

Soyer/Stuefer (Hg.)

Effektive Strafverteidigung

**I. Dreiländerforum Strafverteidigung
Innsbruck, 18./19. Februar 2011**

Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen – Band 18



Recht

Strafverteidigung

Effektive Strafverteidigung

1. Dreiländerforum Strafverteidigung Innsbruck, 18./19. Februar 2011

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer

Rechtsanwalt in Wien

Dr.ⁱⁿ Alexia Stuefer

Rechtsanwältin in Wien

ERSTE  BANK SPARKASSE 
In jeder Beziehung zählen die Menschen.



R E C H T

Wien · Graz 2011

RA Dr. Jan BOCKEMÜHL, Regensburg

Beweisverbotslehre in der deutschen Praxis

I. Einleitung

Hochansehliche Versammlung! So begann *Ernst Beling*¹ am 15. Jänner 1903 seine Tübinger Antrittsvorlesung.

Ging *Beling* noch davon aus, dass „im Prinzip der Strafjustizbeamte ad detegendam veritatem rücksichtslos mit der Fackel hineinleuchten (darf) in das finstere Dunkel“² so war seine Ausgangsthese zu Beginn seiner Antrittsvorlesung auch diejenige³:

„Alle Beweismittel sind ihm recht und jede Art ihrer Verwertung.“

Das uns von Seiten der Organisatoren abgesteckte Feld mit dem Thema Ermittlungsverfahren und Verwertung ist im Sinne von *Günter Grass* ein tatsächlich weites.

Ich werde trotzdem versuchen, einen zumindest skizzenhaften Blick auf einen Teilbereich der Probleme zu werfen.

Dieses insbesondere im Hinblick auf die internationalen Verflechtungen und das damit verbundene Erfordernis, zumindest rudimentäre Grundzüge bei transnationaler Strafverteidigung vom jeweils anderen Recht zu beherzigen.

Soweit ich das überblicken kann, ist eine Aufgabe des Strafverfahrens sowohl in der Republik Österreich, als auch in der Schweiz sowie in der Bundesrepublik Deutschland die **Erforschung der materiellen Wahrheit.**

1 Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903.

2 *Beling*, aaO, Seite 2.

3 *Beling*, aaO, Seite 2.

Dies ergibt sich für Österreich unter anderem aus § 3 öStPO⁴ sowie für die Schweiz aus den Prozessprinzipien, der seit 01.01.2011 geltenden Schweizer Strafprozessordnung⁵ sowie für die Bundesrepublik Deutschland unter anderem aus § 244 Abs. 2 dStPO.

Die österreichischen sowie die schweizerischen Aspekte sollen Ihnen jedoch aus berufenem Munde nahe gelegt werden.

Einigkeit darüber besteht, dass das Prinzip der materiellen Wahrheitssuche kein absolutes ist, sondern der Suche nach der materiellen Wahrheit rechtliche Grenzen gesetzt sind.

Hierbei muss auch berücksichtigt werden, dass rechtliche Grenzen der Ermittlungstätigkeit nicht zwingend der Erforschung der materiellen Wahrheit zuwiderlaufen müssen. Es ist also kein Antagonismus zwischen Beweisverboten und Wahrheitserforschung zwingend gegeben.⁶

Insofern hat sich die Auffassung *Belings* gewandelt. Es ist anerkannt, dass zwar die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ eine Staatsaufgabe von überaus großer Bedeutung ist,⁷ es auf der anderen Seite aber keinen Grundsatz gibt, wonach die Wahrheit um jeden Preis zu erforschen ist.⁸

Dies hat der Bundesgerichtshof – 1. Strafsenat – in seinem Urteil vom 14. Juni 1960⁹ klargestellt, wenn er ausführt,

4 Das Thema „Wahrheit im Strafprozess“ war auch eines der Kernthemen des 8. Österreichischen StrafverteidigerInnentages in Salzburg im Jahr 2010; vgl. hierzu *Soyer* [Hrsg.], Strafverteidigung – Ethik und Erfolg, Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen, Band 13, 2010.

