

Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO Band 1: §§ 1-150 StPO

von

Prof. Dr. Hans Kudlich, Folker Bittmann, Klaus Michael Böhm, Stefan Conen, Dr. Klaus Ellbogen, PD Dr. Sönke Florian Gerhold, Ralf Günther, Dr. Jörn Hauschild, Dr. Simone Kämpfer, Stefan Maier, Marcus Percic, Dr. Jan C. Schuhr, Dr. Sven Thomas, Dr. Thomas Trück, Dr. Michael Tsambikakis, PD Dr. Brian Valerius, Eric Werner

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64681 2

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

II. Beweisverbote

Wie oben bereits angedeutet, ist nicht nur die Produktion, sondern auch die **Restriktion** 437 **von Beweismaterial** Teil des Beweisrechts. Geregelt sind also auch Begrenzungen der zulässigen Beweiserhebung und Beweisverwertung, die sich als Einschränkungen in der Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 darstellen. Diese an die Strafverfolgungsorgane gerichteten Beschränkungen dienen dem **Schutz kollidierender Rechtsgüter**, welche durch das Strafverfahren in Mitleidenschaft gezogen werden können und mit denen ein Ausgleich hergestellt werden muss (wie etwa den Grundrechten,⁸⁷⁵ insbes. der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit). Es gilt mithin, dass auch im Strafprozess die Erforschung der Wahrheit nicht um jeden Preis stattfinden darf.⁸⁷⁶

Bei diesen Beweisverboten ist zu unterscheiden zwischen solchen Verboten, die bereits 438 die **Beweiserhebung** betreffen (Beweiserhebungs- bzw. auch Beweisgewinnungs- oder Beweisverfahrensverbote) und solchen Verboten die – sei es darauf aufbauend, sei es eigenständig auch bei an sich korrekter Beweiserhebung – die **Verwertung des Beweises** in der Hauptverhandlung untersagen (sog. Beweisverwertungsverbote).

Der **Zusammenhang** zwischen beiden Formen ist dabei ein zweiseitiger, jeweils jedoch 439 nicht zwingend durchgehender bzw. automatisierter: Aus dem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot kann sich ein Beweisverwertungsverbot ergeben; nach hM ist dies jedoch nicht zwangsläufig der Fall, sondern – soweit im Gesetz nicht ausnahmsweise explizit angeordnet – eine Frage des Einzelfalles (→ Rn. 453 ff.). Umgekehrt können Beweisverwertungsverbote auch dann eintreten, wenn die Beweiserhebung als solche nicht zu beanstanden war. Umgekehrt sind Situationen denkbar, in welchen das sicher abzusehende Eintreten eines Beweisverwertungsverbotes sich auch schon auf die Beweiserhebung auswirkt und diese unzulässig macht (→ Rn. 486 f.).

1. Beweiserhebungsverbote. a) Allgemeines. Beweiserhebungsverbote ziehen als 440 Ausnahmen von der strafprozessualen Aufklärungspflicht (vgl. oben) Schranken bereits für die Gewinnung von Beweisen im Strafprozess. Traditionell werden Beweiserhebungsverbote in **Beweisthemenverbote, Beweismittelverbote und Beweismethodenverbote** unterteilt (→ Rn. 441). Die Abgrenzung zwischen diesen Kategorien ist in einzelnen Fällen schwierig, da etwa das Beweisthema mehr oder weniger eng am Beweismittel „hängen“ kann. Freilich ist die Abgrenzung im Einzelfall auch nicht entscheidend, da sie **nur** einer **Systematisierung** der Beweiserhebungsverbote dient, ohne dass strikt-dogmatisch Konsequenzen daran hängen würden, ob ein bestimmtes Beweisverbot in die eine oder andere Gruppe fällt. Quer zu dieser Einteilung bzw. unabhängig davon könnte man zudem von „relativen Beweisverboten“ sprechen,⁸⁷⁷ soweit eine Beweisgewinnung nur von bestimmten Personen angeordnet bzw. durchgeführt werden darf; Beispiele hierfür finden sich in der StPO zu Hauf (vgl. nur §§ 81a, 98, 100, 100b Abs. 1, 105, 111e und 111n), da strafprozessuale Grundrechtseingriffe häufig (zumindest standardmäßig) nur durch den Richter angeordnet werden dürfen.

b) Beweisthemenverbote. Von Beweisthemenverboten wird gesprochen, wenn 441 **bestimmte Sachverhalte bzw. Tatsachen** als Gegenstand der strafprozessualen Beweisführung ausscheiden. Dies ist zum einen in einer Reihe von Konstellationen der Fall, in welchen der strafprozessuale Ermittlungsauftrag hinter den unterschiedlichsten staatlichen **Geheimhaltungsinteressen** zurücktritt. Dies gilt etwa für das Verbot der Aufklärung von Staatsgeheimnissen (iSd § 93 StGB) oder Amtsgeheimnissen (iSd § 67 f. BBG bzw. § 37 BeamtStG oder § 14 SoldG), daneben aber auch für Vorgänge, die dem richterlichen Beratungsgeheimnis nach §§ 43, 45 DRiG unterliegen,⁸⁷⁸ für Tatsachen, die das Abstim-

⁸⁷⁵ Zu den Beweisverboten zur Wahrung des fairen Verfahrens in der Rechtsprechung des EGMR vgl. zusf. Gaede JR 2009, 493.

⁸⁷⁶ Vgl. grundlegend BGH 14.6.1960 – 1 StR 683/59, BGHSt 14, 358 (365) = NJW 1960, 1580 (1581 f.).

