

Schriften zum Prozessrecht

Band 102

**Beweisverwertungsverbote und
die Hypothese rechtmäßiger
Beweiserlangung im Strafprozeß**

Von

Dr. Svenja Schröder



Duncker & Humblot · Berlin

SVENJA SCHRÖDER

**Beweisverwertungsverbote und die Hypothese
rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß**

Schriften zum Prozessrecht

Band 102

Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß

Von

Dr. Svenja Schröder



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schröder, Svenja:

Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmässiger
Beweiserlangung im Strafprozess / von Svenja Schröder. –
Berlin : Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 102)

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07405-X

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Lasersatz: Helga Stingl, 8390 Passau

Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-07405-X

Meinen Eltern

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 1991 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis Juli 1991 berücksichtigt.

Zu besonderem Dank verpflichtet bin ich Herrn Prof. Dr. Werner Beulke, der das Thema der Dissertation angeregt und ihr Entstehen mit viel Verständnis und Engagement gefördert hat. Dank gilt ebenso Herrn Prof. Dr. Bernhard Haffke für wertvolle Hinweise. Nicht zuletzt gebührt mein aufrichtiger Dank Herrn Rechtsreferendar Gerald Mäsch für dessen vielfache Unterstützung.

Passau, im Januar 1992

Svenja Schröder

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	15
Kapitel 1: Allgemeiner Teil.....	25
A. Ermittlung von Verwertungsverboten.....	25
I. Allgemeines.....	25
II. Funktion der Verwertungsverbote.....	26
1. Abwehr von Gefahren für die Wahrheitsfindung.....	26
2. Präventive Argumente.....	28
a) Disziplinierungsfunktion.....	28
b) Störung der general- bzw. spezialpräventiven Funktion der Strafe.....	31
3. Sicherung der Individualrechte.....	33
4. Verwertungsverbote als Ausprägung des "fair-trial"-Gedankens im Strafprozeß... ..	35
5. Zusammenfassung.....	36
III. Voraussetzungen für die Annahme eines Verwertungsverbotes.....	37
1. Allgemeines.....	37
2. Revisionsrechtliche Argumentation.....	38
3. Schutzzweck der Norm.....	41
4. Abwägungslehre.....	46
5. Differenzierende Auffassungen.....	48
6. Eigener Lösungsweg.....	51
a) Verwertungsverbote aus der StPO.....	51
b) Verwertungsverbote aus dem Grundgesetz.....	55
aa) Schwere des Delikts.....	56
(1) Allgemeines.....	56
(2) Unschuldsumutung.....	56
bb) Konkretisierung des Merkmals.....	58
B. Fernwirkungen der Verwertungsverbote.....	64
I. Allgemeines.....	64
II. Verwertungsverbote aus dem Grundgesetz.....	68
III. Verwertungsverbote aus der StPO.....	69
IV. Fazit.....	70

C. Die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im System der Verwertungsverbote.....	72
I. Einleitung.....	72
II. Standort der Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung	72
III. Bezugsobjekt der Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung	74
IV. Einpassung der Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung in das hier entwickelte System	76
1. Kausalität.....	76
2. Die prozeßrechtlichen Verwertungsverbote	78
a) Die mittelbar sich aus der StPO ergebenden Verwertungsverbote	78
b) Die unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Verwertungsverbote.....	79
aa) Unmittelbare Beweismittel	79
bb) Mittelbare Beweismittel	80
3. Die grundrechtlichen Verwertungsverbote.....	80
a) Kernbereich, Intimsphäre	80
b) Privatsphäre	81
aa) Unmittelbare Beweismittel	81
bb) Mittelbare Beweismittel	82
4. Zusammenfassung.....	83
V. Konfrontation der eigenen Lösung mit bisherigen Lösungsansätzen	84
1. Die Rechtsprechung des BGH	84
a) Die Rechtsprechung des BGH bis BGHSt 32, 68 ff.....	84
b) Die neuere Rechtsprechung des BGH	86
aa) BGHSt 32, 68 ff.....	86
bb) BGHSt 34, 362 ff.....	87
cc) BGH, NSTZ 1989, 375 f. =StV 1989, 289 f. =JR 1990, 385 ff.....	87
2. Die einzelnen in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Argumente	88
a) Ablehnende Stellungnahmen	88
aa) Praktikabilitäts Erwägungen	89
bb) Widerspruch zur StPO.....	91
(1) § 69 III StPO	91
(2) Widerspruch zu revisionsrechtlichen Grundsätzen	92
b) Bejahende Stellungnahmen.....	96
aa) Grundsätzliche Überlegungen	96
(1) § 108 StPO.....	96
(2) Anlehnung an die materiellrechtliche Zurechnungslehre	98
(3) Existenz eines Grundsatzes	100
(4) Mindere Bedeutung "lediglich" formaler Mängel	101
bb) Anwendung der Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung.....	104
(1) Abwägungslehre.....	105
(2) Differenzierungen systematischer Art.....	107
3. Fazit.....	109
D. Anforderungen an die Hypothesenbildung	111
I. Konkrete oder abstrakte Hypothesenbildung?	111
II. Das Beweismaß bezüglich der Verlaufshypothese	115
III. Das Beweisverfahren.....	123