5 Vgl. insofern auch *Riklin*, Schweizerische Strafprozessordnung, 1. Auflage, 2010, Art. 6, Rd-Nr. 3.

6 Vgl. *Beulke*, JURA, 2008, 653 ff.; ebenso *Eisenberg*, aaO, 329, der darauf hinweist, dass die Regelung des § 136a dStPO sowie die Zeugnisverweigerungsrechte des § 52 dStPO möglichen Konfliktlagen vorbeugen sollen, in denen gegebenenfalls aufgrund der Konfliktlage eine Drucksituation entstehen kann, die zu unwahren Angaben führen kann.

7 BGHSt 19, 325, 329.

8 BGHSt 14, 358, 365.

9 BGHSt 14, 358, 365.

dass es „auch sonst kein Grundsatz der Strafprozessordnung (sei), dass die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müsste“.¹⁰

Die Veröffentlichungen zur Beweisverbotslehre sind zwischenzeitlich Legion und füllen Bibliotheken. Erstmals befasste sich der Deutsche Juristentag in Essen im Jahre 1966 mit der Problematik.¹¹

42 Jahre später erstattete *Jahn* in Erfurt erneut ein Gutachten auf dem 67. Deutschen Juristentag.¹² Trotz intensiver Bemühungen von Literatur und Rechtsprechung ist die Lehre von den Beweisverboten weit von einer endgültigen Durchdringung entfernt.¹³

Dabei liegen die Probleme nicht zu vorderst in der Nomenklatur. Vielmehr fehlen einheitliche Kriterien, wann einem strafprozessualen Verstoß ein Beweisverwertungsverbot folgen soll.¹⁴

II. Überblick über die Beweisverbote

Nachdem der deutschen Strafprozessordnung (immer noch) ein Katalog respektive eine grundsätzliche, gesetzliche Regelung der Beweisverbote respektive Beweisverbotslehre fehlt, betrachtet man (neidisch) den 4. Titel der seit 01.01.2011 geltenden Schweizer Strafprozessordnung.¹⁵

10 Vergleiche hierzu auch *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011, Rn 329, 331.

11 *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil 3 A, Essen 1966.

12 *Jahn*, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil C, 2008.

13 So auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn 14.

14 *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, 92.

15 In den dortigen Artikeln sind in Art. 139 die Grundsätze der Beweiserhebung, in Artikel 140 verbotene Beweiserhe-

Seit der durch *Beling* geprägte Oberbegriff der **Beweisverbote** überwiegend einheitlich verwendet wird, kann man von folgender Nomenklatur ausgehen.

Als gesichert ist zwischen **Beweiserhebungsverboten** und **Beweisverwertungsverboten** unter dem Oberbegriff der **Beweisverbote** zu differenzieren.¹⁶

Bezüglich der Beweisverwertungsverbote ist ferner zwischen *unselbständigen* und *selbständigen* Beweisverwertungsverboten zu unterscheiden.¹⁷

1. Beweiserhebungsverbote

Beweiserhebungsverbote sind zwingende Verfahrensvorschriften, die von den Strafverfolgungsbehörden bei der „Suche nach der materiellen Wahrheit“ zu beachten sind und somit per se der Aufklärungspflicht Grenzen setzen.¹⁸

Sie werden nach den jeweiligen Bezugspunkten in *Beweisthemenverbote* (a.), *Beweismethodenverbote* (b.) und *Beweismittelverbote* (c.) unterteilt.¹⁹

a. Beweisthemenverbote

Beweisthemenverbote untersagen die Aufklärung bestimmter Sachverhalte durch die Strafverfolgungsbehörden. Ein Beispiel für ein solches Beweisthemenverbot ist z.B. die Regelung in § 51 Abs. 1 BZRG,²⁰ wonach getilgte oder tilgungs-

bungsmethoden sowie in Artikel 141 dezidierte Verwertungsregelungen über rechtswidrig erlangte Beweise enthalten.

16 *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, 91; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 27, der ansonsten von *babylonischen Begriffswirrungen* spricht.

17 *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, 92; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 32; die Untergliederung wird lediglich von einem geringen Teil des Schrifttums in Frage gestellt.

18 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn 15; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 27.

19 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011, Rn 337; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn 15.

