Sylvia Schwaben

# Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverboten

# Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverboten

von

Rechtsanwältin Sylvia Schwaben

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.
1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2005
Zugl.: , Passau, Univ., Diss., 2005
ISBN 3-86537-417-4

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2005
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen
Telefon: 0551-54724-0
Telefax: 0551-54724-21
www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.
1. Auflage, 2005
Gedruckt auf säurefreiem Papier

ISBN 3-86537-417-4

Danksagung

Prof. Dr. Gunter Widmaier gilt mein besonderer Dank dafür, daß er mir das Thema der Arbeit anvertraute, die Thesen kritisch hinterfragte und nie Zweifel daran ließ, daß die Arbeit fertiggestellt würde.

Meinem Doktorvater Prof. Werner Beulke danke ich dafür, daß er es auf sich nahm, eine halbfertige Arbeit zu Ende zu begleiten, Prof. Christian Fahl für die Zweitkorrektur der Arbeit.

Danken möchte ich namentlich Rechtsanwalt Michael Rosenthal für seine ironisch defätistische Motivation, Richter am Oberlandesgericht Ralf Eschelbach für richtungsweisende Denkansätze, Bundesanwalt Wolfgang Kalf, für den ausschlaggebenden Tip zur völligen Neustrukturierung der Arbeit, Richter am Amtsgericht a.D. Klaus Niemer für wertvolle Hinweise auf Darstellungslücken, Irmgard Babion für die orthographische Überarbeitung und meinem Großvater für die finanzielle Unterstützung der Fertigstellung.

Nicht vergessen sind auch viele andere hilfreiche Gespräche mit Juristen aus Anwalt- und Richterschaft.

Stuttgart, im März 2005 Sylvia Schwaben

Für meine Großmutter

Ella Schwaben

# Inhaltsverzeichnis

A. Aufgabenstellung 1

B. Terminologie zu den Beweisverboten 3

I. Beweiserhebungsverbote 4

II. Beweisverwertungsverbote 5

1. Geschriebene und ungeschriebene Verwertungsverbote 6
2. Selbständige und unselbständige Verwertungsverbote 6
3. Drittwirkung 7
4. Fernwirkung 8
5. Fortwirkung 9
6. Sonstige Systematisierungsmöglichkeiten 10

C. Verwertungsverbote und Aufklärungsgrundsatz 11

I. Aufeinandertreffen von Verwertungsverbot und Aufklärungsgrundsatz 11

II. Gleichwertigkeit der Spannungspunkte 13

D. Theorien zu Zweck und Reichweite der Beweisverwertungsverbote 20

I. Zum Zweck der Beweisverwertungsverbote 20

1. Wahrheitsfindung 21
2. Disziplinierungswirkung 25
3. Sicherung der Individualrechte 28
4. Spezialprävention 29
5. Generalpräventive Zwecküberlegungen 30
   a) Allgemeine Generalprävention 30
   b) Positive Generalprävention 31
6. Erhaltung der Reinheit des Verfahrens 36
7. Legitimation staatlicher Strafe 36
8. Konkretisierung des *Fair-trial*-Prinzips 38
9. Abwägungslehre des Bundesgerichtshofs 39
10. Ergebnis 42

II. Zur Reichweite von Verwertungsverboten 43
1. Rechtskreistheorie 44
2. Theorie der Informationsbeherrschungsrechte 46
3. Theorie des Legitimationszusammenhangs von Strafrechtstheorie und Strafverfahren auf der Basis des Strafzwecks der positiven Generalprävention 51
4. Der Folgenbeseitigungsanspruch als Methode der Feststellung eines Verwertungsverbots 53
5. Ergebnis 57

**E. Zwischenergebnis 60**

**F. Darstellung des Problemkreises anhand von Drittverwertungskonstellationen 62**

1. „Hessische Vernehmungsmethoden“ 62
2. „Tue Schlechtes und schreibe darüber“ 62
3. „Geheimnisse aus dem Grab“ 63
4. „Wahlverwandtschaften“ 63
5. „Des einen Freud, des anderen Leid“ 64
6. „Zeugnisverweigerung im Doppelpack“ 65
7. „Rechtskreise“ 65
8. „Mitgehangen – Mitgefangen“ 66