Kapitel 2: Besonderer Teil	130
A. § 81 a StPO	130
B. § 97 StPO	136
C. § 105 StPO	141
D. Zufallsfunde im Rahmen von § 100 a StPO	149
E. § 106 I 2 StPO	157
F. § 136 a StPO	163
G. Verwertungsverbot aus grundrechtlichen Überlegungen	169
 Kapitel 3: Zusammenfassung der Ergebnisse	171
A. Allgemeiner Teil	171
B. Besonderer Teil	176
I. Prozeßrechtliche Verwertungsverbote	176
1. § 81 a StPO	176
2. § 97 StPO	177
3. § 105 StPO	177
4. Zufallsfunde im Rahmen von § 100 a StPO	178
5. § 106 I 2 StPO	178
6. § 136 a StPO	179
II. Grundrechtliche Verwertungsverbote	179
 Schrifttumsverzeichnis	181

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BG	Schweizer Bundesgericht
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichts (zit. nach Band und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Amtliche Sammlung (zit. nach Band und Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (zit. nach Band und Seite)
BT Drucks.	Drucksache des Bundestages (die erste Zahl bezeichnet die Wahlperiode)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung (zit. nach Band und Seite)
bzgl.	bezüglich
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht (zit. nach Jahr und Seite)
DAV	Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft des Deutschen Anwaltsvereins, Arbeitsgemeinschaft Strafrecht, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, 1989.
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (zit. nach Jahr und Seite)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EuGRZ	Europäische Grundrechte (zit. nach Jahr und Seite)
f.	folgende
ff.	fortfolgende

F. 2d	Federal Reporter, 2d Series (zit. nach Band, Seite und Jahr)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10 GG) vom 13.8. 1968
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (zit. nach Jahr und Seite)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.ü.	im übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen (zit. nach Jahr und Seite)
JBl	Juristische Blätter (zit. nach Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (zit. nach Jahr und Seite)
Jura	Juristische Ausbildung (zit. nach Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zit. nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zit. nach Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zit. nach Jahr und Seite)
m.E.	meines Erachtens
MRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zit. nach Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (zit. nach Jahr und Seite)
N.W. 2d	North Western Reporter, 2d Series (zit. nach Band, Seite und Jahr)
o.	oben

ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (zit. nach Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Amtliche Sammlung (zitiert nach Band und Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (zitiert nach Band und Seite)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
S.Ct.	Supreme Court Reporter (zit. nach Band, Seite und Jahr)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (zit. nach Jahr und Seite)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannter
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverteidiger (zit. nach Jahr und Seite)
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
s.u.	siehe unten
u.	unten
u.a.	unter anderem
US, USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v.	versus
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
Vorbem.	Vorbemerkungen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zit. nach Jahr und Seite)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (zit. nach Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. nach Band, Jahr und Seite)
z.T.	zum Teil

Einleitung

Seit Beling¹ 1903 in seiner Tübinger Antrittsvorlesung die Problematik der Beweisverwertungsverbote erstmals einer fundierten wissenschaftlichen Analyse unterzog, hat sich hierüber in Deutschland eine rege Diskussion entwickelt, die ihren vorläufigen Höhepunkt auf dem 46. Deutschen Juristentag 1966 in Essen² fand. Dennoch: Auch in der 1989 erschienenen 21. Auflage seines "Strafverfahrensrechts" konnte Roxin³ diesbezüglich lediglich Ergebnisse mit vorläufigem Charakter mitteilen, weil sich die Dogmatik noch immer im Aufbruch befinde. Über Funktion und Voraussetzungen der Beweisverwertungsverbote besteht bis heute keine Einigkeit, da es an einer allgemeinen gesetzlichen Regelung fehlt.