20 Bundeszentralregistergesetz.

reife frühere Verurteilungen dem Beschuldigten nicht mehr im Strafverfahren vorgehalten werden dürfen.²¹

b. Beweismittelverbote

Beweismittelverbote schließen hingegen nur bestimmte sachliche oder personelle Beweismittel von der Aufklärungspflicht aus. Sie sind in den §§ 52 – 55, 81c Abs. 3 dStPO, also bei den Vorschriften über die *Zeugnis-, Auskunfts- und Aussageverweigerungsrechte* geregelt.²²

c. Beweismethodenverbote

Beweismethodenverbote untersagen eine bestimmte Art und Weise der Beweisgewinnung.²³ Als Paradebeispiel ist hier § 136a dStPO anzuführen.²⁴

2. Beweisverwertungsverbote

Die zentrale Frage im Rahmen der Diskussion um die Lehre von den Beweisverboten ist diejenige, wann ein Verstoß bei der Beweismittelerlangung eine Verwertung des erlangten Beweismittels ausschließt; genauer: wann ein *Beweiserhebungsverbot* ein *Beweisverwertungsverbot* nach sich zieht.²⁵ Hierbei ist nicht nur die Frage umstritten, ob das vorliegende, kontaminierte Beweismittel unmittelbar unverwertbar ist, son-

21 Vgl. hierzu nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn 16.

22 Vgl. ausführlich *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011, Rn 348 ff; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 29 f.

23 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011, Rn 347; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 30.

24 Der über die entsprechenden Verweisungsnormen in den §§ 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 2 und §§ 72, 69 Abs. 3 dStPO nicht nur für die richterliche Vernehmung Geltung beansprucht, sondern auch für die polizeiliche, die Vernehmung durch den Sachverständigen und die Zeugenvernehmung; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 30.

25 *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, 92; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 38; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn 21.

dem mindestens ebenso umstritten sind die Fragen, ob diese Feststellungen als weiterer Spurenansatz dienen können.²⁶

a. Unselbständige und selbständige Beweisverwertungsverbote

Der durch *Rogall*²⁷ eingeführten Differenzierung zwischen *unselbständigen* und *selbständigen Beweisverwertungsverbote* folgen inzwischen fast einheitlich Rechtsprechung und Lehre.²⁸

Unselbständige Beweisverwertungsverbote sind Folge eines Verstoßes gegen ein Beweiserhebungsverbot, während ein *selbständiges Beweisverwertungsverbot* vom Vorliegen einer solchen Gesetzesverletzung unabhängig ist.²⁹

aa. Unselbständige Beweisverwertungsverbote

Unselbständige Beweisverwertungsverbote können sich entweder direkt aus einer gesetzlichen Verankerung oder aufgrund einer Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes ergeben. Durch den deutschen Gesetzgeber wurden solche Beweisverwertungsverbote allerdings nur vereinzelt kodifiziert. § 136a Abs. 3 S. 2 dStPO war lange Jahre die einzige Regelung im Gesetz und ist auch heute noch die einzige Regelung, die eine Verwertung ausnahmslos zwingend verbietet.³⁰ Weitere unselbständige Beweisverwertungsverbote sind in der Folge in die Strafprozessordnung aufgenommen worden. § 100c Abs. 5 S. 3 dStPO statuiert ein solches Verwertungsverbot, wenn im Rahmen einer Wohnraumüberwachung Gespräche aus dem „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ betroffen sind.³¹ Als ein weiteres – aktuelles –

26 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011, Rn 356; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn 21.

27 ZStW 91 (1979), 1, 3 f.

28 *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 32 mwN.

29 *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, 92; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 32 mwN.

30 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011, Rn 357.

31 *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 33 mwN; weitere Verwertungsverbote oder sogenannte Verwendungsverbote sind Gesetz ge-

Beispiel sei an dieser Stelle noch § 257c Abs. 4 S. 3 dStPO erwähnt, der ein Verwertungsverbot für das durch einen Angeklagten abgegebene Geständnis im Rahmen einer Verständigung statuiert, wenn sich das Gericht von einer Verständigung „löst“.³²

Seit dem 1.1.2008 besteht in § 160a Abs. 1 S. 2 dStPO ein weiteres absolutes Beweisverwertungsverbot für solche Erkenntnisse, die unzulässig aus dem Bereich einiger beruflich Zeugnisverweigerungsberechtigter erlangt wurden.³³

Sofern das Gesetz jedoch in anderen Fällen eines Beweisverwertungsverbotes hinsichtlich der Frage des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbotes schweigt, kann hieraus – nach zutreffender Auffassung – nicht geschlossen werden, dass eine Verwertung damit per se zulässig wäre.³⁴