**G. Die personelle Reichweite in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur 67**

I. Gesetz 67
1. Verbotene Vernehmungsmethoden gemäß § 136a Abs. 1 StPO 67
2. Zweckänderungsnormen (§§ 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 100h Abs. 3, 110e StPO) als gesetzliche Beweisverwertungsnormen 72
a) Zielpersonen 74
b) Notwendig unmittelbar Mitbetroffene 75
c) Mittelbar Betroffene 76
aa) Verwertung zulässig erhobener Beweise im gemeinsamen Verfahren 77

bb) Verwertung unzulässig erhobener Beweise im gemeinsamen Verfahren 78
cc) Verwertung zulässig erhobener Beweise in einem *„anderen“* Verfahren 79
dd) Verwertung unzulässig erhobener Beweise in einem *„anderen“* Verfahren 79
d) Ergebnis für die personelle Reichweite 80
3. § 108 Abs. 2 StPO 81
4. § 97 Abs. 1 Satz 2 und 3 InsO 82
5. § 393 Abs. 2 AO 85
6. § 51 Abs. 1 BZRG 88
7. § 23 StUG 91
a) Unterlagen mit personenbezogenen Informationen über Betroffene oder Dritte 94
b) Andere Unterlagen 95
8. Zusammenfassung der Ergebnisse zu den gesetzlichen Verwertungsverboten 97
a) Grund und Voraussetzungen für das Entstehen eines Verwertungsverbots 98
b) Disponibilität 98
c) Keine generelle verfahrensübergreifende Wirkung der Verwertungsverbote 98
d) Verfahrensübergreifende Wirkung (auch für Dritte) aufgrund materieller Aspekte 99
e) Wirkungserstreckung aufgrund von Verfahrensgemeinsamkeit 99
II. Rechtsprechung 100
1. Die Reichweite von selbständigen Verwertungsverboten anhand der Tagebuchrechtsprechung 100
2. Zur Reichweite des Verwertungsverbots bei Verletzung der §§ 52, 252 StPO 103
a) Einheitlichkeit der Beweiswürdigung 103
b) Der Rechtsreflex eines Verwertungsverbots 104
3. Das Verwertungsverbot und seine Reichweite bei Verletzung von §§ 53, 53a StPO 107

a) Zur Entstehung des Verwertungsverbot bei Verletzung von §§ 53, 53a StPO 107
b) Zur Reichweite des nach Verletzung von §§ 53, 53a StPO entstandenen Verwertungsverbots 112
aa) Strukturelle und inhaltliche Unterschiede von §§ 53, 53a StPO zu § 55 StPO 113
bb) Prozessuale Bedeutung des Zeugnis- und des Auskunftsverweigerungsrechts 115
cc) Anspruch auf ein prozeßordnungsgemäßes Verfahren als Grundlage für ein Verwertungsverbot 117
c) Rechtskreiserweiterung durch Kombination mehrerer Zeugnisverweigerungsrechte 119
4. Zur Reichweite des Verwertungsverbots bei Verletzung des *Nemo-tenetur*-Grundsatzes 120
a) Die Rechtskreistheorie des Großen Senats für Strafsachen– zur Reichweite eines Verwertungsverbots aus der Verletzung von § 55 StPO 121
aa) Differenzierung zwischen über- und untergeordneten Verfahrensnormen 121
bb) Nachprüfbarkeit des Verfahrensverstoßes 123
cc) Notwendigkeit und daraus folgende Zulässigkeit der Verlesung der gegebenenfalls unverwertbaren Aussage 124
dd) Die Rechtskreistheorie zwischen relevanter Gesetzesverletzung (Beschwer) und Beruhen 127
(a) Beruhen 128
(b) Beschwer 131
ee) Widerspricht auch § 339 StPO der Rechtskreistheorie? 134
ff) Ergebnis 136
b) Unverwertbares Schweigen 138
c) Verwertbarkeit von Aussagen, die unter Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zustande gekommen sind 139
5. Zusammenfassung der Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse 144
6. Bewertung der Ergebnisse 145
III. Literatur 146