Einig ist man sich allenfalls darüber, daß der Begriff "Beweisverwertungsverbot" eine zutreffende Umschreibung der Problematik enthält, um die es geht: Die Verwertung eines von den Strafverfolgungsbehörden beigebrachten Beweismittels zu Beweis Zwecken im Prozeß ist verboten, wenn bei der Erhebung des Beweises gegen Recht verstoßen wurde⁴ und zusätzliche Kriterien erfüllt sind⁵. Denn es gehört heute zur gesicherten Dogmatik des deutschen Strafprozesses, daß nicht aus jeder Verletzung eines Beweiserhebungsverbot es automatisch ein Beweisverwertungsverbot folgt⁶. Welches diese zusätzlichen Kriterien sind, ist dann aber ebenso umstritten wie beispielsweise die Frage, ob ein mittelbares, d.h. erst aufgrund eines anderen Beweisergebnisses aufgefundenes Beweismittel zu Beweis Zwecken in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf, wenn dieses andere Beweismittel selbst einem Verwertungsverbot unterliegt⁷.

¹ Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Breslau 1903.

² Vgl. 46. DJT 1966, Band I, Teil 3 A (Gutachten); Band II F (Referate und Diskussion), der die Beweisverbote zum Verhandlungsgegenstand wählte.

³ § 24, S. 146.

⁴ Zum Sonderfall der grundrechtlichen Verwertungsverbote vgl. u. 1. Kapitel, I C 6 b, S. 54 ff.

⁵ Vgl. hierzu u. S. 37 ff.

⁶ BGHSt 19, 325 ff.(331); BGHSt 24, 125 ff.(130); KK-Pelchen, Vor § 48 Rn. 7; KM, Einl. Rn. 55; Kramer, NJW 1990, 1760 ff.(1763); LR-Schäfer, Einl. Kap. 14 Rn. 13; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 24 III 2, S. 147.

⁷ Sog. Fernwirkungsproblem, vgl. hierzu KK-Pelchen, Vor § 48 Rn. 45; Reinecke, passim.

Ist man nun aber auf dem einen oder anderen Weg zu einem Beweisverwertungsverbot gelangt, so kann dies dazu führen, daß ein Angeklagter als unschuldig freigesprochen werden muß, obwohl das Gericht die Schuld des Täters zweifelsfrei kennt, nur eben dieses Wissen dem Urteil nicht zugrunde legen darf. Dies schafft weithin Unbehagen. Kraß formuliert könnte man fragen: Soll man einen überführten Übeltäter "nur" deshalb "laufen lassen", weil den Behörden bei der Aufklärung ein Fehler unterlaufen ist? Es ist nicht verwunderlich, wenn zur Vermeidung dieser Konsequenz neben dem Versuch, bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Verwertungsverbot sehr hoch anzusetzen, auch ein zweiter Lösungsansatz gesucht wurde: Kann man nicht ein "an sich" wegen eines rechtswidrigen Verhaltens bei der Beweiserhebung oder aus anderen Gründen unverwertbares Beweisergebnis dennoch heranziehen mit dem Hinweis, es sei nicht ausgeschlossen, daß die Strafverfolgungsbehörden es auch auf rechtmäßige Weise *hätten erlangen können*?

Diese sogenannte "Hypothese der rechtmäßigen Beweiserlangung" wurde in Deutschland bereits 1952 von Peters⁸, 1954 von Hermes⁹ und 1956 von Sandler¹⁰ zur Begründung einzelner Ergebnisse in Beweisverwertungsfragen herangezogen, allerdings eher beiläufig und insbesondere, ohne daß die Rechtmäßigkeit der Verwendung dieser Figur selbst begründet wurde. So ist eine ernsthafte wissenschaftliche Diskussion dieser Problematik in unserem Land erst in jüngster Zeit richtig in Gang gekommen¹¹. Von einem Konsens ist man deshalb noch weit entfernt, im Gegenteil: Die Frage der Relevanz der Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung ist für den deutschen Strafprozeß nach wie vor offen¹². Die vorliegende Arbeit soll zu deren Klärung beitragen.

Dabei kann zu Beginn ein Blick über die Grenzen hilfreich sein, denn es handelt sich hier nicht um eine Rechtsfigur, die allein im deutschen Strafprozeß von Bedeutung wäre. Auch in anderen Rechtsordnungen, die an bestimmtes rechtswidriges Verhalten bei der Beweisaufnahme oder an bestimmte Arten von Beweismitteln im Grundsatz ein Verwertungsverbot anknüpfen, ist man bemüht, Ergebnisse, die im Einzelfall tatsächlich auf eine Unverwertbarkeit

⁸ Strafprozeß, 1. Auflage, § 41 II 4 b, S. 263.