Lassen Sie mich die Frage, wann denn ein Beweisverwertungsverbot einem Beweiserhebungsverbot folgt, noch einen Moment zurückstellen bis wir die selbständigen Beweisverwertungsverbote besprochen haben.

bb. Selbständige Beweisverwertungsverbote

Unabhängig von der Rechtswidrigkeit eines Beweiserhebungsaktes kann die staatliche Suche nach der Wahrheitsfindung durch *selbständige Beweisverwertungsverbote* eingeschränkt sein.

worden; vgl. hierzu *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011, Rn 357 ff; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 33 f.

32 Vgl. insgesamt zur Problematik der Verständigungspraxis und der Kodifizierung in Deutschland *Kier/Bockemühl* öAnwBl 2010, 402 ff.

33 Die heftig kritisierte Unterscheidung zwischen Strafverteidigern und „anderen Rechtsanwälten“ in § 160a dStPO hat der Gesetzgeber inzwischen durch das *Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht* vom 22.12.2010 beseitigt vgl. BGBl. I, 2010, Nr. 67 v. 27.12.2010; die Neu-Regelung des § 160a dStPO ist am 1.2.2011 in Kraft getreten.

34 *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, 92; *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 142.

Solche selbständigen Beweisverwertungsverbote sind ebenso teilweise in der Strafprozessordnung normiert, wie z. B. die Regelung des § 252 dStPO. Ebenso hat der Gesetzgeber in der Strafprozessordnung Regelungen für die Verwendung von Zufallsfunden statuiert.³⁵

Zudem sind auch außerhalb der Strafprozessordnung spezielle Regelungen selbständiger Beweisverwertungsverbote geschaffen.³⁶

Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung und Literatur es zwischenzeitlich unbestritten, dass sich Beweisverwertungsverbote auch unmittelbar aus der Verfassung herleiten lassen.³⁷

3. Bestimmung von Beweisverwertungsverböten in der deutschen Praxis

An dieser Stelle sollen nur kurz die Entwicklungslinien hinsichtlich der Herleitung eines Beweisverwertungsverbötes skizziert werden. Alles andere würde den Rahmen sprengen.

Die durch den Bundesgerichtshof ursprünglich entwickelte sogenannte „Rechtskreistheorie“ sowie weitere, ausschließlich am „Schutzzweck der verletzten Norm“ orientierten Theorien sind in ihrer Reihenfolge als alleiniges Kriterium für die Bestimmung eines Beweisverwertungsverbötes als überholt anzusehen.

Sowohl die heutige herrschende Literaturmeinung, als auch die Rechtsprechung versucht die Frage nach dem Vorliegen eines Beweisverwertungsverbötes nach einem **Viel-faktorenmodell**³⁸ im Wege der Abwägung zu bestimmen.³⁹

35 *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 37 mwN.

36 *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 37 mwN.

37 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011, Rn 362.

38 So die Bezeichnung bei *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 45 mwN.

39 Vergleiche zur Abwägungslehre, *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, 92; *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 142; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Auflage, 2011, Rn 367; *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 45 mwN; *Meyer-Goßner*, StPO, 54. Auflage, Einl. Rd-Nr. 55 a.

Bei der Frage in die Abwägung einzustellen sind, nimmt *Jahn* als wichtige Parameter:⁴⁰

- das objektive Gewicht des Verstoßes gegen die Beweiserhebungsvorschrift
- der Zweck der verletzten Verfahrensvorschrift
- Möglichkeit der Beeinträchtigung des Beweiswertes der rechtswidrigen Beweiserhebung
- das Schutzbedürfnis der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten.

Auf Seiten der Strafrechtspflege will *Jahn* in die Abwägung folgende gewichtigste Belange einstellen:

- Die Belange der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege sowie
- die Frage, ob das Beweisergebnis auch auf gesetzmäßigem Wege hätte erlangt werden können.⁴¹

Die konkrete Umsetzung der Abwägungslehre in der Rechtsprechung hat im Ergebnis – und dieses konstatiert *Rogall* zu Recht⁴² – dazu geführt, dass sich in der deutschen Rechtsprechung quasi ein *case law* im Bereich der deutschen Beweisverbotslehre herauskristallisiert hat.