⁸⁷⁷ Vgl. Roxin/Schünemann § 24 Rn. 15.

⁸⁷⁸ BGH 8.7.2009 – 2 StR 54/09, NJW 2009, 2836 (2837).

mungsverhalten bei geheimen demokratischen Wahlen (vgl. Art. 28 Abs. 1 S. 2, 38 Abs. 1 S. 1 GG) betreffen, oder aber für Umstände, auf die sich das gerichtliche Schweigeverbot nach § 174 Abs. 3 GVG nach einem Ausschluss der Öffentlichkeit bezieht.

442 Zum anderen betreffen die Beweisthemenverbote Umstände, die aus **prozessstrukturellen Gründen nicht (mehr) in Frage gestellt** bzw. verwertet werden sollen und über die deshalb kein Beweis erhoben werden soll. Beispiele hierfür sind bereits getroffene bindende Feststellungen zum Tatgeschehen innerhalb eines Verfahrens oder getilgte Verurteilungen im Bundeszentralregister (vgl. §§ 51, 63 Abs. 4 BZRG)⁸⁷⁹ bzw. getilgte gerichtliche Entscheidungen im Verkehrszentralregister (vgl. § 29 Abs. 8 S. 1 StVG). Ebenfalls in diese Gruppe gehören Befragungen, mit denen missbräuchliche Zwecke iSd § 241 Abs. 2 verfolgt werden; auch wenn diese Fragen zurückgewiesen werden, handelt es sich (zumindest formal) um eine Verkürzung der Beweiserhebung zu den in der Frage angesprochenen Themen.

443 **c) Beweismethodenverbote.** Von den inhaltsbezogenen Beweisthemenverboten zu unterscheiden sind die sog Beweismethodenverbote. Diese untersagen unabhängig vom Beweisziel (und im Prinzip auch unabhängig vom Beweismittel, wobei naturgemäß bestimmte Methoden oftmals nur bei bestimmten Beweismitteln vorkommen können) eine **bestimmte Art und Weise** der „sonst“ (dh im Grundsatz durch ein solches Beweismittel) zulässigen Beweisgewinnung. Wichtigstes und anschaulichstes Beispiel sind die verbotenen Vernehmungsmethoden in § 136a: Die Vernehmung des Beschuldigten ist (wenn man den Beschuldigten zumindest als Beweismittel iW.S. versteht, → Rn. 416) eine ebenso wichtige wie grds. zulässige Art der Beweisführung. Die Vernehmung darf aber nicht mit Hilfe der dort aufgeführten Methoden erfolgen. Wenn man den nicht zu den Strafverfolgungsbehörden zählenden Arzt, der eine Blutprobe abnehmen soll, ebenfalls als „Instrument“ und damit „Methode“ der Beweiserhebung betrachtet, bildet auch § 81a für körperliche Eingriffe durch einen Nichtarzt ein Beispiel.

444 Ganz allg. könnte man jedenfalls dann, wenn man für **strafprozessuale Grundrechtseingriffe** aus dem **allgemeinen Gesetzesvorbehalt** ein Analogieverbot ableitet (→ Rn. 92 ff.) in nahezu jeder Eingriffsbefugnis zumindest eine Art „mittelbares Beweismethodenverbot“ für solche Durchführungen der Beweiserhebung sehen, die im thematischen Anwendungsbereich der Vorschrift nicht die in der StPO vorgesehene Art und Weise der Durchführungen einhält. Letztlich geht es hier um eine Frage der Auslegung der Reichweite der gesetzlichen Befugnisse, wie zB in der Diskussion darüber, ob § 100a (von seinem Wortlaut durchaus gedeckt, nach der Systematik, insbes. mit Blick auf § 100b Abs. 3 aber durchaus fraglich) auch die sog Quellen-TKU gestattet, die sich als Überwachung der Telekommunikation mit einer „anderen Methode“ (insbes. ohne Mitwirkung des Providers) deuten lässt.⁸⁸⁰

445 **d) Beweismittelverbote.** Die sog Beweismittelverbote untersagen nicht die Beweiserhebung zu bestimmten Inhalten oder auf eine bestimmte Weise, sondern die **Nutzung eines bestimmten** (sachlichen oder persönlichen) **Beweismittels**. Ein solches liegt etwa vor, wenn ein Zeuge ein Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 52 f. ausübt oder sich auf sein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 beruft; in diesen Fällen ist (nur) dieser Zeuge ausgeschlossen. Formal scheiden auch der Beschuldigte, etwaige Mitbeschuldigte und Privatkläger aufgrund ihrer Stellung im Verfahren als Zeugen aus und kommen insoweit nicht

⁸⁷⁹ Vgl. dazu auch BVerfG 27.11.1973 – 2 BvL 12/72; 3/73, BVerfGE 36, 174 ff. = NJW 1974, 179 ff.; BGH 19.7.1972 – 3 StR 66/72, BGHSt 24, 378 (382) = NJW 1973, 66 (67); BGH 6.3.1979 – 1 StR 747/78, BGHSt 28, 338 (340) = NJW 1979, 1720 f.