1. Friedrich *Dencker* (StV 1995, 232 ff.) 146
2. Rainer Hamm (NJW 1996, 2185) 148
3. Armin Nack (StraFo 1998, 366 ff.) 149

**H. Schlußfolgerungen für Verwertungsverbote und ihre personelle Reichweite 152**

I. Verwertungsverbote sind Rechtsfolgen von Folgenbeseitigungsansprüchen 153

II. Verfügungsbefugnis über den dem Verwertungsverbot vorausgehenden Folgenbeseitigungsanspruch 154
1. Dispositionsregelungen in der Strafprozeßordnung 154
2. Widerspruchserfordernis 155
3. Konkurrierende Widersprüche 160
a) Nur der betroffene Angeklagte widerspricht, der nicht betroffene Mitangeklagte schweigt 161
b) Nur der nicht betroffene Mitangeklagte widerspricht, der betroffene Angeklagte schweigt. 161
c) Sowohl der betroffene, wie der nicht betroffene Angeklagte widersprechen 161
d) Der betroffene Angeklagte stimmt zu, der nicht betroffene Mitangeklagte widerspricht 161
e) Der nicht betroffene Angeklagte stimmt zu, der betroffene Angeklagte widerspricht 161
f) Beide Angeklagten sind betroffen und entscheiden sich unterschiedlich 162
aa) Keine identische Rechtsbetroffenheit 162
bb) Unbeachtliche identische Rechtsbetroffenheit 162
cc) Identische Betroffenheit bei konkurrierender Verfügungsbefugnis 163

III. Die Wirkung für Dritte 164
1. Der formelle Reflex 165
a) Untauglichkeit der Reichweite des Erhebungsverbots zur Bestimmung der Reichweite des Verwertungsverbots 165
b) Untauglichkeit des Prozeßrollenwechsels zur Bestimmung der Reichweite des Verwertungsverbots 165

c) Einheitlichkeit der Überzeugungsbildung als tragendes Argument für die Wirkungserstreckung 167
aa) Denkgesetzliche Voraussetzungen der eine Verurteilung tragenden Überzeugung 167
bb) Folgerungen aus einer „relativ" zulässigen Beweiserhebung 168
cc) Reichweite von Beweisregeln 171
d) Systematische Unterschiede bei der Kompensation von Verfahrensfehlern 172
e) Untauglichkeit von *in dubio pro reo* als Gegenargument 173
f) Grenze: Identität der prozessualen Tat 175
2. Der materielle Reflex 176
a) Geheimnisschutzrechte 177
aa) Beschuldigter ist selbst in die Geheimsphäre eingebunden (kein Fall der Wirkungserstreckung) 177
bb) Der Beschuldigte steht außerhalb der Geheimsphäre 177
b) Gesetzliche Wirkung für Dritte: Verbotene Vernehmungsmethoden (§ 136a StPO) 179
3. Übertragung von Verwertungsverboten in andere Verfahren 179

**I. Lösung der Fallgruppen 181**

1. „Hessische Vernehmungsmethoden" 181
2. „Tue Schlechtes und schreibe darüber" 181
3. „Geheimnisse aus dem Grab" 183
4. „Wahlverwandtschaften" 184
5. „Des einen Freud, des anderen Leid" 185
6. „Zeugnisverweigerung im Doppelpack" 186
7. „Rechtskreise" 187
8. „Mitgehangen - Mitgefangen" 188

**J. Zusammenfassung 189**

I. Zweck der Beweisverwertungsverbote 189
II. Konstruktion der Beweisverwertungsverbote 189
III. Personelle Reichweite der Beweisverwertungsverbote 190

## A. Aufgabenstellung

Unter personeller Reichweite von Verwertungsverboten ist die Wirkkraft eines für einen Prozeßbeteiligten bestehenden Verwertungsverbots im Hinblick auf einen anderen Beschuldigten zu verstehen.

