  - dass seine Erklärungen in jedem Stadium des Verfahrens gegen ihn verwendet werden können und
  - dass er das Recht hat zu schweigen, soweit es um die Aussage zu Sache geht.

Unterbleibt die Belehrung, sind die ohne sie abgegeben Erklärungen nicht verwertbar.

- Zudem enthält Art. 64 Abs. 2 CPP eine dem § 136a StPO vergleichbare Regelung. Auch nicht mit Einwilligung der vernommenen Person dürfen Methoden und Techniken angewendet werden, die geeignet sind, die freie Selbstbestimmung zu beeinflussen oder das Erinnerungsvermögen und die Fähigkeit zur Beurteilung von Tatsachen zu verändern. Diese Norm soll die Grundrechte und Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten grundlegend schützen.

### **3.5.3 Zusammenfassung**

Mit Art. 191 CPP hat der italienische Gesetzgeber eine Zentralnorm zu Fragen der Beweisverbote geschaffen. In der Literatur wird die teilweise sehr eingeschränkte Anwendung des strikten Verwertungsverbots in Art. 191 CPP durch die obergerichtliche Rechtsprechung kritisiert. Beklagt wird auch, dass in der Rechtsprechung des italienischen

Verfassungsgerichtshofs Tendenzen erkennbar sind, zu einer inquisitorischen Verfahrensstruktur zurückzukehren. Das Reformkonzept hat dadurch einen Identitätsverlust erlitten. Nach Auffassung von Honert entspricht diese Entwicklung aber einer Forderung von vielen Richtern und Staatsanwälten. Bereits nach Inkrafttreten des Reformgesetzes war aus Justizkreisen davor gewarnt worden, dass der neue Strafprozess „ein Geschenk an die Mafia“ sei. Insbesondere beim Übergang zwischen Ermittlungsverfahren und Hauptverfahren würden zu viele Beweisermittlungsergebnisse verloren gehen. Unabhängig von der Berechtigung dieser Kritik macht die italienische Diskussion um Fragen der Beweisverbote damit eines deutlich: Juristische Problemerkörterungen sind oftmals eingebettet in den Kontext gesellschaftlicher Konflikte (hier: Bekämpfung der organisierten Kriminalität) und sind von daher auch zu würdigen.

### **3.6 Beweisverbote in England**

#### **3.6.1 Allgemeine Anmerkungen zur Verfahrensstruktur**

Das englische Rechtssystem kann als Beispiel für ein adversatorisches Strafverfahren angesehen werden. Im Gegensatz zum inquisitorischen Verfahren obliegt dem Richter nicht die Feststellung des Sachverhalts in eigener Verantwortung, sondern den Parteien, also Staatsanwaltschaft und Beschuldigten nebst Verteidiger. Im englischen Recht ist nicht der Richter für das Beschaffen der Beweise zuständig, sondern die Parteien. Das englische Strafprozessrecht ist Bestandteil des Common-Law-Rechtssystems. Damit werden die Rechtsregeln beschrieben, die sich aus dem Fallrecht der oberen Gerichtsinstanzen ergeben und nicht aufgrund von Gesetzen. Insbesondere fehlt ein förmlicher Gesetzesvorbehalt für Eingriffe gegen den Einzelnen.



Gleichzeit gehört zu den relevanten Rechtsquellen aber das statutory law. So gibt es vermehrt gesetzliche Regelungen, die das Strafverfahren beeinflussen.

Dies gilt z. B. für

- den Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE 1984), der zusammen mit zahlreichen codes of practice für das polizeiliche Vorverfahren von zentraler Bedeutung ist,
- den Criminal Justice and Public Order Act 1994 (CJPOA 1994),
- den Criminal Procedure and Investigations Act 1996 (CPIA 1996) und
- den Criminal Justice Act 2003 (CJA 2003).

Es fehlt jedoch weiterhin an einer zentralen Kodifikation des Strafverfahrensrechts. Zudem haben die geschriebenen Regelungen oft eine Common-Law-Herkunft.

Das Strafverfahrensrecht ist in England bisher nicht Gegenstand systematischer legislatorischer Aktivitäten gewesen. Dies erschwert insbesondere auch den Zugang zu dem hier interessierenden englischen Beweisrecht, das als besonders komplizierte Materie eingestuft wird.

Im Vergleich zu dem deutschen Verfahrensrecht sind bei Fragen der Beweisverbote folgende verfahrensrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen:

- Die staatlichen Ermittlungsbefugnisse liegen im Wesentlichen bei der Polizei. Der Crown Prosecution Service (CPS) hat gegenüber der Polizei keine Weisungsbefugnisse und selbst keine Ermittlungsmöglichkeiten. Hält die Staatsanwaltschaft (CPS) nach Abgabe der Sache durch die Polizei eine Verurteilung für wahrscheinlich, wird Anklage erhoben.
- Schwere Delikte werden vom Geschworenengericht (Jury) verhandelt, das allein verantwortlich ist für den Schuldspruch.
- Das Verfahren ist als Parteiverfahren ausgestaltet und unterliegt nicht der Prozessleitung durch das Gericht.

- Rechtsfragen über die Zulässigkeit von Beweismitteln werden durch den Richter entschieden. Am Ende des Verfahrens gibt der Richter der Jury ein „Summing-up“ über das Beweisverfahren und die Rechtslage.

### 3.6.2 Anmerkungen zu Fragen der Beweisverbote

- Eine Systematik der Beweisverbote wie in der deutschen Lehre ist für das englische Recht nicht festzustellen. Dies gilt insbesondere auch für die Unterscheidung von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten.
- Das Problem „Beweisverbote“ wird vorrangig unter dem Aspekt der Zulässigkeit von Beweismitteln erörtert (admissibility of evidence).
- Grundsätzlich sind alle Beweise verwertbar, egal ob sie rechtmäßig oder rechtswidrig erlangt wurden. Entscheidend für die Zulässigkeit ist die Relevanz des Beweismittels.
- Gesetzliche Sonderregelungen bestehen für das außergerichtliche Geständnis im Sinne von section 76 Police and Criminal Evidence Act (PACE). Darin ist der zwingende Ausschluss von außergerichtlichen Geständnissen festgehalten, die durch Zwang (oppression) erlangt wurden oder durch Umstände, welche das Geständnis wahrscheinlich unzuverlässig machen. Oppression ist eng auszulegen und umfasst - nur - Folter, unmenschliche oder entwürdigende Behandlung und die Anwendung von Drohungen oder Gewalt. Oppression wurde z. B. bei der Ablehnung von Pausen zur Erholung oder bei Anschreien und dreihundertfacher Wiederholung des Anklagevorwurfs trotz Verneinung des Verdächtigen bejaht. Die Beweislast, dass das Geständnis nicht durch Zwang zustande kam, obliegt der Anklage. Angesichts der großen Bedeutung des Geständnisses (guilty plea) hat diese Regelung besondere Bedeutung für das Beweisrecht. In der

überwiegenden Zahl folgt dem polizeilichen Geständnis eine entsprechende Schuldanerkennung in der Hauptverhandlung. Ein guilty plea wird mit Strafnachlass von 1/4 bis zu 1/3 honoriert. Die Regelung erfasst nur außergerichtlich erlangte Geständnisse. Geständige Einlassungen vor Gericht sind gegen den Beschuldigten uneingeschränkt verwertbar.

- Nach s78 PACE (exclusion of evidence) kann der Richter jedes Beweismittel ausschließen, wenn die Zulassung in Anbetracht aller Umstände, mithin auch der Art der Beweisgewinnung, die Fairness des Prozesses beeinträchtigen würde. Section 78 bezieht sich im Gegensatz zu s76 PACE somit nicht nur auf Geständnisse, sondern auf alle Beweismittel. Zudem steht der Ausschluss des Beweismittels im Ermessen des Gerichts.

Ausgangspunkt des richterlichen Ermessens ist damit der Grundsatz des fair trial. Als unfair mit der Folge des Ausschlusses der Beweismittel werden z. B. eingestuft fehlende Informationen des Beschuldigten über seine Rechte oder fehlender Zugang zu einem Rechtsanwalt. Dabei müssen die gesamten Umstände unfair sein. Ein klarer einheitlicher Standard, wann eine Unfairness zu bejahen ist, ist bisher jedoch nicht erkennbar. Bedeutung kann in diesem Zusammenhang z. B. auch haben, ob der Verstoß vorsätzlich erfolgte oder ob ein „honest mistake in good faith“ vorlag.

- Auch ansonsten haben sich im common law und im statutory law zahlreiche Regelungen entwickelt, die die Zulässigkeit der Beweiserhebung beschränken. Grundsätzlich unzulässig sind z. B. Beweisaufnahmen, die den schlechten Ruf (bad character) des Angeklagten betreffen, d. h. Umstände, die keine Beziehung zur konkreten Tat aufweisen. Auch Unterlagen, die die Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant betreffen, können grundsätzlich nicht beschlagnahmt werden. Als besonders kompliziert erweist sich in der strafrechtlichen Praxis auch die rule against hearsay evidence. Diese verbietet grundsätzlich die Einbeziehung von schriftlichen und

mündlichen Zeugnissen vom Hörensagen und spielt eine zentrale Rolle im common law of evidence. Durch den Criminal Justice Act 2003 ist in den ss114 ff. die Zulässigkeit des hearsay evidence umfangreich positiv rechtlich geregelt. Wenn nicht Angeklagter und Staatsanwaltschaft einer Verwertung zustimmen, kommt es darauf an, ob das Gericht davon überzeugt ist, dass der Beweis „im Interesse der Gerechtigkeit“ eingebracht wird.

- Ausdrücklich im Gesetz ist vorgesehen die Zulässigkeit der Verwertung von Tatsachen, die aufgrund eines ganz oder teilweise nicht verwertbaren Geständnisses erlangt wurden (s76 (4) PACE). Damit wird im Grundsatz die fruit of the poisonous tree-Doktrin nicht anerkannt. Möglich bleibt jedoch ein Ausschluss aus Gründen der Fairness über die Ermessensregel des s78 PACE.

### **3.6.3 Zusammenfassung**

Insgesamt hat im englischen Strafprozessrecht der Richter eine relativ starke Definitionsmacht bei der Frage, ob ein Beweismittel zulässig ist oder nicht.

Die Unzulässigkeit eines Beweises ergibt sich - in Anlehnung an Kühne - insbesondere unter vier Aspekten:

- Verstoß gegen Beweisgrundsätze wie die hearsay rule und das privilege against self incrimination
- Ausschluss der Zulassung durch statutory law, z. B. Police and Criminal Evidence Act 1984, dort ss76, 78 PACE
- mangelnde Fairness im Rahmen der Verwertung des Beweises
- abuse of process

Nach dieser letzten Common-Law-Regel kann das Gericht einen Prozess beenden, wenn nach seiner Auffassung eine Beweiserhebung so anstößig war, dass die Beweisverwendung einen Missbrauch des Gerichts darstellt. Dieser Ansatz gilt auch dann, wenn die Durchführung

eines Verfahrens unter den gegebenen Umständen unfair wäre. Dies ist bejaht worden in einem Fall Mullen, in dem der Beschuldigte in gesetzwidriger Weise für die Durchführung des Strafverfahrens nach England zurückgebracht wurde. Gibt man im Internet die Stichworte England, abuse of process und Mullen ein, so enthält man einen Hinweis auf den Fall des IRA-Mitglieds Mullen. Dieser wurde 1990 in einem an sich ordnungsgemäß geführten Strafverfahren zu 30 Jahren Gefängnis wegen Beteiligung an Bombenattentaten verurteilt. Später wurde jedoch festgestellt, dass er auf illegale Art und Weise vom englischen Geheimdienst aus Simbabwe nach England verbracht worden war. Daraufhin wurde die Entscheidung unter Hinweis auf den Gesichtspunkt des abuse of process aufgehoben.

### **3.7 Zusammenfassung**

Die skizzierte Übersicht über Beweisverbote im europäischen Ausland lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Bei den Beweisverboten gibt es eine Vielzahl von methodischen und inhaltlichen Ansätzen, um die damit zusammenhängenden Fragen sachgerecht zu lösen. Unabhängig von den unterschiedlichen Verfahrenskonzepten werden dabei aber immer wieder drei zentrale Problemebenen im Strafverfahren angesprochen:

- Herstellung einer möglichst zuverlässigen Sachaufklärung,
- gerechte Entscheidung im Einzelfall
- und dies in einem insgesamt fairen Verfahren.

Der systematische Stellenwert der Beweisverbote, insbesondere der Beweisverwertungsverbote, dürfte schwerpunktmäßig auf der dritten Ebene (fares Verfahren) einzuordnen sein.

## **4. Beweisverbote im deutschen Strafverfahren - de lege lata**

Nachfolgend soll die Regelung der Beweisverbote im deutschen Recht summarisch dargestellt werden. Zunächst wird auf verfassungsrechtliche, völkerrechtliche und Vorgaben aus der EMRK eingegangen, die Auswirkungen auf das nationale Recht oder dessen Auslegung auf Beweisverwertungsverbote haben. Im Anschluss werden die bestehenden nationalen Regelungen und die durch die Rechtsprechung begründeten Beweisverbote dargestellt, soweit dies wegen der Fülle von Einzelfallentscheidungen möglich gewesen ist.

### **4.1 Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts**

#### **4.1.1 Das Recht auf ein faires Verfahren als verfassungsrechtliche Grundlage für Beweisverwertungsverbote aufgrund von Verfahrensfehlern**

Als mögliche Grundrechte, die zur Begründung von Beweisverwertungsverboten dienen, kämen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), das Willkürverbot (Art. 3 GG), das Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der Anspruch auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) oder die Bindung der Entscheidung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) in Betracht.

Grundsätzlich lässt sich aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinem dieser Grundrechte unmittelbar ein Beweisverwertungsverbot entnehmen.

Anknüpfungspunkt für die Prüfung und die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist daher allein das sich aus Art. 2 S. 2 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG ergebende Recht auf ein faires Verfahren. Dieses hat das Bundesverfassungsgericht dahingehend konkretisiert,

dass es verboten ist, den Menschen zum Objekt eines staatlichen Verfahrens herabzuwürdigen, und dass es den Staat zu einem korrekten und fairen Verfahren verpflichtet, d. h. der Beschuldigte muss prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen und anderer Verfahrensbeteiligter abwehren können. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt danach erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht - auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte - ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.

Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens zu den Verfassungsprinzipien abstrakter Natur gehört, der die Heranziehung konkreter Vorschriften des einfachen Rechts nicht ersetzt. Es betont, dass das Recht auf ein faires Verfahren keine in allen Einzelheiten bestimmten Gebote und Verbote enthält. Vielmehr ist es als Regelungsauftrag an den Gesetzgeber und Leitlinie für das Strafverfahren im Rahmen der von der Strafprozessordnung vorgegebenen Regeln zu verstehen.

Demnach ist es zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, das Recht auf ein faires Verfahren auszugestalten. Er kann dabei zwischen möglichen Alternativen bei der normativen Konkretisierung der grundgesetzlichen Anforderungen wählen. Er kann Rechtsfolgen ihrer Verletzung normieren, wie z. B. das Beweisverwertungsverbot im Sinne des § 136a Abs. 3 S. 2 StPO, muss dies aber nicht, da lückenfüllend das Recht auf ein faires Verfahren zur Anwendung gelangt. Darüber hinaus kann das Recht auf ein faires Verfahren auch durch Völkergewohnheitsrecht und völkerrechtliche Verträge ausgestaltet werden.

Daneben ist es Aufgabe der Fachgerichtsbarkeit, den Schutzgehalt der jeweils in Frage stehenden Verfahrensnorm und anschließend die Rechtsfolgen ihrer Verletzung zu bestimmen. Die Verkennung der

Schutzgehalte der verletzten Verfahrensnormen kann danach ebenso in das Recht des Beschuldigten eingreifen wie eine Überspannung der weiteren Voraussetzung für die Annahme eines Verwertungsverbots hinsichtlich rechtswidrig gewonnener Beweise.

Ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren liegt vor, wenn entweder durch den Gesetzgeber oder durch Gerichte rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist. Nach dem Bundesverfassungsgericht ist in den erforderlichen Abwägungsprozess auch das Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege einzubeziehen. Das Rechtsstaatsprinzip, dass die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält, fordert also nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts, sondern auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. Der Rechtsstaat kann sich nur dann verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen worden sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.

#### **4.1.2 Prüfungsmaßstab für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Eine Maßnahme, die in gesetzwidriger Weise in ein Grundrecht der von dem Verstoß betroffenen Person eingreift, begründet zunächst einmal nur den Verfahrensverstoß an sich. Nicht jeder Verfahrensverstoß aber macht es erforderlich, die in rechtswidriger Weise gewonnenen Beweismittel als im Strafverfahren unverwertbar zu behandeln.

Gleichwohl ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass es auch verfassungsrechtlich geboten sein kann, außer den ohnehin in der Strafprozessordnung ausdrücklich



genannten Beweisverwertungsverböten weitere „ungeregelte“ Beweisverwertungsverböte anzunehmen. Allerdings entzieht sich eine Festlegung derartiger unregelter Beweisverwertungsverböte einer umfassenden Katalogisierung.

In seinem Beschluss vom 13.05.2015 hat das Bundesverfassungsgericht zur Annahme eines Beweisverwertungsverböts Folgendes ausgeföhrt:

„Ein Beweisverwertungsverbot stellt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Verfassung wegen eine begründungsbedürftige Ausnahme dar, weil es die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Erhärtung oder Widerlegung des Verdachts strafbarer Handlungen einschränkt und so die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung beeinträchtigt. Grundrechtsverletzungen, zu denen es außerhalb der Hauptverhandlung gekommen ist, führen daher nicht zwingend dazu, dass auch das auf den Inbegriff der Hauptverhandlung beruhende Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstößt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ein Beweisverwertungsverbot geboten, wenn die Auswirkung des Rechtsverstoßes dazu führt, dass dem Angeklagten keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben, die Mindestanforderungen einer zuverlässigen Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde. Zudem darf eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen wurden, nicht bejaht werden, wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde. Ein Beweisverwertungsverbot kann daher insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen

Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten sein. Das Bundesverfassungsgericht erkannte in seiner Rechtsprechung ausdrücklich an, dass die Abwägungslösung des Bundesgerichtshofs und die von ihm herangezogenen Kriterien den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen, die sich aus dem Recht auf ein faires Verfahren ergeben. Nach dieser unbeanstandet gebliebenen ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt ein Rechtsverstoß bei der Beweiserhebung nicht ohne weiteres zur Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse. Es bedarf in jedem Einzelfall einer Abwägung der für und gegen die Verwertung sprechenden Gesichtspunkte. Für die Verwertbarkeit spricht stets das staatliche Aufklärungsinteresse, dessen Gewicht im konkreten Fall vor allem unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, der Intensität des Tatverdachts und der Schwere der Straftat bestimmt wird. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, welches Gewicht ein Rechtsverstoß hat. Dieses wird im konkreten Fall vor allem dadurch bestimmt, ob der Rechtsverstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde, welchen Schutzzweck die verletzte Vorschrift hat, ob der Beweiswert beeinträchtigt wird, ob die Beweiserhebung hätte rechtmäßig durchgeführt werden können und wie schutzbedürftig der Betroffene ist. Verwertungsverbote hat der Bundesgerichtshof insbesondere bei grober Verkennung oder bewusster Missachtung der Rechtslage angenommen. Das Bundesverfassungsgericht prüft die von den Fachgerichten vorgenommene Abwägung nicht im Einzelnen nach. Die Beurteilung der Frage, welche Folgen ein möglicher Rechtsverstoß hat und ob er zu einem Beweisverwertungsverbot führt, obliegt in erster Linie den zuständigen Fachgerichten. Das Bundesverfassungsgericht

beschränkt sich auf die Kontrolle, ob die Fachgerichte in verfassungsrechtlich erheblicher Weise den Schutzbereich einer verletzten Norm und eines betroffenen Grundrechts verkannt, die weiteren Anforderungen für die Annahme eines Verwertungsverbots nach einem Rechtsverstoß bei der Informationserhebung oder -verwendung überspannt und rechtsstaatliche Mindeststandards gewahrt haben.“

Danach ergibt sich folgender Prüfungsmaßstab für die verfassungsrechtlich gebotene Annahme eines Beweisverwertungsverbots:

#### **4.1.2.1. Feststellung eines Verfahrensverstößes, der geeignet ist, das Recht auf ein faires Verfahren zu beeinträchtigen**

Ein Verfahrensverstoß ist immer dann geeignet, das Recht auf ein faires Verfahren zu beeinträchtigen, wenn

- seine Auswirkungen dazu führen, dass dem Betroffenen keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben (z. B. Konfrontationsmöglichkeiten),
- die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind (z. B. Anwendung von Zwang, Täuschung o. Ä.),
- die Verwertung erlangter Informationen zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde (Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung) oder
- die Verwertbarkeit der Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen wurden, zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde (bewusste Rechtsverstöße pp.).

Insbesondere im Zusammenhang mit dem letztgenannten Umstand hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont, dass vor allem willkürliches Verhalten bei der Beweiserhebung Anlass für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots geben kann. Dies ist gerade dann der Fall, wenn eine Maßnahme im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist. Entscheidend ist, dass die Rechtsanwendung nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Die Feststellung enthält keinen subjektiven Schuldvorwurf, sondern ist im objektiven Sinne zu verstehen (BVerfG, Beschluss vom 13.05.2015, 2 BvR 616/13).

#### **4.1.2.2 Einzelfallabwägung, ob der Verfahrensverstoß zu sanktionieren ist**

Wie dargestellt genügt allein die Feststellung eines Verfahrensverstößes nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht, um ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Vielmehr erfolgt dessen Annahme aufgrund einer Einzelfallabwägung.

Bei dieser Abwägung ist das Gewicht des Rechtsverstoßes zu berücksichtigen, wobei zu würdigen ist,

- ob der Rechtsverstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde,
- welchen Schutzzweck die verletzte Vorschrift hat,
- ob der Beweiswert beeinträchtigt wird,
- ob die Beweiserhebung hätte rechtmäßig durchgeführt werden können und
- wie schutzbedürftig der Betroffene ist.

Sodann ist der Rechtsverstoß mit dem staatlichen Aufklärungsinteresse abzuwägen, dessen Gewicht im konkreten Fall vor allem unter Berücksichtigung

- der Verfügbarkeit weiterer Beweismittel,

- der Intensität des Tatverdachts und
  - der Schwere der Straftat
- bestimmt wird.

#### **4.1.2.3 Prüfung, ob die als erforderlich angesehene Sanktion des Verfahrensverstößes zwingend in Form eines Beweisverwertungsverbots erfolgen muss**

Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht regelmäßig aus, dass die Folge auch eines gewichtigen Rechtsverstößes nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot sein muss. Vielmehr überlässt es den Fachgerichten die Bestimmung, welche Folgen ein Verfahrensverstoß hat. Die Fachgerichte werden lediglich verpflichtet, nicht den Schutzbereich der verletzten Norm und des betroffenen Grundrechts in verfassungsrechtlich erheblicher Weise zu verkennen, die weiteren Anforderungen für die Annahme eines Verwertungsverbots nach dem Rechtsverstoß bei der Informationserhebung oder Informationsverwendung nicht zu überspannen und darüber hinaus rechtsstaatliche Mindeststandards zu wahren.

Lediglich in wenigen Ausnahmefällen hat das Bundesverfassungsgericht die Annahme eines absoluten Beweisverwertungsverbots wegen des Gewichts des Verfahrensverstößes oder wegen des betroffenen Rechtsguts verlangt oder zumindest als denkbar bezeichnet. Dies betrifft insbesondere die Fälle der willkürlichen Annahme einer Gefahr im Verzug durch Ermittlungspersonen, um den Richtervorbehalt zu umgehen, oder besonders schwere Fehler. Noch nicht zwingend ist hingegen die Annahme eines Verwertungsverbots bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation, wobei das Verfassungsgericht in einer neueren Entscheidung darauf hingewiesen hat, dass die Annahme eines Verwertungsverbots in extremen Fällen künftig naheliegend sei. Mehrfach hat das Bundesverfassungsgericht auch zwingend Verwertungsverbote angenommen, wenn Verfahrensverstöße das Verbot

des Selbstbeziehungszwangs (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder die Menschenwürde betrafen. Auch für Informationen, die aus einem Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung herrührten, hat das Bundesverfassungsgericht ein absolutes Beweisverwertungsverbot verlangt. Dies betraf etwa die Gewinnung von Informationen bei Äußerungen innerster Gefühle oder Ausdrucksform der Sexualität, die nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit Straftaten standen. So hat das Bundesverfassungsgericht in dem Urteil zur akustischen Wohnraumüberwachung (BVerfGE 44. 353 ff.) ausgeführt:

„Die Verfassung verlangt Regeln darüber, dass Daten nicht verwertet werden dürfen, die aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung stammen. Das mit der akustischen Wohnraumüberwachung verbundene Risiko des Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung kann verfassungsrechtlich nur hingenommen werden, wenn Vorkehrungen dagegen bestehen, dass keine weiteren Folgen aus ausnahmsweise erfolgten Verletzungen entstehen. Es ist zu sichern, dass die durch den Eingriff erlangten Erkenntnisse keinerlei Verwendung im weiteren Ermittlungsverfahren oder auch in anderen Zusammenhängen finden.

Eines umfassenden Verwertungsverbots bedarf es zunächst für den Fall, dass die Strafverfolgungsbehörden unter Überschreitung der Ermächtigung die akustische Wohnraumüberwachung durchführen, etwa obwohl eine Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass mit ihr absolut geschützte Gespräche erfasst werden. Die in den Zeitraum des Bestehens des Erhebungsverbots gewonnenen Informationen dürfen insgesamt und ungeachtet ihres Inhalts im Strafverfahren nicht verwertet werden. Das gilt nicht nur im Hinblick auf ihre Verwendung als Beweismittel im Hauptsacheverfahren, sondern auch, soweit sie als

Spurenansätze für Ermittlungen in weiteren Zusammenhängen in Betracht kommen.

Ein Verwertungsverbot besteht ebenfalls dann, wenn nach den Umständen nicht von einem Erhebungsverbot ausgegangen werden kann, sich während der Durchführung der akustischen Wohnraumüberwachung aber gleichwohl eine Situation ergibt, die zum Abhören von höchst persönlichen Gesprächen führt. Es wird in der Praxis immer wieder zu Fällen kommen, in denen keine ausreichenden äußeren Anzeichen bestehen, die zur Klärung führen, ob absolut geschützte Gespräche innerhalb der Wohnung zu erwarten sind oder nicht. ... Ob es sich um Gespräche mit möglichen Tatbeteiligten handelt, wird sich nicht immer im Vorhinein feststellen lassen. Deshalb ist in Ergänzung zu dem Beweiserhebungsverbot ein Verbot der Verwertung für einen umfassenden Kernbereichsschutz unerlässlich. Daten aus Handlungen, die den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung betreffen, unterliegen von Verfassungs wegen einem absoluten Verwertungsverbot und dürfen weder im Hauptsacheverfahren verwertet werden noch Anknüpfungspunkt weiterer Ermittlungen sein.“

Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht Tagebuchaufzeichnungen als letzten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung anerkannt, der der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist. Zur Umgrenzung dessen, was Teil dieses unantastbaren Bereichs ist, hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass sich dieser im strafrechtlichen Bereich im Einzelfall nach dem subjektiven Willen des Betroffenen bestimmt, aber auch danach, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakter hat und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt.

Abseits dieser Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht ein absolutes Beweisverwertungsverbot annimmt, räumt es dem Gesetzgeber und den Fachgerichten einen weiten Gestaltungsspielraum ein, ob an bestimmte Verfahrensverstöße ein generelles Beweisverwertungsverbot geknüpft wird oder ob andere Formen der Sanktionen für solche Verstöße gewählt werden. Als mögliche andere Formen einer notwendigen Reaktion auf Verfahrensverstöße hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere genannt:

- Rügemöglichkeit mit der Revision mit dem Ergebnis, dass im Beruhensfall das gesamte Strafurteil angegriffen werden kann, aber bei fehlender Kausalität auch keine Sanktion des Verfahrensverstößes erfolgt (Beschluss vom 05.11.2013, 2 BvR 1579/11 („völkerrechtswidrige fehlende Belehrung nach WKÜ“), Rn. 24 ff.)
- höhere Anforderungen an die Beweiswürdigung (Beschluss vom 08.10.2009, 2 BvR 547/08 („fehlende Möglichkeit einer konfrontativen Befragung eines gesperrten Zeugen“), Rn. 14); Beschluss vom 23.01.2008, 2 BvR 2491/07 („fehlende Möglichkeit einer konfrontativen Befragung mangels Pflichtverteidigerbestellung“), Rn. 7; Beschluss vom 05.07.2006, 2 BvR 1317/05 („fehlende Möglichkeit einer konfrontativen Befragung bei Vernehmung Mitbeschuldigter“), Rn. 23)
- Strafzumessungslösung in Fällen der Tatprovokation oder der überlangen Verfahrensdauer

Lediglich in Fällen schwerster Verfahrensmängel kann auch die Einstellung des Verfahrens Folge des Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens sein.

Eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten auf andere Beweismittel ist hingegen verfassungsrechtlich nicht geboten.



### **4.1.3 Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur prozessualen Behandlung von Beweisverwertungsverböten**

Das Bundesverfassungsgericht beanstandet nicht, dass die Wirkungen eines Beweisverwertungsverböts durch die Fachgerichte davon abhängig gemacht werden, dass der Betroffene der Verwertung im Ursprungsverfahren widersprochen hat:

„Es begegnet keinen Bedenken, dass ein Verwertungsverbot nach einem Rechtsverstoß bei der Informationserhebung oder -verwendung von einem Widerspruch in der Hauptverhandlung abhängig gemacht wird. Dies trägt einerseits dem Interesse des Angeklagten an einer möglichst weitreichenden Dispositionsbefugnis Rechnung und gewährleistet andererseits, dass eine Beanstandung so wie die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen noch während der Hauptverhandlung geprüft werden können, damit rechtzeitig Klarheit für deren weiteren Verlauf geschaffen wird. Auch die Erforderlichkeit einer Verfahrensrüge im Revisionsverfahren ist unbedenklich, solange an deren Begründung keine überspannten Anforderungen gestellt werden.“ (Beschluss vom 07.12.2011, 2 BvR 2500/09 u. a. („Informationen aus einer präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung“))

Aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts hat ein Betroffener keinen Anspruch darauf, dass sich die Fachgerichte in dem Ursprungsverfahren zur Verwertbarkeit von Beweismitteln in einem Zwischenbescheid äußern müssen.

## **4.2 Beweisverböte des Völkerrrechts unter Einschluss der EMRK**

#### 4.2.1 **Keine strafprozessualen Beweisverwertungsverbote im klassischen Völkerrecht**

Das klassische Völkerrecht regelt ausschließlich die Rechtsbeziehungen zwischen Staaten und internationalen Organisationen. Der einzelne Mensch war weder Adressat völkerrechtlicher Pflichten noch gewährte ihm das Völkerrecht eigene subjektive Rechte. Soweit das Völkerrecht den Status des Einzelmenschen regelte, standen diesem Gewährleistungen nicht als eigene Rechte zu. Er profitierte lediglich von Rechten, die das Völkerrecht seinem Heimatstaat gewährte. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass dem klassischen Völkerrecht der Gedanke von Rechtspositionen, deren Verletzung in einem Strafverfahren gegen einen Beschuldigten zur Unverwertbarkeit eines Beweises führen kann, fremd war. Denn durch völkerrechtswidriges Handeln konnte allein der Heimatstaat eines betroffenen Menschen, nicht aber dieser selbst in völkerrechtlichen Rechtspositionen verletzt werden.

Zwar kann man - ausgehend von der strafprozessualen Terminologie - auch dem klassischen Völkerrecht *Beweiserhebungsverbote* entnehmen. So gründet das Völkerrecht auf dem Prinzip der einzelstaatlichen Souveränität (Art. 2 Nr. 1 UN-Charta). Ausfluss der staatlichen Souveränität ist die völkerrechtliche Gebietshoheit. Diese untersagt es Staaten, Hoheitsakte auf dem Gebiet anderer Staaten vorzunehmen. Die territoriale Souveränität der Staaten ist grundsätzlich exklusiv. Hieraus folgt, und das ist Grundlage des strafrechtlichen Rechtshilferechts, dass es den Staaten untersagt ist, strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen im Hoheitsgebiet eines anderen Staates vorzunehmen, sofern nicht im Einzelfall eine Ermächtigung des Territorialstaates vorliegt oder völkerrechtliche Verträge ausnahmsweise die Vornahme strafprozessualer Maßnahmen auf fremden Staatsgebiet gestatten. Als völkerrechtliche Beweiserhebungsverbote lassen sich auch die verschiedenen Regelungen über völkerrechtliche Immunitäten begreifen, die die Vornahme von strafprozessualen Maßnahmen - etwa nach §§ 81a, 81c, 102, 103 StPO - gegenüber Diplomaten,

Konsulatsbediensteten, Staatsoberhäuptern und weiteren immunitätsberechtigten Personen untersagen (Art. 29 WÜD, Art. 41 WÜK). Das Gleiche gilt z. B. für die Bestimmungen des völkerrechtlichen Immunitätsrechts, die es dem Empfangsstaat verbieten, in den Räumlichkeiten diplomatischer oder konsularischer Vertretungen strafprozessuale Maßnahmen - etwa Durchsuchungen oder Festnahmen - durchzuführen (sogenannte Exterritorialität geschützter Räumlichkeiten, Art. 22 Abs. 1 und 3 WÜD, Art. 31 Abs. 1 und 4 WÜK) oder Dokumente einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung zu beschlagnahmen (Art. 24 WÜD, Art. 33 WÜK).