⁸⁸⁰ Vgl. zu dieser Frage etwa LG Bayreuth 17.9.2009 – Gs 911/09, MMR 2010, 266 m. zust. Anm. Bär; LG Hamburg 1.10.2007 – 629 Qs 29/07, MMR 2008, 423 m. abl. Anm. Bär; AG Hamburg 28.8.2009 – 160 Gs 301/09, StV 2009, 636 mAnm. Kudlich JA 2010, 310. Aus der Kommentarliteratur für die Zulässigkeit Meyer-Göfner, § 100a Rn. 7a; Graf/Graf, § 100a Rn. 31; KK/Bruns, § 100a Rn. 27, KMR/Bär, § 100a Rn. 31a; krit. dagegen SK-StPO/Wolter, § 100a Rn. 27 ff. Vgl. zusammenfassend zum Streitstand jeweils aus neuerer Zeit Buernmeyer/Bäcker HRRS 2009, 433 (438); Becker/Meinicke StV 2011, 50.

als Beweismittel für den Zeugenbeweis in Betracht. Dazu, dass insbes. der Beschuldigte und etwaige Mitbeschuldigte gleichwohl zumindest in einem weiteren Sinne Beweismittel sind, bereits → Rn. 416. Auch durch das Amtsgeheimnis gebundene Beamte scheiden nach § 67 f. BBG bzw. § 37 BeamStG (vgl. auch § 39 BRRG aF) als Zeugen aus. Hier sind die **Grenzen zum Beweisthemaverbot fließend**, da sich die Verweigerung der Aussagegenehmigung auch nur auf bestimmte Themen beschränken kann.

Weitere Beweismittelverbote betreffen den Körper anderer Personen als des Beschuldigten, soweit diese nicht in eine Untersuchung eingewilligt haben oder aber „eine bestimmte Spur oder Folge einer Straftat“ gesucht wird (vgl. § 81c Abs. 1). Ähnliches gilt für Gegenstände, die einem Beschlagnahmeverbot nach § 97 unterliegen⁸⁸¹ oder für die in § 160a genannten anwaltlichen bzw. anwaltsgleichen Personen, gegen welche sonstige Ermittlungen durchgeführt werden sollen. Des Weiteren enthalten etwa §§ 250, 252 Beweismittelverbote hinsichtlich verlesbarer Urkunden, soweit ihre Voraussetzungen nicht vorliegen; § 274 untersagt grds. die Verwendung eines anderen Beweismittels als des Hauptverhandlungsprotokolls zur Beweisaufnahme über die Einhaltung wesentlicher Förmlichkeiten.

Zuletzt können sich – gerade in umgekehrter Richtung, als üblicherweise geprüft – **Beweismittelverbote auch aus Beweisverwertungsverböten** ergeben: Soweit feststeht, dass hinsichtlich eines bestimmten Beweismittels ein (selbständiges) Beweisverwertungsverbot eintreten würde, lässt sich hieraus auch ein Verbot ableiten, diese Beweismittel überhaupt zu erheben. Der damit verbundene Eingriff ist nämlich unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zu rechtfertigen, wenn feststeht, dass das Beweismittel ohnehin nicht verwertet werden darf. Freilich darf die Bedeutung derartiger Fälle nicht überschätzt werden: Betrachtet man nämlich das vieldiskutierte selbständige Beweisverwertungsverbot in sog. Tagebuchfällen (→ Rn. 475), so wird man vor der Beweiserhebung regelmäßig nicht mit der erforderlichen Sicherheit von einer Unverwertbarkeit ausgehen können, da diese sich erst aus einer näheren Analyse des Tagebuchs ergeben kann, → Rn. 487. Auch kann ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot gerade dazu führen, dass **in anderen Verfahrensorten** legitimerweise auch solche Äußerungen erzwungen werden dürfen, die zu einer Selbstbelastung führen würden.⁸⁸²

e) Beweistransfer. Grenzüberschreitend agierende Straftäter, wie sie in vielen Bereichen (etwa der Betäubungsmittel- oder Teilen der Wirtschaftskriminalität) eher die Regel als die Ausnahme darstellen, aber auch die „private“ Mobilität von Tatverdächtigen bei an sich rein national beschränkten Straftaten bedingen eine Internationalisierung der Strafverfolgung,⁸⁸³ die auch das Beweisrecht betrifft. Da die Beweiserhebung als Ausübung von Hoheitsrechten im Grundsatz auf das jeweils eigene Staatsgebiet beschränkt ist, muss eine Beweiserhebung im Ausland regelmäßig im Wege der Rechtshilfe (vgl. knapp Rn. 657 ff.) erfolgen. Von Bedeutung ist hierbei zunächst, ob die Beweiserhebung nach der anzuwendenden bi- oder multilateralen Regelung nach dem Recht des ersuchten Staates (*locus regit actum*, so insbes. in Art. 3 Abs. 1 EuRhÜbK⁸⁸⁴) oder des ersuchenden Staates (*forum regit actum*, so teilw. ermöglicht in Art. 4 Abs. 2 EU-RhÜbK⁸⁸⁵) erfolgt.⁸⁸⁶ Soweit eine im Ausland an sich zulässige Beweiserhebung⁸⁸⁷ in dieser Form in Deutschland nicht möglich

⁸⁸¹ Zu Grenzen Beschlagnahmefähigkeit aus Verhältnismäßigkeitsgründen, insbes. mit Blick auf Art. 5 GG im Bereich von Rundfunk und Presse vgl. auch BVerfG 27.2.2007 – 1 BvR 538/06, 1 BvR 2045/06, BVerfGE 117, 244 = NJW 2007, 1117 mAnm. Gaede AfP 2007, 410; BVerfG 10.12.2010 – 1 BvR 1739/04, 1 BvR 2020/04, NJW 2011, 1859 mAnm. Jäger JA 2011, 712.

⁸⁸² Vgl. BVerfG 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431 (Gemeinschuldnerentscheidung). Zur Frage der Übertragbarkeit dieses Beweisverwertungsverbots auf die Ergebnisse sog. interner Ermittlungen vgl. Klaser/Schaefer BB 2012, 641 (646).