Die Umsetzung der Abwägungslehre „im konkreten Einzelfall“ durch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichtes* sowie der *Fachgerichte* bestätigt die Einwände der Gegner der Abwägungslehre, dass nämlich die richterliche Abwägung die Gefahr in sich trage, dass die richterliche Entscheidungsfindung sich quasi an einem „gerechten Ergebnis“ orientiere.⁴³

Lassen Sie mich dieses an einigen Beispielen darlegen.

40 *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 46 mwN.

41 Vgl. so zu den Abwägungskriterien *Bockemühl*, *Private Ermittlungen im Strafprozess*, 1996, 109 f.

42 *Rogall* in: *Höpfel/Huber* (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen*, 119, 137.

43 Vgl. hierzu *Bockemühl*, *Private Ermittlungen im Strafprozess*, 1996, 114 f; kritisch in diesem Zusammenhang auch *Beulke*, *ZStW* 103 (1991), 668.

a. Widerspruchserfordernis

Als epochale Entscheidung wurde BGHSt 38, 214 „gefeiert“. Hier wurde die Belehrungsverpflichtung aus §§ 163a, 136 dStPO von der reinen „Ordnungsvorschrift“ hin zum reversiblen Verstoß hochgestuft. Der Revision blieb damals allerdings schon der Erfolg verwehrt, nachdem trotz des konstatierten prozessualen Verstoßes die Erhebung eines Widerspruchs – bereits in der Hauptverhandlung – zur *conditio sine qua non* für das Bestehen eines Beweisverwertungsverbotes gemacht wurde.⁴⁴

Eine dogmatisch fundierte Begründung hierfür bleibt der Bundesgerichtshof bereits in der Grundsatzentscheidung, aber auch im Folgenden schuldig.

b. Verstoß gegen Art. 36 lit. b WÜK

Einen Belehrungsverstoß nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK soll nach BGHSt 52, 110 kein Verwertungsverbot folgen.

Der Bundesgerichtshof argumentiert, dass der Belehrungsverstoß hinsichtlich der Möglichkeit des Kontakts zur konsularischen Vertretung anderen Belehrungsverpflichtungen der Strafverfolgungsbehörden nicht gleich stehe und deswegen ein Beweisverwertungsverbot ausscheiden würde.

Eine Begründung hierfür, wieso die Belehrung eines ausländischen Beschuldigten hinsichtlich der Möglichkeit der Kontaktierung des Konsul gemäß Art. 36 WÜK einen weniger schwerwiegenden Mangel darstellen soll, bleibt der Bundesgerichtshof in Gänze schuldig.⁴⁵

44 In: *BGHSt* 50, 272 weitete der Bundesgerichtshof nunmehr das Widerspruchserfordernis noch dahingehend aus, dass der Widerspruch in einer „erneuerten Hauptverhandlung“ nach Aufhebung und Zurückverweisung des Urteils nicht mehr möglich sei.

45 Vgl. hierzu auch die Anmerkung zur Entscheidung BGH 1 StR 273/07 von *Velten* in *ZJS-Online.com* (www.zjs-online.com/dat/artikel/2008_1_28.pdf).

4. Rechtsprechung und Beweisverwertungsverbote bei „geringster Kriminalität“

Zur Untermauerung meiner These, dass es nämlich nicht nur in Fällen schwerster Kriminalität, wie im vorliegenden Fall eines Verstoßes gegen die Belehrungspflichten nach WÜK – hier handelte es sich immerhin bei dem vom Bundesgerichtshof – 1. Strafsenat – zu entscheidenden Regensburger Fall, um einen „brutalen Mordfall“ – auf die Frage des jeweiligen Deliktes es nicht ankommt, sei exemplarisch an der Problematik von schlichten Straßenverkehrsverstößen dargestellt.

Eine „beliebte Ermittlungsmaßnahme“ in der Bundesrepublik Deutschland in Geschwindigkeits-Verkehrsverstößen ist der Abgleich der bei den Gemeindeverwaltungen hinterlegten Bilder aus Ausweispapieren mit den erstellten Radarfotos.