Diese Wirkkraft ist im Verhältnis von Mitbeschuldigten lediglich in einer einzigen Entscheidung des Bundesgerichtshof mit einer eigenständigen Begründung erörtert worden[1]. Diese und weitere vier Entscheidungen[2] haben die Frage jedoch nur als obiter dictum abgehandelt und dahingehend beantwortet, daß ein im konkreten Fall mangels Widerspruchs nicht bestehendes Verwertungsverbot aus § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO im Falle seines Bestehens zugunsten der Mitangeklagten keine Wirkung entfalten würde. In seiner letzten Entscheidung[3] scheint der Bundesgerichtshof indes zu übersehen, daß bislang nur obiter dicta bestehen.

Die Frage der personellen Reichweite eines Beweisverwertungsverbots bzw. des Verstoßes gegen ein Beweiserhebungsverbot ist in anderer Konstellation zum Inhalt höchstrichterlicher Rechtsprechung und Literatur geworden: Der Große Senat für Strafsachen hat in seiner vieldiskutierten Entscheidung zur Rechtskreistheorie (BGHSt 11, 213) befunden, der Angeklagte könne in der Revision nicht erfolgreich rügen, daß die gemäß § 55 Abs. 2 StPO notwendige Belehrung des Zeugen über dessen Auskunftsverweigerungsrecht unterblieben sei. Der Senat begründete dies insbesondere damit, daß der Angeklagte nicht in einem ihn schützenden Recht verletzt worden sei, bzw. § 55 Abs. 2 StPO nicht seinem Rechtskreis angehöre. Auch wenn diese Entscheidung nicht zu einer allgemeinen Theorie für die personelle Reichweite von Verwertungsverboten geführt hat, ist ihre Aussage jedenfalls zur Grundlage der genannten obiter dicta des Bundesgerichtshofs geworden.

Die Widerworte, welche die Rechtskreistheorie bzw. die zugrundeliegende und darauf aufbauende Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in

---

1 BGH StV 1995, 231

2 BGHSt 38, 214; 42, 15; wistra 2000, 311; StV 2002, 180

3 BGH StV 2002, 180

der Literatur erfahren haben, geben Anlaß, über eine allgemeine Formel zur personellen Reichweite von Beweisverwertungsverboten nachzudenken.

Hierzu ist eingangs die nicht immer einheitliche Terminologie zu den Beweisverboten abzuklären. Sodann werden die existierenden Theorien zur Begründung von Verwertungsverboten allgemein und auf ihre Bedeutung für die personelle Reichweite hin untersucht. Anhand von Fällen wird daran anschließend die Problemstellungen zur personellen Reichweite umrissen. Schließlich wird die geltende Gesetzeslage, die Rechtsprechung und die Literatur, soweit sie sich mit der Wirkung für Dritte beschäftigen, dargestellt und analysiert. Die hieraus zu ziehenden Schlüsse fließen zuletzt in eine Theorie zur personellen Reichweite von Beweisverwertungsverboten ein, welche anhand der Fallgruppen auf ihre Anwendungstauglichkeit überprüft wird.

*Butenuth* hat die Wirkung von Zeugnisverweigerungsrechten und die Beschlagnahmeverbote auf der Ebene der Beweis*erhebung* grundsätzlich erörtert[4]. Weshalb kein unmittelbarer Schluß von der Reichweite der Erhebungsverbote auf diejenige der Verwertungsverbote möglich ist, wird sich zeigen. Die Frage der personellen Reichweite von Beweis*verwertung*sverboten ist noch in keiner Arbeit einer grundlegenden Betrachtung unterzogen worden.

---

4 *Butenuth*, Absolute oder relative Wirkung von strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechten und Beschlagnahmeverboten, S. 4

## B. Terminologie zu den Beweisverboten

Da der Sprachgebrauch auf dem Gebiet der Beweisverbote nicht immer einheitlich ist, bedarf es der Abklärung der in der Arbeit verwendeten Terminologie.

Der Begriff Beweisverbote geht auf *von Beling*[5] zurück, der ihn 1902 in seiner Antrittsvorlesung in Tübingen erstmals verwandt hat.