⁸⁸³ → Rn. 611 ff.

⁸⁸⁴ Also dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen des Europarats aus dem Jahre 1959.

⁸⁸⁵ Also dem Rechtshilfeübereinkommen der Europäischen Union von 2000.

⁸⁸⁶ Vgl. näher → Rn. 618 f.

⁸⁸⁷ Zu den Fällen, in denen die Beweiserhebung schon nach dem Maßstab des Auslandes unzulässig war, vgl. Jahn, Gutachten C zum 67. DJT, S. 119 f.

wäre, stellt sich die (wohl jedenfalls in schwer wiegenden Fällen zu bejahende) Frage, ob nicht iS eines „ordre public-Vorbehalts“⁸⁸⁸ ein Beweis(verwertungs)verbot (vgl. allgemein → Rn. 449 ff.) angenommen werden muss, wenn die im Ausland vorgenommene Handlung mit grundlegenden Wertungen eines rechtsstaatlichen Verfahrens nach deutschem Verständnis unvereinbar wäre. Ein solcher – freilich „hoch zu hängender“ – Vorbehalt dürfte (durchaus auch in Konsequenz der Rechtsprechung des BVerfG) wohl selbst vorstellbar bleiben, wo im Anwendungsbereich von Art. 82 Abs. 1 AEUV eine Entwicklung hin zu einem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung postuliert wird,⁸⁸⁹ der freilich eine weitere Harmonisierung der Schutzstandards unter Berücksichtigung auch der unterschiedlichen denkbaren Verfahrensstrukturen voraussetzt (welche etwa zu verschiedenen Beweisstandards in einzelnen Verfahrensabschnitten führen können, die in andere Systeme nicht ohne weiteres übertragbar sind).⁸⁹⁰

449 2. Beweisverwertungsverbote. a) Allgemeines und Systematik. Anders als die Beweiserhebungsverbote, die bereits die Beweisgewinnung untersagen bzw. beschränken, geht es bei den Beweisverwertungsverböten darum, dass grds. **bereits zur Verfügung stehende Beweise** im weiteren Verfahren **nicht verwertet** werden dürfen. Dies gilt originär für die Verwertung in der **Hauptverhandlung**; dort absehbar zu berücksichtigende Beweisverwertungsverbote wirken sich aber auch in **vorherigen Verfahrensstadien** zumindest dahingehend aus, dass bei der Prognose über den Ausgang der Hauptverhandlung, welche den abschließenden Entscheidungen im Ermittlungs- und Zwischenverfahren zugrunde liegt (→ Rn. 226, 241) zu berücksichtigen ist, dass voraussichtlich ein Beweisverwertungsverbot bestehen wird.⁸⁹¹ Soweit man davon ausgeht, dass jedenfalls in der Hauptverhandlung jede Beweisverwertung zugleich auch eine Beweiswürdigung beinhaltet, mag man auch mit *Gössel* davon sprechen, dass die Beweisverwertungsverbote das Verbot enthalten, „bestimmte Tatsachen zum Gegenstand der Beweiswürdigung zu machen“.⁸⁹² Sachgrund für das Verbot der Verwertung von an sich zur Verfügung stehenden Beweismitteln, das naturgemäß mit dem Aufklärungsgrundsatz § 244 Abs. 2 kollidiert, ist regelmäßig der Schutz der Rechte des Beschuldigten bzw. der von der Beweiserhebung betroffenen Personen.

450 Im Anschluss insbes. an *Rogall*⁸⁹³ hat sich durchgesetzt, zwischen **selbständigen und unselbständigen Beweisverwertungsverböten** zu unterscheiden, wobei beide Formen sowohl Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als auch ohne gesetzliche Normierung vorkommen: Von **unselbständigen** Beweisverwertungsverböten spricht man, wenn das Verbot die **Folge eines vorausgegangenen Verfahrensverstößes** (und damit letztlich des Verstoßes gegen ein Beweiserhebungsverbot) war. Prominentes Bsp. einer gesetzlichen Regelung hierzu ist das Beweisverwertungsverbot des § 136a Abs. 3 S. 2. In den meisten Fällen allerdings fehlt eine solche ausdrückliche Regelung, so dass im Einzelfall zu entscheiden ist, wann aus einem Fehler bei der Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot erwächst (→ Rn. 453 ff.). Von **selbständigen** Beweisverwertungsverböten spricht man dagegen, wenn die Beweiserhebung als solche nicht zu beanstanden war, aber aus später eintretenden bzw. übergeordneten Gründen ein Beweismittel nicht verwertet werden soll. Auch hier gibt es gesetzlich angeordnete Fälle (zB § 257c Abs. 4 S. 3) und gesetzlich nicht normierte Fälle, wobei letztere hier regelmäßig auf einer drohenden Grundrechtsverlet-

⁸⁸⁸ Vgl. auch *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT, S. 118.

⁸⁸⁹ Vgl. hierzu das Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ (KOM [2009] 624 endg.) sowie dazu *Schünemann/Rogers* ZIS 2009, 92.

⁸⁹⁰ Zutr. *Schünemann/Rogers* ZIS 2009, 92, die zu Recht darauf hinweisen, dass die „Freiheitsoptimierung“, die durch gegenseitige Anerkennung im Bereich der Grundfreiheiten entsteht nicht einfach umgekehrt werden darf, weil sonst gerade eine Kumulation strukturell illiberaler Effekte droht.