Aus der Missachtung völkerrechtlicher Rechtspositionen eines Staates folgt aber grundsätzlich kein Beweisverwertungsverbot. Ein Anspruch auf Wiedergutmachung kommt allein dem Staat, nicht auch dem letztlich betroffenen Individuum zu. Dies gilt nicht nur für Fälle einer Verletzung staatlicher Gebietshoheit, sondern z. B. auch für die Verletzung völkerrechtlicher Immunitäten, weil auch diese ausschließlich dem berechtigten Staat als Rechtsposition zustehen, nicht aber der begünstigten, also von einer Gewährleistung profitierenden Person. Daher kann z. B. aus einer völkerrechtswidrigen Beschlagnahme oder Sicherstellung eines Beweismittels im Hoheitsgebiet eines anderen Staates ein Rückgabeanspruch des verletzten Staates resultieren, doch hat ein Beschuldigter keinen völkerrechtlichen Anspruch auf Nichtverwertung des völkerrechtswidrig erlangten Beweises in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren.

Der Bundesgerichtshof hat diesen Grundsatz, dass ein Beschuldigter aus dem Umstand, dass im Rahmen eines gegen ihn gerichteten Strafverfahrens gegen völkerrechtliche Rechtspositionen eines Staates verstoßen wurde, von denen der Beschuldigte „als Rechtsreflex“ faktisch profitiert, keine eigenen Rechtsansprüche ableiten kann, 1990 wie folgt formuliert:

„(...) ist anerkannt, dass der einzelne, der von einer völkerrechtswidrigen Maßnahme betroffen ist (insbesondere

von der Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrags, der ihm keine Rechte als Individuum gewährt), sich in einem anschließenden gegen ihn gerichteten inländischen Verfahren wegen einer im Inland begangenen Straftat grundsätzlich nicht auf die vom Gewahrsamsstaat verübte Völkerrechtswidrigkeit berufen kann, um daraus strafprozessuale Vorteile für sich herzuleiten.“

#### **4.2.1.1 „male captus - bene detentus“**

Ausdruck des klassischen Grundsatzes, dass Einzelpersonen aus der Verletzung einem Staat als Völkerrechtssubjekt zukommender Rechte mangels eigener völkerrechtlicher Rechtsträgerschaft keine strafprozessualen Folgerung zu ihren Gunsten ableiten können, ist der Rechtssatz „male captus - bene detentus“ - aus einer völkerrechtswidrigen Verhaftung kann der Betroffene selbst kein Verfolgungshindernis und keinen Anspruch auf Freilassung ableiten.

Prominentestes Beispiel hierfür ist die Zweifels ohne völkerrechtswidrige Verhaftung von Adolf Eichmann in Argentinien durch den israelischen Geheimdienst im Jahr 1960 und dessen „Entführung“ nach Israel, wo er wegen seiner Mitverantwortung für den Holocaust mit dem Tode bestraft und hingerichtet wurde. Israel sah sich - im Einklang mit dem Völkerrecht - nicht wegen der unter Verletzung der Gebietshoheit Argentiniens erfolgten Verhaftung Eichmanns an dessen Verurteilung gehindert.

Das Bundesverfassungsgericht entschied 1985 in einem Fall, dem eine völkerrechtswidrige Verbringung eines Beschuldigten aus Frankreich nach Deutschland im Jahr 1978 zugrunde lag, dass der Verurteilung des Beschuldigten wegen Steuerhinterziehung keine Völkerrechtsregel entgegenstand (BVerfG, NJW 1986, 1427):

„Der Bundesgerichtshof konnte ohne Verstoß gegen Art. 100 Abs. 2 GG davon ausgehen, dass eine allgemeine Regel des Völkerrechts nicht besteht, derzufolge die Durchführung eines Strafverfahrens gegen eine Person gehindert wäre, die unter Verletzung der Gebietshoheit eines fremden Staates in den Gebietsstaat verbracht worden ist, weil der völkerrechtliche Anspruch des verletzten Staates auf ihre unverzügliche Übergabe bereits entstanden ist oder weil schon durch die Verbringung als solche ein völkerrechtlicher Unrechtstatbestand verwirklicht worden ist. Eine solche Regel bestünde als allgemeine Regel nur, wenn eine entsprechende Staatenpraxis nachweisbar wäre, die allgemein und in der Überzeugung geübt würde, dass die Freiheit der Staaten, die in ihrem Hoheitsbereich befindlichen Personen ihrer Strafgerichtsbarkeit in Bezug auf Sachverhalte zu unterwerfen, die eine gewisse Mindestbeziehung zum eigenen Hoheitsrecht aufweisen, von Völkerrechts wegen in der genannten Weise eingeschränkt ist.

Dies ist nicht der Fall. Ein Blick auf die Staatenpraxis zeigt, dass Gerichte es nur dann allgemein ablehnen, ein Strafverfahren gegen einen völkerrechtswidrig Entführten zu betreiben, wenn der durch die Entführung verletzte Staat gegen die Unrechthandlung protestiert und die Rückgabe des Entführten gefordert hat.“

Die hier dargestellte Problematik betrifft zwar nicht ausdrücklich die Frage völkerrechtlicher Beweisverbote, macht aber deutlich, dass ein Beschuldigter aus einer Missachtung völkerrechtlicher Rechtspositionen eines anderen Staates keine eigenen subjektiven Rechte ableiten kann. Dies ist auch der entscheidende Grund dafür, dass aus einer solchen Rechtsverletzung grundsätzlich kein Beweisverwertungsverbot resultieren kann.

#### **4.2.1.2 Kein Beweisverwertungsverbot als Folge einer Missachtung konsularischer Immunität**

Konkret mit der Frage eines völkerrechtlichen Beweisverbots befassen sich zwei bereits ältere Entscheidungen des BGH aus dem Jahr 1990, die letztlich in dieselbe Richtung weisen:

Hintergrund dieser auf ein und denselben Sachverhalt bezogenen Entscheidungen war das völkerrechtliche Immunitätsrecht. Nach Art. 27 Abs. 1 WÜD und Art. 35 Abs. 1 WÜK dürfen Telefonanschlüsse der Räumlichkeiten diplomatischer und konsularischer Vertretungen nicht - nach § 100a StPO - überwacht werden; zudem steht die Unverletzlichkeit dieser Räumlichkeiten (Art. 22 Abs. 1 WÜD und Art. 31 Abs. 2 WÜK) der Überwachung von Telekommunikationsanschlüssen diplomatischer und konsularischer Vertretungen entgegen.

In der Sache ging es um Folgendes:

Das Hamburger Landesamt für Verfassungsschutz hat einen Telefonanschluss des türkischen Generalkonsulats in Hamburg überwacht. Diese Überwachung ergab, dass türkische Konsularbeamte von einem - ebenfalls türkischen - Sozialhelfer, der in der Hamburger Untersuchungshaftanstalt tätig war, in konspirativer Weise Informationen über die persönlichen Verhältnisse, die politischen Einstellungen und die Straftaten von in der Haftanstalt einsitzenden türkischen Staatsbürgern erlangt hatten. Die Staatsanwaltschaft wertete dieses Verhalten als geheimdienstliche Agententätigkeit (§ 99 StGB). Sie beantragte Haftbefehle gegen die Konsularbeamten, deren Erlass indes abgelehnt wurde. Der BGH verwarf die Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung und argumentierte, es liege kein dringender Tatverdacht vor. Denn die Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung seien (voraussichtlich) in einem Strafverfahren gegen die Konsularbeamten

nicht verwertbar, da die Telefonüberwachung unzulässig gewesen sei. Es sei naheliegend, dass die Überwachung eines Telefonanschlusses eines Konsulats mit der Unverletzlichkeit der konsularischen Räumlichkeiten unvereinbar sei, mithin gegen Art. 31 Abs. 2 S. 1 WÜK verstoße. Denn wenn Durchsuchungen und Beschlagnahmen in den Diensträumen eines Konsulats verboten seien, liege es nahe, auch die heimliche Überwachung und Aufzeichnung der dort geführten Telefongespräche durch die Behörden des Empfangsstaates als unzulässig anzusehen (BGHSt 36, 396). Der BGH entschied diese aufgeworfenen Fragen jedoch nicht abschließend, da er im Rahmen eines zweiten Argumentationsstranges feststellte, dass bereits die Immunität der Konsularbeamten nach Art. 43 Abs. 1 WÜK der Vornahme von Ermittlungsmaßnahmen entgegenstand, die - wie im zu entscheidenden Fall - der Aufklärung und Verfolgung einer in Ausübung der dienstlichen Tätigkeit begangenen Handlung dienen sollten. Die Überwachung des Telefonanschlusses sei schon wegen Verstoßes gegen die Immunität des Art. 43 Abs. 1 WÜK völkerrechtswidrig gewesen. Der Bezug des BGH auf Art. 31 Abs. 1 WÜK ist zweifelsohne zutreffend, allerdings war die Frage eines aus der völkerrechtswidrigen Telefonüberwachung resultierenden Beweisverwertungsverbots in Bezug auf das Verfahren gegen die Konsularbeamten irrelevant und hätte sogar gänzlich offenbleiben können. Denn die Konsularbeamten waren bereits durch ihre Immunität einer Strafverfolgung entzogen; bereits ihre Immunität stand als Verfahrenshindernis dem Erlass der beantragten Haftbefehle entgegen.

Hinsichtlich des Sozialarbeiters der JVA, der als Informant der Konsularbeamten tätig war, bejahte der BGH die Verwertbarkeit von Erkenntnissen, die durch das Abhören von Telefongesprächen erlangt wurden. Der BGH betonte, das Beweisverwertungsverbot, das einer Verwertung der aus den völkerrechtswidrigen Telefonüberwachungen gewonnenen Erkenntnisse in einem Strafverfahren gegen die Konsularbeamten entgegenstehe, wirke nicht zu Gunsten des Beschuldigten. Eine gesetzliche Verbotsregelung, die ihm zu Gute

kommen könne, fehle. Er stehe der Völkerrechtsverletzung fern; sie berühre nicht seine rechtliche geschützte Sphäre. Er gehöre auch - anders als die türkischen Attachés - nicht zum konsularischen Dienst, dessen Wahrnehmung durch den Grundsatz der Unverletzlichkeit der konsularischen Räumlichkeiten (Art. 31 WÜK) vor Beeinträchtigungen geschützt werden solle. Durch die Benutzung der Telefongesprächsaufzeichnungen in dem Ermittlungs- und Strafverfahren gegen den Beschuldigten würden weder die völkerrechtlich geschützte Unverletzlichkeit der Räumlichkeiten noch die Immunität der Beamten des Generalkonsulats erneut beeinträchtigt (BGHSt 37, 30). Diese Argumentation des BGH im Verfahren gegen den Sozialarbeiter spiegelt die Völkerrechtslage korrekt wieder. Denn die Völkerrechtswidrigkeit der Überwachung des Telefonanschlusses des Konsulats ist allein in dem Verstoß gegen das Verbot begründet, die Tätigkeit einer konsularischen Vertretung durch deren Räumlichkeiten betreffende Maßnahmen zu beeinträchtigen. Dieses Verbot dient allein dem Interesse des Entsendestaates, weshalb dieser auch Maßnahmen des Empfangsstaates in seinen konsularischen Räumen gestatten kann. In einer völkerrechtlichen Rechtsposition betroffen war also allein die Türkei als Entsendestaat. Dessen völkerrechtliche Rechtsposition wurde aber durch das Strafverfahren gegen Sozialarbeiter nicht tangiert. Daher vermochte der Verstoß gegen das WÜK ein Beweisverwertungsverbot im Verfahren gegen den Sozialarbeiter nicht zu begründen und es durften die Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung in dem Verfahren gegen den Sozialarbeiter verwertet werden.

#### **4.2.2 Völkerrechtliche Beweisverbote als Folge einer Verletzung völkerrechtlicher Menschenrechtsgewährleistungen**



#### **4.2.2.1 Die Anerkennung völkerrechtlicher Rechte des Einzelnen als Grundlage für völkerrechtliche Beweisverbote**

Die Entwicklung des Völkerrechts im 20. Jahrhundert war gekennzeichnet durch die Anerkennung einer partiellen Völkerrechtssubjektivität des Einzelmenschen. Dies betraf unter dem Eindruck der Folgen des Ersten und Zweiten Weltkrieges die gewohnheitsrechtliche Anerkennung unmittelbar völkerrechtlicher Pflichten des Individuums, die zur Akzeptanz einer unmittelbaren Strafbarkeit des Einzelnen wegen Kriegsverbrechen bei Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht führte. Die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts war dann geprägt durch die Vereinbarung und allgemeine Akzeptanz völkerrechtlicher Menschenrechtsgewährleistungen. Beginnend mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 erstarkte das Individuum im Völkerrecht auch insofern, als es in Bezug auf fundamentale Menschenrechte als unmittelbarer Träger völkerrechtlicher Rechte und damit als Völkerrechtssubjekt anerkannt wurde. Mittlerweile steht außer Frage, dass dem Einzelmenschen völkerrechtliche Menschenrechtsgewährleistungen als individuelle subjektive völkerrechtliche Rechte zustehen. Damit aber war der Weg frei für eine Herausbildung von unmittelbar im Völkerrecht fundierten Beweisverwertungsverböten, die in nationalen Strafverfahren als Folge einer Missachtung völkerrechtlicher Menschenrechtsgewährleistungen zu beachten sind.

Für den deutschen Strafprozess ist insofern die europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 04.11.1950 von vorrangiger Bedeutung. Auf diese soll im Folgenden der Blick gerichtet werden, zumal Gewährleistungen des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (IPbpR) nicht über die EMRK hinausgehen und die EMRK aufgrund der verbindlichen Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in besonderem Maße auf die deutsche Strafrechtspraxis einwirkt.

Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Entwicklung im Völkerrecht zu einer expliziten Normierung eines völkerrechtlichen Beweisverwertungsverbots geführt hat: Die UN-Folterkonvention vom 10.12.1984 stellt in Art. 15 fest, dass Aussagen, die durch Folter erwirkt wurden, nicht verwertet werden dürfen:

„Jeder Vertragsstaat trägt dafür Sorge, dass Aussagen, die nachweislich durch Folter herbeigeführt worden sind, nicht als Beweis in einem Verfahren verwendet werden, es sei denn gegen eine der Folter angeklagten Person als Beweis dafür, dass die Aussage gemacht wurde.“

Dieser Verpflichtung tritt das deutsche Strafprozessrecht mit dem in § 136a StPO normierten Beweisverwertungsverbot, das nicht zur Disposition des Beschuldigten steht und in seiner Geltung auch von der Erhebung eines Verwertungswiderspruchs unabhängig ist, hinreichend Rechnung.

#### **4.2.2.2 Beweisverwertungsverbote als Folge einer Missachtung von Gewährleistungen der EMRK**

Die im Rahmen des Europarates als völkerrechtlicher Vertrag ausgearbeitete EMRK verpflichtet nicht nur die Vertragsstaaten in Art. 1, den ihrer Rechtsordnung unterworfenen Personen bestimmte Grundrechte zu gewähren, sondern begründet auch dem Einzelnen rechtlich unmittelbar zustehende Grundrechte. Dies folgt für die Bundesrepublik bereits daraus, dass die EMRK, die direkt anwendbare und damit keiner staatlichen Transformation bedürftige Grundrechte normiert, über das Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG als einfaches Bundesrecht gilt. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden haben die Gewährleistung der EMRK in gleicher Weise unmittelbar zu beachten wie sonstige bundesgesetzliche Regelungen, etwa die Normen der StPO. Beweisverbote können der EMRK grundsätzlich in gleicher

Weise entnommen werden wie den Grundrechten des Grundgesetzes oder den Regelungen der StPO.

Auf die Gewährleistungsinhalte der EMRK als solche ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Denn im vorliegenden Kontext steht allein die Frage im Vordergrund, ob bzw. inwieweit sich der EMRK, namentlich dem Art. 6 EMRK, der das Gebot eines fairen Strafverfahrens normiert, Beweisverbote entnehmen lassen. Insofern ist die Rechtsprechung des EGMR die zentrale Erkenntnisquelle, denn bei ihrer Anwendung und Auslegung der EMRK haben die deutschen Strafverfolgungsbehörden der mittlerweile sehr differenzierten Judikatur des EGMR Rechnung zu tragen, also die Garantien der EMRK in der Gestalt zu berücksichtigen, wie sie vom EGMR entwickelt worden sind.

#### **4.2.2.2.1 Die Garantie des fairen Verfahrens in Art. 6 Abs. 1 EMRK als Maßstab für Beweisverwertungsverbote**

Prüfungsmaßstab für die Frage, ob eine Beweisverwertung in einem Nationalstrafverfahren mit der EMRK vereinbar ist, ist für den EGMR - wie im Übrigen auch für das Bundesverfassungsgericht - die Garantie eines fairen Strafverfahrens. Von besonderem Belang ist dabei, dass der EGMR bei der Beurteilung, ob ein Verfahren fair war und damit den Anforderungen des Grundrechts auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK genügt hat, einer Gesamtbetrachtungslehre folgt. Ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht betont der EGMR, er sei keine Superrevisionsinstanz. Die richtige Anwendung des nationalen Rechts sei Aufgabe der nationalen Gerichte; der EGMR habe nur zu prüfen, ob ein Verfahren insgesamt fair und im Ergebnis unter Einhaltung der Garantien der EMRK durchgeführt worden sei. Dies bedeutet u. a., dass die Verwendung eines Beweises, der durch eine nach nationalem Recht unzulässige und damit entgegen Einzelgarantien der EMRK unvereinbare Beweisgewinnung erlangt wurde, nicht ohne weiteres gegen die Gewährleistung eines fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK verstößt,

sondern dass es darauf ankommt, ob das Verfahren insgesamt noch als fair bezeichnet werden kann.

Daher lassen sich aus der Garantie des fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK keine konkreten Beweisverwertungsverbote ableiten; insbesondere lässt sich aus Art. 6 EMRK kein Gebot dahingehend ableiten, dass eine nach nationalem Recht rechtswidrige Beweiserhebung ein Verbot der Verwertung dieses Beweises zur Folge haben muss.

Mithin kann im Einzelfall eine Verwertung eines rechtswidrig, namentlich unter Missachtung oder nicht hinreichender Beachtung nationalen Rechts oder einer Einzelgewährleistung der EMRK erhobenen Beweises im Ergebnis einen Verstoß gegen die EMRK - ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens - darstellen. Ob dies der Fall ist, hängt aber von einer Gesamtbetrachtung aller Umstände ab. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt die Rechtsbrechung des EGMR bestätigt und betont, aus dem Prozessgrundrecht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren lasse sich kein Rechtssatz des Inhalts ableiten, dass im Fall einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig wäre.

Zudem wird den zum Teil sehr konkreten Einzelgewährleistungen der EMRK vom EGMR auch nicht für sich genommen generell ein Gewährleistungsinhalt dahingehend beigemessen, dass - unabhängig von der Garantie des fairen Verfahrens - eine Beweiserhebung ohne hinreichende Beachtung einer hierfür einschlägigen Einzelgewährleistung der EMRK unmittelbar die Unverwertbarkeit des Beweises zur Folge hätte. Vielmehr bringt der EGMR auch insofern die Gesamtbetrachtungslehre zur Anwendung. Das gilt namentlich in Bezug auf das in Art. 6 Abs. 2 lit. d EMRK normierte Konfrontationsrecht. Dessen Beachtung prüft der EGMR regelmäßig in der Zusammenschau mit Art. 6 Abs. 1 EMRK, mithin lediglich als spezielle Ausprägung der Garantie eines fairen Verfahrens.

Der EGMR betont in ständiger Rechtsprechung, dass eine Aussage eines Zeugen, der vom Angeklagten oder dessen Verteidiger nicht selbst befragt werden konnte, nicht automatisch wegen Nichtgewährung des Konfrontationsrechts unverwertbar ist. Vielmehr stellt der EGMR in einem ersten Schritt darauf ab, ob die fehlende Möglichkeit einer Konfrontationsbefragung den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnen ist oder nicht. Sofern dies nicht der Fall ist, lässt der EGMR in einem zweiten Schritt eine Verwertung des erlangten Beweises zwar grundsätzlich zu, verlangt aber - im Sinne einer Kompensation der nicht eröffneten Möglichkeit einer Konfrontationsbefragung - zur Verneinung eines Verstoßes gegen Art. 6 EMRK, dass eine Verurteilung nicht ausschließlich oder maßgeblich auf die Aussage eines nicht konfrontativ befragten Zeugen, sondern auch durch andere Beweise gestützt und zudem die betreffende Zeugenaussage besonders vorsichtig gewürdigt worden ist. Zudem betonte der EGMR in seinen Entscheidungen gesamt abwägend, dass eine Verletzung des Konfrontationsrechts auch dann zu verneinen ist, wenn das Verfahren im Ergebnis noch als fair bezeichnet werden kann. Ob die Verwertung einer unter Nichtgewährung des Konfrontationsrechts erlangten Zeugenaussage in einem Urteil mit der EMRK vereinbar ist oder die Aussage - gemessen am Maßstab des Art. 6 EMRK - nicht oder nicht mit dem Gewicht, das ihr beigemessen wurde, hätte verwertet werden dürfen, hängt mithin von einer Gesamtbetrachtung ab.

#### **4.2.2.2.2 Beweisverwertungsverbot bei Verstößen gegen das Folterverbot (Art. 3 EMRK)**

Eine Sonderstellung in der Rechtsprechung des EGMR nehmen dagegen Verstöße gegen Art. 3 EMRK ein, der ein Verbot der Folter sowie unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung normiert. Denn bei Verstößen gegen das Folterverbot postuliert der EGMR ein absolutes Verbot der Verwertung der durch Folter erlangten Beweise,

namentlich ein absolutes Verbot der Verwertung der durch Folter erlangten Aussagen der gefolterten Personen. Dabei stellt der EGMR auch darauf ab, dass mit einer Aussageerlangung durch Folter nicht nur gegen Art. 3 EMRK, sondern zugleich auch gegen das Grundprinzip des fairen Strafverfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) verstoßen wird, dass ein Beschuldigter sich nicht selbst belasten muss. Soweit dagegen in einem Verfahren „nur“ ein Verstoß gegen das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung zu konstatieren ist, verbleibt es nach der insofern allerdings nicht ganz eindeutigen Rechtsprechung des EGMR, der die Frage eines aus einer solchen Behandlung etwaig resultierenden Beweisverwertungsverbots am Maßstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK misst, bei der Gesamtbetrachtungslehre. Bei Fehlen einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung hängt es dann nach der Rechtsprechung des EGMR von einer Gesamtbetrachtung aller Umstände ab, ob durch eine solche Behandlung gewonnene Beweise verwertbar sind oder nicht.

Der EGMR hat dies in dem bekannten deutschen Brechmittelfall „Jalloh“ im Jahr 2006 wie folgt formuliert:

„... Andere Erwägungen gelten aber für Beweismittel, die unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt wurden. Solche Beweise können Fragen nach Art. 6 EMRK aufwerfen, selbst wenn ihre Zulassung nicht für die Verurteilung des Beschuldigten ausschlaggebend waren (...). Art. 3 EMRK verankert einen der wichtigsten Grundwerte demokratischer Gesellschaften. Selbst in äußerst schwierigen Situation wie bei der Bekämpfung des Terrorismus oder der organisierten Kriminalität verbiete die Konvention ausnahmslos die Folter sowie unmenschliche oder erniedrigende Strafen und Behandlungen, und zwar unabhängig vom Verhalten der Tatverdächtigen. Im Gegensatz zu den meisten materiellen Konventionsvorschriften sieht Art. 3 EMRK keine Ausnahmen vor und duldet auch keine Abweichung nach Art. 15 Abs. 2 EMRK, selbst nicht im Falle eines öffentlichen Notstands, der das Leben der Nation bedroht (...). Was die

Verwertung von Beweisen anbelangt, die unter Verletzung des Schweigerechts und des Rechts, sich nicht selbst zu beschuldigen, erlangt worden sind, erinnert der Gerichtshof daran, dass es sich dabei um international allgemein anerkannte Grundsätze handelt, die ein Kernstück des in Art. 6 EMRK garantierten fairen Verfahrens sind. (...) Wie schon ausgeführt, wirft die Verwertung in einem Strafverfahren von Beweisen, die unter Verletzung von Art. 3 EMRK gewonnen worden sind, schwierige Fragen der Fairness des Verfahrens auf. Der Gerichtshof hat im vorliegenden Fall nicht festgestellt, dass der Beschwerdeführer der Folter unterworfen worden ist.

Belastendes Beweismaterial, ob nun Geständnisse oder körperliche Beweise, das durch Gewalt oder Brutalität oder andere Formen der Behandlung erlangt wurde, die als Folter anzusehen sind, darf niemals verwertet werden, um die Schuld eines Opfers nachzuweisen, und zwar unabhängig von der Beweiskraft dieser Mittel. Jede andere Schlussfolgerung würde das sittlich verwerfliche Vorgehen, das die Verfasser von Art. 3 EMRK verbieten wollten, mittelbar rechtfertigen und ‚der Gewalttätigkeit einen Anschein von Gesetzmäßigkeit verleihen‘, wie der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten in seinem Urteil in der Sache Rochin zu Recht entschieden hat. Art. 15 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung oder Strafe bestimmt, dass Aussagen, die nachweislich durch Folter herbeigeführt worden sind, nicht als Beweis in einem Verfahren gegen das Opfer der Folterhandlung verwendet werden dürfen. (...) Obwohl die Behandlung, welcher der Beschwerdeführer unterworfen worden ist, nicht als Folter qualifiziert worden ist, hat sie das erforderliche Mindestmaß an Schwere erreicht, um in den

Anwendungsbereich des Verbots in Art. 3 EMRK zu fallen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass nach den Umständen des Einzelfalls die Verwertung von Beweisen, die durch vorsätzliche Misshandlung erlangt wurden, welche nicht mit Folterhandlungen gleichzustellen sind, das Verfahren gegen das Opfer unfair macht, und zwar unabhängig von der Schwere der angeblich begangenen Straftat, des Gewichts dieser Beweise und der Möglichkeit des Opfers, deren Zulassung und spätere Verwertung im Verfahren anzufechten. Im vorliegenden Fall kann offenbleiben, ob die Verwertung von Beweisen, die durch eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung erlangt wurden, das Verfahren automatisch unfair macht. Selbst wenn die Behörden dem Beschwerdeführer nicht absichtlich Schmerzen und Leid zugefügt haben, sind dennoch die Beweise durch eine Maßnahme erlangt worden, die im Widerspruch zu einem der wesentlichen von der Konvention garantierten Rechte steht. Außerdem ist unstrittig, dass die durch die gerügte Maßnahme erlangten Betäubungsmittel entscheidend für die Verurteilung des Beschwerdeführers waren. Ebenso unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeit hatte und sie übrigens auch wahrgenommen hat, die Verwertung der durch die umstrittene Maßnahme gewonnenen Betäubungsmittel anzufechten. Weil aber die deutschen Gerichte der Meinung waren, die deutschen Rechtsvorschriften erlaubten das Verabreichen eines Brechmittels, hatten sie keinen Entscheidungsspielraum, die Beweise auszuschließen. Das öffentliche Interesse an der Verurteilung des Beschwerdeführers kann nicht so gewichtig gewesen sein, dass es geboten gewesen wäre, die Verwertung der Beweise im Verfahren zuzulassen. Wie oben ausgeführt, betraf die Maßnahme einen Straßendealer, der Drogen in verhältnismäßig geringer Menge verkaufte und schließlich zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten und



Strafaußsetzung zur Bewährung verurteilt worden ist. Unter diesen Umständen hat die Verwertung der durch die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln beim Beschwerdeführer gewonnenen Betäubungsmittel als Beweis das Verfahren insgesamt unfair gemacht. Diese Feststellung allein rechtfertigt die Folgerung, dass dem Beschwerdeführer unter Verletzung des Art. 6 EMRK ein faires Verfahren versagt worden ist. ...“

Diese Rechtsprechung hat der EGMR im Jahr 2010 im Fall „Gäfen“ bestätigt und zugleich die Grenzen für eine Verwertbarkeit von unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewonnenen Aussagen noch weiter eingeschränkt (EGMR, NJW 2010, 3145):

„Die Verwertung in einem Strafverfahren von Erklärungen, die man infolge eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK erhalten hat, sei es durch Folter oder unmenschliche oder erniedrigender Behandlung, sowie die Verwertung von körperlichen Beweisen, die man als direkte Folge von Folter gewonnen hat, führen allerdings automatisch dazu, dass das Verfahren insgesamt nicht fair und Art. 6 EMRK verletzt ist.“

Schließlich ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass der EGMR bei einem durch Folter erlangten Beweismittel nicht nur ein kategorisches Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der unmittelbar durch Folter erlangten Aussage oder des unmittelbar durch Folter erlangten sachlichen Beweismittels annimmt. Unter bestimmten Umständen misst der EGMR dem Beweisverwertungsverbot sogar eine Fernwirkung dahingehend zu, dass auch solche Sachbeweise, die erst aufgrund einer durch Folter erlangten Aussage erlangt wurden, also lediglich mittelbar auf Folter zurückführende Beweise, nicht verwertet werden dürfen. Dies ist nach der Rechtsprechung des EGMR jedenfalls dann der Fall, wenn die mittelbar auf Folter zurückzuführenden Sachbeweise für das Urteil von Bedeutung waren. Damit dürfte die Rechtsprechung des EGMR über

die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung hinausgehen, die eine Fernwirkung von Beweisverboten bekanntlich verneint.