Die *Beweisverbote* lassen sich in *Erhebungsverbote* und *Verwertungsverbote* aufteilen[6]. Die Erhebungsverbote begrenzen die Gewinnung von Kenntnissen; die Verwertungsverbote die Nutzung der erlangten Kenntnisse[7]. Die Systematik des Strafverfahrens, seine Aufteilung in Ermittlungs- und Hauptverfahren, will es, daß Beweiserhebung und -verwertung mehrfach erfolgt: erst durch die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten (nachfolgend auch als Ermittlungsbehörden bezeichnet), dann durch das Gericht. Zentraler Ort der Beweiserhebung ist freilich die Beweisaufnahme im Rahmen der Hauptverhandlung (§§ 244 Abs. 3, 245 StPO)[8]. Doch bereits im Ermittlungsverfahren werden Erkenntnisse (z.B. Tatverdacht) und Entscheidungen (z.B. Haftbefehl oder Anklage) aus zuvor erhobenen Beweisen abgeleitet und damit Beweise verwertet[9]. Nicht immer wird zwischen Beweiserhebung und -verwertung exakt differenziert. Insbesondere die Frage, ob ein Beweismittel im Prozeß verbleiben darf (z.B. Herausgabe eines beschlagnahmten Tagebuchs) wird häufig als Beweisverwertung angesehen, obgleich es sich nicht um

---

5 *von Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, S. 3

6 Zu anderen Einteilungen: *Gössel*, FS für Bockelmann, S. 802 ff.; ders., GA 1991, 483 ff.

7 *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 13; Die Begriffsbestimmung geht auf Rogalls Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 91 (1979), 1 ff. zurück.

8 *Riepl*, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, S. 175 unterscheidet daher zwischen Beweiserhebung im engeren und weiteren Sinne. Mit Beweiserhebung im engeren Sinne ist nur die förmliche Beweiserhebung in der mündlichen Hauptverhandlung gemeint.

9 LR-*Gössel*, Einl. Abschn K Rdnr. 5; *Neuhaus*, NJW 1990, 1221; a.A. *Lesch*, JR 2000, 334

Verwertung im engeren Sinne handelt. Darum würde es sich nur handeln, wenn im Rahmen der Entscheidungsfindung ein erhobener Beweis als glaubwürdig, unglaubwürdig oder als unverwertbar bewertet wird, nicht aber, wenn in Frage steht, ob das im Ermittlungsverfahren erhobene oder sonst präsente Beweismittel zum Gegenstand einer (weiteren) Beweiserhebung, z.B. einer Verlesung, gemacht werden darf. Diese Entscheidung in der Hauptverhandlung (oder früher) kann lediglich als Verwertung im weiteren Sinne oder als Vorfrage der Verwertung angesehen werden, da die Verlesung des beschlagnahmten Buchs *conditio sine qua non* für die Verwertung des Buchinhalts ist, so daß mittelbar eine Verwertungsentscheidung getroffen wird, wenn über die Verlesbarkeit entschieden wird.

Um Beweis*ver*wertung im engeren Sinne handelt es sich aber bei *Be*wertungsverboten, die untrennbar im Zusammenhang mit Verwertungsverboten stehen. Gemeint sind die Verbote, im Rahmen der Entscheidungsfindung die Wahrnehmung prozessualer Rechte (§§ 52 ff., 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) zum Nachteil des Angeklagten zu würdigen. Der Bundesgerichtshof hat diese Verbote einheitlich damit begründet, daß andernfalls der unbefangene Gebrauch des Rechts nicht möglich wäre[10]. Das Verbot, das Prozeßverhalten zu bewerten, ergibt sich folglich aus der Gewährung des Erhebungsverbots und steht deshalb im Zusammenhang mit dem (gegebenenfalls) nachfolgenden Beweisverwertungsverbot. Die Rechtsprechung verwendet die Begriff Be- und Verwertung teilweise undifferenziert synonym.

## I. Beweiserhebungsverbote

Die Beweiserhebungsverbote werden ihrerseits unterteilt: Sie beziehen sich auf die Fragen, *was* nicht aufgeklärt werden darf (*Beweisthemaverbot*, z.B. § 54 StPO), *wie* etwas nicht aufgeklärt werden darf (*Beweismethodenverbot*, § 136a StPO) durch *wen* etwas nicht aufgeklärt werden

[10] Zu § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO: BGHSt 45, 363, 364 f.; zu § 52: BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 1, 2, 10.

darf (*relatives Beweisverbot*, z.B. § 81a StPO) und *womit* etwas nicht aufgeklärt werden darf (*Beweismittelverbot*, z.B. §§ 52 – 53a StPO)[11]. *Beulke*[12] weist dieser Einteilung zu Recht lediglich ordnenden Charakter zu, denn generalisierende Schlüsse werden aus ihr heute nicht mehr gezogen.