⁸⁹¹ In diesem Sinn kann man auch mit *Löwe/Rosenberg/Gössel* Einl. L Rn. 7 davon sprechen, dass die Beweisverwertungsverbote „in allen Verfahrensstadien“ gelten. → Rn. 487.

⁸⁹² Vgl. *Löwe/Rosenberg/Gössel* Einl. L Rn. 7.

⁸⁹³ Vgl. *Rogall* ZStW 91 (1979), 1 (3 f.).

zung durch die Verwertung des Beweismittels in der Hauptverhandlung beruhen (→ Rn. 473 ff.).

b) Entstehen von unselbständigen Beweisverwertungsverböten. Bei der Frage 451 nach der Entstehung unselbständiger Beweisverwertungsverböten geht es darum zu untersuchen, wann gerade aus einem Fehler bei der Beweiserhebung auch ein Beweisverwertungsverbot erwächst.

aa) Gesetzlich geregelte Fälle. Als ausdrückliche Konsequenz aus Verstößen gegen 452 Beweiserhebungsverböten sind **nur in wenigen Fällen** Beweisverwertungsverböten im Gesetz angeordnet. Der Gesetzgeber geht hier offensichtlich davon aus, dass Beweiserhebungsverböten bzw. die Vorgabe von Regelungen für die Beweiserhebung von den Strafverfolgungsbehörden regelmäßig auch beachtet werden. Im Übrigen wird – nicht zuletzt auch mit Blick auf die **Vielgestaltigkeit der denkbaren Sachverhalte** – die Einzelentscheidung der Rspr. überlassen. Namhafte Ausnahme ist insbes. **§ 136a Abs. 3 S. 2**, der explizit ein absolutes Beweisverwertungsverbot bei Verstößen gegen verbotene Vernehmungsmethoden anordnet; streng genommen setzt die Anordnung dieses Verbötes auch bei Einverständnis des Beschuldigten aber wohl das Verbot bei einem fehlenden Einverständnis ohnehin mehr oder weniger (und dann ebenfalls ungeschrieben) voraus. Die Besonderheit liegt hier darin, dass Aussagen, die unter Verstoß gegen § 136a erlangt worden sind, nicht nur in extremer Weise rechtstaatlich bedenklich sind, sondern dass im Einzelfall auch die Qualität zum Wahrheitsbeweis darunter leiden kann.⁸⁹⁴ Auch **§§ 100a Abs. 4 S. 2** und **100c Abs. 5 S. 2** können als solche unselbständige Beweisverwertungsverböten gedeutet werden (dürften zugleich aber auch selbständige Beweisverwertungsverböten darstellen, wenn bei der Beweiserhebung noch nicht absehbar war, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sein würde).

bb) Allgemeine Lehren. Vor dem Hintergrund dieser doch sehr rudimentären gesetzli- 453 chen Regelung ist nicht erstaunlich, dass die Frage, anhand welcher Kriterien aus einem Fehler bei der Beweiserhebung ein (und auch wie weit reichendes) Beweisverwertungsverbot abzuleiten ist, ein zentrales Problem des Strafprozessrechts darstellt.⁸⁹⁵

(1) Automatismus von Erhebungs- und Verwertungsverbot. Eine gewisse Plausi- 454 bilität *prima facie* und auch den Vorzug großer Anwendungseinfachheit hätte ein Konzept, nach dem grds. jeder Fehler bei der Beweiserhebung zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Ein Argument für diesen radikalen „verwertungsfeindlichen“ Weg bestünde in dem (auch von den Vertretern einer sog. „Beweisbefugnistheorie“ vorgebrachten⁸⁹⁶) Überlegung, dass jede Beweisverwertung zum Nachteil des Angeklagten grundrechtsrelevant ist und daher einer (grds. vollständig) rechtmäßigen Grundlage bedarf.⁸⁹⁷

Diesen Weg beschreiten allerdings auch die Anhänger der **Beweisbefugnistheorie** nicht 455 konsequent,⁸⁹⁸ und zwar zu Recht: Würde ein Beweisverwertungsverbot automatisch auf jeden, und sei es an ein noch so „kleinen“⁸⁹⁹ Fehler bei der Beweiserhebung folgen lassen, so würde damit nicht nur das Interesse an einer **funktionstüchtigen Strafrechtspflege**

⁸⁹⁴ Vgl. Joerden JuS 1993, 927.

⁸⁹⁵ Dass zu diesem Problem einiges an scharfsinniger Dogmatik entwickelt worden ist und viele Einzelfragen befriedigend gelöst worden sind, ist unbestritten (vgl. auch Rogall JZ 2008, 818 [819]); ein stimmiges, Anwendungseinfachheit und Rechtsicherheit gewährendes Konzept dürfte freilich noch nicht gefunden sein (vgl. auch Löffelmann JR 2009, 10).

⁸⁹⁶ Vgl. Jahn/Dallmeyer NSTZ 2005, 297, (303 f.); eingehend zur Beweisbefugnistheorie Dallmeyer, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2002, S. 50 ff.; Jahn, Gutachten C zum 67. DJT, S. 66 ff.

⁸⁹⁷ Vgl. zu einem solchen Modell eines Automatismus von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot auch Kühne Rn. 907.

⁸⁹⁸ Zur Einschränkung bei Beweisverwertungsverböten etwa Jahn, Gutachten C zum 67. DJT, S. 68 ff. (§ 244 Abs. 2 als Rechtsgrundlage der Beweisverwertung, für welche die Rechtmäßigkeit des Verschaffungsaktes nicht unverzichtbar ist).