In seiner Entscheidung im Fall „Gäfgen“ aus dem Jahr 2010 hatte der EGMR sich zu einer möglichen Fernwirkung von Verstößen gegen Art. 3 EMRK wie folgt verhalten (EGMR aaO):

„Doch anders als Art. 3 EMRK schützt Art. 6 EMRK kein absolutes Recht. Daher ist zu fragen, welche Maßnahmen als notwendig und zugleich ausreichend in einem Strafverfahren anzusehen sind, um einen wirksamen Schutz der von Art. 6 EMRK garantierten Rechte zu sichern, wenn Beweise durch einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewonnen wurden. Wie die Rechtsprechung des Gerichtshofs zeigt, wirft die Verwertung solcher Beweise schwerwiegende Fragen hinsichtlich des Grundsatzes des fairen Verfahrens auf. Im Zusammenhang mit Art. 6 EMRK könnte die Zulassung von Beweisen, die durch ein von Art. 3 EMRK absolut verbotenes Verhalten gewonnen wurden, Polizeibedienstete dazu veranlassen, trotz eines absoluten Verbots auf solche Methoden zurückzugreifen. Das Verbot der Anwendung von Vernehmungsmethoden, die Art. 3 EMRK zuwiderlaufen, und der wirksame Schutz des Einzelnen gegen solche Methoden können daher grundsätzlich verlangen, die Verwertung von körperlichen Beweisen, die infolge einer Verletzung von Art. 3 EMRK gewonnen worden sind, im Verfahren auszuschließen, und das selbst dann, wenn diese Beweise mit dem Verstoß gegen Art. 3 EMRK weniger eng verbunden sind als die, die mittels eines solchen Verstoßes direkt abgepresst wurden. Anderenfalls ist das gesamte Verfahren nicht fair. Doch geht es um die Fairness eines Strafverfahrens und die wirksame Sicherung des absoluten Verbots in Art. 3 EMRK in diesem Zusammenhang nur, wenn feststeht, dass sich der Verstoß

gegen Art. 3 EMRK auf den Ausgang des Verfahrens gegen den Angeklagten ausgewirkt hat, anders gesagt, wenn er die Entscheidung über seine Schuld und die Strafe beeinflusst hat. Im vorliegenden Fall hat das Landgericht seine Feststellungen zu dem vom Beschwerdeführer begangenen Verbrechen - also die, die für seine Verurteilung wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge entscheidend waren - ausschließlich auf das erneute umfassende Geständnis gestützt, dass der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung abgelegt hatte. (...) Die zusätzlichen, im Verfahren zugelassenen Beweise haben dem Landgericht nicht zum Beweis der Schuld des Beschwerdeführers gedient, sondern allein dazu, den Wahrheitsgehalt des Geständnisses zu überprüfen. (...) Damit steht zur Überzeugung des Gerichtshofs fest, dass das Geständnis des Beschwerdeführers in der Hauptverhandlung - allein oder erhärtet durch andere körperliche, ‚nicht eingefärbte‘ Beweise - die Grundlage war für die Verurteilung und Bestrafung wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge. Die umstrittenen körperlichen Beweise waren nicht notwendig und haben nicht dazu gedient, die Schuld des Beschwerdeführers zu beweisen oder die Strafe festzusetzen. Damit lässt sich sagen, dass der Kausalzusammenhang zwischen der verbotenen Vernehmungsmethode und der Verurteilung und Bestrafung des Beschwerdeführers hinsichtlich der körperlichen Beweise unterbrochen worden ist.“

#### **4.2.2.2.3 Beweisverwertungsverbot bei unzulässiger Tatprovokation (Art. 6 Abs. 1 EMRK)**

Zu einem absoluten Beweisverwertungsverbot führt nach der Rechtsprechung des EGMR auch eine unzulässige polizeiliche Tatprovokation. Zwar billigt der EGMR grundsätzlich den Einsatz verdeckter Ermittler und Informanten sowie den polizeilichen Scheinkauf von Drogen. Deshalb verneinte der Gerichtshof auch einen Verstoß gegen die EMRK, wenn verdeckte Ermittler von einem bereits zum Verkauf entschlossenen Dealer Drogen kaufen, ohne auf ihn, etwa durch das Versprechen einer den Marktpreis übersteigenden Bezahlung oder das Vorspiegeln von Entzugserscheinungen, Druck auszuüben. Wenn aber verdeckt agierende polizeiliche Ermittler oder im Auftrag der Polizei agierende Privatpersonen nicht bloß das kriminelle Verhalten vom Beschuldigten beobachten und durch Scheinkäufer ausnutzen, sondern aktiv auf die Tatbegehung hinwirken und bislang nicht tatgeneigte Personen zu Taten veranlassen (anstiften), die ohne das Zutun der Ermittler nicht begangen worden wären, liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vor, ohne dass es noch auf eine Abwägung etwa mit Strafverfolgungsinteressen ankäme (EGMR NJW 2012, 3502 u. a.). Beweise, die durch eine unzulässige Tatprovokation im oben beschriebenen Sinne gewonnen wurden, dürfen nach Auffassung des EGMR nicht verwertet werden, weil eine unzulässige Tatprovokation dem Beschuldigten von Anbeginn an und endgültig das Recht auf ein faires Verfahren nehme. In einer gegen Deutschland ergangenen Entscheidung aus dem Jahr 2014 (EGMR NStZ 2015, 412) heißt es insofern:

„(47) Der Einsatz von verdeckten Ermittlern mag akzeptabel sein, sofern er klaren Beschränkungen unterliegt und mit Garantien versehen ist (...). Auch wenn die Ausbreitung des organisierten Verbrechens zweifellos das Eingreifen geeigneter Maßnahmen gebietet, nimmt gleichwohl das Recht auf eine geordnete Rechtspflege eine so

herausragende Stellung ein, dass es Zweckmäßigkeitserwägungen nicht geopfert werden darf (...). Das öffentliche Interesse an der Bekämpfung von Straftaten kann nicht den Gebrauch von Beweismitteln rechtfertigen, die als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden, da der Beschuldigte so von Beginn an der Gefahr ausgesetzt würde, dass ihm definitiv kein faires Verfahren zuteilwird (...).

(64) In Fällen einer gegen Art. 6 Abs. 1 der Konvention verstoßenden Tatprovokation durch die Polizei weist der Gerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung wiederholt darauf hin, dass das öffentliche Interesse an der Bekämpfung schwerer Taten wie Rauschgifthandel nicht den Gebrauch von Beweismitteln rechtfertigen kann, die als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden (...). Damit ein Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Konvention fair ist, müssen alle als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen werden oder aber ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen muss greifen.

(68) Bei der Entscheidung darüber, ob eine erhebliche Strafmilderung als ausreichende Wiedergutmachung gegenüber dem Beschwerdeführer für eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 der Konvention angesehen werden kann, stellt der Gerichtshof Folgendes fest: Der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zufolge ist der Gebrauch von Beweismitteln, die als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden, nach Art. 6 Abs. 1 der Konvention nicht erlaubt. Damit ein Verfahren im Sinne dieser Bestimmung fair ist, müssen alle als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen werden oder

aber ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen muss greifen.

Angesichts dieser Rechtsprechung muss der Schluss gezogen werden, dass - von dem Ausschluss derartiger Beweismittel von der Verhandlung oder einem Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen abgesehen - alle anderen Maßnahmen nicht als ausreichend gelten können, um eine angemessene Wiedergutmachung für eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 der Konvention zu leisten.“

Diese Rechtsprechung des EGMR wird - vom Bundesverfassungsgericht gebilligt - nicht vom Bundesgerichtshof übernommen. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 18.12.2014 die vom BGH für Fälle einer rechtswidrigen Tatprovokation vertretene „Strafzumessungslösung“ gebilligt und im Einklang mit dem BGH betont, dass die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Folge einer unzulässigen Tatprovokation nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht komme (BVerfG NJW 2015, 1083; BGHSt 47, 44; BGH NStZ 2015, 541). Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung des EGMR aufgenommen und umfassend geprüft, ob im zu entscheidenden Fall Beweise, die direkt infolge der Tatprovokation erlangt wurden, verwertet wurden. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verwerfung der Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung in einem Fall, in dem es zu einer unzulässigen Tatprovokation gekommen war, auch damit begründet, dass das Tatgericht solche Beweise nicht verwertet habe. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht deshalb im konkreten Fall nicht explizit aussprechen musste, dass auf einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Beweisverwertungsverbot resultiert, so hat es doch mit seiner Prüfung deutlich gemacht, dass es wohl der Rechtsprechung des EGMR folgen wird (BVerfG NJW 2015, 1083):

„Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR werden die Strafgerichte es gleichwohl zukünftig zu erwägen

haben, in vergleichbaren Fällen ausdrücklich ein Verwertungsverbot bezüglich der unmittelbar durch die rechtsstaatswidrige Tatprovokation gewonnen Beweise, also insbesondere bezüglich der unmittelbar in die rechtsstaatswidrige Tatprovokation verstrickten Tatzeugen, auszusprechen.“

#### **4.2.3 Beweisverwertungsverbot bei Missachtung der Belehrungspflicht über konsularischen Beistand nach Art. 36 Abs. 1 WÜK**

Besondere Aufmerksamkeit hat in den vergangenen Jahren die Frage gefunden, welche rechtlichen Konsequenzen an eine Nichtbeachtung der völkerrechtlichen Belehrungspflicht über die Möglichkeit eines konsularischen Beistandes zu knüpfen sind.

Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK bestimmt, dass ein ausländischer Staatsangehöriger nach einer Verhaftung unverzüglich darüber zu belehren ist, dass er das Recht hat zu verlangen, dass die zuständige Behörde die konsularische Vertretung seines Heimatstaates über seine Freiheitsentziehung informiert, und dass er „seiner“ konsularischen Vertretung Mitteilungen zukommen lassen kann, die von der zuständigen Behörde unverzüglich an die konsularische Vertretung weiterzuleiten sind.

Diese Belehrungspflicht betrifft nicht nur die vorläufige Festnahme und die Untersuchungshaft, sondern jede Freiheitsentziehung, also auch die Aufnahme in Strafhaft sowie (einstweilige) Unterbringungen. In der Praxis wird dies allerdings wegen der auch hier allein interessierenden möglichen Folgen für die Verwertbarkeit von Angaben, die bei unterbliebener Belehrung erlangt wurden, nur im Zusammenhang mit der vorläufigen Festnahme nach § 127 StPO oder Anordnung von Untersuchungshaft nach §§ 112 ff. StPO oder einer einstweilen Unterbringung nach § 126a StPO relevant.

Um die Beachtung der Belehrungspflicht sicherzustellen, ist sie in § 114b Abs. 2 S. 4 StPO übernommen worden. Sie trifft bereits die Polizeibeamten, die einen Ausländer festgenommen haben, da sie unverzüglich nach der Festnahme zu erteilen ist. Sie hat gemäß § 114b Abs. 1 S. 1 StPO schriftlich zu erfolgen und hängt nicht davon ab, ob der Betroffene im Ausland oder in Deutschland seinen Wohnsitz hat oder ob er die deutsche Sprache beherrscht. Sie gilt lediglich dann nicht, wenn der Betroffene auch die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt.

Wie bereits oben skizziert, hat die Anerkennung einer partiellen Völkerrechtssubjektivität des einzelnen Menschen dazu geführt, dass Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK dahingehend verstanden wird, dass die Belehrungspflicht nicht nur eine völkerrechtliche Pflicht des Empfangsstaates gegenüber dem Entsendestaat ist, sondern der Betroffene selbst einen eigenen (völkerrechtlichen) Rechtsanspruch auf die Belehrung hat, also bei einer Nichtbeachtung der Belehrungspflicht in einem ihm selbst zukommenden (völkerrechtlichen) Recht verletzt ist. Hierfür spricht auch der Wortlaut des Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK, der die Behörden verpflichtet, den Betroffenen unverzüglich über *seine* Rechte zu informieren.

Diese Rechtsauffassung hat der Internationale Gerichtshof (IGH) in zwei Verfahren bestätigt und festgestellt, dass Art. 36 Abs. 1 WÜK Rechte des Einzelnen begründe, die dem Empfangsstaat unmittelbar gegenüber festgehaltenen Personen obliegen. Damit aber stellt sich die Frage, welche strafprozessualen Konsequenzen es hat, wenn die Belehrung unterblieben und ein Festgenommener damit in seinem Rechtsanspruch auf Belehrung verletzt worden ist. Dies gilt auch deshalb, weil der IGH selbst innerstaatliche Konsequenzen bei einer Missachtung der Belehrungspflicht eingefordert hat, indem er festgestellt hat, dass der Empfangsstaat verpflichtet sei, in den Fällen einer unterbliebenen Belehrung die effektive Möglichkeit einer Nachprüfung von Schuld- und Strafausspruch vor staatlichen Gerichten zu gewährleisten, und dass ein



Verstoß gegen die Belehrungspflicht nicht folgenlos bleiben dürfe, sondern eine angemessene Wiedergutmachung im Verfahren zu erfolgen habe. Der IGH hat insofern ein Beweisverwertungsverbot in Erwägung gezogen, die Staaten aber nicht verpflichtet, eine solche Konsequenz zu ziehen.

Die deutsche Rechtsprechung war zunächst uneinheitlich, ob der gebotenen Konsequenzen aus einer Nichtbeachtung der Belehrungspflicht. Der 5. Strafsenat des BGH wandte zunächst die für rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen entwickelte Vollstreckungslösung an und entschied, dass als Kompensation für die unterbliebene Belehrung ein Teil der verhängten Strafe als bereits vollstreckt erklärt werden müsse.

Diesen Ansatz hat das Bundesverfassungsgericht als nicht hinreichende Wiedergutmachung verworfen.

Daraufhin hat der 4. Strafsenat des BGH am 07.06.2011 entschieden und anerkannt, dass aus einer Missachtung der Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 WÜK ein Beweisverwertungsverbot folgen kann, nicht jedoch zwingend folgen muss. Auch in diesen Fällen stellt der BGH auf die allgemein für die Beurteilung von Beweisverwertungsverboten herangezogene Abwägungslösung ab.

Der BGH hat dazu ausgeführt (BGH StV 2011, 603):

„(16) Das Fehlen der Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK führt im vorliegenden Fall nicht zu einem Verwertungsverbot, weil dem Angeklagten hierdurch im weiteren Verfahren kein Nachteil erwachsen ist.

(17) Allerdings ist die Entscheidung eines Beweisverwertungsverbots aus einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK nicht

von vornherein ausgeschlossen (...): Nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs im Fall ‚Avena‘ ist vielmehr im Einzelfall zu untersuchen, ob dem Betroffenen aus dem Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK im weiteren Verfahrensverlauf tatsächlich ein Nachteil entstanden ist (...). Dieser Rechtsprechung ist - was im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung möglich ist (...) - dadurch Rechnung zu tragen, dass die vom Bundesgerichtshof für nicht speziell geregelte Beweisverwertungsverbote entwickelte Abwägungslehre zur Anwendung gebracht wird. Es hat eine Abwägung zwischen dem durch den Verfahrensverstoß bewirkten Eingriff in die Rechtsstellung des Beschuldigten einerseits und der Strafverfolgungsinteressen des Staates andererseits stattzufinden, wobei auf den Schutzzweck der verletzten Norm ebenso abzustellen ist wie auf die Umstände, Hintergründe und Auswirkungen der Rechtsverletzung im Einzelfall (...).

(19) Zweck der Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK ist die Verwirklichung des Rechts des Betroffenen auf konsularische Unterstützung bei der effektiven Wahrnehmung der eigenen Verteidigungsrechte (...). Im Zentrum der konsularischen Unterstützung steht die Vermittlung anwaltlichen Beistandes (...). Dies gilt umso mehr, als nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshof nicht vorgesehen ist, dass der Konsularbeamte selbst anwaltliche Aktivitäten entfaltet (...). Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK schützt aber nicht speziell die Aussagefreiheit des Beschuldigten (...), sondern allgemein das Recht auf eine effektive Verteidigung (...); dies ergibt sich schon daraus, dass nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs im Fall ‚Avena‘ Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK

nicht verlangt, dass die Belehrung der ersten Vernehmung des Beschuldigten in jedem Fall vorausgehen muss (...).

(20) Vor dem Hintergrund dieses Schutzzwecks ist zunächst in die Abwägung einzustellen, dass der Angeklagte gedanklich - was ihn freilich nicht vom persönlichen Schutzbereich des Art. 36 Abs. 1 WÜK ausnimmt (...) - in Deutschland geboren wurde und aufwuchs und nach den Feststellungen im Urteil keine sprachlichen Verständigungsschwierigkeiten und keine Sozialisationsdefizite hatte, sondern insgesamt integriert in Deutschland lebte. Eine wegen ausländerspezifischer Verteidigungsdefizite konkret erhöhte Schutzbedürftigkeit des Angeklagten ist danach nicht erkennbar (...).

(...)

(25) Dass das Urteil in sonstiger Weise auf der unterbliebenen Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK beruht (...), kann der Senat aus den bereits in die Abwägung eingestellten Gesichtspunkten zu den Umständen und Auswirkungen der Rechtsverletzung ausschließen. Für ein Beruhen ist nichts ersichtlich und die Revision trägt hierzu auch nichts vor.“

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen vom BGH beschrittenen Weg gebilligt, weil er mit den vom IGH aufgestellten völkerrechtlichen Anforderungen vereinbar sei. Es hat insofern ausgeführt (BVerfG NJW 2014, 532):

„Ein zwingendes Beweisverwertungsverbot, also ein Verwertungsverbot allein aufgrund der unterbliebenen Belehrung und unabhängig vom Vorliegen eines dadurch ursächlich verursachten Nachteils, gebietet das Völkerrecht nicht (...). Vielmehr ist es ausreichend, wenn im Fall nachweisbarer Kausalität des Belehrungsausfalls für den

Verfahrensausgang die Möglichkeit der Urteilskorrektur besteht. Dem BGH ist es daher unbenommen, auf seine zu den Folgen von Verstößen gegen Belehrungspflichten entwickelte Rechtsprechung zurückzugreifen, wonach nicht jedes Verbot, einen Beweis zu erheben, zwingend ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht; die Entscheidung für oder gegen ein Verwertungsgebot ist vielmehr aufgrund einer Abwägung der im Rechtsstaatsprinzip angelegten gegenläufigen Gebote und Ziele zu treffen.“

#### **4.2.4 Beweisverbote im Kontext von Rechtshilfeleistungen anderer Staaten**

Praktische Relevanz kommt auch der Frage zu, inwieweit Rechtsverstöße bei Durchführung von Rechtshilfemaßnahmen, namentlich bei einer Verhaftung und Auslieferung von Beschuldigten oder bei Zeugenvernehmungen im Rahmen von Rechtshilfe, ein (völkerrechtliches) Beweisverwertungsverbot begründen können. Im Folgenden wird allerdings nicht auf das EU-Recht eingegangen.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist insofern wieder der Grundsatz der Mediatisierung des Einzelmenschen im Völkerrecht, der zwar im Bereich der Menschenrechtsgewährleistungen und des Völkerstrafrechts durchbrochen wird, im Übrigen aber fortgilt. Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten aus völkerrechtlichen Verträgen im Bereich der Rechtshilfe sind daher allein die Vertragsstaaten des betreffenden Vertrages. Diese allein können eigene Rechte aus den Rechtshilfehandlungen geltend machen und bei Missachtung von Rechtshilfebestimmungen aus einem völkerrechtlichen Vertrag hieran völkerrechtliche Ansprüche knüpfen. In der Regel wird es dabei um Verstöße gegen die staatliche Souveränität und Gebietshoheit gehen. Ein Beschuldigter kann dagegen bei einem Verstoß gegen völkerrechtliche Rechtshilfebestimmungen keine Verletzung in eigenen subjektiven

(völkerrechtlichen) Rechen geltend machen. Beweise, die unter Missachtung völkerrechtlicher Rechtshilfeeregeln erlangt wurden, ziehen deshalb grundsätzlich auch kein aus dem Völkerrecht resultierendes Beweisverwertungsverbot nach sich. Relevant können insofern nur im Rahmen der Erbringung von Rechtshilfeleistungen begangene Verstöße gegen Menschenrechtsgewährleistungen (etwa gegen Garantien der EMRK) sein. Anknüpfungspunkt für ein mögliches völkerrechtliches Beweisverwertungsverbot ist dann aber die verletzte Menschenrechtsgewährleistung, nicht aber der Verstoß gegen die (völkerrechtliche) Rechtshilfebestimmung als solche.

Allerdings stellt sich die Frage, ob und inwieweit Beweisverwertungsverbote unabhängig von den völkerrechtlichen Rechtshilfebestimmungen daraus resultieren können, dass der um Rechtshilfe ersuchte Staat bei der Durchführung einer Rechtshilfemaßnahme strafprozessuale Vorgaben der eigenen Rechtsordnung (des ersuchten Staates) missachtet oder eine nach dem Recht des ersuchten Staates durchgeführte Rechtshilfemaßnahme gemessen am deutschen Strafprozessrecht rechtswidrig war.

Konkret gefragt: Kann der Umstand, dass ein um Rechtshilfe ersuchter fremder Staat bei der Durchführung der Rechtshilfe - etwa einer Zeugenvernehmung - Vorgaben seines eigenen Strafprozessrechts missachtet, in einem Strafverfahren in Deutschland zu einem Beweisverwertungsverbot - etwa einem Verbot der Verwertung der unter Missachtung des Rechts des ersuchten Staates durchgeführten Zeugenaussagen - führen? Und kann ein Beweisverwertungsverbot in Deutschland daraus resultieren, dass der ersuchte fremde Staat zwar - etwa bei einer Zeugenvernehmung - nach einem nationalen Recht rechtskonform gehandelt hat, die Maßnahme aber nicht oder nicht so wie erfolgt nach dem deutschen Strafprozessrecht zulässig war, also in Deutschland nicht oder nicht so hätte durchgeführt werden dürfen?

Bei diesen Fragestellungen handelt es sich allerdings nicht um völkerrechtliche Fragestellungen. Denn auch insoweit, als Rechtshilfeverträge Bestimmungen dahingehend treffen, welches nationale Recht bzw. welche nationalen Rechtsvorschriften (des ersuchenden und des ersuchten Staates) bei der Durchführung von Rechtshilfe Maßnahmen zur Anwendung kommt bzw. kommen, so werden dadurch doch keine völkerrechtlichen Rechte der betroffenen Individuen begründet. Solche völkerrechtlichen Bestimmungen legen vielmehr allein die Ansprüche und Verpflichtungen der beteiligten Staaten fest, definieren also die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Die Bestimmungen dienen zwar auch dazu, eine Verwertbarkeit im Wege der Rechtshilfe gewonnener Beweise im Strafverfahren im ersuchenden Staat zu ermöglichen und sicherzustellen. Doch ob im Wege fremdstaatlicher Rechtshilfe gewonnene Beweise in einem Strafverfahren im ersuchenden Staat verwertet werden dürfen, bestimmt sich nicht nach Völkerrecht, sondern nach dem nationalen Recht des ersuchenden Staates, also nach dem Recht des Staates, der das Strafverfahren durchführt.

Rechtshilfe Maßnahmen werden sowohl im Bereich der vertraglichen als auch der vertragslosen Rechtshilfe vom ersuchten Staat grundsätzlich nach dessen eigenem Recht durchgeführt. Eine Anwendung fremden Strafprozessrechts findet grundsätzlich nicht statt. Dies ist beispielsweise in Art. 3 Abs. 1 des europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.04.1959 ausdrücklich normiert.

In formeller Hinsicht ist es daher grundsätzlich auch für eine Verwertbarkeit von Beweisen aus Rechtshilfe Maßnahmen anderer Staaten nicht erforderlich, dass die für entsprechende Ermittlungsmaßnahmen geltenden Verfahrensvorschriften der Prozessordnung beachtet wurden. Entscheidend für die ordnungsgemäße Durchführung einer Rechtshilfe Maßnahme (und damit für die Frage eines etwaigen Verwertungsverbots) ist aus der Sicht der insofern maßgeblichen deutschen Rechtsordnung allein das Recht des

betreffenden ausländischen Staates, sofern keine abweichenden rechtshilferechtlichen Bestimmungen einschlägig sind. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kommt es auf die Beachtung divergierender paralleler deutscher Rechtsvorschriften für eine bestimmte Maßnahme dagegen nicht an, und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn es sich um eine divergierende deutsche Rechtsvorschrift handelt, aus deren Missachtung bei deutschen Ermittlungsmaßnahmen ein Beweisverwertungsverbot resultieren kann.

Allerdings wird für die Beweisverwertbarkeit verlangt, dass vom ersuchten Staat bei der Rechtshilfemaßnahme grundlegende rechtsstaatliche Anforderungen beachtet wurden. Ein Beweisverwertungsverbot greift in Bezug auf Beweise aus fremdstaatlicher Rechtshilfe mithin dann ein, wenn grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien missachtet wurden, die aus menschenrechtlicher Sicht (EMRK) und/oder der Werte des deutschen Strafprozess- und Verfassungsrechts unverzichtbar für ein faires Verfahren sind. Nicht verwertbar sind nach diesem Maßstab namentlich Vernehmungen im Ausland, die den Anforderungen des § 136a StPO nicht genügen oder bei den sogar gegen Art. 3 EMRK verstoßen wurde. Nicht verwertbar sind ferner ausländische Zeugenvernehmungen im Fall des § 252 StPO und bei unterbliebener Belehrung der in § 52 Abs. 1 StPO aufgeführten Personen über ein solches Verweigerungsrecht bzw. der Nichtgewährung eines Zeugnisverweigerungsrechts in solchen Fällen. Noch nicht endgültig geklärt ist dagegen, ob aus der Unterlassung einer - nach dem betreffenden ausländischen Recht nicht gebotenen (und im Übrigen auch von der EMRK nicht verlangten) - Belehrung eines Beschuldigten über sein Schweigerecht ein Beweisverwertungsverbot für das deutsche Strafverfahren resultiert.

Hingegen ist ein Beweisverwertungsverbot grundsätzlich anzunehmen, wenn der ersuchte Staat gegen eine Verfahrensvorschrift verstößt, die im ersuchten und ersuchenden Staat besteht und in Deutschland ein Beweisverwertungsverbot begründet. In diesem Fall kommt es auch nicht

darauf an, ob der Verstoß so schwerwiegend ist, dass er als Verstoß gegen grundlegende rechtsstaatliche Anforderungen zu qualifizieren ist.

Auf der anderen Seite aber steht der Missachtung von Verfahrensvorschriften des ersuchten Staates eine Beweisverwertung dann nicht entgegen, wenn Verstöße gegen vergleichbare Rechtsvorschriften des deutschen Strafprozessrechts keine Beweisverwertungsverbote nach sich ziehen oder das deutsche Recht eine entsprechende Vorschrift nicht kennt. Die Missachtung ausländischen Rechts hindert eine Beweisverwertung mithin nicht, wenn dieses höhere Anforderungen stellt als das deutsche Recht.

Abweichend bestimmt allerdings Art. 4 des EU-Rechtshilfeübereinkommens (EURhÜbk) für den Bereich der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und einiger weiterer dem Vertrag beigetretenen europäischen Staaten, dass bei der Erledigung von Rechtshilfeersuchen grundsätzlich das Recht des ersuchenden Staates maßgeblich ist. Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen sowie sonstige Maßnahmen der Beweisgewinnung, die im Zuge der Gewährung von Rechtshilfe für einen anderen Staat durchgeführt werden, sind mit dem im Geltungsbereich des EU-Rechtshilfeübereinkommens gemäß Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk unter Einhaltung der Rechtsvorschriften des ersuchenden Staates vorzunehmen, sofern dem nicht Grundprinzipien der Rechtsordnung des ersuchten Staates entgegenstehen. Hieraus folgt, dass auf Beweise, die in diesem Rahmen von einem anderen Staat nach Maßgabe der Bestimmungen der deutschen Strafprozessordnung erhoben wurden, die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten und konturierten Regeln über Beweisverwertungsverbote in gleicher Weise Anwendung finden, wie auf entsprechende Ermittlungsmaßnahmen deutscher Strafverfolgungsorgane.

Bei Vernehmungen, die durch deutsche Polizeibeamte, Staatsanwälte oder Richter im Ausland (mit der erforderlichen Zustimmung der



ausländischen Regierung) durchgeführt werden, sind die Verfahrensvorschriften des deutschen Rechts anzuwenden; für solche Vernehmungen gilt die StPO. Daher bestehen in solchen Fallkonstellationen in Bezug auf die hier interessierenden Beweisverbote keine Besonderheiten aufgrund des Auslandsbezugs.

Das Gleiche gilt für Vernehmungen, die auf Ersuchen einer deutschen Staatsanwaltschaft oder eines deutschen Gerichts gemäß § 15 Abs. 1 KonsularG von einem Konsularbeamten der Bundesrepublik Deutschland im Ausland durchgeführt werden, denn bei solchen Vernehmungen sind die für richterliche Vernehmungen in Deutschland geltenden Vorschriften der Strafprozessordnung einzuhalten (§ 15 Abs. 3 S. 1 KonsularG).

#### **4.2.5 Regelungen zu Beweisverboten im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs**

Zum Völkerrecht gehören auch die strafprozessualen Bestimmungen, die für den Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) maßgeblich sind, weshalb auch auf diese unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt der Beweisverbote einzugehen ist.

Grundlage für die Tätigkeit des IStGH, der für eine supranationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Verbrechen der Aggression) zuständig ist, ist das römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.07.1998 (IStGH-Statut). Dieses enthält nicht nur das anwendbare materielle Völkerstrafrecht, sondern auch die (grundlegenden) gerichtsverfassungsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen.

Hinsichtlich der Verwertbarkeit von Beweisen bestimmt Art. 69 Abs. 7 IStGH-Statut:

„(7) Beweismittel, die durch Verletzung dieses Status oder international anerkannter Menschenrechte erlangt wurden, sind nicht zulässig, wenn

- a) die Verletzung erhebliche Zweifel an ihrer Glaubwürdigkeit entstehen lässt oder
- b) ihre Zulassung im grundsätzlichen Widerspruch zu Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens stehen und dieser schweren Schaden zufügen würde.“

Zwar werden die prozessualen Bestimmungen des IStGH-Statuts ergänzt durch eine „Verfahrens- und Beweisordnung“ (Rules of Procedure and Evidence), die nach Art. 51 IStGH-Statut von der sogenannten Vertragsstaatenversammlung im Dezember 2002 verabschiedet worden ist und in Ergänzung zum IStGH-Statut verfahrensrechtliche Detailregelungen normiert. Zu dem hier interessierenden Aspekt der Beweisverbote, namentlich Beweisverwertungsverbote, enthält die Verfahrens- und Beweisordnung indes keine den Inhalt und die Reichweite solcher Verbote ausgestaltende Regelungen. Vielmehr bleibt es der Rechtsprechung des IStGH überlassen, den Gehalt von Art. 96 Abs. 7 IStGH-Statut näher zu bestimmen. Derartige Rechtsprechung hat sich aber, soweit ersichtlich, noch nicht herausgebildet.

#### 4.2.6 Thesen

**Die Kommission ist der Auffassung, dass die Garantien der EMRK, wie sie von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) verstanden werden, den Rechtsauffassungen und Empfehlungen der Kommission nicht widerstreiten.  
(8 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

Die strafrechtlichen Garantien der EMRK, wie sie von der Rechtsprechung des EGMR verstanden werden, widerstreiten den Rechtsauffassungen und Empfehlungen der Kommission nicht.

Prüfungsmaßstab für die Frage, ob eine Beweisverwertung in einem nationalen Strafverfahren mit der EMRK vereinbar ist, ist nach der Rechtsprechung des EGMR die Garantie eines fairen Strafverfahrens, also Art. 6 Abs. 1 EMRK. Bei der Beurteilung, ob ein Verfahren fair war und damit der Anforderung des Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt hat, folgt der EGMR einer Gesamtbetrachtungslehre. Der EGMR betont in ständiger Rechtsprechung, die EMRK enthalte keine Regelungen über die Zulässigkeit von Beweismitteln. Diese Frage gehöre in den Regelungsbereich des staatlichen Rechts. Es sei nicht Aufgabe des Gerichtshofs, grundsätzlich über die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel zu entscheiden, z. B. solcher, die nach staatlichem Recht rechtswidrig erlangt wurden, oder über die Schuld eines Beschwerdeführers. Der EGMR habe vielmehr zu prüfen, ob ein Verfahren einschließlich der Beweiserhebung insgesamt fair war.

Mithin kann im Einzelfall die Verwertung eines rechtswidrig, namentlich unter Missachtung oder nicht hinreichender Beachtung nationalen Rechts oder einer Einzelgewährleistung der EMRK erhobenen Beweises im Ergebnis ein Verstoß gegen die EMRK - ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens - darstellen. Ob dies der Fall ist, hängt aber von einer Gesamtbetrachtung aller Umstände ab. Bei dieser Gesamtbetrachtung könne, so der EGMR, das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Verfolgung der Straftat und der Bestrafung des Täters berücksichtigt und gegen das Interesse des Einzelnen an der rechtmäßigen Erlangung des Belastungsmaterials abgewogen werden.

Die Kommission geht ebenfalls davon aus, dass unselbständige Beweisverwertungsverbote das Resultat einer Abwägung widerstreitender Interessen sind.

Die Rechtsauffassung und Empfehlungen der Kommission sind insbesondere auch mit der jüngeren Rechtsprechung des EGMR zur zulässigen Tatprovokation vereinbar und genügen auch insofern den vom EGMR aufgestellten Anforderungen.

Zwar billigt der EGMR grundsätzlich den Einsatz verdeckter Ermittler und Informanten sowie den polizeilichen Scheinkauf von Drogen, weshalb der Gerichtshof einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verneint, wenn verdeckte Ermittler von einem bereits zum Kauf entschlossenen Dealer Drogen kaufen, ohne auf ihn, etwa durch das Versprechen einer den Marktpreis übersteigenden Bezahlung, oder das Vorspiegeln von Entzugserscheinungen, Druck auszuüben. Wenn aber verdeckt agierende polizeiliche Ermittler oder im Auftrag der Polizei agierende Privatpersonen nicht bloß das kriminelle Verhalten vom Beschuldigten beobachten oder ausnutzen, sondern aktiv auf die Tatbegehung hinwirken und bislang nicht tatgeneigte Personen zu Taten veranlassen, die ohne Zutun der Ermittler nicht begangen worden wären, liegt nach der Rechtsprechung des EGMR ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vor. Der EGMR verlangt grundsätzlich, dass Beweise, die durch eine solche unzulässige Tatprovokation gewonnen wurden, nicht verwertet werden. Damit ein Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Konvention fair ist, müssen - so formuliert es der EGMR in einer kürzlich gegen Deutschland ergangenen Entscheidung - alle als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnene Beweismittel ausgeschlossen werden oder aber ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen muss greifen. Eine bloße Strafmilderung als Konsequenz einer rechtsstaatlichen Tatprovokation, wie sie lange Zeit vom BGH als genügend erachtet wurde, akzeptiert der EGMR ausdrücklich nicht.