Neben im Gesetz niedergeschriebenen Erhebungsverboten existieren auch ungeschriebene, aus dem Grundgesetz abgeleitete Erhebungsverbote, die dazwischentreten, wenn die Beweisgewinnung unzulässig in ein Grundrecht des Betroffenen eingreifen würde[13].

## II. Beweisverwertungsverbote

Auch die Beweisverwertungsverbote haben eine Systematisierung erfahren. Im Hinblick auf ihre prozessuale Wirkkraft besteht Einigkeit darüber, daß sie in jedem Stadium des Verfahrens gelten[14], also nicht etwa ein speziell revisionsrechtliches Institut sind. Wenn im Folgenden gleichwohl von Beschuldigten, Angeschuldigten oder Angeklagten gesprochen wird, so soll damit keine Begrenzung auf ein Verwertungsstadium vorgenommen werden, sondern der im Kontext des Sachverhalts zutreffende terminus technicus verwendet werden.

---

[11] *Eisenberg*, Beweisrecht Rdnr. 337 ff.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 14; *Sarstedt/Hamm*, Die Revision im Strafprozeß Rdnr. 935; etwas anders: *Beulke*, Strafprozeßrecht Rdnr. 455; *Meyer-Goßner*, Einl. Rdnr. 51 ff.; *Spendel*, NJW 1966, 1102 ff.; *Volk*, Strafprozeßrecht § 28 Rdnr. 1-3; Übersicht bei *Strate*, JZ 1989, 176

[12] *Beulke*, StV 1990, 180 f.

[13] LR-*Gössel*, Einl. Abschn. K Rdnr. 60 ff.; *Meyer-Goßner*, Einl. Rdnr. 56; SK-*Wolter*, vor § 151 Rn 194, 201

[14] BGHSt 36, 396; *Dencker*, StV 1995, 232, 233 f.; *Eisenberg*, Beweisrecht Rdnr. 356; LR-*Gössel* Einl. Abschn. K Rdnr. 13; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 7 f.; ders. in Höpfel/Huber, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 130

## 1. Geschriebene und ungeschriebene Verwertungsverbote

Die Literatur unterscheidet zwischen geschriebenen (gesetzlichen) und ungeschriebenen Beweisverwertungsverboten. Schon die Frage, was als gesetzliches Verwertungsverbot anzusehen ist, wird allerdings nicht einheitlich beantwortet: *Roxin* zählte noch in der 23. Auflage seines Lehrbuchs[15] ausschließlich §§ 136a Abs. 3 Satz 2 StPO, sowie § 51 Abs. 1 BZRG und die Verwertungsverbote des Stasi-Unterlagengesetzes (StUG) dazu, während *Eisenberg*[16] auch schon früher den Kreis weiter zog und nunmehr die Vorschriften §§ 81c Abs. 3 Satz 5, 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 3 Satz 3 und Abs. 5, 110e, 100h Abs. 2 Satz 1 HS. 1, 252 StPO, § 7 Abs. 3 G 10, § 393 Abs. 2 Satz 1 AO, 51 BZRG und § 34 Abs. 1 StVollzG einbezieht. *Beulke*[17] listet zudem § 81a Abs. 3, 108 Abs. 2, 161 Abs. 2 StPO, sowie Art. 13 Abs. 5 Satz 2 GG auf. *Roxin* führt in der 25. Auflage[18] zu Recht noch § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO an.