⁸⁹⁹ Möchte man „unbedeutende“ Fehler bei der Beweiserhebung ausschließen, wäre damit der Charme einer klaren Lösung sogleich wieder verspielt.

als jedenfalls im Ausgangspunkt durchaus schützenswerter öffentlicher Belang⁹⁰⁰ erheblich in Mitleidenschaft gezogen, sondern auch ein wichtiger Unterschied etwa zu zahlreichen verwaltungsrechtlichen Maßnahmen übersehen: Selbst wenn dort grds. die meisten Rechtsfehler zu einer Anfechtbarkeit des hoheitlichen Aktes führen, so können doch viele dieser Fehler geheilt werden⁹⁰¹ oder aber der erneute Erlass eines Verwaltungsakts kommt jedenfalls dann, wenn der alte „nur“ an formalen Fehlern gelitten hat, in Betracht. Diese Möglichkeit besteht im Strafprozessrecht zumindest regelmäßig nicht, da etwa **strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen** nach ihrem Bekanntwerden durch den Betroffenen in sehr vielen Fällen schlicht **nicht sinnvoll wiederholt** werden können. Insoweit würde eine ausnahmslose Unverwertbarkeit der Beweismittel die Strafverfolgung wesentlich stärker treffen als die grundsätzliche Beachtlichkeit von formalen Fehlern in dem (im Grundsatz nach jederzeit nachholbaren) Verwaltungsverfahren.

456 (2) **Einzelfallabhängige Entscheidungen.** Aus diesem Grund bleibt es zwar aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten unbefriedigend, ist aber **nahezu unvermeidlich**, dass die Frage des Erwachsens eines Beweisverwertungsverbotes aus einem Fehler bei der Beweiserhebung letztlich **nur für den Einzelfall entschieden** werden kann. Umso wichtiger sind dann tragfähige und zumindest eine gewisse Rechtssicherheit gewährende Kriterien, sei es in Gestalt von mehr oder minder monistischen Modellen, sei es in Gestalt von Kriterienkatalogen.⁹⁰²

457 Ein früher Ansatz in der Rspr. des BGH war hierzu die sog. **Rechtskreistheorie**,⁹⁰³ nach der die Verwertung eines Beweismittels trotz Verletzung eines Beweisverwertungsverbotes davon abhängt, ob dadurch der „Rechtskreis des Beschuldigten“ betroffen ist.⁹⁰⁴ Die Einwände gegen diese – zumindest als alleiniges Kriterium auch in der Rspr. zunehmend an Gewicht verlierende⁹⁰⁵ – Theorie besteht nicht darin, dass der Rechtskreis als Kriterium generell als Ausschlusskriterium nicht sinnvoll wäre. Problematisch ist vielmehr, dass zum einen die Betroffenheit „des Rechtskreises“ wohl nicht unbedingt für die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes genügen kann und dass zum anderen gerade erst durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln ist, welche Vorschriften den Rechtskreis des Beschuldigten berühren und welche nicht. Dies wird nicht zuletzt am Beispiel des § 55, an dem die Rechtskreistheorie mit entwickelt worden ist, besonders deutlich, da man durchaus gut vertreten könnte, dass die Frage, ob ein möglicherweise Tatverdächtiger und daher gegenüber anderen Beteiligten besonders „belastungsfreudiger“ Zeuge über sein Auskunftsverweigerungsrecht belehrt worden ist, eben doch auch den Rechtskreis des Beschuldigten betrifft. Soweit sich Vorschriften als **reine Ordnungsvorschriften** bei der Beweiserhebung klassifizieren lassen, spricht zwar in der Tat einiges dafür, dass ihre Verletzung den Beschuldigten nicht in seinem Rechtskreis verletzen kann;⁹⁰⁶ fraglich ist jedoch, wann in einer Rechtsmaterie, die auch ganz wesentlich durch den „schützenden Wert der Form“⁹⁰⁷ geprägt ist, tatsächlich von „reinen Ordnungsvorschriften“ gesprochen werden kann. Zutreffenderweise wird man aufgrund all dieser Angriffspunkte die Rechtskreistheorie nur als einen Topos in größer angelegten Konzepten betrachten können.⁹⁰⁸

⁹⁰⁰ Vgl. zum Funktionstüchtigkeitstopos und seinen Grenzen, aber auch seinen berechtigten Kern → Rn. 87 ff.

⁹⁰¹ Vgl. § 45 VwVfG.

⁹⁰² Kompakte Darstellung verschiedener Ansätze etwa bei *Schroth* JuS 1998, 969 (973 f.).

⁹⁰³ Vgl. BGH 21.1.1958 – GSSt 4/57, BGHSt 11, 213 (216 f.) = NJW 1958, 557 (558).

⁹⁰⁴ Vgl. zur Rechtskreistheorie auch die Darstellung bei Löwe/Rosenberg/Gössel Einl. L Rn. 20 ff.

⁹⁰⁵ Vgl. auch die Analyse bei *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT, S. 39 ff., für den eine „eigenständige Rechtskreis-Theorie (...) Rechtsgeschichte“ ist (S. 41).

⁹⁰⁶ Vgl. auch *Schroth* JuS 1998, 969 (973).

⁹⁰⁷ Vgl. bis heute lesenswert *Zachariae* Handbuch des deutschen Strafprozesses Bd. I, 1861, S. 145 f.; ferner hierzu auch *Schlüchter*, in: Wolter (Hrsg.) Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, S. 205; *Eh. Schmidt* ZStW 65 (1953), 161 (166 ff.); *Tiedemann*, FS Peters, 1984, 131 (148).

⁹⁰⁸ Vgl. nochmals *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT, S. 41.