⁹ S. 99 f.

¹⁰ S. 49, 150 ff.

¹¹ Beulke, ZStW 103 (1991), 657 ff.; Fezer, StV 1989, 290 ff.; ders., JR 1991, 85 ff. (87 f.); Reichert-Hammer, JuS 1989, 446 ff.; Reinecke, S. 204 ff.; Rogall, NStZ 1988, 385 ff.; Roxin, NStZ 1989, 376 ff.; Schlüchter, JR 1984, 517 ff.; SK-Wolter, Vor § 151, Rn. 201 ff.; Wohlers, NStZ 1990, 245 f.; Wolter, NStZ 1984, 276 ff.

¹² Rogall, NStZ 1988, 385 ff. (385).

hinausliefern, soweit wie möglich zu vermeiden. Dabei hat sich in einigen Ländern in dieser Hinsicht bereits eine gefestigte Rechtsprechung entwickelt.

In den USA ist die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung unter dem Begriff "inevitable discovery exception" oder "hypothetical independent source"¹³ als eine Einschränkung der Verwertungsverbote, sog. "exclusionary rule", seit langem anerkannt¹⁴. Bereits 1943 wurde diese Rechtsfigur das erste Mal von einem US-amerikanischen Gericht klar formuliert¹⁵. 1977 hat dann auch der Supreme Court¹⁶ die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung als Begründung für die Beweisverwertung trotz fehlerhafter Beweisgewinnung anerkannt, ohne sie jedoch in concreto anzuwenden. Hierzu kam es erst 1984¹⁷, als der Fall Williams¹⁸ zum zweiten Mal vor dem Supreme Court verhandelt wurde. Zu diesem Zeitpunkt bestand jedoch längst eine gefestigte Rechtsprechung der unteren Gerichte¹⁹, die ihren tatsächlichen Ausgangspunkt in der Entscheidung des US Court of Appeals, District of Columbia Circuit von 1963²⁰ nahm.

Auch in der Schweiz besteht diesbezüglich eine ständige - sogar höchstrichterliche - Rechtsprechung. Seit 1970²¹ rekurriert das Schweizer Bundesgericht regelmäßig²² auf dieses Argument und zwar unter Berufung auch auf deutsche Literatur, nämlich auf die Arbeit Sendlers²³.

In Deutschland sind hingegen von der Dissertation Sendlers nicht die gleichen Impulse auf die Rechtsprechung ausgegangen. Zwar hat der BGH schon 1971 dieses Argument herangezogen²⁴, eine in diese Richtung gehende gefestigte Rechtsprechung scheint sich jedoch erst seit 1983 abzuzeichnen²⁵.

¹³ Zur Terminologie vgl. *State of Iowa v. Williams*, 285 N.W.2d 248 ff.(256), 1979.

¹⁴ Vgl. Novikoff, *Columbia Law Review* 74, 88 ff., 1974.

¹⁵ *Somer et ux. v. United States*, 138 F.2d 790 ff.(792), 1943, ohne daß es allerdings zur tatsächlichen Anwendung durch das Gericht kam.

¹⁶ *Brewer v. Williams* ("Williams I"), 97 S.Ct 1232 ff.(1243 Fn. 12), 1977.

¹⁷ *Nix v. Williams* ("Williams II"), 104 S.Ct. 2501 ff.(2509), 1984.

¹⁸ Vgl. u. 6. Fall.

¹⁹ Vgl. die Nachweise bei *United States v. Romero*, 692 F.2d 699 ff.(704), 1982; *State of Iowa v. Williams*, 285 N.W.2d 248 ff.(256 f.); *Harvard Law Review* 98, 87 ff.(128 Fn. 69 ff.), 1984.

²⁰ *Wayne v. United States*, 318 F.2d 205 ff., 1963.

²¹ BGE 96 I, 437 ff.(441).

²² BGE 99 V, 12 ff.(15); BGE 103 Ia, 206 ff.(217); BGE 109 Ia, 244 ff.(247 f.).

²³ BGE 96 I, 437 ff.(441). Dies obwohl, wie oben angedeutet, Sandler selbst keine Begründung für die Berechtigung dieses Arguments liefert.

²⁴ BGHSt 24, 125 ff.(130).

²⁵ BGHSt 32, 68 ff., s.u. S. 86 ff.