Weil nach Auffassung der Kommission Beweisverwertungsverbote von Amts wegen zu berücksichtigen sind, lässt sich diese Rechtsprechung des EGMR ohne weiteres mit den Empfehlungen der Kommission vereinbaren. Ausgehend von den Auffassungen und Empfehlungen der

Kommission kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation dadurch im Strafverfahren hinreichend berücksichtigt werden, dass Beweise, die als Ergebnis einer unzulässigen Tatprovokation gewonnen wurden, von Amts wegen von einer Verwertung im Strafprozess ausgenommen werden.

Die Kommission hat sich dafür ausgesprochen, die Zulässigkeit einer entsprechenden Revisionsrüge im innerstaatlichen Verfahren wegen der Verwendung eines Beweismittels entgegen eines bestehenden Beweisverwertungsverbots an einen rechtzeitigen Verwertungswiderspruch in der Hauptverhandlung zu knüpfen. Dies steht ebenfalls im Einklang mit den Anforderungen des EGMR, weil der Widerspruch die Existenz und Reichweite von Beweisverwertungsverböten nicht berührt. Der in der Hauptverhandlung erhobene Verwertungswiderspruch stellt lediglich bei einem verteidigten Angeklagten eine Sachentscheidungsvoraussetzung für die Verfahrensrüge in der Revision dar, wenn mit der Rüge die Nichtbeachtung eines Beweisverwertungsverbots geltend gemacht wird. Diese rein prozessual wirkende Widerspruchsobliegenheit stellt auch keine unzumutbare Beschränkung des Rechtsmittelweges dar, weil sie nur den in der Hauptverhandlung verteidigten Angeklagten betrifft.

**Die Kommission empfiehlt, die Verwertung von im Ausland erhobenen Beweisen gesetzlich zu regeln.**

**(8 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

**Inhaltlich sollte sich eine solche Regelung an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientieren.**

**(8 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

Beweisverwertungsverböte können sich auch aus Rechtsverstößen bei der Erhebung von Beweisen durch einen ausländischen Staat ergeben, namentlich aus Rechtsverstößen bei einer Beweiserhebung im Wege der

Rechtshilfe durch einen fremden Staat auf deutsches Ersuchen hin. Ob im Wege fremdstaatlicher Rechtshilfe gewonnene Beweise in einem Strafverfahren im ersuchenden Staat verwertet werden dürfen, bestimmt sich nicht nach Völkerrecht, sondern nach dem nationalen Recht des ersuchenden Staates, also nach dem Recht des Staates, der das Strafverfahren führt.

Unter welchen Voraussetzungen im deutschen Strafprozess Beweise, die - namentlich als Rechtshilfemaßnahme auf ein deutsches Ersuchen hin - durch einen anderen Staat gewonnen wurden, einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, ist gesetzlich nicht geregelt. Dies erschwert die Rechtsanwendung, begründet Rechtsunsicherheit und gefährdet potentiell die Wahrung der Rechte der Betroffenen. Die Kommission empfiehlt deshalb, explizite Regelungen zur Verwertbarkeit im Ausland erhobener Beweise im deutschen Strafverfahren zu schaffen.

Von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist im Wesentlichen geklärt, unter welchen Voraussetzungen im Ausland erhobene Beweise im deutschen Strafverfahren verwertbar sind oder nicht. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Rechtshilfemaßnahmen werden sowohl im Bereich der vertraglichen als auch der vertragslosen Rechtshilfe vom ersuchten Staat grundsätzlich nach dessen eigenem Recht durchgeführt. Eine Anwendung von fremdem Strafprozessrecht findet grundsätzlich nicht statt. Dies ist beispielsweise in Art. 3 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.04.1959 ausdrücklich normiert:

„Rechtshilfeersuchen in einer Strafsache, die ihm von den Justizbehörden des ersuchenden Staates zugehen und die Vornahme von Untersuchungshandlungen oder die Übermittlung von Beweisstücken, Akten oder Schriftstücken zum Gegenstand haben, lässt der ersuchte Staat in der in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Form erledigen.“

In formeller Hinsicht ist daher nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für eine Verwertbarkeit von Beweisen aus Rechtshilfemaßnahmen anderer Staaten grundsätzlich nicht erforderlich, dass die für die entsprechenden deutschen Ermittlungsmaßnahmen geltenden Verfahrensvorschriften der Strafprozessordnung beachtet wurden. Vielmehr differenziert der Bundesgerichtshof im Bereich der klassischen Rechtshilfe, also in den Fällen, in denen der ersuchte Staat bei der Beweiserhebung sein eigenes Recht anwendet, wie folgt:

Sind die verfahrensrechtlichen Vorschriften des ersuchten Staates beachtet worden, ist die Maßnahme also gemessen am Recht des ersuchten Staates korrekt durchgeführt worden, darf der erhobene Beweis grundsätzlich in Deutschland verwertet werden, und zwar unabhängig davon, ob die Beweiserhebung mit deutschen Verfahrensvorschriften vereinbar ist oder nicht. Lediglich dann, wenn bei der Beweiserhebung gegen grundlegende rechtsstaatlichen Anforderungen (und damit den „deutschen ordre public“) verstoßen wurde, besteht ein Beweisverwertungsverbot. Denn solche Garantien verlieren nicht deshalb an Gewicht, weil eine Beweiserhebung nicht von einer deutschen Behörde, sondern von einem ausländischen Staat durchgeführt wurde. Ein Beweisverwertungsverbot greift in Bezug auf Beweise aus fremdstaatlicher Rechtshilfe mithin dann ein, wenn grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien missachtet wurden, die aus menschenrechtlicher Sicht (EMRK) und/oder der Warte des deutschen Strafprozess- und Verfassungsrechts unverzichtbar für ein faires Verfahren sind. Wenn bei der Rechtshilfemaßnahme durch den ersuchten Staat dessen eigenes Verfahrensrecht missachtet wurde, besteht ein Beweisverwertungsverbot für den erhobenen Beweis in einem deutschen Strafverfahren darüber hinaus auch dann, wenn die Maßnahme nach deutschem Recht ebenfalls als verfahrensfehlerhaft zu bewerten ist und ein Verstoß gegen die entsprechende deutsche Verfahrensvorschrift nach deutschem Recht ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. Wenn dagegen das

missachtete ausländische Recht des ersuchten Staates im deutschen Recht keine Entsprechung hat oder der Verfahrensfehler nach deutschem Recht kein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat, kann der Beweis ungeachtet der Missachtung des eigenen Rechts des ersuchten Staates bei der Durchführung der Rechtshilfe in einem deutschen Strafverfahren verwertet werden.

Abweichend von dem Vorstehenden bestimmt allerdings Art. 4 des EU-Rechtshilfeübereinkommens für den Bereich der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und einiger weiterer dem Vertrag beigetretener europäischer Staaten, dass bei der Erledigung von Rechtshilfeersuchen grundsätzlich das Recht des ersuchenden Staates maßgeblich ist. Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen sowie sonstige Maßnahmen der Beweisgewinnung, die im Zuge der Gewährung von Rechtshilfe für einen anderen Staat durchgeführt werden, sind mithin im Geltungsbereich des EU-Rechtshilfeübereinkommens gemäß Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk unter Einhaltung der Rechtsvorschriften des ersuchenden Staates vorzunehmen, soweit dem nicht Grundprinzipien des Rechtsordnung des ersuchten Staates entgegenstehen.

Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk lautet:

„In den Fällen, in denen Rechtshilfe geleistet wird, hält der ersuchte Mitgliedsstaat die vom ersuchenden Mitgliedsstaat ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren ein, soweit in diesem Übereinkommen nichts anderes bestimmt ist und sofern die angegebenen Formvorschriften und Verfahren nicht den Grundprinzipien des Rechts des ersuchten Mitgliedsstaates zuwiderlaufen“.

Hieraus folgt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass auf Beweise, die in diesem Rahmen von einem anderen Staat nach Maßgabe der Bestimmung der deutschen Strafprozessordnung erhoben wurden, die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten und



konstruierten Regeln über Beweisverbote in gleicher Weise Anwendung finden, wie auch entsprechende Ermittlungsmaßnahmen deutscher Strafverfolgungsorgane.

Die Kommission erachtet die im Vorstehenden skizzierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für sachgerecht. Die Kommission ist deshalb der Auffassung, dass sich eine gesetzliche Regelung zur Verwertbarkeit im Ausland erhobener Beweise im deutschen Strafverfahren an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientieren sollte.

**Im Kontext der Umsetzung der Richtlinie zur europäischen Ermittlungsanordnung sollte der Gesetzgeber bestimmen, dass durch den Vollstreckungsstaat erhobene Beweise im deutschen Strafverfahren grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen verwertbar sind, unter denen in Deutschland durch die hiesigen Strafverfolgungsbehörden gewonnene entsprechende Beweise verwertbar sind.**

**(8 Ja / 0 Enthaltung / 0 nein)**

**Die Umsetzung der Richtlinie zur europäischen Ermittlungsanordnung erfordert es nach Ansicht der Kommission zu prüfen, ob die Berücksichtigung einer erfolgreichen Anfechtung der Vollstreckung einer europäischen Ermittlungsanordnung im Vollstreckungsstaat nach Art. 14 Abs. 7 S. 1 der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2015 (EEA-Richtlinie) in bestimmten Konstellationen die Annahme eines Beweiswertungsverbots nach deutschem Recht nach sich zieht.**

**(8 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

Die Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (EEA) sieht vor, dass der Vollstreckungsstaat, also der eine Beweiserhebung durchführende Staat, die betreffende Beweiserhebungsmaßnahme - etwa eine Zeugenvernehmung - nach Maßgabe des Rechts des Anordnungsstaates durchführt. Die EEA folgt also ebenso wie Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk dem Prinzip forum regit actum. Art. 9 Abs. 2 EEA formuliert diesen Grundsatz wie folgt:

„Die Vollstreckungsbehörde hält die von der Anordnungsbehörde ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren ein, soweit in dieser Richtlinie nichts anderes bestimmt ist und sofern die angegebenen Formvorschriften und Verfahren nicht im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaates stehen.“

Hieraus folgt nach Auffassung der Kommission, dass auf Beweise, die in diesem Rahmen von einem anderen Staat unter Geltung der Vorgaben der EEA nach Maßgabe der Bestimmungen der StPO erhoben werden, die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten und konturierten Regeln über Beweisverbote in gleicher Weise Anwendung finden müssen wie auf entsprechende Ermittlungsmaßnahmen deutscher Strafverfolgungsorgane. In Bezug auf Beweisverwertungsverbote ist eine nach den Regeln der EEA von einem ausländischen Vollstreckungsstaat im Ausland vorgenommene Beweiserhebung nach Ansicht der Kommission mithin genauso zu behandeln, wie eine von deutschen Strafverfolgungsbehörden in Deutschland durchgeführte Beweiserhebung. Maßgeblich ist also, ob die relevanten deutschen Verfahrensvorschriften (also die StPO) eingehalten wurden. Wenn dies nicht der Fall gewesen ist, ist darauf abzustellen, ob nach deutschem Recht aus der erfolgten Missachtung der deutschen Verfahrensvorschriften ein Beweisverwertungsverbot resultiert oder nicht.

Auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften des Vollstreckungsstaates kommt es dabei nicht an.

Deshalb sollte der Gesetzgeber nach dem Dafürhalten der Kommission im Kontext der Umsetzung der Richtlinie zu EEA bestimmen, dass durch den Vollstreckungsstaat erhobene Beweise im deutschen Strafverfahren grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen verwertbar sind, unter denen in Deutschland auch die von hiesigen Strafverfolgungsbehörden gewonnenen entsprechenden Beweise verwertbar sind.

Zwar kann der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung einer EEA eines anderen Staates ablehnen, wenn grundlegende Rechtssätze seines eigenen Rechts bei der Durchführung der Maßnahme verletzt würden, doch ist die Beachtung solcher Rechtsvorschriften des Vollstreckungsstaates für die Frage eines Beweisverwertungsverbots (nach deutschem Recht bei einer von Deutschland angeordneten EEA) grundsätzlich ohne Relevanz.

Allerdings legt Art. 14 Abs. 7 EEA ergänzend Folgendes fest:

„Der Anordnungsstaat berücksichtigt eine erfolgreiche Anfechtung der Anerkennung oder Vollstreckung einer EEA im Einklang mit seinem nationalen Recht. Unbeschadet der nationalen Verfahrensvorschriften stellen die Mitgliedsstaaten sicher, dass in einem Strafverfahren im Anordnungsstaat bei der Bewertung der mittels einer EEA erlangten Beweismittel die Verteidigungsrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet werden.“

Während der S. 2 dieser Norm - auch bei Richtlinienumsetzung - keine Probleme bereiten dürfte, weil damit eine ohnehin für jede Beweisverwertung geltende Verpflichtung (deklaratorisch) herausgestellt wird, gilt als noch nicht geklärt, welche Bedeutung der „Berücksichtigungspflicht“ nach S. 1 beizumessen ist. Relevant werden

kann diese Berücksichtigungspflicht, wenn der von einer Maßnahme Betroffene die Durchführung der Maßnahme im Vollstreckungsstaat erfolgreich (gerichtlich) beanstandet hat, also eine Instanz des Vollstreckungsstaates festgestellt hat, dass bei der Anerkennung oder Vollstreckung einer fremdstaatlichen Ermittlungsanordnung (gemessen am Recht des Vollstreckungsstaates) rechtswidrig gehandelt worden ist. Nach Art. 14 Abs. 7 EEA ist der erhobene Beweis in einem solchen Fall nicht per se unverwertbar, allerdings hat der Anordnungsstaat den Umstand der erfolgreichen Anfechtung im Vollstreckungsstaat bei seiner Entscheidung über die Beweiserhebung „zu berücksichtigen“.

Die Kommission stellt fest, dass unklar ist, was genau diese „Berücksichtigungspflicht“ für die deutschen Strafverfolgungsorgane bedeutet. Namentlich ist ungeklärt, ob diese „Berücksichtigungspflicht“ zu einem Verbot der Verwertung eines aufgrund einer EEA erhobenen Beweises führen kann, und wenn ja, unter welchen Umständen dies der Fall ist. Die Kommission hält es deswegen für angezeigt, im Zuge der Umsetzung der Richtlinie EEA zu prüfen, ob die Berücksichtigung einer erfolgreichen Anfechtung der Vollstreckung einer EEA im Vollstreckungsstaat nach Art. 14 Abs. 7 S. 1 der Richtlinie in bestimmten Konstellationen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots nach deutschem Recht nach sich zieht.

Letztlich hat die Kommission erwogen, konkrete Empfehlungen hinsichtlich des Projekts der Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft auszusprechen. Dazu hat sie sich jedoch nicht in der Lage gesehen. Im derzeitigen Stadium der Planungen zur Errichtung einer europäischen Staatsanwaltschaft liegen der Kommission noch zu wenige Informationen darüber vor, wie das von einer europäischen Staatsanwaltschaft initiierte Strafverfahren vor nationalen Gerichten der EU-Mitgliedsstaaten ausgestaltet werden soll. Insbesondere liegen der Kommission keine Informationen darüber vor, inwieweit supranationale europäische Regelungen zur Beweismittelnutzung geschaffen werden sollen.

Die Kommission hält es aber für unbedingt geboten, dass dafür Sorge getragen wird, dass bei Verfahren in Deutschland nach einem wie auch immer ausgestalteten System der europäischen Staatsanwaltschaft die deutschen rechtsstaatlichen Standards zu Beweisverwertungen im Strafverfahren gewahrt werden.

#### **4.2.7 Zusammenfassendes Fazit**

Im Völkerrecht lassen sich zwar insofern Beweiserhebungsverbote entnehmen, als völkerrechtliche Rechtspositionen wie z. B. die Gebietshoheit und Immunitäten die Befugnisse der Staaten, Hoheitsakte und damit auch strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen zu ergreifen, begrenzen. Da solche Rechtspositionen aber nicht den einzelnen Menschen, sondern allein den Staaten (und internationalen Organisationen) als klassische Völkerrechtssubjekte zukommen, lässt sich dem Völkerrecht kein Verbot entnehmen, unter Missachtung einer solchen Rechtsposition eines anderen Staates (oder einer internationalen Organisation) gewonnene Beweise in einem Strafverfahren zu verwerten. Beweisverwertungsverbote sind vom Völkerrecht her nur insoweit begründbar, als der einzelne Mensch ausnahmsweise Träger völkerrechtlicher Rechte ist und wenn durch eine Beweiserhebung ein solches völkerrechtliches Individualrecht missachtet wurde. Eine solche Konstellation kann bei einer Verletzung völkerrechtlicher Menschenrechtsgewährleistungen in Betracht kommen, sofern es sich dabei nicht nur - wie bei der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte - um Programmsätze handelt, sondern um subjektive Individualrechte, die das Völkerrecht dem Individuum als solchem zuerkennt und durch die dem Einzelmenschen insoweit partielle Völkerrechtssubjektivität verliehen wird. Dies ist namentlich bei den Menschenrechtsgewährleistungen der europäischen Menschenrechtskonvention der Fall.

Nach der Rechtsprechung des EGMR lässt sich der EMRK indes grundsätzlich kein Rechtssatz des Inhalts entnehmen, dass Beweise, die unter Verstoß gegen Einzelgewährleistung der EMRK, namentlich unter dem Verstoß des Konfrontationsrechts des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, gewonnen worden sind, generell einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Der EGMR prüft vielmehr am Maßstab der Gewährleistung eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK), ob durch die Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweises das Verfahren insgesamt unfair geworden ist. Dabei nimmt der EGMR - ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht und der BGH mit der „Abwägungslehre“ - eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vor. Auch die Frage, ob eine Verwertung von Beweisen, die unter (alleiniger) Missachtung des betreffenden nationalen Rechts erhoben wurden, mit der EMRK vereinbar ist, prüft der EGMR am Maßstab der Gewährleistung eines fairen Verfahrens. In Anwendung seiner Gesamtbetrachtungslehre stellt er auch insofern darauf ab, ob das Verfahren insgesamt betrachtet noch als fair bezeichnet werden kann oder nicht. Rigoros ist der EGMR dagegen, soweit Beweise unter Verstoß gegen das Folterverbot des Art. 3 EMRK erlangt wurden. Hier leitet der EGMR ein kategorisches Beweisverwertungsverbot als notwendige Konsequenz direkt aus dem Folterverbot ab, wobei sogar eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots gefordert wird. Entsprechendes gilt bei der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation. Solche führen nach Rechtsprechung des EGMR wegen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens gleichfalls zwingend zu einem Beweisverwertungsverbot.

Als völkerrechtliches Recht des Individuums ist auch die in Art. 36 WÜK normierte Pflicht anerkannt, einen ausländischen Beschuldigten über sein Recht auf konsularischen Beistand zu informieren. Daher kann aus einer unterbliebenen Belehrung nach Art. 36 WÜK ein auch unmittelbar dem Völkerrecht entspringendes Beweisverwertungsverbot resultieren.

Dagegen sind Beweisverbote, die die deutsche Rechtsprechung aus einer rechtsfehlerhaften Durchführung von Rechtshilfemaßnahmen durch einen anderen Staat abgeleitet hat, nicht unmittelbar völkerrechtlich fundiert, denn die Verwertbarkeit durch fremdstaatliche Rechtshilfe erlangter Beweise bestimmt sich nach der nationalen Rechtsordnung des strafverfolgenden Staates. Solche Beweisverbote können jedoch mittelbar aufgrund einer mit der rechtsstaatlich defizitären Beweisaufnahme im Ausland einhergehenden Verletzung völkerrechtlicher Menschenrechtsgewährleistung völkerrechtlich begründet sein.

Die deutsche Rechtsprechung zur Verwertbarkeit von Beweisen, die durch fremdstaatliche Rechtshilfe gewonnen wurden, lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Rechtshilfe wird grundsätzlich nach dem Recht des ersuchten Staates geleistet. Sind dessen verfahrensrechtliche Vorschriften beachtet worden, darf der erhobene Beweis prinzipiell in Deutschland verwertet werden, und zwar unabhängig davon, ob die Beweiserhebung mit deutschen Verfahrensvorschriften vereinbar ist. Lediglich dann, wenn bei der Beweiserhebung gegen grundlegende rechtsstaatliche Anforderungen verstoßen wurde, besteht ein Beweisverwertungsverbot. Wenn bei der Rechtshilfemaßnahme durch den ersuchten Staat dessen eigenes Verfahrensrecht missachtet wurde, besteht ein Verwertungsverbot für den erhobenen Beweis in einem deutschen Strafverfahren nur dann, wenn die Maßnahme nach deutschem Recht ebenfalls als verfahrensfehlerhaft zu bewerten ist und ein Verstoß gegen die entsprechende deutsche Verfahrensvorschrift nach deutschem Recht eine Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. Wenn dagegen das missachtete ausländische Recht des ersuchten Staates im deutschen Recht keine Entsprechung hat oder der Verfahrensfehler nach deutschem Recht kein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat, kann der Beweis in einem deutschen Strafverfahren verwertet werden.

Eine explizite Regelung zur Verwertbarkeit von Beweisen in Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof enthält Art. 69 Abs. 7 IStGH-Statut. Auch nach dieser Regelung sind verfahrensfehlerhaft erhobene Beweise nicht per se unverwertbar, sondern im Wesentlichen nur, wenn ihre Zulassung im grundsätzlichen Widerspruch zur Ordnungsgemäßheit des Verfahren stünde und dieser schweren Schaden zufügen würde. Im Ergebnis dürfte damit wohl auch der IStGH über die Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweisen am Maßstab der Garantie eines fairen Verfahrens und im Rahmen einer abwägenden Gesamtbetrachtung entscheiden.

### **4.3 Beweisverbote im deutschen Strafverfahren**

#### **4.3.1 Einleitung**

Im Folgenden wird ein Überblick über die gesetzlich geregelten und die für die Praxis bedeutsamen ungeschriebenen Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote gegeben. Die Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Eine vollständige Aufzählung sämtlicher Beweisverbote würde schon deswegen den Rahmen sprengen, weil sich eine allgemein anerkannte Beweisverbotslehre trotz intensiver Bemühungen von Literatur und Rechtsprechung nicht herausgebildet hat und damit eine sichere Abgrenzung des Kreises der Beweisverbote nicht möglich ist. Zudem finden sich Verwertungs-, aber auch Erhebungsverbote nicht nur in der StPO, sondern mit Relevanz auch für das Strafverfahren auch in einer kaum überschaubaren Zahl in bereichsspezifischen Spezialregelungen.

#### **4.3.2 Beweiserhebungsverbote**



#### 4.3.2.1 Beweisthemaverbote

Beweisthemaverbote untersagen es, bestimmte Tatsachen zum Gegenstand der Beweisführung zu machen.

Ausdrücklich gesetzlich geregelte Beweisthemaverbote finden sich insbesondere im Zusammenhang mit Eingriffen, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen können. Zu dessen absoluten Schutz hat der Gesetzgeber Beweisthemaverbote gesetzlich geregelt.

Hierzu zählen:

- Das Verbot der Anordnung einer Telefonüberwachung, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden (§ 100a Abs. 4 S. 1 StPO).
- Das Gebot, das Abhören und Aufzeichnen des in einer Wohnung nicht öffentlich gesprochenen Wortes nur anzuordnen, soweit aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte, insbesondere zu der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und im Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander, anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen nicht erfasst werden, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind (§ 100c Abs. 4 StPO); darüber hinaus das Gebot, das Abhören und Aufzeichnen unverzüglich zu unterbrechen, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Äußerungen erfasst werden, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind (100c Abs. 5 S. 1 StPO), und Aufzeichnung über solche Äußerung unverzüglich zu löschen (§ 100c Abs. 5 S. 2 StPO).

Dass aus dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung Beweiserhebungsverbote hergeleitet werden, beschränkt sich nicht auf den Bereich dieser ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften. Vielmehr ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum absoluten Schutz dieses Kernbereichs auch sonst ein Erhebungsverbot, wenn durch die Beweiserhebung absehbar ausschließlich dieser

Kernbereich betroffen sein wird. So ist die Beschlagnahme eines Tagebuchs ausgeschlossen, wenn eine Verwertbarkeit des gesamten Inhalts der Aufzeichnung von vornherein ausgeschlossen werden kann.

Ein weiteres absolutes Beweisthemaverbot erklärt Ermittlungen gegen bestimmte zeugnisverweigerungsberechtigte Berufsheimnisträger (insbesondere Geistliche, Verteidiger, Rechtsanwälte und Abgeordnete) für unzulässig, die voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würden, über die diese das Zeugnis verweigern dürften (§ 160a Abs. 1 S. 1 StPO). Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen (§ 160a Abs. 1 S. 3 StPO). Das Verbot gilt entsprechend, wenn durch eine nicht gegen eine solche Person gerichtete Ermittlungsmaßnahme von dieser Person Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte (§ 160a Abs. 1 S. 5 StPO). Hier soll als ungeschriebenes Verbot auch die Verpflichtung gelten, in besonderen Einzelfällen nach Maßgabe von Verhältnismäßigkeitserwägungen (relatives Verbot) die Maßnahme gegen einen Dritten zu unterbrechen, wenn sich die Erkenntnisse als geschützte erweisen.

Für die übrigen zur Zeugnisverweigerung berechtigten Berufsheimnisträger (insbesondere Notare, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Ärzte, Zahnärzte, psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Hebammen, Mitglieder, Beauftragte oder Berater bestimmter Beratungsstellen und Angehörige journalistischer Berufe) sieht § 160a Abs. 2 StPO dagegen nur ein relatives Beweisthemaverbot vor. Die Erhebung erfolgt nach Maßgabe einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses.

Beide Verbote gelten auch für die zeugnisverweigerungsberechtigten Hilfspersonen und für Personen in Vorbereitung auf entsprechende Berufe (§ 160a Abs. 3 i. V. m. § 53a StPO).

Ausnahmslos zum Schutz sämtlicher zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsgeheimnisträger untersagt § 100c Abs. 6 S. 1 Hs. 1 StPO das Abhören und die Aufzeichnung des in einer Wohnung gesprochenen Wortes in den Fällen des § 53 StPO (Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsgeheimnisträger).

Die Erhebung personenbezogener Daten Dritter bei technischen Maßnahmen gegen Mobilfunkendgeräte („IMSI-Catcher“) gestattet § 100i Abs. 2 S. 1 StPO nur, wenn dies aus technischen Gründen unvermeidbar ist.

Das Beweisthemaverbot aus § 160 Abs. 4 StPO untersagt Maßnahmen, soweit besondere („bereichsspezifische“) gesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen.

Damit korrespondiert das Verbot einer Anordnung der Übermittlung solcher Daten zum maschinellen Abgleich („Rasterfahndung“), deren Verwendung besondere gesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen (§ 98b Abs. 1 S. 6 StPO).

Abgesehen von den vorgenannten Vorschriften befasst sich die Mehrzahl ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen, aus denen Beweisthemaverbote hergeleitet werden, ihrem Wortlaut nach aber gar nicht mit Fragen des Beweises. Beweisthemaverbote werden in diesen Fällen vielmehr aus solchen Vorschriften hergeleitet, die dem Schutz von Geheimnissen rechtliche Anerkennung auch für gerichtliche oder behördliche Verfahren verschaffen. Hierzu zählen:

- Das Verbot, Beweis über den Inhalt einer Vorverurteilung zu erheben, sobald die Eintragung über diese Vorverurteilung im Bundeszentralregister getilgt oder zu tilgen ist (§§ 51 Abs. 1, 63 Abs. 4 BZRG mit den Ausnahmen in § 52 BZRG).
- Das Verbot, Beweis über den Inhalt von Tatsachen zu erheben, die dem richterlichen Beratungsgeheimnis nach §§ 43, 45 Abs. 1 S. 2 DRiG unterliegen.

- Das Verbot der Vernehmung von Zeugen über Tatsachen, hinsichtlich derer ihnen wegen Gefährdung der Staatssicherheit oder aus den in §§ 171b und 172 Nr. 2 und 3 GVG bezeichneten Gründen ein gerichtliches Schweigegebot auferlegt ist (§ 174 Abs. 3 GVG).
- Die bundes- und landesgesetzlichen Regelungen zum Schutz der Wahl- und Abstimmungsgeheimnisse.
- Der Schutz des Steuergeheimnisses, insbesondere durch § 30 AO.

Ein weiteres Beweisthemaverbot betrifft Tatsachen, die Gegenstand bindender Feststellungen im gleichen oder einem anderen Verfahren geworden sind. Hier ist insbesondere die gesetzliche Regelung des § 353 Abs. 2 StPO zu nennen, die das Revisionsgericht anhält, die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen (nur) aufzuheben, sofern sie durch die Gesetzesverletzung betroffen sind - sie also im Übrigen bindend für das weitere Verfahren bestehen zu lassen.

Eine Anzahl weiterer, ungeschriebener Beweisthemaverbote folgt aus dem Gegenstand, auf den sich der Begriff des Beweises bezieht: Beweis kann begrifflich nur erhoben werden über beweiserhebliche Tatsachen und über Erfahrungssätze, die nicht allgemein gültig sind, nicht dagegen über das anzuwendende inländische Recht, die Auslegung einzelner Rechtsbegriffe oder die Richtigkeit von Wertungen.

Dies führt insbesondere zu dem Verbot, Beweis über die folgenden Themen zu erheben:

- Den Bestand und die Auslegung inländischen Rechts und über seine Anwendung auf den Einzelfall.
- Die schuldangemessene Höhe der Strafe.
- Tatsächliche und rechtliche Erwägungen anderer Gerichte in gleichliegenden Verfahren oder Verfahren gegen andere Tatbeteiligte.
- Die günstige oder ungünstige Kriminalprognose als solche.
- Die Erforderlichkeit der Strafvollstreckung zur Verteidigung der Rechtsordnung gemäß § 56 Abs. 3 StGB als solche und über die Unerlässlichkeit der Verhängung einer kurzen Freistrafe zur Verteidigung der Rechtsordnung nach § 47 Abs. 1 StGB als solche.

- Den Inbegriff der Hauptverhandlung selbst, insbesondere über die vorausgegangenen Teile der Beweiserhebung, über den persönlichen Eindruck der Verfahrensbeteiligten oder eines beauftragten oder ersuchten Richters von ihr oder von anderen Verfahrensvorgängen.
- Umstände, die zur Entscheidung über Art und Inhalt der Verteidigungsstrategie geführt haben (nicht einheitliche Rechtsprechung, vergleiche BGH, NStZ 2008, 115, demgegenüber aber BGH, StV 2010, 287).

#### **4.3.2.2 Beweismittelverbote**

Durch Beweismittelverbote werden bestimmte sachliche oder persönliche Beweismittel von einer Beweiserhebung ausgeschlossen.

Hierzu zählen:

- Das Zeugnisverweigerungsrecht bestimmter Angehöriger des Beschuldigten nach § 52 StPO und verschiedener Berufsträger nach §§ 53, 53a StPO.
- Das Recht zur Verweigerung der Auskunft wegen der Gefahr, sich selbst oder bestimmten Angehörigen die Gefahr einer Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zuzuziehen (§ 55 StPO).
- Die Befugnis zur Verweigerung körperlicher Untersuchungen oder Entnahmen von Blutproben nach § 81c Abs. 3 StPO.
- Die Vorschriften über die Beschlagnahmefreiheit von Gegenständen gemäß § 97 StPO (mit der Verweisung durch die Regelung für die Rasterfahndung in § 98b Abs. 1 S. 7 StPO).
- Das Verbot der Vernehmung von Richtern, Beamten und anderen Personen des öffentlichen Dienstes nach § 54 StPO, von Soldaten nach § 14 SG und von Bediensteten der EU nach den Regelungen der VO Nr. 31 (EWG) und Nr. 11 (EAG) vom 18.12.1961 über Tatsachen, die der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit unterliegen.

- Das Verbot der Vorlegung oder Auslieferung von Akten oder sonstigen Schriftstücken entgegen einer Sperrerklärung der obersten Dienstbehörde oder der zuständigen Stelle eines Bundes- oder Landesparlaments nach § 96 StPO.
- Die Vorschriften über die Beschränkung der Zulässigkeit des Urkundsbeweises im §§ 250, 252 StPO.
- Das Verbot der Beweiserhebung über Unterlagen, die ein Beschuldigter erkennbar zu seiner Verteidigung in dem gegen ihn laufenden Strafverfahren anfertigt (BGHSt 44, 46).
- Das Verbot der Beweiserhebung über den Inhalt richterlicher Aufzeichnungen, die dem Beratungsgeheimnis unterliegen (BGHSt 54, 37).
- Die Erlaubnis zur molekulargenetischen Untersuchung von Material, das durch eine Maßnahme nach § 81a Abs. 1 oder § 81c StPO erlangt ist, ausschließlich zur Feststellung der Abstammung oder der Tatsache, ob aufgefundenes Spurenmaterial vom Beschuldigten oder einem Verletzten stammt (§ 81e Abs. 1 S. 3 StPO); die Beschränkung gilt auch für Untersuchungen an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Spurenmaterial (§ 81e Abs. 2 S. 2 StPO).
- Das Gebot der Verwendung von Körperzellen aus einer Entnahme zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters nach § 81g StPO ausschließlich für die molekulargenetische Untersuchung nach § 81g Abs. 1 StPO (§ 81g Abs. 2 StPO).
- Die Beschränkung der Verwendung von Material aus Reihentests auf die Zwecke der molekulargenetischen Untersuchung und des Abgleichs nach § 81h Abs. 1 StPO (§ 81h Abs. 3 S. 1 StPO).
- Das Verbot der Übermittlung oder Beschlagnahme (sowie Nutzung) der Daten aus dem Autobahnmautkontrollsystem (§ 7 Abs. 2 S. 3 BFStrMG).