In der Regel fordern die Ermittlungsbehörden bei den Meldebehörden zum Vergleich des Radar- oder Rotlichtfotos eine Kopie des bei den Gemeinden hinterlegten Lichtbildes an. Die Weitergabe ist weder durch § 2 Abs. 2 dPAuswG noch durch § 22 Abs. 2 dPaßG gedeckt.

Die Beweisgewinnung ist in diesen Fällen **rechtswidrig**.⁴⁶ Dennoch soll nach Auffassung der verschiedenen Oberlandesgerichte ein Beweisverwertungsverbot nicht bestehen, nachdem die Verwertung nicht in den „Kernbereich der Persönlichkeitssphäre“ fallen soll.⁴⁷

Dieses kleine Beispiel soll belegen, dass von Seiten der Rechtsprechung grundsätzlich bei der Frage nach dem Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes die Wahl der Abwägungsbelange willkürlich erscheint und hier im Zweifel von einer Verwertbarkeit ausgegangen wird.

Damit handelt es sich aber im Hinblick auf die konkrete Umsetzung der Abwägungslehre quasi um ein „Feigenblatt“.

46 Vgl. nur *OLG Stuttgart*, NStZ 2003, 93; *Beck/Berr*, OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht, 4. Auflage, 2003, Rd-Nr. 298n mwN.

47 *OLG Stuttgart*, NStZ, 2003, 93, 95 mwN.

III. Lösungsansatz

Betrachtet man die Abwägungslehre in der Praxis, so wird offenbar, dass Relativierungstendenzen hinsichtlich der Verfahrensverstöße und der damit verbundenen Auswirkungen im Hinblick auf die Frage der Beweisverwertung zu konstatieren sind.

In unserem Personalausweis-Beispiel wird durch die Rechtsprechung apodiktisch der Bereich der Rechtsverletzung in den abwägungsfähigen Bereich einer schlichten Persönlichkeitsrechtsverletzung herabgestuft. Abwägungsfeste Kernbereichsverletzungen werden in der Rechtsprechung so gut wie gar nicht angenommen.

Zu Recht weist insofern *Jahn* darauf hin, dass bei der Frage der Beweisverwertung im Strafprozess „nicht alles erlaubt (ist), was nicht ausdrücklich verboten ist, sondern es alles verboten (ist), was nicht ausdrücklich erlaubt ist“.⁴⁸

Dieses ist dem aus Art. 20 Abs. 3 GG ausschließenden *Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes* geschuldet.

Es ist mithin danach zu fragen, ob eine Ermächtigungsgrundlage für die Beweisverwertung besteht.

Als solche Ermächtigungsgrundlage für die Beweisverwertung fungieren § 244 Abs. 2 dStPO für das Hauptverfahren sowie die §§ 151 Abs. 2, 160 Abs. 1 dStPO für das Ermittlungsverfahren.

Mit dieser Feststellung ist aber noch nicht viel gewonnen.

Als allgemeine „Beweisermächtigungsnorm“ genügt § 244 Abs. 2 dStPO gerade nicht.

Dieses ergibt sich direkt aus dem Kanon der Regelungen des § 244 dStPO. Der Gesetzgeber hat nämlich hier seine „Sichtweise der Dinge“ bereits in § 244 Abs. 3 Satz 1 dStPO normiert.

Hier heißt es wie folgt:

„Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist.“

48 *Jahn*, aaO, Teil C, Seite 68 mwN.

Der Vorschrift des § 244 Abs. 3 Satz 1 dStPO ist meines Erachtens eine grundsätzliche Wertentscheidung des Gesetzgebers zu entnehmen, dass nämlich dem Gericht die Beweisaufnahme absolut verwehrt ist (arg: „ist“), wenn die Erhebung des Beweises gegen ein Beweiserhebungsverbot verstößt.⁴⁹

Die Ablehnung eines Beweisantrages nach § 244 Abs. 3 Satz 1 dStPO kommt dann in Betracht, wenn ein Beweis-themen- oder Beweismittelverbot besteht.