Gleichsam einen „materiellen“ Ansatz verfolgt die namentlich von *Amelung* begründete **„Informationsbeherrschungstheorie“**, wonach Beweisverwertungsverbote auf informationellen Abwehrensprüchen beruhen, die sich aus der Verletzung eines Informationsbeherrschungsrechts des Beschuldigten ergeben können.⁹⁰⁹ Soweit man hieraus freilich ableiten möchte,⁹¹⁰ dass formelle Fehler (wie etwa die fehlende Zuständigkeit zur Anordnung der Zwangsmaßnahme) allein ein Beweisverwertungsverbot nicht tragen können, würde damit nicht hinreichend berücksichtigt, dass etwa eine willkürliche Verletzung des Richtervorbehaltes⁹¹¹ ebenso wie die unvertretbare Annahme einer eigenen Zuständigkeit die Entscheidung des Gesetzgebers untergraben würde, dass nur von unabhängigen Institutionen und nur im Rahmen ihrer Zuständigkeit Grundrechtseingriffe angeordnet werden können.

Im Gegensatz zu dem stark materiell ausgerichteten Informationsbeherrschungsansatz verfolgen **„revisionsrechtliche Theorien“**⁹¹² in verschiedenen Spielarten einen streng verfahrensbezogenen Ansatz. Danach liegt ein Beweisverwertungsverbot nur vor, wenn der Verstoß gegen das Erhebungsverbot zu einer Urteilsaufhebung führen würde. Jedenfalls in dieser Form (ulierung) ist der Ansatz freilich **zirkulär**, da die Revisibilität gerade davon abhängt, ob ein Beweisverwertungsverbot besteht. Auf dem Fehler bei der Beweiserhebung als solcher nämlich kann das Urteil ohnehin nicht beruhen, sondern nur auf der nachfolgenden Verwertung oder eben Nichtverwertung des Beweismittels. Damit soll nicht geleugnet werden, dass die Beruhensfrage im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverböten von Bedeutung ist;⁹¹³ allerdings handelt es sich hierbei um eine nachgelagerte Frage, die sich überhaupt erst stellt, wenn trotz Vorliegens des Beweisverwertungsverbötes ein Beweismittel verwertet (oder umgekehrt: auch ohne Vorliegen eines Beweisverwertungsverbötes ein Beweismittel nicht verwertet) worden ist. Nicht einmal die einschränkende Deutung von *Schroth*,⁹¹⁴ wonach dann, „wenn Urteile nicht auf Verstößen gegen Beweisverwertungsverböte beruhen, dies auch nicht dazu führen kann, dass eine Verwertung ausgeschlossen“ sei, da „die Funktionseffizienz der Strafrechtspflege zu sehr beeinträchtigt wäre, wenn man in diesen Fällen immer ein Beweisverwertungsverbot annehmen würde“, überzeugt: Denn Urteile beruhen nur dann nicht auf Verstößen gegen Beweisverwertungsverböte, wenn sie auch von den anderen verwerteten (und nicht nur weiteren, theoretisch erlangbaren aber tatsächlich nicht herangezogenen!) Beweismitteln getragen werden – wird das Urteil aber ohnehin durch diese anderen Beweismittel getragen, wird die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege in keiner Weise beeinträchtigt, wenn ein einzelnes, fehlerhafterweise hergebrachtes Beweismittel nicht verwertet wird.

Dominierend in der **Rspr.** ist die **einzelfallbezogene Abwägung**,⁹¹⁵ bei der überprüft wird, ob mit der bei der Beweiserhebung verletzten Vorschrift ein Interesse des Angeklagten geschützt wird, das gewichtiger ist als das Interesse an der Effizienz der Strafverfolgung. In den hierbei möglichen **bunten Strauß an Abwägungskriterien** werden etwa Schutzzwecküberlegungen, Schwere der Straftat und des Verstoßes sowie auch Überlegungen zur hypothetischen rechtmäßigen Beweisgewinnung⁹¹⁶ eingeflochten. Die Kritik daran, dass ein solches umfassendes Abwägungsmodell der Rechtssicherheit nicht dienlich ist, liegt auf

⁹⁰⁹ Grundlegend *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990.

⁹¹⁰ Zu unterschiedlichen „Lesarten“ des Informationsbeherrschungsansatzes vgl. einerseits *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT, 2008, S. 64 f.; krit. zur Darstellung seines eigenen Ansatzes andererseits *Amelung* JR 2008, 327 f.

⁹¹¹ Zu Fällen der Umgehung des Richtervorbehalts und einem daraus erwachsenden Beweisverwertungsverbot vgl. BGH 30.8.2011 – 3 StR 210/11, NStZ 2012, 104.

⁹¹² So genannt bei *Schroth* JuS 1998, 969 (973); *Gössel* GA 1991, 486 sowie Löwe/Rosenberg/ders. Einl. L Rn. 18 spricht insoweit von der „Funktionslehre“.

⁹¹³ Vgl. auch – freilich weiter reichend als hier angedeutet – Löwe/Rosenberg/*Gössel* Einl. L Rn. 19.

⁹¹⁴ Vgl. JuS 1998, 969 (973).

⁹¹⁵ Vgl. nur BGH 21.2.1964 – 4 StR 519/63, BGHSt 19, 325 (329) = NJW 1964, 1139 (1143); BGH 17.3.1983 – 4 StR 640/82, BGHSt 31, 304 (307) = NJW 1983, 1570 (1571); BGH 25.9.2007 – 5 StR 116/01, 475/02, NJW 2008, 307 (309); BGH 20.12.2007 – 3 StR 318/07, NJW 2008, 1090 (1092).