#### 4.3.2.3 Beweismethodenverbote

Beweismethodenverbote untersagen eine bestimmte Art und Weise der Erhebung eines eigentlich zulässigen Beweises.

Hierzu zählen zunächst die benannten Beweismethodenverbote des § 136a StPO mit den Verweisungen der §§ 69 Abs. 3, 72 StPO. Sie untersagen die Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung und -betätigung von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung oder Hypnose (§ 136a Abs. 1 S. 1 StPO) sowie die Anwendung unzulässigen Zwangs (§ 136a Abs. 1 S. 2 StPO). Verboten ist ferner die Drohung mit einer nach den Vorschriften des Strafverfahrensrechts unzulässigen Maßnahme oder das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils (§ 136a Abs. 1 S. 3 StPO). § 136a Abs. 2 StPO verbietet darüber hinaus Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen beeinträchtigen.

Darüber hinaus gibt es die folgenden unbenannten Beweismethodenverbote:

- Fragen nach dem Wohnort oder der Identität des Zeugen oder Sachverständigen (§ 72 StPO) in den in § 68 Abs. 2 und 3 StPO bezeichneten Fällen einer Gefährdung der Auskunft- oder einer anderen Person.
- Nicht unerlässliche Fragen nach Tatsachen, die dem Zeugen oder Sachverständigen (§ 72 StPO) oder einem seiner Angehörigen zur Unehre gereichen können oder deren persönlichen Lebensbereich betreffen (§ 68a Abs. 1 StPO).
- Fragen nach Vorstrafen eines Zeugen oder Sachverständigen (§ 72 StPO), soweit deren Feststellung nicht notwendig ist, um über ein Vereidigungsverbot nach § 60 Nr. 2 StPO zu entscheiden oder um seine Glaubwürdigkeit zu beurteilen (§ 68a Abs. 2 StPO).

- Sonst ungeeignete oder aber nicht zur Sache gehörende Fragen an Angeklagte, Zeugen oder Sachverständige (§ 241 Abs. 2 StPO); insbesondere ist das Verbot von Fang- und Suggestivfragen sowie ausschließlich zur Verfahrensverzögerung gestellter Fragen ohne Bezug zum Gegenstand der Untersuchung zu nennen.

### **4.3.3 Beweisverwertungsverbote**

#### **4.3.3.1 Ausdrücklich gesetzlich geregelte Verwertungsverbote**

##### **4.3.3.1.1 Unselbständige Verwertungsverbote**

Innerhalb der ausdrücklich gesetzlich geregelten Beweisverwertungsverbote findet sich zunächst eine Reihe unselbständiger Verbote, die an eines der oben genannten Beweismethoden-, Beweismittel- oder Beweisthemaverbote anknüpfen.

Hierzu zählen:

- Das Verbot der Verwertung von Aussagen, die unter Verletzung eines der Methodenverbote des § 136a StPO zustande gekommen sind, auch ohne Rücksicht auf die Zustimmung der Auskunftsperson oder ihrer Einwilligung in die Methode (§ 136a Abs. 3 StPO mit den Verweisungen in §§ 69 Abs. 3, 72 StPO).
- Das Verbot der dem Betroffenen nachteiligen Verwertung in den Fällen des Beweisthemaverbots nach §§ 51 Abs. 1, 63 Abs. 4 BZRG.
- Die an die absoluten und relativen Beweisthemaverbote zum Schutz des Berufsgeheimnisses der Zeugnisverweigerungsberechtigten anknüpfenden Verwertungsverbote (§ 160a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3 StPO sowie speziell für die akustische Wohnraumüberwachung § 100c Abs. 6 S. 1 Hs. 2 StPO).
- Die Verwertungsverbote des § 100a Abs. 4 S. 2 und des § 100c Abs. 5 S. 3 StPO, die an die Beweisthemaverbote zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung im Rahmen der



Überwachung der Telekommunikation sowie des Abhörens und Aufzeichnens des in einer Wohnung nicht öffentlich gesprochenen Worts anknüpfen; es handelt sich um absolut wirkende Verbote, die jede Verwertung, auch für oder gegen andere Personen als den Betroffenen oder als Spurenansatz ausschließen.

- Die an die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Erhebung des jeweiligen Beweismittels anknüpfende Verwendungsregelung für Zufallsfunde in § 477 Abs. 2 S. 2 StPO, die die Zulässigkeit der Verwendung am Maßstab der Zulässigkeit des hypothetischen Ersatzeingriffs misst.
- Das an das Beweismittelverbot nach § 81c Abs. 3 S. 1 StPO anknüpfende Verwertungsverbot aus § 81c Abs. 3 S. 5 StPO. Danach ist im weiteren Verfahren eine Verwertung von Erkenntnissen aus einer Blutprobe oder einer körperlichen Untersuchung eines Unmündigen, die aufgrund einer Ersatzanordnung durch Gericht oder Staatsanwaltschaft im Beweissicherungsverfahren nach § 81c Abs. 3 S. 3 StPO erfolgt ist, nur mit Einwilligung des hierzu befugten gesetzlichen Vertreters möglich.

Daneben kennt die StPO auch eine Vielzahl ausdrücklich gesetzlich geregelter selbstständiger Verwertungsverbote, die also nicht an ein Erhebungsverbot anknüpfen:

- Nach § 161 Abs. 2 StPO dürfen Daten aus nicht strafprozessualen hoheitlichen Ermittlungsmaßnahmen (insbesondere nach dem Polizeirecht und dem Recht der Nachrichtendienste) zu Beweis Zwecken im Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung die Maßnahme auch nach der StPO hätte angeordnet werden dürfen (Maßstab der Zulässigkeit des hypothetischen Ersatzeingriffs). Die Regelung betrifft nicht die Verwendung als Spurenansatz oder zum Zwecke der Aufenthaltsermittlung.
- § 100c Abs. 6 S. 2 StPO begründet ein relatives Beweisverwertungsverbot (Verwertung nach Maßgabe einer Abwägung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten) für Erkenntnisse aus einer akustischen Wohnraumüberwachung im

Schutzbereich des Zeugnisverweigerungsrechts der Angehörigen nach § 52 StPO sowie der Berufshelfer der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsträger nach § 53a StPO.

- § 100d Abs. 5 Nr. 1, 3 StPO: Personenbezogene Daten aus einer akustischen Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO oder aus einer präventiv-polizeilich akustischen Wohnraumüberwachung dürfen in (anderen) Strafverfahren ohne Einwilligung der überwachten Person nur zur Aufklärung einer Tat verwendet werden, aufgrund derer ebenfalls eine Anordnung nach § 100c StPO hätte erfolgen können, oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person (Maßstab des hypothetischen Ersatzeingriffs).
- § 161 Abs. 3 StPO begründet ein absolutes Verwertungsverbot für in oder aus einer Wohnung erlangte personenbezogene Daten bei Einsatz technischer Mittel zur Eigensicherung im Zuge nicht offener Ermittlungen bis zur Feststellung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme durch das zuständige Amtsgericht. Nach einer solchen Feststellung besteht ein relatives Beweisverwertungsverbot, dass eine Verwertung nur aufgrund einer Abwägung nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit ermöglicht.
- Nach § 100i Abs. 2 S. 2 StPO darf eine Verwertung personenbezogener Daten Dritter aus technischen Maßnahmen gegen Mobilfunkendgeräte („IMSI-Catcher“) nur für den Datenabgleich zur Ermittlung der gesuchten Geräte- und Kartenummer erfolgen.
- § 101 Abs. 8 S. 3 StPO gestattet die Verwertung von personenbezogenen Daten aus einer der in § 101 Abs. 1 StPO genannten verdeckten Ermittlungsmaßnahme, die nur noch zum Zweck der gerichtlichen Überprüfung der Maßnahme gespeichert sind, ohne Einwilligung des Betroffenen nur für diesen Zweck. Die Beschränkung gilt auch für die Speicherung von Bild-Ton-Aufzeichnungen von Zeugenvernehmungen, § 58a Abs. 2 S. 2 StPO.
- §§ 108 Abs. 3, 111b Abs. 4 StPO (mit Verweisung für Kontrollstellen auf Straßen und Plätzen gemäß § 111 Abs. 3 StPO) ermöglichen eine

Verwertung von Zufallsfunden bei Angehörigen zeugnisverweigerungsberechtigter journalistischer Berufe zu Beweis Zwecken nur beim Verdacht von Straftaten, die im Höchstmaß mit Freistrafe von mindestens 5 Jahren bedroht sind, oder bei Verletzung des Dienstgeheimnisses oder einer besonderen Geheimhaltungspflicht nach § 353 StGB.

- § 81g Abs. 2 StPO erlaubt die Verwendung von nach § 81g Abs. 1 StPO entnommenen Körperzellen nur für die molekulargenetische Untersuchung nach Abs. 1.
- § 98a Abs. 3 S. 2 StPO verbietet die Nutzung von Daten, die im Rahmen der Übermittlung zur Rasterfahndung nur deshalb übermittelt wurden, weil sie von den zu übermittelnden Daten nur mit unverhältnismäßigem Aufwand getrennt werden könnten.
- § 257c Abs. 4 S. 3 StPO begründet ein Verwertungsverbot für das verständigungs-basierte Geständnis des Angeklagten nach entfallener Bindungswirkung der Verständigung.

Auch in Spezialgesetzen finden sich ausdrückliche Verwertungsverbote. Hier geht es insbesondere um die Verwendung solcher Daten für Zwecke der Strafverfolgung, die ursprünglich für andere Zwecke erhoben worden sind (sogenannte Umwidmung). Außerdem finden sich hier Regelungen, die den Grundsatz der Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung für Regelungsbereiche umsetzen, für die gesetzliche Auskunfts- und Mitwirkungspflichten bestehen.

Als Beispiele sind zu nennen:

- § 7 Abs. 2 S. 4, Abs. 6 G10-Gesetz erlaubt die Übermittlung und Verwendung von Daten aus Maßnahmen nach dem G 10-Gesetz zur Verfolgung von Straftaten aus dem Katalog in § 7 Abs. 4 S. 1 G10-Gesetz
- Die Übermittlung- und Verwendungsregelungen der Polizei- und Nachrichtendienstgesetze des Bundes und der Länder.
- Die Übermittlung- und Verwendungsregelungen des Kreditwesengesetzes.

- Die Übermittlung- und Verwendungsregelungen des Geldwäschegesetzes.
- Die Übermittlung- und Verwendungsregelungen des SGB X.
- § 393 Abs. 2 AO untersagt die Verwendung von Tatsachen oder Beweismitteln, die Gericht oder Staatsanwaltschaft im Strafverfahren aus Steuerakten bekannt werden und die der Steuerpflichtige vor Einleitung des Strafverfahrens oder in deren Unkenntnis in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, zur Verfolgung einer Tat, die keine Steuerstraftat ist. Das Verbot gilt nach S. 2 der Vorschrift nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse im Sinne des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO besteht.
- § 101 Abs. 8 UrhG ermöglicht die Verwertung der Erkenntnisse aus der Erfüllung des urheberrechtlichen Auskunftsanspruchs wegen einer vor Erteilung der Auskunft begangenen Tat gegen den Verpflichteten oder einen Angehörigen nur mit Zustimmung des Verpflichteten.
- Nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO darf eine Auskunft des auskunftspflichtigen (Gemein-) Schuldners in einem Verfahren gegen ihn oder einen Angehörigen nur mit Zustimmung des Schuldners verwendet werden.

#### **4.3.3.2 Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote**

Ein systematisch geordneter Ansatz zur Herleitung ungeschriebener Beweisverwertungsverbote ist durch die obergerichtliche Rechtsprechung bisher nicht entwickelt worden. Die Begründung solcher Verbote ist kasuistisch geprägt und hat zu nicht immer vorhersehbaren Ergebnissen geführt.

In der Regel erfolgt sie nach der Maßgabe eines Abwägungsmodells. Die Rechtsprechung des BGH geht davon aus, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, wonach jeder Verstoß gegen Erhebungsvorschriften ein Verwertungsverbot nach sich

ziehen muss, fremd ist. Vielmehr ist über die Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, widerspricht die Annahme eines Verwertungsverbots gegen eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich für die Abwägung ist insbesondere das Gewicht des infrage stehenden Verfahrensverstoßes, das seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt wird. Für spezielle Bereiche der Verwertungsverbote ist dieses Abwägungsmodell der ständigen Rechtsprechung inzwischen auch gesetzlich verankert (vergleiche z. B. § 160a Abs. 2 StPO).

Teilweise zieht die Rechtsprechung auch heute noch Gesichtspunkte der älteren Rechtskreistheorie heran, wie sie durch den Großen Senat für Strafsachen in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1958 entwickelt worden war (BGHSt 11, 213). Die Entscheidung macht die Verwertbarkeit davon abhängig, ob durch die Verletzung der betreffenden Verfahrensvorschrift der Rechtskreis des Angeklagten berührt worden ist. Sie geht von dem Gedanken einer natürlichen Stufung der Verfahrensvorschriften aus und systematisiert sie in einem gleitenden System ihrer Bedeutung von „allgemein übergeordneten Normen, welche die rechtsstaatlichen Grundlagen gewährleisten“ (und deren Verletzung mithin die Annahme eines Verwertungsverbots nahelegt) bis hinab zu „bloßen Ordnungsvorschriften“ (deren Verletzung mithin ohne Auswirkung auf die Verwertung erlangter Beweismittel bleibt). Auch wenn gerade die letzte Kategorie der Irrelevanz der Verletzung sogenannter

„Ordnungsvorschriften“ vom 1. Strafsenat des BGH bereits 1974 als „methodisch veraltete Vorstellung“ bezeichnet worden ist (BGHSt 25, 325), werden der Sache nach Ansätze einer solchen Stufung und Ordnung von Verfahrensvorschriften nach Rechtskreis Gesichtspunkten im Einzelfall auch heute noch durch die Rechtsprechung herangezogen.

Die eigentliche Schwäche dieses Begründungsansatzes liegt darin, dass es sich um ein rein revisionsrechtlich orientiertes Argument handelt, das die Rügbarkeit für den Angeklagten in der Rechtsmittelinstanz betrifft. Dem Tatrichter, der einen Fehler selbst bemerkt, gibt sie nichts für die Frage an die Hand, ob die Verwertung des bemakelten Beweises nur zulässig ist oder aber unter Aufklärungsgesichtspunkten rechtlich geboten ist. Offen bleibt auch, was in einem solchen Fall auf die Rüge der Staatsanwaltschaft zu geschehen hat, die mit ihrer Einlegung die Einhaltung eines justizförmigen Verfahrens verfolgt.

In der Folge sollen die praktisch bedeutsamsten ungeschriebenen Beweisverwertungsverbote kurz dargestellt werden:

#### **4.3.3.2.1 Beweisverbote nach Belehrungsfehlern**

##### **4.3.3.2.1.1 Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen des Beschuldigten (§ 52 Abs. 3 StPO)**

Die unterlassene Belehrung über das Verweigerungsrecht in der Hauptverhandlung führt zu einem umfassenden Verwertungsverbot, weil das Zeugnisverweigerungsrecht nicht nur den Gewissenskonflikt des Zeugen betrifft, sondern auch den Schutz der Familie des Angeklagten; er berührt damit auch dessen eigenen Rechtskreis. Das Zeugnisverweigerungsrecht besteht auch im Verfahren gegen mehrere Beschuldigte, von denen nicht alle Angehörige des Zeugen sind, in vollem Umfang, wenn die Aussage des Zeugen auch seinen Angehörigen betrifft. Ausreichend ist, dass in irgendeinem Verfahrensabschnitt, sei es

auch im Ermittlungsverfahren, ein gegen die mehreren Beschuldigten gerichtetes zusammenhängendes Verfahren in Bezug auf dieselbe Tat anhängig war (BGHSt 32, 25; 29, 34; 34, 215). Bloße Gleichzeitigkeit der Ermittlungen reicht dagegen nicht aus, auch nicht bei bloß faktisch gemeinsam geführtem Ermittlungsvorgang ohne Willensentscheidung der Staatsanwaltschaft zur prozessualen Gemeinsamkeit der Verfahren. Dass der Angehörige später als Beschuldigter aus dem Verfahren ausgeschieden ist, bringt das Verweigerungsrecht nach bisheriger Rechtsprechung nicht zum Erlöschen. Allerdings erwägt die neuere Rechtsprechung, allerdings ohne dies bisher tragend entschieden zu haben, ob dem Zeugnisverweigerungsrecht nicht umgekehrt nur so lange Bestand zuzubilligen sein sollte, wie sich das Verfahren noch gegen einen Angehörigen des Zeugen richtet und nicht - davon losgelöst - lediglich als Rechtsreflex auch Nichtangehörige begünstigt.

Auch nach der überkommenen Rechtsprechung erlischt das Zeugnisverweigerungsrecht aber jedenfalls dann, wenn mit einer Verfolgung des Angehörigen nicht mehr (ernstlich) gerechnet werden kann. Das ist insbesondere der Fall nach rechtskräftigem Abschluss des gegen den Angehörigen geführten Verfahrens durch dessen Freispruch oder Verurteilung, dann auch wegen Vorwürfen, die im Hinblick auf den rechtskräftig Abgeurteilten nach § 154 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO eingestellt worden sind, und schließlich nach dem Tod des Angehörigen.

Nicht mit der Herleitung aus dem Rechtskreisgedanken vereinbar ist, dass im Verfahren gegen mehrere Beschuldigte auch derjenige von ihnen, der nicht Angehöriger des Zeugen ist, die unterlassene Belehrung mit der Folge eines Verwertungsverbots auch zu seinen Gunsten rügen können soll.

Allerdings ist stets die Kausalität des Belehrungsfehlers für das Urteil zu prüfen, an der es insbesondere dann fehlt, wenn der Zeuge in Kenntnis seines Verweigerungsrechts ausgesagt hat.

Auf das Unterlassen der Belehrung in einer früheren Vernehmung des Zeugen kommt es für ein Verwertungsverbot nicht an. Die Rechtsprechung leitet aus § 252 StPO in allen Fällen, in denen der Angehörige in der Hauptverhandlung von § 52 StPO Gebrauch macht, ein Beweisverwertungsverbot für frühere nicht richterliche Vernehmungen ab.

Stirbt allerdings der ohne Belehrung vernommene Zeuge vor der Hauptverhandlung, ohne sich inzwischen auf sein Verweigerungsrecht berufen zu haben, und ist nicht sicher feststellbar, dass er dies getan hätte, so soll kein Verwertungsverbot bestehen, weil die Konfliktsituation für den Zeugen nicht mehr bestehen könne. Diese Rechtsprechung steht allerdings im Widerspruch zu dem Begründungsansatz, das Zeugnisverweigerungsrecht betreffe nicht nur den Konflikt des Zeugen selbst, sondern auch den Schutz der Familienbande.

Ein Sonderfall besteht darin, dass das Unterlassen der Belehrung in der früheren Vernehmung seinen Grund darin hat, dass es sich zu deren Zeitpunkt nicht um eine Zeugen- sondern eine Beschuldigtenvernehmung handelte und jetzt nicht festgestellt werden kann, ob der angehörige Zeuge von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch machen würde, weil er inzwischen flüchtig ist - insbesondere also, wenn das ursprünglich auch gegen ihn geführte Verfahren gerade wegen der Flucht abgetrennt worden ist. Ein Verwertungsverbot wird hier verneint, weil die Auskunftsperson die Zeugenstellung und damit das Verweigerungsrecht aus § 52 StPO in unzulässiger Weise durch ihre Flucht überhaupt erst geschaffen hat.



#### **4.3.3.2.1.2 Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr von Selbst- oder Angehörigenbelastung (§ 55 Abs. 2 StPO)**

Zu unterscheiden sind die Fallgruppen der Verwertung für das Verfahren, in dem die Zeugenaussage erfolgt ist, und der Verwertung in einem späteren Verfahren gegen den Zeugen selbst.

Ist die Belehrung in der Hauptverhandlung unterblieben oder fehlerhaft erteilt worden, verneint der BGH ein Verwertungsverbot für das gleiche Verfahren und stützt sich auf das Rechtskreisargument. Es bestehe kein allgemeines Recht des Angeklagten, jedes wie auch immer geartete prozessordnungswidrige Verhalten des Gerichts zu rügen. Dagegen spreche schon die natürliche Stufung der Verfahrensvorschriften. Bei jeder müsse einzeln geprüft werden, ob ihre Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers unmittelbar berühren oder ob sie für ihn nur von untergeordneter oder von keiner Bedeutung sei (Anhaltspunkte für diese Überprüfung sollen sein: der Rechtfertigungsgrund der Bestimmung; in wessen Interesse sie geschaffen worden sei; die Protokollfähigkeit des gerügten Vorgangs). Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO beruhe ausschließlich auf der Achtung des Persönlichkeitsrechts des Zeugen und erspare nur diesem den Konflikt.

Soweit es um die Verwertbarkeit früherer Aussagen des Zeugen bei Auskunftsverweigerung erst in der Hauptverhandlung geht, verneint die Rechtsprechung auch hier ein Verwertungsverbot. Das aus § 252 StPO hergeleitete Verwertungsverbot für vorherige Aussagen eines Zeugen, der erst in der Verhandlung das Verweigerungsrecht nach § 52 StPO in Anspruch nimmt, sei auf das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO nicht entsprechend anwendbar. § 55 StPO nehme nur auf den inneren Zwiespalt des Zeugen Rücksicht, betreffe aber anders als § 52 StPO nicht dessen Beziehung zum Angeklagten.

Die unterlassene oder fehlerhafte Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO begründet hingegen ein Verwertungsverbot in dem späteren Verfahren

gegen den falsch belehrten Zeugen selbst. Die Rechtskreistheorie steht hier der Annahme eines Verwertungsverbots nicht entgegen, da es hier gerade um den Rechtskreis des nunmehr Angeklagten geht. Das Prinzip des fairen Verfahrens im Sinne des Art. 6 EMRK und die Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung sprechen darüber hinaus für ein Verwertungsverbot.

Das Verwertungsverbot besteht jedoch dann nicht, wenn der Belehrungsfehler nicht kausal geworden ist, der Zeuge also auch bei zutreffender Belehrung ausgesagt hätte, etwa weil ihm sein Recht zur Verweigerung der Auskunft ohnehin bekannt war. Weiter besteht das Verwertungsverbot auch nicht für ein Verfahren, in dem es um den Vorwurf einer sachlich falschen Aussage des früheren Zeugen geht. Die Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO bezweckt nicht die Verhinderung einer Falschaussage; über seine Pflicht, die Wahrheit zu sagen, wird der Zeuge ohnehin nach § 57 StPO belehrt.

#### **4.3.3.2.1.3 Belehrung über das Untersuchungsverweigerungsrecht nach §§ 81c Abs. 3 S. 1, 52 Abs. 3 S. 1 StPO**

Die Pflicht zur Belehrung nach § 52 Abs. 3 StPO gilt für das Recht zur Verweigerung der Untersuchung nach § 81c Abs. 3 StPO, das an die Zeugnisverweigerungsgründe anknüpft, entsprechend.

Das Unterlassen einer Belehrung des Untersuchten oder (in den Fällen des § 81c Abs. 3 S. 2 StPO) seines gesetzlichen Vertreters führt nach den zu § 52 StPO dargestellten Gründen zu einem umfassenden Verwertungsverbot, sofern die unterlassene Belehrung für die Untersuchung kausal war.

Der Verstoß wird dadurch geheilt, dass der Betroffene nach nachgeholter Belehrung der Verwertung zustimmt. Ausreichen soll ferner, wenn er in

späterer zeugenschaftlicher Vernehmung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet.

#### **4.3.3.2.1.4 Freiwillige Herausgabe eines Beweismittels durch zeugnisverweigerungsberechtigten Gewahrsamsinhaber (§§ 96 Abs. 2 S. 2, 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO)**

Die Verwertung ist nur nach Belehrung des Gewahrsaminhabers über die Freiwilligkeit analog § 52 Abs. 3 StPO zulässig; anderenfalls besteht ein Verwertungsverbot, dass der Angeklagte nach den zu § 52 StPO entwickelten Grundsätzen geltend machen kann. Das Verwertungsverbot setzt die Kausalität des Belehrungsmangels voraus. Der Verstoß kann durch Nachholung der Belehrung und nachträgliche Einverständniserklärung des Berechtigten geheilt werden. Verwertbar soll das Beweismittel ferner dann sein, wenn es auch auf anderer Grundlage, etwa nach § 81a StPO, hätte erlangt werden können.

Für den Fall des Widerrufs des Einverständnisses wird § 252 StPO entsprechend anwendbar sein mit der Folge, dass eine Vernehmung von Ermittlungspersonen, die den Gegenstand gesehen haben, unzulässig ist. Der BGH hat die Anwendbarkeit der Vorschrift jedenfalls für Schriftstücke, die der Zeuge bei seiner Vernehmung der Verhörfperson übergeben hatte, bejaht.

In Anlehnung an § 53 Abs. 2 S. 1 StPO wird für den genannten Kreis an verweigerungsberechtigten Personen die Möglichkeit anzuerkennen sein, dass der Beschuldigte selbst der Verwertung zustimmt und damit die Beweiserhebung ermöglicht.

#### **4.3.3.2.1.5 § 57 StPO**

Der Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 57 StPO begründet die Revision des Angeklagten nach ständiger Rechtsprechung nicht. Es handelt sich um eine lediglich im Interesse des Zeugen erlassene Ordnungsvorschrift.

#### **4.3.3.2.1.6 §§ 53, 53a, 54 StPO**

Eine Pflicht zur Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 53, 53a StPO oder über die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit nach § 54 StPO besteht nicht, so dass die Konstellationen nicht in die hier zu erörternde Fallgruppe gehören.

#### **4.3.3.2.1.7 Belehrungen des Beschuldigten oder Angeklagten**

##### **4.3.3.2.1.7.1 Belehrung über das Schweigerecht zu Beginn der Hauptverhandlung (§ 243 Abs. 5 S. 1 StPO)**

Der Verstoß gegen die Belehrungspflicht führt zu einem Verwertungsverbot zu Gunsten des betreffenden Angeklagten. Dies gilt nicht, wenn er das Schweigerecht gekannt hat, und auch dann nicht, wenn er sich auch bei dessen Kenntnis durch Aussage zur Sache verteidigt hätte. Den Belehrungsverstoß gegenüber einem anderen Mitangeklagten können Angeklagte mit der Revision nicht geltend machen, da ihr Rechtskreis nicht berührt ist.

#### **4.3.3.2.1.7.2 Belehrung über das Schweigerecht bei außergerichtlicher Vernehmung (§§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO)**

Von der früheren Auffassung, die Verletzung der Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO (mit den Verweisungen in § 163a StPO) begründe kein Verwertungsverbot, ist der BGH im Jahr 1992 abgerückt (BGHSt 38, 214). Maßgeblich sind für den BGH folgende Argumente gewesen:

- Das Schweigerecht sei ein anerkanntes Grundprinzip des Strafprozesses, das im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte verankert und in dem Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten verwurzelt sei. Es handelte sich um einen notwendigen Bestandteil eines fairen Verfahrens.
- Das Gesetz halte die Belehrung des Beschuldigten für erforderlich, weil das Schweigerecht nicht allgemein bekannt sei.
- Im Vergleich mit der Belehrung in der Hauptverhandlung nach § 243 Abs. 5 S. 1 StPO besteht bei der ersten Vernehmung die Gefahr einer unbedachten Selbstbelastung erst recht und ganz besonders.

Eine Ausnahme gilt auch hier, wenn der Beschuldigte sein Schweigerecht bereits kannte. Dies sei nach Auffassung des BGH regelmäßig anzunehmen, wenn der Beschuldigte sich in Anwesenheit seines Verteidigers einlasse; bei wertender Abwägung sei hier dem Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts und der Durchführung des Strafverfahrens Vorrang zu geben.

Eine weitere Ausnahme gilt, wenn der Angeklagte der Verwertung in der Hauptverhandlung zustimmt. Dabei ist der unverteidigte Angeklagte darüber zu belehren, dass er der Verwertung der früheren Vernehmung widersprechen kann. Beim verteidigten Angeklagten setzt die Verwertung dagegen lediglich voraus, dass er ihr zustimmt oder bis zu dem in § 257

StPO bestimmten Zeitpunkt nicht widersprochen hat (Widerspruchslösung).

Ein Verwertungsverbot besteht nach BGHSt 39, 349 auch dann, wenn die Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO dem Beschuldigten zwar erteilt worden ist, er sie aber aufgrund eines durch geistig-seelische Störung verursachten Verständnisdefizits nicht verstanden hat. Auch hier soll das Verbot nur dann anzunehmen sein, wenn der verteidigte Angeklagte der Verwertung bis zu dem in § 257 StPO bestimmten Zeitpunkt widersprochen hat.

Anerkannt ist durch die Rechtsprechung die Möglichkeit einer indifferenten Informationssammlung durch sogenannte informatorische Befragung, die zunächst nur der Klärung dazu dient, wer als Beschuldigter und wer als Zeuge in Betracht kommt. Da bei ihrer Durchführung die Beschuldigteneigenschaft noch nicht ersichtlich ist, bedarf es auch keiner Belehrung. Äußerungen der späteren Beschuldigten in diesem Rahmen sind daher verwertbar. Die Vernehmungsperson hat bei der Beurteilung der Frage des Übergangs zu Beschuldigteneigenschaft einen weiten Beurteilungsspielraum; allerdings kann sich die Behandlung als Beschuldigter auch schon aus den äußeren Umständen der Befragung ergeben.

Spontanäußerungen, die der Beschuldigte abgibt, bevor er überhaupt belehrt werden kann, sind stets verwertbar.

Eine Rügemöglichkeit besteht auch hier nur für den fehlerhaft nicht belehrten Beschuldigten selbst, nicht für den Mitbeschuldigten.

#### **4.3.3.2.1.7.3 Recht zur Verteidigerkonsultation (§§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO)**

Auch das Unterbleiben der Belehrung über das Recht zur Verteidigerkonsultation begründet ein Verwertungsverbot. Es besteht auch dann, wenn der Beschuldigte nach Belehrung die Konsultation gewünscht und von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat, dann aber spontan Äußerungen abgibt, die zum Anlass für sachaufklärende Nachfragen genommen worden sind (BGHSt 58, 301).

Es scheidet grundsätzlich aus, wenn dem Beschuldigten sein Recht bekannt war. Etwas anderes mag lediglich dann gelten, wenn er sich in einer verängstigenden und bedrückenden Situation befindet, in der er gerade deshalb einer aktuellen Belehrung bedarf (BGHSt 47, 172, 175).

Die Ausführungen zur informatorischen Befragung zur Spontanäußerung gelten hier entsprechend.

#### **4.3.3.2.1.7.4 Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand (Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK)**

Der BGH hat für Fälle des Unterbleibens der Belehrung zunächst ein Verwertungsverbot verneint. Dem ist das Bundesverfassungsgericht - wie bereits oben dargestellt - entgegengetreten. Nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung kann das Unterbleiben ein Verwertungsverbot zur Folge haben, wenn dem Beschuldigten durch die fehlende Belehrung Nachteile entstanden sind. Das Verwertungsverbot setzt auch hier den rechtzeitigen Widerspruch des Angeklagten voraus. Es kann nicht durch einen anderen Beschuldigten mit der Revision geltend gemacht werden.

#### **4.3.3.2 Beweisverbote nach rechtsfehlerhaft durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen**

##### **4.3.3.2.1 Im Zusammenhang mit Vernehmungen oder Augenscheinseinnahmen**

###### **Recht zur Verteidigerkonsultation**

Wird der Beschuldigte zwar über sein Recht zur Konsultation eines Verteidigers belehrt, ihm dann aber die Konsultation tatsächlich verwehrt, hat dies ein Verwertungsverbot zur Folge. Die Entscheidung für oder gegen ein Verwertungsverbot, so der BGH, sei aufgrund einer umfassenden Abwägung zu treffen, bei der das Gewicht des Verfahrensverstößes sowie seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen ebenso ins Gewicht fallen, wie die Erwägung, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden darf. Die hier verletzte Verfahrensvorschrift des § 137 Abs. 1 S. 1 StPO sichere die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten, so dass es keinem Zweifel unterliege, dass die bewusste Verhinderung der Rücksprache mit einem Verteidiger zu einem Verwertungsverbot führe. Äußert der Beschuldigte den Wunsch nach anwaltlichen Beistand, so ist die Vernehmung zunächst zu unterbrechen und darf ohne Anwesenheit eines Verteidigers nur fortgesetzt werden, wenn der Beschuldigte sich damit einverstanden erklärt hat. Dem müssen ernsthafte Bemühungen des Vernehmungsbeamten vorausgegangen sein, den Beschuldigten bei der Herstellung eines Kontakts in effektiver Weise zu helfen. Allerdings stellt es keinen Verfahrensfehler dar, die Vernehmung fortzuführen, wenn der Beschuldigte nach Bedenkzeit von sich Äußerungen auch ohne Anwesenheit eines Verteidigers abgeben will. Ständiges weiteres Nachfragen oder gar Bedrängen des Beschuldigten zu Äußerung sind aber unzulässig.