## 2. Selbständige und unselbständige Verwertungsverbote

Die Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Verwertungsverboten geht auf *Dencker* zurück, der in seiner Schrift zu den Verwertungsverboten im Strafprozeß zwischen „*Verwertungsverbote*(n) *nach Verletzung eines Beweisverbots*“ und „*Von vorhergehendem Beweisverbotsverstoß unabhängige*(n) *Verwertungsverbote*(n)“[19] unterschieden hat. *Rogall*[20] hat die Gruppen später als selbständige und unselbständige Verwertungsverbote benannt. Einem unselbständigen Verwertungsverbot (z.B. § 136a StPO) liegt ein Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften zugrunde, wohingegen ein selbständiges Verwertungsverbot unabhängig von einem vorherigen Verstoß auch dann besteht, wenn die

---

15 *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 23. Aufl. 1993, § 24 Rdnr. 19

16 *Eisenberg*, Beweisrecht, Rdnr. 357-361

17 *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 456

18 *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 19

19 *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977

20 *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 3; ebenso *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 457; ders., JuS 1997, 1072, 1075; *Küpper*, JZ 1990, 416

Beweiserhebung als solche rechtmäßig war und allein der Verwertung Rechte – regelmäßig Grundrechte – entgegenzuhalten sind.

Zu den selbständigen Verwertungsverboten zählen deshalb auch die verfassungsrechtlichen Verwertungsverbote, wie z.B. die im Grundsatz bestehende Unverwertbarkeit von Tagebüchern[21] und Tonbändern[22].

### 3. Drittwirkung

Der Begriff der Drittwirkung wird nicht einheitlich verwandt. *Basdorf*[23] beschreibt damit das Phänomen, daß ein Beweisverwertungsverbot Anwendung auf einen nicht unmittelbar Betroffenen findet. Er verwendet den Begriff mithin im selben Sinne wie in der vorliegenden Arbeit die personelle Reichweite eines Verwertungsverbots verstanden wird.

*Hanack*[24], *Meyer-Goßner*[25], *Nagel*[26], *Otto*[27], *Rogall*[28] und *Störmer*[29] verstehen unter Drittwirkung von Verwertungsverboten hingegen die Frage, wie mit Beweisen umzugehen ist, die Private (=Dritte) in rechtswidriger Weise erlangt haben. Sie transferieren dabei den terminus technicus der Drittwirkung von Grundrechten, also die Wirkung der Grundrechte *gegen* den Bürger, auf jenes Problem.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich, wie bereits dargestellt, mit der Drittwirkung von Beweisverwertungsverboten im erstgenannten Sinne. Um Mißverständnisse zu vermeiden, wird nicht von Drittwirkung, sondern von personeller Reichweite eines Verwertungsverbots oder von der Wirkung für Dritte gesprochen.

---

21 BGHSt 19, 325; 34, 397; BVerfGE 80, 367

22 BGHZ 27, 284, 286; BGHSt 14, 358; 36, 167; BVerfGE 34, 238

23 *Basdorf*, StV 1997, 488, 492

24 LR-*Hanack*, § 136a Rdnr. 9

25 *Meyer-Goßner*, § 136a Rdnr. 3

26 *Nagel*, Verwertung und Verwertungsverbot im Strafverfahren, S. 238

27 *Otto*, GA 1970, 289, 305

28 *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 210

29 *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 117

## 4. Fernwirkung

In Abgrenzung zur Wirkung für Dritte geht es bei der Fernwirkung um die Frage, ob Beweismittel, die auf Grund eines seinerseits unzulässig gewonnenen Beweismittels gefunden wurden, verwertet werden dürfen. Im amerikanischen Strafprozeß ist hierzu die *fruit of the poisonous tree doctrine*[30] entwickelt und durch zahlreiche Ausnahmen, wieder eingeschränkt worden[31]. Die deutsche Beweisverwertungsverbotslehre geht exakt umgekehrt vor: Ein Verbot der Verwertung der Früchte des verbotenen Baumes wird nur eingeschränkt anerkannt[32]; ob dem originären Verwertungsverbot Fernwirkung zukommt, bestimmt sich im Einzelfall nach Sachlage und Art des Verbotes, gegen das verstoßen wurde[33]. Für die Fernwirkung gewinnt der Begriff der *Verwendung* Bedeutung, der in §§ 393 Abs. 2 AO, 97 Abs. 1 Satz 3 InsO anzutreffen ist. Nach der Be-