Ferner – und davon geht die einhellige herrschende Meinung aus,⁵⁰ dass § 244 Abs. 3 Satz 1 dStPO ebenso dort die Beweiserhebung verbietet, wo die Beweismittel durch verbotene Vernehmungsmethoden im Sinne von § 136a dStPO erlangt wurden.⁵¹

Nachdem aber gerade das absolute – unselbständige – Verwertungsverbot sich in Fällen von Verstößen gegen § 136a dStPO bereits aus dessen Absatz 3 ergibt, wäre in den Fällen § 244 Abs. 3 Satz 1 dStPO sinnentleert. Vielmehr ist der Vorschrift eine Wertentscheidung des Gesetzgebers zu entnehmen, dass sich die Beweisaufnahme nur auf in zulässiger Art und Weise gewonnene Beweismittel erstrecken darf. Dieses gilt dann aber absolut, nämlich auch für diejenigen Beweiserhebungsverbote, die von Verfassungs wegen zu gewährleisten sind. Auch insofern verbietet § 244 Abs. 3 Satz 1 dStPO eine Verwertung.

Dieser „radikalen Auffassung“ mag man entgegen halten, dass sie „das Verfahren blockiere“, sie „dem Einzelfall nicht gerecht wird“, sie ist allerdings nach hiesiger Auffassung dem verfassungsrechtlichen Grundsatz geschuldet, dass staatliches Handeln vom Vorbehalt des Gesetzes abhängig zu machen ist.

Dem Gesetzgeber ist es unbenommen, gegebenenfalls Verwendungs- und Verwertungsregelungen im Gesetz zu statuieren.

49 Meyer-Goßner, StPO, 54. Auflage, 244, Rd-Nr. 49.

50 Vgl. nur: Meyer-Goßner, StPO, 54. Auflage, § 244, Rd-Nr. 49.

51 Meyer-Goßner, aaO.

Ebenso ist von Verfassungen wegen der Notwendigkeit der Erhebung eines Verwertungswiderspruchs zur Auslösung eines Beweisverwertungsverbotes wie von Seiten des Bundesgerichtshofes seit BGHSt 38, 214 für erforderlich erachtet, eine eindeutige Absage zu erteilen.⁵²

Die Statuierung eines Widerspruchserfordernisses geht eindeutig über die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung hinaus. Dem Gesetzgeber wäre es unbenommen, ein Modell eines Beweisverwertungskonzeptes zu entwerfen. Aus meiner Sicht wäre allerdings hier dann zwingend von einem „Zustimmungsmodell“ auszugehen.⁵³

Mangels konkreter Verwendungsregelungen ist damit aber auch das Ergebnis für die weiteren „Problemfälle“, nämlich der *Fernwirkung* und des *Spurenansatzes* gefunden. Ohne entsprechende gesetzliche Befugnisnorm ist die Beweisverwertung unzulässig.

„Täusche ich mich nicht, so ist die Lehre von den Beweisverboten, die bisher nirgends ex professo behandelt ist, noch bedeutender Fortentwicklung fähig.“⁵⁴

IV. Deutsche Gesetzestexte

§ 100c [Wohnraumüberwachung]

(5) Das Abhören und Aufzeichnen ist unverzüglich zu unterbrechen, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Aufzeichnungen über solche Äußerungen sind unverzüglich zu löschen. Erkenntnisse über solche Äußerungen dürfen nicht verwertet werden. (...)

52 Ebenso *Jahn*, aaO, S. 212.

53 *Jahn*, aaO, S. 112; der vorschlägt in der Strafprozessordnung einen § 244 Abs. 2 S. 2 dStPO einzuführen wie folgt: „Jedoch darf ein nicht verwertbares Beweismittel gegen den Angeklagten nur mit seiner Zustimmung verwertet werden“.

54 So *Beling*, aaO, Vorwort.

§ 136a dStPO [Verbotene Vernehmungsmethoden]

(1) ¹Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Misshandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zulässt. ²Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten.

(2) Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet.

(3) ¹Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. ²Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

§ 160a dStPO [Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsheimnisträger]

(1) ¹Eine Ermittlungsmaßnahme, die sich gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4 genannte Person, einen Rechtsanwalt, eine nach § 206 der Bundesrechtsanwaltsordnung in eine Rechtsanwaltskammer aufgenommene Person oder einen Kammerbeistand richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist unzulässig. ²Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden. ³Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. (...)

§ 244 dStPO [Beweisaufnahme]

(2) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

(3) ¹Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist. (...)

§ 257c [Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten]

(4) ¹Die Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellt Strafraumen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. ²Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichts zugrunde gelegt worden ist. ³Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. ⁴Das Gericht hat die Abweichung unverzüglich mitzuteilen.