Die Verwertung ist auch hier nur dann unzulässig, wenn der Angeklagte ihr bis zu dem in § 257 StPO bestimmten Zeitpunkt widerspricht (Widerspruchslösung).



### **Anwesenheitsrecht des Verteidigers oder des Beschuldigten bei richterlichen Vernehmungen nach §§ 168c Abs. 5, 224 StPO oder beim richterlichen Augenschein nach § 168d Abs. 2 S. 2 StPO**

Das Unterbleiben der gebotenen (also nicht nach § 168c Abs. 5 S. 2, 294 Abs. 1 S. 2 StPO entbehrlichen) Benachrichtigung des Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Beschuldigten oder bei der Einnahme eines richterlichen Augenscheins nach § 168d StPO führt zu einem Verwertungsverbot. Das Verbot betrifft allerdings nur die Verwertung als richterliche Vernehmung im Wege der Verlesung nach § 251 Abs. 2 StPO oder der Vernehmung des Ermittlungsrichters. Zulässig ist dagegen die Verwertung als Niederschrift einer nichtrichterlichen Vernehmung im Wege der Verlesung gemäß § 251 Abs. 1 StPO unter Berücksichtigung des entsprechend geminderten Beweiswertes. Auch die Verwendung zum Zwecke des Vorhalts ist zulässig.

Das Verbot erstreckt sich, wenn es die Benachrichtigung von einer Beschuldigtenvernehmung betrifft, nicht auf die Verwertung betreffend eines Mitbeschuldigten. Die betreffende Entscheidung des 1. Strafsenats aus dem Jahr 2009 erwägt zudem, ob es ausgeschlossen ist, wenn der Vernommene sein Recht zur Verteidigerkonsultation kannte (BGHSt 53, 191).

#### **4.3.3.2.2.2 Sonstige Maßnahmen**

##### **Körperliche Untersuchung des Beschuldigten, § 81a StPO**

Im Bereich der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten nach § 81a StPO führen Verfahrensverstöße in der Regel nicht zu Verwertungsverboten. Die Rechtsprechung macht die Bejahung eines Beweisverwertungsverbots von einer Abwägung mit den Belangen einer effektiven Strafrechtspflege abhängig und gelangt zu einem solchen Verbot deshalb nur bei schwerwiegenden Verfahrensverstößen oder bei

solchen, die bewusst oder willkürlich begangen wurden. Bei der Gewichtung wird in weitem Umfang der hypothetisch rechtmäßige Ermittlungsverlauf (Ersatzeingriff) mit bedacht.

Was die Anordnungszuständigkeit angeht, führt deswegen nur die bewusste Umgehung des Richtervorbehalts oder die willkürliche Annahme einer Gefahr im Verzug zu einem Verwertungsverbot. Als bewusste Umgehung ist allerdings auch die generelle Negierung des Richtervorbehalts in der polizeilichen Praxis, etwa durch generelle Dienstanweisung, anzusehen. Mit der erfolgten Einschaltung des Ermittlungsrichters ist der Rückgriff auf die Anordnungszuständigkeit bei Gefahr im Verzug, etwa weil der Richter sich weigert, ohne schriftliche Unterlagen zu entscheiden, nicht mehr möglich, sofern es sich nicht um nach der Befassung neu eintretende oder bekannt gewordene tatsächliche Umstände handelt (BVerfG NJW 2015, 2787).

Unterschiedlich beurteilt wird, inwieweit die Nichtexistenz eines richterlichen Bereitschaftsdienstes zur Nachtzeit Einfluss auf die Annahme eines Verwertungsverbots haben kann. Ist der Richter aufgrund von Organisationsmängeln auch zur Tagzeit nicht erreichbar, führt das zu einem Verwertungsverbot.

Dokumentationsmängel führen nicht zu einem Verwertungsverbot.

Zur Unverwertbarkeit führt dagegen das völlige Fehlen einer Anordnung oder Einwilligung oder die Anwendung unerlaubten Zwangs, das Vortäuschen einer Pflicht zur aktiven Mitwirkung oder das Ausnutzen eines entsprechenden Irrtums oder die Anwendung von Methoden, die gegen die Grundsätze eines an Gerechtigkeit und Billigkeit orientierten Verfahrens verstoßen.

Die Verwertung einer zu anderen Zwecken entnommenen Blutprobe ist zulässig, wenn sie auch aufgrund einer Anordnung nach § 81a StPO hätte entnommen werden dürfen.

### **Körperliche Untersuchung anderer Personen, §§ 81c, 81d StPO**

Das Fehlen der Voraussetzungen der Abs. 1 und 2 des § 81c StPO oder ein Verstoß gegen § 81d StPO begründen kein Verwertungsverbot, da die Begrenzungen ausschließlich dem Schutz des Untersuchten dienen (Rechtskreisgedanke).

Hinsichtlich der Anordnungscompetenz gelten dieselben Rechtsprechungsgrundsätze wie zu § 81a StPO: Die bewusste, willkürliche oder generelle Umgehung des Richtervorbehalts führt zu einem Verwertungsverbot.

### **Herausgabeverlangen beim Verweigerungsberechtigten, § 95 Abs. 2 S. 2 StPO**

Insoweit existiert, soweit ersichtlich, keine obergerichtliche Rechtsprechung. Die Annahme eines Verwertungsverbots wird aber im Fall einer Ausübung des Verweigerungsrechts nach § 55 StPO schon deshalb ausscheiden, weil nicht der Rechtskreis des Beschuldigten berührt ist. Soweit es um das Verweigerungsrecht eines Angehörigen des Beschuldigten nach § 52 StPO geht, ist streitig und bisher durch die Rechtsprechung nicht geklärt, ob die zwangsweise Durchsetzung trotz berechtigter Weigerung zu einem Verwertungsverbot führt oder ob nach dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs zu fragen ist, ob der Gegenstand aufgrund einer Durchsuchung und Beschlagnahme hätte verwertet werden dürfen oder ob er nach § 97 StPO beschlagnahmefrei gewesen wäre.

Für die Verwertung eines bei einem Berufsgeheimnisträger nach §§ 53, 53a StPO unzulässig erlangten Beweismittels besteht seit 2008 die ausdrückliche Verwertungsregelung in § 160a StPO, die zwischen verschiedenen Gruppen von Berufsgeheimnisträgern differenziert.

### **Sperrerklärung, §§ 96, 110b Abs. 3 S. 2 StPO**

Die Abgabe einer Sperrerklärung, auch einer solchen, die nach Auffassung des Gerichts rechtswidrig ist, führt jedenfalls dann nicht zu einem Verwertungsverbot, wenn die Sperrung nicht willkürlich und ihre Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich ist. Vielmehr kann insbesondere die Bekundung eines gesperrten Beweismittels mittelbar also durch Vernehmung von Zeugen vom Hörensagen oder unter den entsprechenden Voraussetzungen durch Urkundsbeweis in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

Die (insbesondere versehentliche) Verwendung eines gesperrten Beweismittels begründet kein Verwertungsverbot. Der Rechtskreis des Angeklagten ist durch die Verwertung nicht betroffen.

Gleiches gilt beim Eingang einer Sperrerklärung erst nach dem Zeitpunkt der Erhebung des gesperrten Beweises in der Hauptverhandlung.

### **Beschlagnahmeverbote, § 97 StPO**

Der Verstoß gegen das in § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO normierte Beschlagnahmeverbot hat ein Verwertungsverbot zur Folge, soweit es die Beschlagnahme schriftlicher Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und einem Angehörigen im Sinne des § 52 Abs. 1 StPO betrifft. Das Verbot hat auch den Schutz der Familienbande zum Ziel; seine Verletzung berührt den Rechtskreis des Beschuldigten.

Der Verstoß kann durch nachträgliche Zustimmung des Berechtigten aufgrund einer Belehrung über die Freiwilligkeit geheilt werden.

War die Beschlagnahme zur Zeit ihrer Anordnung zulässig, so bleibt das Beweismittel verwertbar, auch wenn später Umstände eintreten, die ihr entgegengestanden hätten. War sie unzulässig, fallen die Gründe für die Unzulässigkeit aber nachträglich weg, ist der Gegenstand ebenfalls verwertbar.

Für die Beschlagnahmeverbote betreffend Berufsgeheimnisträger nach §§ 53, 53a StPO gilt die ausdrückliche gesetzliche Verwertungsregelung in § 160a StPO, die zwischen verschiedenen Berufsgeheimnisträgern differenziert.

### **Die Überwachung der Telekommunikation, § 101 StPO**

Verfahrensverstöße begründen ein Verwertungsverbot nach Maßgabe einer umfassenden Abwägung. Das Verbot ist insbesondere zu bejahen, wenn

- die Anordnung willkürlich oder unter bewusster Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse erfolgte oder
- der Subsidiaritätsgrundsatz nach § 100 Abs. 1 Nr. 3 StPO verletzt wurde oder
- kein Tatverdacht oder kein Verdacht einer Katalogtat bestand.

Der Tatrichter und das Revisionsgericht prüfen dies aber wegen des Beurteilungsspielraums des anordnenden Richters nur nach dem Maßstab der Vertretbarkeit.

Das Verwertungsverbot gilt auch für die Verwendung der Inhalte zum Zwecke des Vorhalts.

Das Verwertungsverbot ist von dem rechtzeitigen Widerspruch des Angeklagten abhängig (Widerspruchslösung).

### **Weitere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, §§ 100b, 100d, 100f, 100g, 100h u. a.**

Verfahrensverstöße begründen ein Verwertungsverbot jeweils nach Maßgabe umfassender Abwägung. Das kommt insbesondere in Betracht, wenn

- die Anordnung willkürlich oder unter bewusster Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse erfolgte oder
- ein einschlägiger Subsidiaritätsgrundsatz verletzt wurde oder
- kein Tatverdacht oder kein Verdacht einer Katalogtat bestand.

Die Rechtsprechung zu § 100a StPO gilt entsprechend.

### **Durchsuchung, Sicherstellung und Beschlagnahme, §§ 94, 102, 103 StPO**

Verfahrensverstöße begründen ein Beweisverwertungsverbot nach Maßgabe umfassender Abwägung. Das wird für diese Fallgruppe von der Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen bejaht.

Hauptsächliche Fälle eines Verwertungsverbots sind hier Verfahrensverstöße, die schwerwiegend sind oder bewusst oder willkürlich begangen wurden.

Dem Aspekt des hypothetischen rechtmäßigen Ersatzeingriffes kommt dabei Bedeutung zu. Umgekehrt führt die bewusste Missachtung oder gröbliche Verkennung des Richtervorbehalts zur Annahme eines Beweisverwertungsverbots. BGHSt 51, 285 lässt offen, ob dem Gesichtspunkt einer fehlenden Berührung des Rechtskreises bei einer Durchsuchung bei anderen Personen als dem Angeklagten Bedeutung zukommt und ob hier die Widerspruchslösung Anwendung findet.

#### **4.3.3.2.2.3 Beweisverbote aufgrund eines Fehlverhaltens von Privatpersonen**

Die Verwertung von Erkenntnissen, die den Kernbereich der Privatsphäre treffen, ist grundsätzlich unzulässig, auch wenn die Beweismittel durch Privatpersonen erlangt worden sind. Allerdings erfolgt auch insofern eine Abwägung, ob das Interesse der Allgemeinheit, insbesondere eine Effektivität einer geordneten Strafverfolgung, im Einzelfall die grundrechtlich geschützten Belange der Betroffenen überwiegt. Eine Einwilligung des Angeklagten oder sonst Betroffenen in die Verwertung ist zwar möglich, muss aber berücksichtigen, ob auch die Belange anderer Personen betroffen sind, die nicht eingewilligt haben. In die Abwägung wird einbezogen, ob die Beschaffung des Beweismittels durch

Notwehr, rechtfertigen Notstand oder eine notwehrähnliche Lage gerechtfertigt war.

### **Hörfälle auf behördliche Veranlassung**

Nach BGHSt 42, 139 sind Erkenntnisse aus einer Hörfalle, also dem Mithören eines auf Veranlassung von Ermittlungspersonen geführten Gesprächs zwischen zwei Privatpersonen, das durch eine Ermittlungsperson mitgehört wird, zur Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung verwertbar, wenn die Erforschung unter Einsatz anderer Methoden erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre.

### **Heimliche Ton- oder Bildaufnahme**

Soweit nicht der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist, ist die Verwertung zulässig, wenn überwiegende Interessen der Allgemeinheit dies zwingend gebieten und demgegenüber das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an der Nichtverwertung zurücktreten muss (BVerfGE 34, 228). Dies ist insbesondere der Fall bei Anfertigung von Aufnahmen in Notwehr, Notstand oder einer notwehrähnlichen Lage, wie z. B. dem Mitschnitt eines Erpresseranrufes zu Beweis Zwecken.

Die gleichen Grundsätze gelten entsprechend für die Beweisgewinnung durch heimliches Beobachten und Belauschen von Betroffenen.

#### **4.3.3.2.2.4 Beweisverbote als Folge prozessualer Erklärungen in der Hauptverhandlung**

### **Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen, § 52 StPO**

Die Verwertung früherer Aussagen eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch macht, ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht zulässig. Die Rechtsprechung versteht § 252 StPO nicht nur - seinem

Wortlaut entsprechend - als Verbot des Urkundsbeweises, sondern als umfassendes Verbot der Verwertung der früheren Aussage des Angehörigen, und zwar unabhängig davon, ob der Zeuge in seiner früheren Vernehmung nach § 52 StPO belehrt worden ist oder nicht.

Das Verbot betrifft indes nicht die Verwertung von Angaben, die der Angehörige gegen über einer V-Person gemacht hat, da V-Personen keine Polizeibeamten sind und daher keine Vernehmungen durchführen können.

Allerdings hat die Rechtsprechung von diesen Grundsätzen Ausnahmen geregelt:

Wenn der Zeuge seine frühere Aussage vor einem Richter gemacht hat, der ihn ordnungsgemäß über sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO oder nach der sonst einschlägigen Vorschrift des jeweils anwendbaren Verfahrensrechts belehrt hat, so ist die Verwertung durch Vernehmung der an der früheren Vernehmung mitwirkenden Richter zulässig. Das Gesetz selbst räume der richterlichen Vernehmung, insbesondere durch § 251 StPO, einen höheren Stellenwert ein als der nichtrichterlichen Vernehmung. Die erhöhte Bedeutung der richterlichen Vernehmung sei auch dem Zeugen selbst erkennbar. Die materielle Rechtfertigung der Ausnahme vom Verwertungsverbot stützt der BGH auf eine Güterabwägung: Angesichts des nach Belehrung bewusst erklärten Verzichts in der verfahrensrechtlich derart hervorgehobenen Situation sei das öffentliche Interesse an effektiver Strafrechtspflege von höherem Gewicht als das Interesse des Zeugen, sich die Entscheidungsfreiheit bis zur späteren Hauptverhandlung erhalten zu können. Allerdings beabsichtigt der zweite Strafsenat des BGH in jüngster Zeit, diese Ausnahme von der Erteilung einer „qualifizierten“ Belehrung abhängig zu machen. Der vernehmende Richter soll verpflichtet werden, den Zeugen ausdrücklich darüber zu belehren, dass seine Aussage auch für den Fall verwertbar bleibt, dass er später von seinem Aussageverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch macht. Der erste Strafsenat hat die Berechtigung der Ausnahme insgesamt in



Zweifel gezogen. Derzeit liegt dem Großen Senat für Strafsachen eine Vorlage des zweiten Strafsenats vor, der über eine Abkehr der bisherigen Rechtsprechung zu entscheiden hat.

Die Verwertungsmöglichkeit für die richterliche Vernehmung besteht auch nach bisheriger Rechtsprechung dann nicht, wenn die Belehrung nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO deshalb unterblieben ist, weil der Zeuge zur Zeit der früheren Belehrung noch kein Zeugnisverweigerungsrecht hatte. Ferner besteht keine Verwertungsmöglichkeit, wenn der Zeuge zur Zeit der früheren Vernehmung nicht Zeuge, sondern selbst Beschuldigter oder Angeklagter war und deshalb nicht nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO, sondern nach § 136 Abs. 1 StPO oder § 243 Abs. 5 S. 1 StPO belehrt worden war.

Weiterhin ermöglicht die Rechtsprechung die Verwertung der früheren nichtrichterlichen Aussage, wenn der Zeuge die Verwertung in der Hauptverhandlung nach qualifizierter Belehrung durch das Gericht gestattet, obwohl er ansonsten von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Da der Zeuge insoweit nicht kontradiktorisch in der Hauptverhandlung befragt werden kann, kommt der früheren Aussage allerdings nur eine erheblich geringere Bedeutung zu.

Entscheidet sich der Zeuge in der Hauptverhandlung erst im Verlauf seiner Vernehmung, von seinem Aussageverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch zu machen, bleiben die Angaben, die er in der Hauptforderung zuvor gemacht hat, verwertbar.

### **Widerruf des Verzichts auf das Recht zur Untersuchungsverweigerung gemäß § 81c Abs. 3 StPO**

Ebenfalls verwertbar bleiben Ergebnisse, die aufgrund einer körperlichen Untersuchung des Angehörigen erlangt worden sind, selbst wenn der Angehörige später den Verzicht auf sein Recht zur Untersuchungsverweigerung nach § 81c Abs. 3 StPO widerrufen sollte. Nach Auffassung des BGH gilt § 252 StPO ausschließlich für

Vernehmungen, nicht jedoch für das Recht zur Untersuchungsverweigerung.

Zu beachten ist insoweit aber, dass dies ausschließlich die Verwertung der Befundtatsachen im Wege des Sachverständigenbeweises ermöglicht. Auf die Verwertung von Zusatztatsachen, die der Sachverständige im Zuge der Begutachtung des betroffenen Angehörigen erfahren hat und die durch ergänzende Zeugenvernehmung des Sachverständigen in die Hauptverhandlung eingeführt werden müssten, wendet der BGH in ständiger Rechtsprechung § 252 StPO an. Eine Vernehmung des Sachverständigen ist auch dann nicht zulässig, wenn der nunmehr von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch machende Angehörige vor der Untersuchung von einem Richter über sein Verweigerungsrecht belehrt worden ist.

### **Zeugnisverweigerungsrecht des Berufsheimnisträgers gemäß §§ 53, 53a StPO**

Entschließt sich der zur Verweigerung berechtigte Zeuge zur Aussage, so ist deren Inhalt im Übrigen verwertbar, auch wenn er damit gegen die zu Grunde liegende Geheimhaltungspflicht aus seiner beruflichen Tätigkeit verstößt. Da die Entscheidung beim Zeugen selbst liegt, besteht weder ein Erhebungs- noch ein Verwertungsverbot.

Verweigert er dagegen die Aussage, so verbietet § 252 StPO auch in diesem Fall jede Verwertung einer früheren Aussage (BGHSt 18, 146), wenn das Zeugnisverweigerungsrecht auch zum Zeitpunkt der früheren Aussage bestanden hat. Die Verwertung einer richterlichen Vernehmung durch die Vernehmung des Richters in der Hauptverhandlung ist nach den oben genannten Grundsätzen zulässig. Da § 53 StPO keine Belehrungspflicht vorsieht, ist sie auch nicht von einer („qualifizierten“) Belehrung durch den seinerzeit vernehmenden Richter abhängig.

Hatte der Zeuge allerdings zuvor aufgrund einer Schweigepflichtentbindung nach § 53 Abs. 2 S. 1 StPO berechtigt

ausgesagt, wird diese Erklärung durch den Angeklagten allerdings in der Folge widerrufen und verweigert der Zeuge nunmehr die Aussage, besteht kein Verwertungsverbot für die früheren Angaben. § 252 StPO findet keine Anwendung, da der Pflichtenwiderstreit zum Zeitpunkt der früheren Vernehmung nicht bestanden hat. Die Rechtsprechung behandelt diesen Fall also anders als den des nach § 52 StPO zur Zeugnisverweigerung berechtigten Angehörigen, dessen Verweigerungsrecht erst nach der früheren Vernehmung entstanden ist. Der Unterschied rechtfertigt sich dadurch, dass die Vertrauensbeziehung in den Fällen der Entbindung von der berufsbezogenen Schweigepflicht auch zur Zeit der früheren Vernehmung schon bestanden hat.

### **Pflicht zur Amtsverschwiegenheit**

Auch in diesen Fällen ist die Aussage verwertbar, wenn der Zeuge unter Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht zur Aussage ohne Aussagegenehmigung bereit ist. Zwar wird diskutiert, ob das Gericht nicht dennoch verpflichtet wäre, in diesen Fällen von einer Beweiserhebung abzusehen (Beweiserhebungsverbot). Jedenfalls zieht allerdings die Verletzung des Beweiserhebungsverbots kein entsprechendes Verwertungsverbot nach sich.

Verweigert der Zeuge dagegen die Aussage, so stellt sich die Frage der Anwendung des § 252 StPO in entsprechender Anwendung. Soweit ersichtlich ist dies durch den BGH bislang noch nicht entschieden worden. Am ehesten in Betracht kommen wird ein Verwertungsverbot dann, wenn der Zeuge zum Zeitpunkt der früheren Aussage irrig geglaubt hatte, zur Aussage verpflichtet zu sein. Erwogen wird sie auch für den Fall, dass die Aussagegenehmigung zwischen dem Zeitpunkt der berechtigten Aussage der früheren Vernehmung und dem der Hauptverhandlung widerrufen worden ist.

Vorgreiflich vor der revisionsrechtlich orientierten Frage nach einem Verwertungsverbot erscheint allerdings die bislang kaum diskutierte Frage nach einem Erhebungsverbot: Wird schon im Fall des trotz Verschwiegenheitspflicht in der Hauptverhandlung aussagebereiten

Zeugen ein Erhebungsverbot angenommen, so dürfte in der Konsequenz auch ein Erhebungsverbot hinsichtlich der früheren Vernehmung eines (erst) in der Hauptverhandlung die Aussage verweigernden Zeugen zu erwägen sein. Die Diskussion um die Annahme oder die Ablehnung eines Verwertungsverbots geht über diese Frage - soweit ersichtlich - bislang hinweg. Allerdings wird insoweit zu bedenken sein, dass der Angeklagte eine Erhebung und Verwertung des Beweises in sämtlichen in Betracht kommenden Konstellationen nicht rügen können, da dies nicht seinen Rechtskreis betrifft.

#### **4.3.3.2.2.5 Kernbereichsschutz, als verfassungsrechtlich begründetes Verwertungsverbot**

Beweiserhebungen, die einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung einer Person beinhalten, sind unzulässig. Beweiserträge, auch wenn sich die Berührung des Kernbereichs - wie häufig - erst nach Kenntnis vom Inhalt herausstellt, sind unverwertbar. Hierhin gehört insbesondere die Verwertung von Tagebüchern oder sonstiger schriftlicher Aufzeichnungen des Angeklagten oder anderer Personen. Hingegen werden Äußerungen, die in unmittelbarem Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen stehen, wie etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über bereits begangene Straftaten, nicht vom Schutz des Kernbereichs umfasst.

Die letztgenannte Einschränkung findet aber keine Anwendung, wenn es um die Verwertung von Beweisen über Selbstgespräche jedenfalls im räumlichen Rückzugsbereich privater Lebensgestaltung geht. Hier gehören zum Kernbereich und damit unverwertbar auch solche Selbstgespräche, die begangene oder bevorstehende Straftaten zum Gegenstand haben.

Es handelt sich, wie sich aus der Regelung der einschlägigen ausdrücklichen Verwertungsverbote in §§ 100a Abs. 4 S. 2, 100d Abs. 5 S. 3 StPO ergibt, um absolute Verwertungsverbote, die auch die Verwertung für oder gegen andere Personen als Grundrechtsinhaber oder als Spurenansatz ausschließen.

Außerhalb des Kernbereichs ist die Verwertung derartiger Beweise ohne Einwilligung des Betroffenen von einer Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsschutz und den Belangen einer funktionierenden Strafrechtspflege abhängig. Bei Abwägung kann auch der Gesichtspunkt der Entlastung des Angeklagten oder eines Dritten eine Rolle spielen.

## **5. Einheitliche gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverböten - de lege ferenda -**

Im vorangegangenen Abschnitt ist dargestellt worden, dass es mit einem vertretbaren Aufwand kaum möglich ist, eine vollständige Darstellung der gesetzlichen, insbesondere aber der durch die obergerichtliche Rechtsprechung begründeten Beweisverwertungsverböte zu geben.

Ferner ist aufgefallen, dass der Gesetzgeber zwar in Einzelfällen Regelungen zur Verwertbarkeit von bestimmten Beweismitteln getroffen hat. Zu einer gesetzlichen Regelung der grundsätzlichen Problematik, unter welchen Umständen Beweismittel, die ohne oder entgegen einer gesetzlichen Regelung erlangt worden sind, im Strafprozess verwertbar sind, hat der Gesetzgeber sich dagegen noch nicht entschlossen. Lediglich in § 136a StPO finden sich Regelungen für den Fall der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden.

Die Kommission hat sich daher mit der Frage auseinandergesetzt, ob dem Gesetzgeber empfohlen werden soll, das Recht der Beweisverwertungsverböte im Strafprozessrecht gesetzlich umfassend zu regeln.

### **5.1 Abschließende und umfassende gesetzliche Regelung der Beweisverwertungsverböte**

Fraglich ist zunächst, ob eine abschließende Normierung der Beweisverwertungsverböte möglich und anzustreben ist. Für entsprechende Versuche spricht eine erhöhte Rechtssicherheit für alle am Strafprozess Beteiligten. Im Idealfall stünde dem Praktiker ein Katalog sämtlicher Beweisverwertungsverböte und deren Reichweite zur Verfügung, um festzustellen, ob ein bestimmter Verfahrensverstöß ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat. Allerdings ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass eine abschließende und

bereichsspezifische Regelung der Beweisverwertungsverbote nicht möglich sein wird. Angesichts der Vielzahl von möglichen Rechtsverstößen und einzelnen Eingriffsmaßnahmen, die ein Beweisverwertungsverbot begründen könnten, wäre ein entsprechender Katalog - soll er einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben - so umfangreich und dadurch unübersichtlich, dass er wenig praktikabel wäre.

Die Kommission hat daher einstimmig bei einer Enthaltung beschlossen:

**Eine abschließende auch auf einzelne  
Verfahrensverstöße bezogene Normierung  
unselbständiger Beweisverwertungsverbote ist weder  
sachgerecht noch möglich. Dies schließt eine weitere  
gesetzliche Festlegung von Beweisverwertungsverböten  
als Folge einzelner Verfahrensverstöße nicht aus.**

**8 Ja / 1 Enthaltung / 0 Nein**

## **5.2 Einführung einer Generalklausel zu den Beweisverwertungsverböten**

Auch wenn eine Regelung aller Einzelfälle nicht zielführend ist bzw. unmöglich erscheint, hat sich die Kommission die Frage gestellt, ob eine abstrakte gesetzliche Regelung der Beweisverwertungsverböte empfehlenswert ist. In dieser könnte der Gesetzgeber - vergleichbar zu Art. 141 CH StPO<sup>1</sup> - abgestuft regeln, bei welchen Eingriffen in die

---

<sup>1</sup> Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.

<sup>2</sup> Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.

<sup>3</sup> Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar.

<sup>4</sup> Ermöglicht ein Beweis, der nach Absatz 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.

Rechte Beschuldigter oder sonstigen Rechtsverstößen entweder immer, grundsätzlich, möglicherweise oder nie ein Beweisverwertungsverbot folgt. Dabei ist die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass es empfehlenswert ist, eine solche Generalklausel zur Verwertbarkeit von unter Rechtsverstößen erlangten Beweisen in die Strafprozessordnung einzuführen. Durch eine entsprechende Regelung und die damit einhergehende Systematisierung wird bereits eine erhöhte Rechtssicherheit erreicht werden, ohne hingegen jeden Einzelfall regeln zu müssen. Die Kommission hat insoweit die Schwierigkeit, die umfangreiche Dogmatik der Beweisverwertungsverbote in notwendigerweise knappe gesetzliche Formulierungen zu fassen, gesehen. Allerdings rechtfertigen nach Auffassung der Kommission die Vorteile den Aufwand. Zu erwarten ist eine bessere Vorhersehbarkeit der Anerkennung und Reichweite der Folgen von Rechtsverstößen bei der Gewinnung oder Erhebung von Beweisen in der Praxis.

Daher:

**Die Kommission empfiehlt die Einführung einer Generalklausel zur Verwertbarkeit von unter Rechtsverstößen erlangten Beweisen.**

**8 Ja / 1 Enthaltung / 0 Nein**

Wie dargestellt, hat der Gesetzgeber sich bislang mit Regelungen, die die Folgen von rechtswidriger Beweisgewinnung betreffen, zurückgehalten. Es hat der Rechtsprechung - dies freilich eher durch Einzelfallentscheidungen - obliegen, dies zu regeln. Es stellt sich die Frage, ob hier nicht ein Verwertungswiderspruch vorliegt. Grundsätzlich folgt die Akzeptanz eines Urteils auch daraus, dass es aufgrund eines justizförmigen rechtsstaatlichen Verfahrens unter Einhaltung des materiellen, wie auch des Verfahrensrechts getroffen worden ist. Dass es

---

<sup>5</sup>Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise werden aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet.



der Justiz selbst obliegen soll, festzulegen, in welchen Fällen Beweise, die unter Verstoß gegen das Recht erhoben worden sind, verwertbar sind, erscheint vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht selbstverständlich.

**Demzufolge vertritt die Kommission die Ansicht, der Gesetzgeber sollte im Hinblick auf den mit der Verwertung von Beweisen im Strafverfahren einhergehenden Rechtseingriff die wesentlichen Voraussetzungen der Verwertbarkeit selbst regeln.**

**8 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein**

**Der Gesetzgeber sollte der Empfehlung der Kommission, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, nachkommen, indem er in einzelnen Vorschriften über die Beweiserhebung Regelungen über die Beweisverwertbarkeit normiert und im Übrigen die Gesichtspunkte, unter denen eine Beweisverwertung rechtmäßig stattfindet, allgemein gesetzlich statuiert (Generalklausel).**

**7 Ja / 1 Enthaltung / 0 Nein**

**Zielrichtung dieser Generalklausel sollte es sein, Kriterien zu benennen, die im Hinblick auf die Verletzung von Vorschriften über die Beweiserhebung mit individualschützendem Charakter die Entscheidung leiten sollen, ob auf die Erhebungsfehler mit einem Beweisverwertungsverbot reagiert werden muss.**

**7 Ja / 1 Enthaltung / 0 Nein**

Die Kommission hat sich nicht in der Lage gesehen, in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit einen Vorschlag für die Formulierung einer solchen Generalklausel zu erarbeiten. Sie ist allerdings zu der Überzeugung gelangt, dass es sachgerecht erscheint, wenn in der Regelung differenziert dargestellt wird, in welchen Fällen eine

Beweiserhebung unter keinen Umständen zulässig ist, in welchen Fällen ein Abwägungsprozess über die Verwertbarkeit erfolgen muss und in welchen Fällen ein Rechtsverstoß keine Folgen für die Verwertbarkeit haben soll. Hinsichtlich der Fälle, in denen ohne weitere Abwägung ein Beweisverwertungsverbot folgen soll, bietet es sich nach Auffassung der Kommission an, auf die von dem Bundesverfassungsgericht gebildeten Fallgruppen zurückzugreifen.