⁹¹⁶ Vgl. zu den hypothetischen Ermittlungsverläufen auch *Jahn* NStZ 2005, 297.

der Hand. Verstärkt wird diese Kritik in der Lit. teilw. noch durch den Hinweis darauf, dass entgegen der Berufung auf eine Abwägelösung eine umfassende Abwägung in Wahrheit durch die Gerichte nur selten vorgenommen wird.⁹¹⁷

461 Im Unterschied zur „allgemeinen“ und insbes. auch die Schwere des Tatvorwurfs einbeziehenden Abwägung der Rspr. orientiert sich eine (mit Unterschieden im Detail) in der Lit. stark vertretene Auffassung bei ihrer Einzelfallentscheidung über die Verwertung ausschließlich oder zumindest vorrangig am **Schutzzweck** der bei der Beweiserhebung verletzten Norm.⁹¹⁸ Hierzu zählen in einem weiteren Sinn auch solche Ansätze, die das Eingreifen des Beweisverwertungsverbotes davon abhängig machen wollen, ob ein mit der Anerkennung eines Beweisverwertungsverbotes verbundener **Zweck** in der konkreten Situation erreicht werden kann bzw. muss,⁹¹⁹ etwa der Gedanke der Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden (sog. „Funktionslehren“⁹²⁰) oder die Ausrichtung der Verfahrensgestaltung am Zweck der Spezialprävention und Resozialisierung, welcher Urteile auf der Grundlage staatlicher Rechtsverstöße entgegenstehen könnten.⁹²¹

462 Zumindest in einem weiteren Sinn ebenfalls zu den Schutzzwecklehren zu zählen ist die von Jäger entwickelte und von ihm selbst so bezeichnete „**Lehre von der Fehleridentität**“,⁹²² nach welcher vor dem Hintergrund einer im Gesetz vorgezeichneten zumindest grundsätzlichen Abstraktion von Erhebungs- und Verwertungsverbot nur solche Verstöße gegen Beweiserhebungsverbote auch zu Beweisverwertungsverboten führen, bei denen durch die Anordnung des Verbotes ein „beweisgegenständlicher Ausschluss“ verfolgt wird, dh wenn mit Blick auf den „sachlich-gegenständlichen (...) Schutzbereich der Norm“ hinsichtlich Erhebung und Verwertung „beweisgegenständliche Tatsachenidentität“ vorliegt bzw. „wenn die jeweilige Vorschrift das Beweismittel im Hinblick auf ein Beweisziel vor verwertbarer Existenz oder in seiner unverwertbaren Existenz schützt“.

463 Schon dieser kurze, auch nicht im Entferntesten Vollständigkeit beanspruchende Überblick macht deutlich, dass die Lehre von den Beweisverwertungsverboten im Grundsätzlichen ebenso wie in ihren Details nach wie vor **umstritten** ist. Die jeweils denkbaren Einwände gegen einzelne Ansätze (jedenfalls in ihrer Reinform) sowie auch die mit der konkreten Rechtsanwendung verbundenen Schwierigkeiten machen deutlich, dass „nicht ein Theorienkonstrukt Beweisverwertungsverbote begründen kann, sondern unterschiedliche Wertungsgesichtspunkte ineinandergreifen“. ⁹²³ **Grundsätzlichen Vorzug** verdienen **schutzzweckbezogene Ansätze**, die danach fragen, ob die Verwertung des Beweismittels gerade dem Sinn des Beweiserhebungsverbotes zuwiderläuft bzw. die Verwertung die Verletzung des Schutzzwecks des Erhebungsverbotes noch weiter vertiefen würde. Ob und wann dies der Fall ist, bleibt im Einzelfall freilich eine schwierige Auslegungsfrage. Diesen Schwierigkeiten muss man sich aber stellen, wenn man einerseits auf keine differenzierte gesetzliche Regelung zurückgreifen kann und sich andererseits auch nicht mit einer „Radiokallösung“ (die dann freilich nur in Gestalt eines Automatismus von Erhebungs- und Verwertungsverbot und sicher nicht in einer grundsätzlichen Unbeachtlichkeit von Verstößen bei der Beweiserhebung liegen könnte) anfreunden mag. Über solche Schutzzweckerwägungen könnten und müssten letztlich dann sogar teilw. solche (allgemeinen) Fragen ent-

⁹¹⁷ Vgl. zur Kritik etwa Dallmeyer, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2002, S. 149 ff., 213 ff.; Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, 2008, S. 51 ff., 294 ff.; Wolters JR 1999, 524 (525); Fezer JZ 1999, 526; ders. NSTZ 2003, 625 (629).

⁹¹⁸ Grundlegend zu den Schutzzwecklehren Grünwald JZ 1966, 489 (492 ff.); Beulke ZStW 103 (1991), 657 ff.; monographisch Petry, Beweisverbote im Strafprozeß, 1971, insbes. S. 29 ff.; Fezer, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995, etwa S. 20 ff.; zusammenfassender Überblick auch bei Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 69 ff.

⁹¹⁹ Von Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 69 ff.

⁹²⁰ Ähnlich Nüse JR 1966, 281 (284). Zu abweichenden Begriffsverwendungen vgl. Fn. 912.

⁹²¹ Vgl. zu diesem Ansatz Otto GA 1970, 289 (290, 297 f.). Zu einem stärker an der Generalprävention orientierten Beweisverbotsverständnis vgl. Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S. 59 ff.

⁹²² Vgl. Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, insbes. S. 137 ff.

⁹²³ Zutr. Schroth JuS 1998, 969 (974).