**Bei der Auswahl der Kriterien sollte der Gesetzgeber nach Auffassung der Kommission besonders beachten, dass bei bestimmten Fallgruppen aus einem Rechtsverstoß bei der Erhebung eines Beweises ohne weiteren Abwägungsvorgang ein Beweisverwertungsverbot folgt.**

**(7 Ja / 1 Enthaltung / 0 Nein)**

**Nach Auffassung der Kommission könnte dies in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere in Betracht kommen, wenn es sich um einen Verfahrensverstoß handelt,**

- dessen Auswirkungen dazu führen, dass dem Betroffenen keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben,**
- der zur Folge hat, dass die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder**
- bei dem die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde oder**
- bei dem die Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen**

**wurden, zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde.**

**Dabei bedarf es eines strengen Maßstabs für die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen.**

**(5 Ja / 3 Enthaltungen / 0 Nein)**

Dieses strengen Maßstabs bedarf es nach Auffassung der Kommission, weil es eben in diesen Fallgruppen nicht mehr zu einer Abwägung kommen soll. Damit tritt der staatliche Strafverfolgungsanspruch auf jeden Fall hinter dem Schutz der Rechte des Beschuldigten zurück. Dies kann im (freilich eher seltenen) Einzelfall dazu führen, dass auch wegen schwerster Straftaten beschuldigte Angeklagte freigesprochen werden müssten. Dies muss die Ausnahme bleiben, schon um die Akzeptanz der Strafjustiz in der Gesellschaft zu wahren.

Praktisch häufiger werden die Fälle sein, bei denen ein Abwägungsprozess über die Verwertung der fehlerhaft erhobenen Beweismittel entscheidet. Hier ist auf der einen Seite auf das staatliche Aufklärungsinteresse und den Strafanspruch abzustellen. Die Schwere der Straftat, die Verfügbarkeit weiterer Beweismittel und die Intensität des Tatverdachts sind Merkmale, die auf dieser Seite in die Abwägung einzubeziehen sind. Auf der anderen Seite steht das Gewicht des Rechtsverstoßes. Hier kommt es darauf an, ob der Verstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen worden ist. Abzustellen ist auch auf den Schutzzweck der verletzten Norm, eine etwaige Beeinträchtigung des Beweiswertes oder ob die Beweiserhebung hätte rechtmäßig durchgeführt werden können.

Dazu führt die Kommission aus:

**Im Übrigen hängt die Verwertbarkeit von Beweisen von einer Abwägung ab:**

**Bei der Abwägung wägt das Gericht die Umstände, die für und wider eine Beweisverwertung sprechen, gegeneinander ab. Diese Abwägung der**

**widerstreitenden Interessen, nämlich einerseits der Strafverfolgungsanspruch des Staates und andererseits die Art und Schwere des Rechtsverstoßes, ist nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmen.**

**(7 Ja / 1 Enthaltung / 0 Nein)**

## **6.           Verfahrensrechtliche Aspekte der Feststellung und Berücksichtigung von Beweisverboten im Strafverfahren**

Außer der Frage nach Leitlinien für die Ausgestaltung von geschriebenen Beweisverwertungsverböten durch den Gesetzgeber und ungeschriebenen Beweisverwertungsverböten durch Gerichte ist diejenige nach der strafprozessualen Feststellung des Vorliegens von solchen Beweisverwertungsverböten von erheblicher Bedeutung.

Die verfahrensrechtlichen Aspekte der Feststellung und Berücksichtigung von Beweisverboten im Strafverfahren sind mit den Voraussetzungen des Eingreifens von Beweisverboten eng verbunden. Diese enge Verknüpfung lässt sich an der sog. Widerspruchslösung des BGH besonders deutlich ablesen.

### **6.1           Entstehung und wesentlicher Inhalt der Widerspruchslösung**

Mit dem Urteil des 5. Strafsenats vom 27.02.1992 hat der BGH gewissermaßen eine Leitentscheidung für die Entwicklung der Widerspruchslösung getroffen und ein Beweisverwertungsverbot für die Konstellationen angenommen, in denen der Beschuldigte bei einer polizeilichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren nicht über sein Schweigerecht aus §§ 136 Abs. 1, 163a Abs. 2, Abs. 4 S. 2 StPO belehrt worden war. Das Beweisverwertungsverbot erfasst diejenigen Informationen, die der Beschuldigte in der fraglichen Vernehmung preisgegeben hat. Sie dürfen nicht zum Gegenstand des Beweises gemacht werden. Das gilt unabhängig von der Art der späteren Einführung dieser Informationen in das Hauptverfahren (z. B. auch durch zeugenschaftliche Vernehmung des polizeilichen Vernehmungsbeamten oder der Verlesung der Niederschrift der Vernehmung im allseitigen Einvernehmen). Der 5. Strafsenat hält das - offenbar bereits durch die Beschuldigtenvernehmung ohne vorherige Belehrung begründete - Beweisverwertungsverbot aber lediglich dann für „beachtlich“, wenn der

verteidigte Angeklagte der Verwertung des Beweises bis zu dem in § 257 StPO bestimmten Zeitpunkt widersprochen hat.

## **6.2 Konsequenzen der Widerspruchslösung für die Bedeutung von Beweisverwertungsverböten in der strafjustiziellen Praxis auch schon im Ermittlungsverfahren**

Offen ist bislang die Frage, ob das Fehlen des Widerspruchs das zunächöst bereits entstandene Beweisverwertungsverbot entfallen lässt (so wohl BGHSt 38, 214, 225) oder ob das rechtzeitige Erheben des Widerspruchs eine tatbestandliche Voraussetzung für die Entstehung des Beweisverwertungsverbots ist (BGHSt 42, 15, 22). Aus der Widerspruchslösung ergeben sich Konsequenzen für die „Feststellung und Berücksichtigung“ eines solchen Beweisverwertungsverbots im Strafverfahren. Unterliegen Beweismittel oder Informationen, deren Existenz durch ein Beweismittel bewiesen werden sollen, einem Beweisverwertungsverbot, so müsste das Verwertungsverbot an sich für alle Verfahrensöstadien gelten. Beruht also ein Beweisverwertungsverbot auf einem Rechtsverstoß bei der Beweiserhebung bereits im Ermittlungsverfahren, z. B. auf einer unterbliebenen Belehrung im Rahmen einer Beschuldigtenvernehmung, liegt in aller Regel ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot vor. An sich müsste das Verwertungsverbot für sämtliche dem Erhebungsfehler nachfolgende Verfahrensöstadien gelten. Ergäbe sich der hinreichende Tatverdacht (§§ 170 Abs. 1, 203 StPO) gerade aus der unter dem Belehrungsverstoß gewonnenen Beschuldigtenvernehmung, dürfte dieses Geständnis gerade nicht zur Begründung des für die Anklageerhebung erforderlichen hinreichenden Tatverdachts herangezogen werden. Nach der Widerspruchslösung allerdings soll entweder das Entstehen des Verwertungsverbots oder dessen „Beachtlichkeit“ von der rechtzeitigen Erhebung eines Verwertungswiderspruchs in der tatrichterlichen Hauptverhandlung abhängig sein. Danach müsste die geständige Einlassung des Beschuldigten in den vorangegangenen

Verfahrensstadien, insbesondere bei der Entscheidung, Anklage zu erheben, oder der Entscheidung des Gerichts, das Hauptverfahren zu eröffnen, als verwertbar betrachtet werden.

Eine solche Konsequenz der Widerspruchslösung, verstanden als Begründungsmodell für das Eingreifen unselbständiger Beweisverwertungsverbote jenseits gesetzlich geregelter Verwertungsverbote, mag nicht von vornherein mit verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar noch von vornherein dogmatisch untragbar sein. Das Entstehen oder die Beachtlichkeit eines Beweisverwertungsverbots in unterschiedlichen Stadien des Strafverfahrens unterschiedlich zu beurteilen, obwohl sämtliche Voraussetzungen des Verbots - mit Ausnahme des Widerspruchs - bereits in allen dem Erhebungsfehler nachfolgenden Stadien vorgelegen haben, ist jedoch zumindest im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip gesondert begründungsbedürftig.

So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 03.03.2004 (BVerfGE 109, 279, 334 f.) für die Verwertbarkeit von durch eine akustische Wohnraumüberwachung (§§ 100c, 100d StPO) gewonnenen Informationen bereits im Ermittlungsverfahren die Schaffung einfachgesetzlicher Regelungen für verfassungsrechtlich geboten gehalten, die eine Prüfung der Verwertbarkeit durch eine unabhängige Stelle sicherstellen. Dem ist der Gesetzgeber mit Einführung des § 100c Abs. 7 StPO nachgekommen.

Die Notwendigkeit einfachgesetzlicher Regelungen, die eine gerichtliche Entscheidung über die Verwertbarkeit solcher Informationen bereits im Ermittlungsverfahren gewährleisten, folgt einerseits aus der Intensität des Eingriffs (Kernbereichsverletzung) und andererseits aus der Heimlichkeit der Maßnahme, die eine frühzeitige Initiative des von der Maßnahme Betroffenen zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs und Verwertbarkeit der dadurch gewonnenen Erkenntnisse ausschließt. Die verfassungsrechtliche Herleitung einer entsprechenden den Gesetzgeber

treffenden Pflicht zur Schaffung einfachgesetzlicher Regelungen, die die Verwertbarkeit der erlangten Informationen bereits im Ermittlungsverfahren regeln, lässt sich daher nicht ohne weiteres auf die Ausgestaltung von Beweisverboten, insbesondere Beweisverwertungsverboten, im Allgemeinen übertragen. Allerdings macht das Beispiel deutlich, dass Konzepte zur Begründung von Beweisverwertungsverboten und zur Feststellung des Vorliegens solcher im Strafverfahren, die, wie die Widerspruchslösung, allein aus der Perspektive des Revisionsrechts entwickelt werden und lediglich auf die Feststellung derartiger Verbote in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht abzielen, in der Gefahr sind, zu kurz zu greifen.

Soll die Widerspruchslösung wenigstens für einen Teil von unselbständigen Beweisverwertungsverboten als Modell zur Begründung solcher Verbote und zu ihrer Feststellung im konkreten Strafverfahren weiterhin taugen, müssen die Fragen nach der Bedeutung und der Feststellung von solchen Verboten auch bereits für das Ermittlungs- und das Zwischenverfahren beantwortet werden.

Bei der Widerspruchslösung handelt es sich um eine aus der Perspektive des Revisionsrechts entwickelte Konstruktion. Sie formuliert Voraussetzungen dafür, ein Beweisverwertungsverbot als Rechtsmittelführer überhaupt noch mit der Revision geltend machen zu können. Gerade aus der Einordnung als Voraussetzung für den Erhalt der Rügemöglichkeit lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass der Widerspruch eines Verfahrensbeteiligten keine Entstehungsvoraussetzung für das Verwertungsverbot als solches ist. Ob ein solches Verwertungsverbot eingreift, bestimmt sich vielmehr nach den dafür allgemein erforderlichen - kontrovers beurteilten - Erfordernissen. Daraus folgt: Beweisverwertungsverbote sind in den Stadien des Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahrens jeweils von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn zur Überzeugung des für die jeweiligen Entscheidungen (Antrag auf Erlass eines Haftbefehls, Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluss) Zuständigen die



Voraussetzungen der Unverwertbarkeit vorliegen. Allerdings ist bei der Beurteilung der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots jeweils der Maßstab für die jeweils zu treffende Sachentscheidung (etwa das Vorliegen des für den Erlass eines Haftbefehls erforderlichen dringenden Tatverdachts) und der jeweilige Stand der Sachverhaltsaufklärung zu berücksichtigen. Konkreter: Bei Entscheidungen im Ermittlungs- und Zwischenverfahren ist regelmäßig eine Wahrscheinlichkeitsbeurteilung, eine Prognose Gegenstand der Überzeugung des Richters oder Staatsanwalts. Die Anklageerhebung erfolgt gemäß § 170 Abs. 1 StPO, wenn genügender Anlass besteht, also der Staatsanwalt davon überzeugt ist, dass die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung eines Angeklagten wegen der anzuklagenden Taten größer ist, als die eines Freispruches. Im Rahmen dieser Prognose ist auch das Beweisverwertungsverbot einzustellen. Zu berücksichtigen ist auch, ob das Beweisverwertungsverbot zur Disposition des vom Verwertungsverbot Begünstigten steht; etwa in den Fällen des § 252 StPO zur Disposition des gemäß § 52 StPO oder § 53 StPO weigerungsberechtigten Zeugen oder in Fällen der §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 2 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO zur Disposition des Beschuldigten oder Angeschuldigten. Im Hinblick auf den Prognosecharakter darf also auch eine solche Information zur Grundlage der Entscheidungsfindung gemacht werden, bei der nach Wahrnehmung der Disposition im Hauptverfahren ein Beweisverwertungsverbot eingreifen kann. Anders verhält es sich bei den Beweisverwertungsverboten, die nicht zur Disposition des Begünstigten stehen, als etwa dem Verwertungsverbot aus verbotenen Vernehmungsmethoden gemäß § 136a Abs. 3 StPO.

Die Deutung der richterrechtlichen Widerspruchslösung als notwendige revisionsrechtliche Bedingung einer Verfahrensrüge, mit der die Nutzung eines Beweismittels entgegen eines Beweisverwertungsverbots gerügt wird, klärt allerdings lediglich einen wesentlichen Aspekt dieser Rechtsfigur.

Die Kommission ist daher zu der folgenden Auffassung gelangt und empfiehlt, den Gegenstand der Thesen zum Inhalt einer gesetzlichen Regelung zu machen:

**Geschriebene Beweisverwertungsverbote sind in ihrer Entstehung unabhängig von der Erhebung eines Verwertungswiderspruchs.**

**(9 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

**Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote sind in ihrer Entstehung unabhängig von der Erhebung eines Verwertungswiderspruchs.**

**(8 Ja / 1 Enthaltung / 0 Nein)**

**Beweisverwertungsverbote sind nach Auffassung der Kommission mithin vom Tatrichter von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu beachten. Die Kommission empfiehlt, dies in einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu normieren.**

**(9 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

**Diese Verpflichtung gilt im Ermittlungsverfahren auch für die Staatsanwaltschaft und den Ermittlungsrichter.**

**(9 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

### **6.3 Widerspruchslösung, Zustimmungslösung und die Disponibilität der Verfahrensbeteiligten über die Verwertung erhobener Informationen im Strafverfahren**

### **6.3.1 Widerspruchslösung und Disponibilität von strafprozessualen Beweisverwertungsverböten**

Die Widerspruchslösung als „Modell“ zur Begründung der prozessualen „Beachtlichkeit“ eines solchen Verbots im weiteren Strafverfahren setzt implizit die Zuständigkeit des verteidigten Angeklagten zu Disposition über den Umfang des der jeweiligen richterlichen Überzeugungsbildung zugrunde zu legenden Tatsachenstoffes voraus. Beweisverwertungsverböte im Strafverfahren sind nichts als *Tatsachenverwertungsverböte*. Ist die Verwertbarkeit derjenigen Informationen, die ein Angeklagter noch in der Verfahrensrolle des Beschuldigten ohne vorherige Belehrung nach §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 2 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO während des Ermittlungsverfahrens preisgegeben hat, im Hauptverfahren von dessen fehlenden Widerspruch abhängig, wird ersichtlich von seiner Zuständigkeit zur Disposition über zumindest einen Teil des für die Überzeugungsbildung des Tatgerichts maßgeblichen tatsächlichen Verfahrensstoffs ausgegangen. Eine ausdrückliche Begründung, warum der Angeklagte eine solche Dispositionszuständigkeit hat, wird in der Rechtsprechung des BGH im Zusammenhang mit der Entwicklung und Anwendung der Widerspruchslösung nicht ausdrücklich genannt.

### **6.3.2 Mögliche Gründe für die Disponibilität**

Der Verzicht auf eine solche Begründung könnte darauf beruhen, dass das Gesetz selbst von einer solchen Dispositionszuständigkeit des Angeklagten teils implizit ausgeht, teils eine solche sogar ausdrücklich normiert. So wird mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass es einem Angeklagten grundsätzlich möglich sei, auf den Schutz zu verzichten, den ihm die Unverwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Beweismittel oder Beweisergebnisse gewährt. So können folgende Anhaltspunkte für eine solche Dispositionszuständigkeit des Angeklagten angeführt werden:

Aus § 136a Abs. 3 StPO lässt sich der Umkehrschluss ziehen, dass durch einen Rechtsverstoß erlangte Informationen grundsätzlich im weiteren Strafverfahren verwendet werden können, wenn der Angeklagte die Verwertung im weiteren Verfahren genehmigt. Welche Anforderungen an seine Zustimmung zu stellen sind, kann allerdings kontrovers beurteilt werden. Hier kann eine ausdrückliche Zustimmung verlangt werden oder - wovon im Ergebnis die Widerspruchslösung ausgeht - sein Schweigen trotz für ihn erkennbar angestrebter Verwertung einer unter Gesetzesverstoß erlangten Information durch das erkennende Gericht für ausreichend gehalten werden.

Im Zusammenhang mit Verwendungsbeschränkungen bzw. einem Verwendungsverbot für rechtmäßig im Strafverfahren oder rechtmäßig auf polizeirechtlicher Grundlage erlangter Informationen am Strafverfahren sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Verwendung jenseits der Verwendungsbeschränkung mit der Einwilligung des von der jeweiligen Maßnahme Betroffenen, also auch des Angeklagten, vor (vergleiche z. B. § 100d Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StPO und § 477 Abs. 2 S. 2 StPO). Hinter solchen gesetzlichen Regelungen steht offenbar die verfassungsrechtliche Erwägung, dass Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen des Betroffenen außerhalb gesetzlicher Eingriffsermächtigungen stets durch dessen wirksame Einwilligung darin legitimiert sind. Wieweit die an sich eindeutige verfassungsrechtliche Begründung der rechtlichen Wirksamkeit einer Zustimmung des Angeklagten zu rechtswidrig erlangten Informationen trägt und ob sie auf andere von rechtswidrigen Erhebungsmaßnahmen Betroffene ohne weiteres übertragen werden kann, bedarf aber noch näherer Überprüfung. Dies schon im Hinblick auf § 136a Abs. 3 StPO, der in den dort erfassten Fällen die Zustimmung des von der gesetzeswidrigen Informationsbeschaffung Betroffenen gerade für rechtlich irrelevant erklärt.

Erst recht begründungsbedürftig erscheint die strafverfahrensrechtliche Relevanz von Zustimmungserklärungen anderer Personen, die von gesetzeswidrigen oder gesetzeskonformen Informationsbeschaffungen betroffen sind, zur Verwertung der von ihnen erlangten Informationen im weiteren Strafverfahren. Warum etwa eine gemäß § 52 StPO zur Zeugnisverweigerung berechtigte Person, die nach Belehrung ausgesagt hat, später aber von ihrem Weigerungsrecht Gebrauch macht, verbindlich bestimmen können soll, ob die in ihrer ersten Vernehmung mitgeteilten Informationen im weiteren Verfahren verwertet werden dürfen, ist jedenfalls vor dem Hintergrund der Ziele und Aufgaben des Strafverfahrens begründungsbedürftig.

Dass der Beschuldigte bzw. Angeklagte durch sein Prozessverhalten, etwa durch sein Einlassungsverhalten oder durch das Stellen von Beweisanträgen, den für die Überzeugungsbildung des Gerichts maßgeblichen tatsächlichen Prozessstoff beeinflussen kann, ist für die Frage der Bedeutung etwaiger Zustimmungen zur Verwertung bereits erhobener Beweise (Informationen) nicht relevant.

### **6.3.3 „Widerspruchslösung“ oder „Zustimmungslösung“**

Von einer Dispositionsbefugnis des Angeklagten über den Umfang der Verwertung erhobener Beweise geht auch die sogenannte Zustimmungslösung aus.

Obwohl die Anknüpfung der Verwertung von rechtswidrig erlangten Informationen im Strafverfahren an die Zustimmung (ausdrücklich oder konkludent (durch den fehlenden rechtzeitigen Widerspruch)) des Angeklagten grundrechtsdogmatisch eine gewisse Plausibilität aufweist, ist im Hinblick auf das Ziel des Strafverfahrens nicht ohne weiteres als Begründung von Beweisverwertungsverböten oder als Voraussetzung für ihre Feststellung im konkreten Strafprozess tragfähig. Dies lässt sich durch Erwägungen zu den Aufgaben des Strafverfahrens einerseits und

den Grundlagen von Beweisverboten bzw. Beweisverwertungsverbot andererseits verdeutlichen.

### **6.3.4 Exkurs**

#### **6.3.4.1 Zur grundsätzlichen Notwendigkeit von Abwägungslösungen bei der Statuierung geschriebener oder ungeschriebener Beweisverwertungsverbote**

Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren haben ihre Ursache in dem Spannungsverhältnis zwischen der dem Staat verfassungsrechtlich obliegenden Pflicht, seinen Strafanspruch durchzusetzen, auf der einen Seite und der ebenfalls verfassungsrechtlich fundierten Pflicht, dabei die Grundrechte des Beschuldigten sowie anderer Verfahrensbeteiligter zu wahren, auf der anderen Seite. Das Bundesverfassungsgericht sieht dieses Spannungsverhältnis bereits in der Funktion des rechtsstaatlichen Strafverfahrens selbst angelegt:

„Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten (BVerfGE 133, 169).“

Die Durchsetzung des verfassungsrechtlich garantierten Strafanspruchs ist damit von vornherein auf einen solchen Mitteleinsatz begrenzt, der die Grundrechte (vor allem) des Angeklagten wahrt. Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren sind ein Mittel, um die Rechte und Interessen des Angeklagten und ggf. auch diejenigen anderer Verfahrensbeteiligter zu gewähren. Die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs können Beweisverwertungsverbote jedoch im Einzelfall erschweren, eventuell sogar unmöglich machen. Soll der Staat

sowohl seine Pflicht zur Strafverfolgung als auch diejenige zur Wahrung der Rechte der Verfahrensbeteiligten dabei erfüllen können, werden die Strafverfolgungsinteressen auf der einen Seite und die Rechte bzw. Interessen Verfahrensbeteiligter auf der anderen Seite im Kollisionsfall miteinander in einen Ausgleich gebracht werden müssen. Angesichts dessen kann es kaum verwundern, dass die Rechtsprechung des BGH zu den ungeschriebenen Beweisverwertungsverböten häufig zu einer Abwägung greift, um die Frage nach der Verwertbarkeit eines unter Verstoß gegen Regeln über die Beweiserhebung gewonnenen Beweises zu entscheiden.

Das Spannungsverhältnis stellt sich so dar, dass zwar im rechtsstaatlichen Strafverfahren die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs Grenzen ziehen. Diese dürfen umgekehrt aber nicht zu einer unbegrenzten Einschränkung der staatlichen Pflicht zur Strafverfolgung führen. Daher ist eine Abwägung bei der Annahme oder Ablehnung von Beweisverwertungsverböten grundsätzlich unvermeidlich. Dies gilt sowohl für den Gesetzgeber bei der Einführung gesetzlicher Beweisverwertungsverböte als auch für die Gerichte in Bezug auf ungeschriebene Beweisverwertungsverböte.

Dessen ungeachtet gibt es Konstellationen, in denen das Eingreifen eines Beweisverwertungsverböts nicht mehr der Abwägung zugänglich ist. § 136a StPO ist jedenfalls bei durch Folter oder unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK erlangten Informationen Beispiel für ein solches gewissermaßen absolutes Beweisverwertungsverbot.

Außerhalb dessen könne weitere Konstellation bestehen, in denen insbesondere aus verfassungsrechtlichen Gründen Beweisverwertungsverböte durch den Gesetzgeber zu schaffen sind oder - bei Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung - durch die Rechtsprechung im Einzelfall begründet werden müssen. Auf die

entsprechenden Fallgruppen, bei denen ein Verwertungsverbot verfassungsrechtlich geboten ist, ist bereits eingegangen worden.

#### **6.3.4.2 Aufgaben des Strafprozesses**

Das Bundesverfassungsgericht hat in der eingangs zitierten Passage das genannte Spannungsverhältnis von der „Aufgabe des Strafprozesses“ her betrachtet. Diese soll einerseits in der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen liegen. Andererseits darf diese Durchsetzung allein in einem justizförmigen Verfahren bei wirksamer Sicherung der Grundrechte des in einem Strafverfahren Beschuldigten bzw. Angeklagten erfolgen. Das Abstellen auf die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bringt das im Zusammenhang mit der Beweisverwertung eigentlich Relevante jedoch nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck. Die Wendung „Durchsetzung“ impliziert das Bestehen eines staatlichen Anspruchs. Dieser besteht lediglich dann, wenn der Angeklagte die ihm vorgeworfene Tat tatsächlich begangen hat. Dies zu klären ist indes das Ziel des Strafverfahrens. Vor der (rechtskräftigen) Entscheidung über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten im Strafprozess besteht gegen ihn lediglich der Verdacht der Begehung einer Straftat; mithin allein die Möglichkeit der Existenz eines durchsetzbaren Strafanspruchs des Staates. Es geht also im Strafprozess um die Bestätigung oder das Verwerfen des Verdachts der Straftatbegehung gegen einen Beschuldigten. Dem trägt eine vielfach verwendete Beschreibung des Ziels eines Strafverfahrens Rechnung: Dieses liege in der Wiederherstellung des durch den Verdacht einer Straftat beeinträchtigten Rechtsfriedens mittels Herbeiführung einer materiell gerechten Entscheidung über den Einzelfall.

Von einer „Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs“ kann im strengen Sinne des Wortes daher nur gesprochen werden, wenn die materiell gerechte Entscheidung ein Schuldspruch gegen den



Angeklagten ist. Was materiell gerecht ist, lässt sich nur auf der Grundlage eines zutreffend ermittelten Sachverhalts entscheiden. Damit ist die Ermittlung der materiellen Wahrheit eine notwendige Bedingung der materiell gerechten Entscheidung. Diese Verknüpfung zwischen der materiellen Gerechtigkeit und der Ermittlung des wahren Sachverhalts ist wiederum verfassungsrechtlich vorgegeben (vergleiche etwa BVerfGE 57, 250; BVerfGE 100, 313). Das Bundesverfassungsgericht bindet das an der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG teilnehmende verfassungsrechtliche Schuldprinzip an die Ermittlung der materiellen Wahrheit; ohne den wahren Sachverhalt kann sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen. Damit enthält das Grundgesetz ein auf die Ermittlung des wahren Sachverhalts gerichtetes Aufklärungsgebot im Strafverfahren. Dieses Gebot wird vor allem aus dem bereits angesprochenen verfassungsrechtlichen (materiellen) Schuldprinzip und der Idee der Gerechtigkeit abgeleitet.

#### **6.3.4.3 Wahrheitsermittlung und Beweisverwertung**

Das Bestehen einer solchen Pflicht, von Amts wegen die materielle Wahrheit im Strafverfahren zu ermitteln, legt nahe, grundsätzlich jedes zur Erreichung dieses Ziels geeignete Beweismittel nutzen zu können, vielleicht gar zu müssen. Soll in einem Strafverfahren die Heranziehung eines Beweismittels oder die Nutzung eines bereits erhobenen Beweises in der Entscheidung über die Strafsache dennoch nicht gestattet sein, liegt an sich eine begründungsbedürftige Ausnahme vor. Sie soll lediglich bei einer entsprechenden gesetzlichen Anordnung oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall in Betracht kommen. Soweit nicht Völker- oder Verfassungsrecht die Nutzung bestimmter Beweise (z. B. unter Verstoß gegen das Folterverbot (Art. 3 EMRK) erlangte) von vornherein ausschließen, enthält die StPO lediglich punktuelle einfachgesetzliche Regelungen, die die Erhebung eines Beweises oder die Verwertung eines bereits erhobenen Beweises ausschließen. Dementsprechend kommt einem

Beweisverwertungsverbot aus übergeordneten wichtigen Gründen in der Rechtsprechung erhebliche Bedeutung zu. Das Fehlen umfassender gesetzlicher Regelungen über die Beweisverwertung dürfte ein Grund dafür sein, dass es bislang nicht gelungen ist, Konsens über Regeln bezüglich der Grenzen zulässiger Beweiserhebung einerseits sowie der Folgen der Grenzüberschreitungen andererseits zu erzielen. Im Mittelpunkt der Diskussion stehen die Auswirkungen von Rechtsfehlern bei der Erhebung von Beweisen auf deren Verwertbarkeit einerseits sowie der Umfang des Kreises von Beweisverwertungsverböten, denen kein Rechtsfehler bei der Erhebung vorausgegangen ist, andererseits. Für die erstgenannten Konstellationen der auf einem Fehler bei der Beweiserhebung beruhenden Beweisverwertungsverböte werden Lösungen im Wesentlichen entweder unter - in den Details jeweils stark divergierenden - Schutzzweckerwägungen oder unter Abwägungsgesichtspunkten gesucht. Der eingangs skizzierte verfassungsrechtliche Rahmen lässt sich prinzipiell sowohl mit dem am Schutzzweck der verletzten Norm über die Beweiserhebung ausgerichteten Kriterien als auch mit Abwägungskriterien ausfüllen. Dagegen würden Auffassungen, die jeden Rechtsverstoß bei der Beweisgewinnung ohne Einbeziehung weiterer Kriterien als gleichsam automatisch die Unverwertbarkeit des Beweises begründend bewerten, dem materiellen Schuldprinzip und der damit verbundenen Pflicht zur Aufklärung des wahren Sachverhalts nicht ausreichend Rechnung tragen.

Angesichts der (nur sehr) grob skizzierten verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Bedeutung des Gebots der Aufklärung des materiell wahren Sachverhalts ist es sehr fraglich, ob Begründungsmodelle für Beweisverwertungsverböte und deren Berücksichtigung im konkreten Strafverfahren, die maßgeblich auf die Gestattung der Verwertung durch den Betroffenen abzielen, trotz der grundrechtsdogmatischen Plausibilität ohne weiteres tragfähig sind. Das gilt insbesondere dann, wenn es um Beweisverwertungsverböte geht, bei denen das zugrunde liegende Erhebungsverbot oder der Erhebungsfehler Auswirkungen auf die

Zuverlässigkeit und die Validität der gewonnenen Informationen haben kann. So dürfte der Grund für das Beweisverwertungsverbot des § 136a StPO - unabhängig von einer Genehmigung der Verwertung des Betroffenen - nicht nur darin begründet liegen, dass durch die verbotenen Vernehmungsmethoden in absolute Rechte aus Art. 3 EMRK eingegriffen wird. Ein weiterer Grund dürfte auch in der Erkenntnis liegen, dass die Validität der durch derartige Erhebungsmethoden gewonnenen Informationen generell in Zweifel steht.

Im Hinblick auf die Aufgabe des Strafverfahrens, den materiell wahren Sachverhalt als Grundlage für eine gerechte Entscheidung im Einzelfall zu ermitteln, ist die Verknüpfung der Verwertbarkeit von Informationen mit der Gestattung durch sonstige Verfahrensbeteiligte, in den Fällen des § 252 StPO gar trotz rechtmäßiger Beweiserhebung, erheblich verfassungsrechtlich legitimierungsbedürftig. Umgekehrt besteht gerade bei Anwendung von § 252 StPO auf der Grundlage der derzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung die Gefahr von Kollisionen mit dem Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK. So kann ein nach § 52 StPO weigerungsberechtigter Zeuge - nach Inanspruchnahme des Weigerungsrecht in der Hauptverhandlung - die Verwertung früherer Aussagen gestatten, ohne dass der Angeklagte die Möglichkeit gehabt hätte, von seinem Konfrontationsrecht Gebrauch zu machen. Das letztgenannte Beispiel dürfte belegen, dass es bislang an Konzeptionen zu Beweisverboten, vor allem Beweisverwertungsverboten, mangelt, die den maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen, verfassungsrechtlicher wie konventionsrechtlicher Natur, in jeder Hinsicht ausreichend Rechnung tragen.

### **6.3.5 Einzelne verfahrensrechtliche Aspekte der Feststellung und Berücksichtigung von Beweisverboten im Strafverfahren**

Die nachfolgenden Erwägungen beschränken sich auf die Darstellung einzelner verfahrensrechtlicher Aspekte der Feststellung und

Berücksichtigung von Beweisverboten im Strafverfahren auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die kaum noch überschaubare Literatur zu diesen Fragen bleibt weitgehend ausgeklammert.

### **6.3.5.1 Widerspruchslösung und Verwertungswiderspruch**

#### **6.3.5.1.1 Bisherige Rechtslage**

Die bereits oben dargestellte Widerspruchslösung knüpft an die Vorstellung von der Dispositionszuständigkeit des Angeklagten über den Verfahrensstoff in tatsächlicher Hinsicht an. Bereits in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist mit in Einzelheiten divergierenden Begründungen angenommen worden, dass das Schweigen des Angeklagten in der Hauptverhandlung bei Verwertung von Informationen, die im Ermittlungsverfahren unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen gewonnen worden waren, das Geltendmachen der Unverwertbarkeit mit der Revision ausschließt. Fehlender Widerspruch gegen die Verwertung in der tatrichterlichen Hauptverhandlung begründete damit die Verwertbarkeit der Informationen im Urteil des erkennenden Gerichts und schloss die Möglichkeit aus, eine (möglicherweise) auf den Erhebungsfehler im Ermittlungsverfahren gestützte Unverwertbarkeit der gewonnenen Information mit der Revision geltend zu machen, selbst wenn das angefochtene Urteil gerade die fragliche Information verwendet hatte. Der BGH hat diese Rechtsprechung des Reichsgerichts in Entscheidungen zur Verwertbarkeit von Informationen aus Zeugenaussagen, die im Ermittlungsverfahren unter Verletzung von Benachrichtigungspflichten erfolgt waren, fortgeführt.

Mit dem bereits angesprochenen Urteil des 5. Strafsenats vom 27.02.1992 (BGHSt 38, 214 ff.) hat der Bundesgerichtshof insofern eine Erweiterung und zugleich Verfeinerung der

Beweisverwertungsgrundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei unselbständigen Beweisverwertungsverböten vorgenommen.

Die Erweiterung besteht in der grundsätzlichen Anerkennung eines Beweisverwertungsverböts für diejenigen Informationen, die ein nicht zuvor gemäß §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 2 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO belehrter Beschuldigter in einer polizeilichen Vernehmung während des Ermittlungsverfahrens preisgegeben hat.

Allerdings greift das Verwertungsverbot nicht unbeschränkt ein. Der Senat formuliert zwei Ausnahmen des an sich bestehenden (beachtlichen) Beweisverwertungsverböts:

Es greift nicht, wenn der Angeklagte bei Beginn der Vernehmung trotz des Unterbleibens der Belehrung gewusst hat, dass er nicht auszusagen braucht. An die Annahme der Kenntnis vom Schweigerecht darf der Tatrichter in der Hauptverhandlung allerdings keine zu geringen Anforderungen stellen. Gegebenenfalls muss im Freibeweisverfahren aufgeklärt werden, ob die entsprechende Kenntnis vorhanden war.

Bedeutsamer für die Annahme und die Feststellung von (unselbständigen) Beweisverwertungsverböten ist jedoch der für die „Namensgebung“ verantwortliche fehlende Widerspruch des verteidigten oder über die Möglichkeit des Widerspruchs belehrten unverteidigten Angeklagten gegen die Verwertung der im Ermittlungsverfahren unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht gewonnenen Informationen:

„Hat ein Verteidiger des Angeklagten in der Hauptverhandlung mitgewirkt und hat der verteidigte Angeklagte ausdrücklich der Verwertung des Inhalts einer ohne Belehrung (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO) zustande gekommenen Aussage zugestimmt, so besteht kein Verwertungsverbot. Dasselbe gilt, wenn der verteidigte Angeklagte einer solchen Verwertung nicht widersprochen

hat. Der Widerspruch kann nur bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt erklärt werden. Er muss also spätestens in der Erklärung enthalten sein, die der Angeklagte oder sein Verteidiger im Anschluss an diejenige Erklärung abgibt, die sich auf den Inhalt der ohne Belehrung (...) gemachten Aussage bezieht. ... Diese Einschränkung des Verwertungsverbots beschneidet die Rechte des Angeklagten nicht in unangemessener Weise. Sie entspricht der besonderen Verantwortung des Verteidigers und seiner Fähigkeit, Belehrungsmängel aufzudecken und zu erkennen, ob die Berufung auf das Verwertungsverbot einer sinnvollen Verteidigung dient.

Hat der Angeklagte in der Hauptverhandlung vor dem Tatrichter keinen Verteidiger gehabt, so gilt die genannte Einschränkung nur dann, wenn der Angeklagte vom Vorsitzenden belehrt worden ist, dass er der Verwertung der bei der Polizei gemachten Aussage widersprechen kann. Anderenfalls gilt das Verwertungsverbot.“

Das Erfordernis eines rechtzeitigen Verwertungswiderspruchs wird in der höchstrichterlichen Rechtsprechung mittlerweile auf weitere Konstellationen der unter Gesetzesverstoß erfolgten Informationsgewinnung im Ermittlungsverfahren für erforderlich gehalten. Lediglich exemplarisch und damit ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien genannt:

- Unzureichende Unterstützung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren bei seinem Bemühen um Hinzuziehung eines Verteidigers (BGHSt 42, 15, 22).
- Unterbliebene Benachrichtigung von Verfahrensbeteiligten über den Termin einer richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Zeugen- oder Sachverständigenvernehmung (§§ 168c Abs. 5 S. 1; 163a Abs. 3 S. 2; 224 Abs. 1 S. 1 StPO).

- Vernehmung eines ohne richterliche Anordnung gemäß § 110b Abs. 2 StPO eingesetzten verdeckten Ermittlers (BGH NSTZ-RR 2001, 260 Nr. 11).
- Verwertung von Aussagen des jetzigen Angeklagten, die er in diesem Ermittlungsverfahren als Zeuge ohne vorherige Belehrung gemäß § 55 Abs. 2 StPO getätigt hat (BayObLG, StV 2002, 179).

Nach der Rechtsprechung des BGH bedarf es dagegen der Erhebung eines Widerspruchs nicht, wenn Informationen unter Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO gewonnen worden sind. Das Erfordernis des Widerspruchs könne sich lediglich auf solche Beweisverwertungsverbote beziehen, für deren Geltendmachung der jeweils Begünstigte auch die Dispositionsbefugnis hat. Dies ist wegen § 136a Abs. 3 S. 2 StPO gerade nicht der Fall.

Offenbar soll ein Verwertungswiderspruch auch bei dem selbständigen Verbot der Verwertung von an sich auf rechtmäßiger Grundlage aufgezeichneten Selbstgesprächs nicht erforderlich sein. Der 1. Strafsenat (BGHSt 50, 206, 215) hat allerdings in einer das Abhören eines in einem Krankenzimmer geführten Selbstgesprächs betreffenden Konstellation einen ausdrücklichen Widerspruch nur unter den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls für entbehrlich gehalten.

Soweit sich eine generelle Linie für die Notwendigkeit eines Verwertungswiderspruchs nachzeichnen lässt, dürfte diese darin bestehen, dass es auf die Dispositionszuständigkeit (ausschließlich) des Angeklagten über die fragliche Information ankommt. Bei unselbständigen Verwertungsverböten wird dies meist mit einem allein dem Schutz des Angeklagten (Beschuldigten etc.) dienenden Schutzzweck einhergehen.

Ist der Widerspruch zum maßgeblichen Zeitpunkt unterblieben, kann er im späteren Verfahrensstadium nicht mehr geltend gemacht werden; das gilt sowohl für die Berufungsinstanz als auch die Hauptverhandlung vor

dem neuen Tatrichter nach Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht.

Nach der bereits oben dargestellten Rechtsprechung des BGH richtet sich der maßgebliche Zeitpunkt, bis zu dem ein erforderlicher Verwertungswiderspruch erhoben werden muss, nach § 257 StPO; also nach dem Ende der jeweiligen Beweiserhebung, bezüglich derer die Unverwertbarkeit der Information geltend gemacht wird. Geht man allerdings von der Disponibilität des Verwertungsverbots als Grundlage des Widerspruchserfordernisses aus, liegt es näher, den Widerspruch bis zum Ende der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zuzulassen. Denn zu diesem Zeitpunkt kann der Begünstigte auf einer vollständig informierten Grundlage beurteilen, ob er den Widerspruch erheben und so eine - aus seiner Sicht - für ihn günstigere Beweislage zur Entscheidungsgrundlage des erkennenden Gerichts machen will.

#### **6.3.5.1.2 Thesen der Kommission zum Verwertungswiderspruch**

Die Kommission ist, wie bereits oben dargestellt, der Auffassung, dass die Entstehung des Beweisverwertungsverbots unabhängig davon ist, ob der Beschuldigte der Verwertung des fraglichen Beweismittels widerspricht. Das Verwertungsverbot ist grundsätzlich in jedem Abschnitt des Strafverfahrens von Amts wegen zu beachten.

Dessen ungeachtet sind allerdings Konstellationen denkbar, in denen es im eigenen Interesse des Beschuldigten ist, Beweismittel, die aufgrund eines Beweisverwertungsverbots eigentlich nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürften, dennoch zuzulassen, da die zu erhebenden Tatsachen für ihn von Vorteil sind.



**Das Verbot der Verwertbarkeit von rechtswidrig erhobenen Tatsachen kann durch eine Erklärung des Beschuldigten entfallen.**

**(10 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

War sich die Kommission über diesen Grundsatz noch einig, so zeigten sich in der näheren Ausgestaltung praktische Schwierigkeiten.

**Dies gilt nur dann, wenn die in Rede stehende Erhebungsvorschrift ausschließlich Individualinteressen des Beschuldigten schützt.**

**(5 Ja / 2 Enthaltungen / 3 Nein)**

Solange ausschließlich die Individualinteressen des Angeklagten betroffen sind, ist dieser dispositionsbefugt, so dass eine einfache Handhabung gewährleistet wäre. Allerdings haben die Kritiker der These darauf hingewiesen, dass unklar bleibt, wie zu verfahren wäre, wenn mehrere Beschuldigte betroffen sind und nur ein Teil sich für eine Beweisverwertung ausspricht.

**Dies ist auch dann nicht schlechthin ausgeschlossen, wenn Tatsachen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Erhebung rechtswidrig erfolgt ist.**

**(8 Ja / 1 Enthaltung / 1 Nein)**

Dafür spricht auch hier, dass gerade diese betroffenen Informationen für den Angeklagten prozessual von Vorteil sein können und gerade die Interessen des Beschuldigten vom Schutzzweck umfasst sind. Letztlich ist es auch in anderen Fällen zulässig, dass der Betroffene in einen Eingriff in seine Grundrechte einwilligt.

Damit soll der Beschuldigte allerdings nicht auch über die Reichweite oder Bewertungsrichtung des Beweismittels bzw. der entsprechenden

Tatsachen disponieren dürfen, etwa indem er nur dem Verlesen von wenigen ihm genehmen Auszügen seines Tagebuchs zustimmt. Es liegt auf der Hand, dass die Aussagekraft der Beweismittel dadurch erheblich manipuliert werden könnte. Umgekehrt ist allerdings zu berücksichtigen, dass jede Relativierung des Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung verfassungsrechtlich problematisch ist.

Die Kommission ist ferner zu der Auffassung gelangt, dass Beweisverwertungsverbote zwar unabhängig von der Erhebung eines Widerspruchs entstehen, aber deren Geltendmachung in der Revisionsinstanz von der Erhebung eines Widerspruchs in der tatrichterlichen Hauptverhandlung abhängt. Zwar ist das Gericht gehalten, Beweise, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, schon von Amts wegen nicht einzuführen. So wären entsprechende Beweisanträge nach § 244 Abs. 3 S. 1 StPO abzulehnen. Allerdings ist nach Auffassung der Kommission angemessen und dem verteidigten Angeklagten auch zuzumuten, seine Bedenken an der Verwertbarkeit eines Beweismittels und die Tatsachen, die dies begründen, dem Gericht mitzuteilen.

**Die Kommission spricht sich dafür aus, als Voraussetzung für die Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbots in der Revisionsinstanz grundsätzlich die Erhebung eines Verwertungswiderspruchs in der tatrichterlichen Hauptverhandlung zu verlangen.**

**(7 Ja / 2 Enthaltungen / 0 Nein)**

**Dieses Widerspruchserfordernis soll sich auf alle geschriebenen und ungeschriebenen Beweisverwertungsverbote erstrecken.**

**(5 Ja / 0 Enthaltungen / 4 Nein)**

**Dieses Widerspruchserfordernis soll sich nicht nur auf  
für den Angeklagten disponible  
Beweisverwertungsverbote erstrecken.  
(5 Ja / 1 Enthaltung / 3 Nein)**

Fraglich ist, bis zu welchem Zeitpunkt der Verwertungswiderspruch zu erheben ist. Während die Rechtsprechung auf den Zeitpunkt des § 257 StPO abstellt, ist die Mehrheit der Kommissionsmitglieder zu der Überzeugung gelangt, dass ein Widerspruch bis zum Schluss der Beweisaufnahme ausreichend sein sollte. Mit dieser im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage vergleichsweise späten Widerspruchsmöglichkeit wird dem Angeklagten die Möglichkeit gegeben, bis zum Ende der Beweisaufnahme abzuwägen, ob eine Verwertung des Beweismittels in seinem Interesse ist oder nicht. Umgekehrt wird das Gericht rechtzeitig vor der Beratung auf die Tatsachen, die ein Beweisverwertungsverbot begründen können, hingewiesen.

**Dieser Verwertungswiderspruch ist bis zum Zeitpunkt  
des § 257 StPO in der Hauptverhandlung zu erheben.  
(2 Ja / 1 Enthaltung / 6 Nein)**

**Der Verwertungswiderspruch ist bis zum Schluss der  
Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu erheben.  
(6 Ja / 1 Enthaltung / 2 Nein)**

Schon aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint eine gesetzliche Regelung erforderlich, so dass die Kommission sich einhellig dafür ausgesprochen hat.

**Die Kommission befürwortet eine gesetzliche Regelung  
über den Verwertungswiderspruch.  
(9 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

Die Kommission hat sich auch einstimmig dafür ausgesprochen, dass das Erfordernis des Verwertungswiderspruchs ausschließlich für den Angeklagten gelten soll, dem ein Verteidiger zur Seite gestellt ist. In den anderen Fällen müsste das Gericht den Angeklagten über das Bestehen eines Beweisverwertungsverbots aufklären. Dann wären dem Gericht die entsprechenden Tatsachen allerdings bereits bekannt, so dass es das Beweisverwertungsverbot bereits von Amts wegen berücksichtigen müsste. Man mag hier umgekehrt eine gewisse Schlechterstellung des verteidigten Angeklagten sehen. Allerdings erscheint die Fürsorgepflicht des Gerichts für den Angeklagten umso geringer, je professioneller dieser verteidigt wird. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber auch die Begründung der Revision ausschließlich in die Hände eines Verteidigers gelegt hat, ohne dass hier das Gericht weitere Hinweispflichten als die grundsätzliche Rechtsmittelbelehrung treffen. Da der Verwertungswiderspruch im Ergebnis lediglich eine Vorwegnahme der Verfahrensrüge in der Hauptverhandlung ist, liegt ein Verwertungswiderspruch zur bisherigen Rechtslage nach Auffassung der Kommission nicht vor.

**Das Widerspruchserfordernis soll auch für den unverteidigten Angeklagten mit der Maßgabe gelten, dass er zu Beginn der Hauptverhandlung darauf hingewiesen wird, dass die Prüfung der Verwertbarkeit eines Beweises in der Revision von der rechtzeitigen Erhebung des Widerspruchs abhängig ist.**

**(0 Ja / 0 Enthaltungen / 8 Nein)**

**Das Widerspruchserfordernis gilt nur für den in der Hauptverhandlung verteidigten Angeklagten.**

**(8 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

Die Kommission ist der Auffassung, dass der Widerspruch zu begründen ist. Dies erscheint schon aus Gründen der Prozessökonomie sinnvoll, um

dem Tatrichter rechtzeitig die Möglichkeit zu geben, sich zu korrigieren.

**Der Widerspruch braucht nicht begründet zu werden.**

**(0 Ja / 1 Enthaltung / 8 Nein)**

**Der Widerspruch ist zu begründen.**

**(8 Ja / 1 Enthaltung / 0 Nein)**

**Die Begründung muss die Angriffsrichtung erkennen lassen, die den Prüfungsumfang durch das Revisionsgericht begrenzt.**

**(5 Ja / 0 Enthaltungen / 4 Nein)**

**Die Begründung muss in der Form des § 222b Abs. 1 S. 2, 3 StPO erfolgen.**

**(1 Ja / 1 Enthaltung / 7 Nein)**

**Auf das Widerspruchserfordernis findet § 238 Abs. 2 StPO keine Anwendung.**

**(9 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

**Der erhobene Widerspruch und dessen Begründung sind zu protokollieren.**

**(9 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

**Auf den Widerspruch kann sich nur derjenige berufen, der ihn erhoben hat.**

**(8 Ja / 0 Enthaltungen / 0 Nein)**

### 6.3.5.2 Verwertbarkeit früherer Angaben von Zeugen bei Inanspruchnahme von § 252 StPO - die Bedeutung der qualifizierten Belehrung

Seinem Wortlaut nach regelt § 252 StPO ein Verlesungsverbot für frühere Aussagen eines Zeugen, der gemäß § 52 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung von diesem Recht Gebrauch macht. Bei einer Auslegung dem Wortlaut nach wäre es daher nicht ausgeschlossen, durch Vernehmung des früheren Vernehmungsbeamten die früheren Angaben des Zeugen in die Hauptverhandlung einzuführen. Dem Wortlaut nach handelt es sich eher um ein Beweismittelverbot (Urkundsbeweis) als um ein Beweisverwertungsverbot.

Allerdings gehen die allgemeine Meinung und die höchstrichterliche Rechtsprechung davon aus, dass § 252 StPO ein umfassendes Verwertungsverbot regelt. Die im Rahmen von früheren Anerben gemachten Informationen dürfen nach Ausübung des Weigerungsrechts gemäß § 252 StPO grundsätzlich auf keinem Wege mehr in die Hauptverhandlung eingeführt werden und zum Gegenstand der richterlichen Überzeugungsbildung gemacht werden. Nach der Rechtsprechung des BGH soll dieses Beweisverwertungsverbot sogar für Informationen gelten, die auf unterschiedlichen Medien gespeichert sind und auf die sich der Zeuge bei der Vernehmung bezieht (BGH NStZ 2013, 247 und 725 f).

Das Entstehen bzw. die Beachtlichkeit dieses Verwertungsverbots soll nicht von einem Verwertungswiderspruch des Angeklagten abhängen.

Dieses umfassende Verwertungsverbot wird nach bislang einhelliger Rechtsprechung der Strafsenate des BGH insoweit relativiert, als diejenigen Informationen, die der über sein Weigerungsrecht informierte Zeuge in einer **richterlichen** Vernehmung preisgegeben hat, verwertet werden dürfen. Selbst wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung später von § 252 StPO Gebrauch macht, darf die richterliche

Vernehmungsperson als Zeuge vernommen werden zum Inhalt der Angaben, die der Zeuge zuvor gemacht hatte. Auf die Zustimmung des zur Zeugnisverweigerung berechtigten Zeugen kommt es nicht an.

Der zweite Strafsenat des BGH möchte von dieser Rechtsprechung abweichen und hat nach Durchführung des Anfrageverfahrens dem Großen Senat für Strafsachen gemäß § 132 Abs. 2 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

„Ist die Einführung und Verwertung einer früheren Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, durch Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson nur dann zulässig, wenn diese den Zeugen nicht nur über sein Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage im weiteren Verfahren belehrt hatte?“ (BGH Beschluss vom 18.03.2015 - 2 StR 656/13)

Die Anfrage zielt zwar nach ihrem Wortlaut allein darauf ab, die Verwertung der in der früheren richterlichen Vernehmung erlangten Informationen nicht lediglich von der gesetzlich vorgesehenen Belehrung gemäß § 52 Abs. 3 S. 1 StPO, sondern von einer sogenannten qualifizierten Belehrung abhängig zu machen. Gefordert wird die Aufklärung des Zeugen über die Möglichkeit der Verwertung der Aussage trotz seiner späteren Berufung auf das Weigerungsrecht. Der Sache nach scheint der 2. Senat aber erreichen zu wollen, dass die in der früheren richterlichen Vernehmung erlangten Informationen überhaupt nicht verwertet werden dürfen. Es würde dann eine Gleichstellung mit Informationen aus früheren polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen erreicht.

Verfassungsrechtlich geboten erscheint eine solche Auslegung nach Auffassung der Kommission jedenfalls nicht. Ist der Zeuge über sein

Weigerungsrecht ordnungsgemäß belehrt worden, hat ihn dies in die Lage versetzt, über die Ausübung des Rechts auf informierter Grundlage autonom zu entscheiden. Damit ist seinen schützenswerten Interessen, nicht gezwungen werden zu können, bei der Überführung eines Angehörigen mitzuwirken, hinreichend Rechnung getragen. Welche Bedeutung den ursprünglich dennoch preisgegebenen Informationen nach späterer Ausübung des Weigerungsrechts des Zeugen zukommt, ist eine Frage der Beweiswürdigung.

Wenn es Änderungsbedarf im Kontext des § 252 StPO gibt, dann nach Auffassung der Kommission lediglich dahingehend, die nach einer auf Grundlage einer Belehrung erfolgte Aussage eines gemäß § 52 StPO weigerungsberechtigten Zeugen stets für verwertbar zu halten. Dabei kommt es nicht auf die Vernehmungsperson an (Polizei, Staatsanwaltschaft, Gericht). Die so generierten Informationen können dann valide auf unterschiedlicher Weise eingeführt werden; besonders valide wäre insoweit das Abspielen einer Videoaufzeichnung der Vernehmung. Im Übrigen bliebe die Verlesung der Niederschrift (anders als der geltende § 252 StPO) oder die Vernehmung der früheren Vernehmungsperson.

Auf die nachträgliche Gestattung der Verwertung durch den Zeugen käme es dann nicht mehr an. Ob die bisherige Belehrung gemäß § 52 Abs. 3 S. 1 StPO als qualifizierte Belehrung auszugestalten wäre, mag diskutiert werden. Naheliegend wäre eine solche Belehrung allerdings nicht. Bislang wird die qualifizierte Belehrung lediglich dann für erforderlich gehalten, wenn bei der ursprünglichen Beweiserhebung ein Erhebungsfehler unterlaufen ist.

Den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK (Konfrontationsrecht) wäre durch Beteiligung des Angeklagten und/oder seines Verteidigers an der Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren Rechnung zu tragen.



## 7. **Schlussbetrachtung**

Eine Schlussbetrachtung zu Thema „Beweisverbote im Strafverfahren“ ist kaum möglich. Sowohl während der Arbeitstagung als auch während der Vor- und Nachbereitung der Tagung ist den Mitgliedern einmal mehr vor Augen geführt worden, wie umfassend das Thema bearbeitet werden könnte. Notgedrungen ist eine Beschränkung auf einige Themenbereiche erfolgt.

Das Recht der Beweisverbote ist kaum gesetzlich geregelt und daher überwiegend durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts bestimmt worden. Dies ist nicht selbstverständlich, wenn man bedenkt, welchen Einfluss die Annahme oder Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots auf die abschließende Überzeugungsbildung des Gerichts und damit das Urteil haben kann.

Insbesondere hat sich gezeigt, dass eine allgemeine gesetzliche Regelung der Beweisverwertungsverbote in Form einer Generalklausel zu einer größeren Rechtssicherheit in der Praxis führen dürfte. Der Gesetzgeber wäre gefordert, die Leitlinien für die Reaktion auf fehlerhaft erhobene Beweise abstrakt zu benennen, um den Gerichten die Auslegung im Einzelfall zu erleichtern. Auch sollte geregelt werden, dass Beweisverwertungsverbote bereits mit der fehlerhaften Beweiserhebung entstehen und von Amts wegen in jedem Stadium des Strafverfahrens zu beachten sind.

Darüber hinaus ist nach Auffassung der Kommission die gesetzliche Regelung der in der Rechtsprechung und Wissenschaft umstrittenen „Widerspruchslösung“ angezeigt. Im Grundsatz ist die Kommission davon überzeugt, dass es sachgerecht ist, von einem verteidigten Angeklagten zu fordern, die fehlende Verwertbarkeit eines Beweismittels unter Angabe der Gründe in der Hauptverhandlung geltend zu machen. So kann noch in der Hauptverhandlung auf den Einwand reagiert werden. Nicht sachgerecht erscheint es, den Einwand erstmals in der Revision geltend

zu machen, um eine Aufhebung des Urteils und Rückverweisung zu erreichen. Daher hat die Kommission sich für das Erfordernis eines Verwertungswiderspruchs ausgesprochen. Auch insoweit ist eine gesetzliche Regelung zu fordern, da die Frage, ob die Verwertung entsprechender Beweismittel in der Hauptverhandlung zu rügen ist, um eine Revision darauf stützen zu können, auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht einheitlich entschieden wird. Unlängst hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs jedenfalls entschieden, dass im Zusammenhang mit Beweisverboten bei Fehlern einer Durchsuchung zur Sicherstellung von Sachbeweisen ein Widerspruch des verteidigten Angeklagten nicht erforderlich sei (BGH, Urteil vom 06.10.2016 - 2 StR 46/15).

**Michael Bimler**  
**(Geschäftsführer)**

**Birgit Heß**  
**(Vorsitzende)**

## **Anlage      Zusammenfassung**

Die Beschlüsse der Strafrechtskommission werden wie folgt zusammengefasst:

### **A.            EU-Recht und Beweisverwertungsverbote**

#### **These 1:**

Die Kommission ist der Auffassung, dass die Garantien der EMRK, wie sie von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) verstanden werden, den Rechtsauffassungen und Empfehlungen der Kommission nicht widerstreiten.

(8 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

#### **These 2:**

Die Kommission empfiehlt, die Verwertung von im Ausland erhobenen Beweisen gesetzlich zu regeln.

(8 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

#### **These 3:**

Inhaltlich sollte sich eine solche Regelung an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientieren.

(8 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

#### **These 4:**

Im Kontext der Umsetzung der Richtlinie zur europäischen Ermittlungsanordnung sollte der Gesetzgeber bestimmen, dass durch den Vollstreckungsstaat erhobene Beweise im deutschen Strafverfahren grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen verwertbar sind, unter denen in Deutschland durch die hiesigen Strafverfolgungsbehörden gewonnene entsprechende Beweise verwertbar sind.

(8 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 5:**

Die Umsetzung der Richtlinie zur europäischen Ermittlungsanordnung erfordert es nach Ansicht der Kommission zu prüfen, ob die Berücksichtigung einer erfolgreichen Anfechtung der Vollstreckung einer europäischen Ermittlungsanordnung im Vollstreckungsstaat nach Art. 14 Abs. 7 S. 1 der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 03.04.2015 (EEA-Richtlinie) in bestimmten Konstellationen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots nach dem deutschen Recht nach sich zieht.

(8 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**B. Gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverböten?****These 6:**

Eine abschließende auch auf einzelne Verfahrensverstöße bezogene Normierung unselbständiger Beweisverwertungsverböte ist weder sachgerecht noch möglich. Dies schließt eine weitere gesetzliche Festlegung von Beweisverwertungsverböten als Folge einzelner Verfahrensverstöße nicht aus.

(8 Ja, 1 Enthaltung, 0 Nein)

**These 7:**

Die Kommission empfiehlt die Einführung einer Generalklausel zur Verwertbarkeit von unter Rechtsverstößen erlangten Beweisen.

(8 Ja, 1 Enthaltung, 0 Nein)

**These 8:**

Demzufolge vertritt die Kommission die Ansicht, der Gesetzgeber sollte im Hinblick auf den mit der Verwertung von Beweisen im Strafverfahren einhergehenden Rechtseingriff die wesentlichen Voraussetzungen der Verwertbarkeit selbst regeln.

(8 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 9:**

Der Gesetzgeber sollte der Empfehlung der Kommission, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, nachkommen, indem er in einzelnen Vorschriften über die Beweiserhebung Regelungen über die Beweisverwertbarkeit normiert und im Übrigen die Gesichtspunkte, unter denen eine Beweisverwertung rechtmäßig stattfindet, allgemein gesetzlich statuiert (Generalklausel).

(7 Ja, 1 Enthaltung, 0 Nein)

**These 10:**

Zielrichtung dieser Generalklausel sollte es sein, Kriterien zu benennen, die im Hinblick auf die Verletzung von Vorschriften über die Beweiserhebung mit individualschützenden Charakter die Entscheidung leiten sollen, ob auf Erhebungsfehler mit einem Beweisverwertungsverbot reagiert werden muss.

(7 Ja, 1 Enthaltung, 0 Nein)

**These 11:**

Bei der Auswahl der Kriterien sollte der Gesetzgeber nach Auffassung der Kommission besonders beachten, dass bei bestimmten Fallgruppen aus einem Rechtsverstoß bei der Erhebung eines Beweises ohne weiteren Abwägungsvorgang ein Beweisverwertungsverbot folgt.

(7 Ja, 1 Enthaltung, 0 Nein)

**These 12:**

Nach Auffassung der Kommission könnte dies in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere in Betracht kommen, wenn es sich um einen Verfahrensverstoß handelt,

- dessen Auswirkungen dazu führen, dass dem Betroffenen keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben,
- der zur Folge hat, dass die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder

- bei dem die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde oder
- bei dem die Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen wurden, zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde.

Dabei bedarf es eines strengen Maßstabs für die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen.

(5 Ja, 3 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 13:**

Im Übrigen hängt die Verwertbarkeit von Beweisen von einer Abwägung ab:

Bei der Abwägung wägt das Gericht die Umstände, die für und wider eine Beweisverwertung sprechen, gegeneinander ab. Diese Abwägung der widerstreitenden Interessen, nämlich einerseits der Strafverfolgungsanspruch des Staates und andererseits die Art und Schwere des Rechtsverstoßes, ist nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmen.

(7 Ja, 1 Enthaltung, 0 Nein)

**C. Bedeutung des Verwertungswiderspruchs und Frage, ob es einer gesetzlichen Regelung bedarf**

**These 14:**

Geschriebene Beweisverwertungsverbote sind in ihrer Entstehung unabhängig von der Erhebung eines Verwertungswiderspruchs.

(9 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 15:**

Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote sind in ihrer Entstehung unabhängig von der Erhebung eines Verwertungswiderspruchs.

(8 Ja, 1 Enthaltung, 0 Nein)

**These 16:**

Beweisverwertungsverbote sind nach Auffassung der Kommission mithin vom Tatrichter von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu beachten. Die Kommission empfiehlt, dies in einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu normieren.

(9 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 17:**

Diese Verpflichtung gilt im Ermittlungsverfahren auch für die Staatsanwaltschaft und den Ermittlungsrichter.

(9 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 18:**

Das Verbot der Verwertbarkeit von rechtswidrig erhobenen Tatsachen kann durch eine Erklärung des Beschuldigten entfallen.

(10 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 19:**

Dies gilt nur dann, wenn die in Rede stehende Erhebungsvorschrift ausschließlich Individualinteressen des Beschuldigten schützt.

(5 Ja, 2 Enthaltungen, 3 Nein)

**These 20:**

Dies ist auch dann nicht schlechthin ausgeschlossen, wenn Tatsachen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Erhebung rechtswidrig erfolgt ist.

(8 Ja, 1 Enthaltung, 1 Nein)

**These 21:**

Die Kommission spricht sich dafür aus, als Voraussetzung für die Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbots in der Revisionsinstanz grundsätzlich die Erhebung eines Verwertungswiderspruchs in der tatrichterlichen Hauptverhandlung zu

verlangen.

(7 Ja, 2 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 22:**

Dieses Widerspruchserfordernis soll sich auf alle geschriebenen und ungeschriebenen Beweisverwertungsverbote erstrecken.

(5 Ja, 0 Enthaltungen, 4 Nein)

**These 23:**

Dieses Widerspruchserfordernis soll sich nicht nur auf für den Angeklagten disponible Beweisverwertungsverbote erstrecken.

(5 Ja, 1 Enthaltung, 3 Nein)

**These 24:**

Dieser Verwertungswiderspruch ist bis zum Zeitpunkt des § 257 StPO in der Hauptverhandlung zu erheben.

(2 Ja, 1 Enthaltung, 6 Nein)

**These 25:**

Der Verwertungswiderspruch ist bis zum Schluss der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu erheben.

(6 Ja, 1 Enthaltung, 2 Nein)

**These 26:**

Die Kommission befürwortet eine gesetzliche Regelung über den Verwertungswiderspruch.

(9 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 27:**

Das Widerspruchserfordernis soll auch für den unverteidigten Angeklagten mit der Maßgabe gelten, dass er zu Beginn der Hauptverhandlung darauf hingewiesen wird, dass die Prüfung der



Verwertbarkeit eines Beweises in der Revision von der rechtzeitigen Erhebung des Widerspruchs abhängig ist.

(0 Ja, 0 Enthaltungen, 8 Nein)

**These 28:**

Das Widerspruchserfordernis gilt nur für den in der Hauptverhandlung verteidigten Angeklagten.

(8 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 29:**

Der Widerspruch braucht nicht begründet zu werden.

(0 Ja, 1 Enthaltung, 8 Nein)

**These 30:**

Der Widerspruch ist zu begründen.

(8 Ja, 1 Enthaltung, 0 Nein)

**These 31:**

Die Begründung muss die Angriffsrichtung erkennen lassen, die den Prüfungsumfang durch das Revisionsgericht begrenzt.

(5 Ja, 0 Enthaltungen, 4 Nein)

**These 32:**

Die Begründung muss in der Form des § 222b Abs. 1 S. 2 und 3 StPO erfolgen.

(1 Ja, 1 Enthaltung, 7 Nein)

**These 33:**

Auf das Widerspruchserfordernis findet § 238 Abs. 2 StPO keine Anwendung.

(9 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 34:**

Der erhobene Widerspruch und dessen Begründung sind zu protokollieren.

(9 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)

**These 35:**

Auf den Widerspruch kann sich nur derjenige berufen, der ihn erhoben hat.

(8 Ja, 0 Enthaltungen, 0 Nein)