---

30 Silverthorne Lumber Co. v. U.S. – 251 U.S. 385 (1920)

31 Wie überhaupt das amerikanische Beweisrecht generell ein Verwertungsverbot (exclusionary rule) annimmt, wenn eine Verfahrens-, d.h., da die Verfahrensrechte in den Amendments zur Verfassung geregelt sind, Verfassungsrechtsverletzung vorgefallen ist (Weeks v. U.S. - 232 U.S. 383 (1914). Diese weitgehende Unverwertbarkeit von Beweismaterial wird sodann durch verschiedene Ausnahmen beschränkt (siehe dazu *Beulke*, ZStW 103 (1999), 657, 666 f.).

32 BGHSt 27, 355, 358; BGH NStZ 2001, 551 (Fernwirkung verneint); BGHSt 29, 244, 249 (Fernwirkung bejaht)

33 BGHSt 25, 325 ff.; 27, 355, 357; 29, 244, 249; 35, 32 m. Anm. *Dörig*, NStZ 1988, 143; BGH NJW 1955, 1289; *Beulke*, ZStW 103 (1991) 657, 669; *Fahl*, JuS 1996, 1013; ANM, S. 486; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537 ff; LR-*Rieß*, Einl. Absch. K Rdnr. 93 ff; *Wolter*, NStZ 1984, 276, ders., 50 Jahre BGH S. 994; die Gegenmeinung (*Grünwald*, JZ 1966, 489, 500 und StV 1987, 470, 472; *Otto*, GA 1970, 289, 294; *Spendel*, NJW 1966, 1102 ff.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 47) stützt sich auf die nordamerikanische fruit of the poisonous tree doctrine, deren unkritische Übernahme *Meyer-Goßner* (*Meyer-Goßner*, Einl. Rdnr. 57) mit der Begründung für verfehlt hält, die Beweisverbote dienten in den USA vornehmlich der Disziplinierung der Polizei. *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 482 differenziert nunmehr zwischen selbständigen, verfassungsrechtlichen und unselbstständigen Verwertungsverboten; während für Erstere eine Gesamtabwägung notwendig ist, kommt den unselbständigen Verwertungsverboten in der Regel wegen ihres Schutzzwecks Fernwirkung zu, da die Verwertung die Rechtsverletzung vertiefen würde.

schlußempfehlung des Rechtsausschusses heißt es im Entwurf der Insolvenzordnung der Bundesregierung[34] zu § 109 Abs. 1 InsO[35]:

> *„In Satz 3 des Absatzes wird das Wort „verwertet" durch das Wort „verwendet" ersetzt. Entsprechend einem Anliegen des Bundesbeauftragten für den Datenschutz wird damit zum Ausdruck gebracht, daß eine Auskunft des Schuldners ohne dessen Zustimmung auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen darf."*

Diese klare Differenzierung wird in der Strafprozeßordnung nicht nachvollzogen. So sind beispielsweise die Verwertungsverbote in §§ 98b Abs. 3 Satz 3 und 100b Abs. 5 StPO dem Wortlaut des Gesetzes nach Verwendungsverbote, gleichwohl wird ihnen eine Fernwirkung nicht zugesprochen[36]. Auch das Verfassungsgericht spricht noch in einer jüngst ergangenen Entscheidung von Verwertungsverboten, obgleich es diesen Fernwirkung zuspricht[37]. Von Ver*wertung*sverboten sollte indes in Übereinstimmung mit der neueren Gesetzessprache in Zukunft sinnvoller Weise nur gesprochen werden, wenn eine Fernwirkung nicht impliziert wird, von Ver*wendung*sverboten, wenn dem Verwertungsverbot Fernwirkung zuzubilligen ist[38].

## 5. Fortwirkung

Von Fortwirkung wird gesprochen, wenn eine erneute, ordnungsgemäße Beweiserhebung nicht mehr oder noch nicht möglich ist, da der Einfluß der unzulässigen Beweisgewinnung eine Herstellung des *ex ante* Zustands nicht oder noch nicht zuläßt[39]. Somit handelt es sich bei der Fortwirkung um einen Unterfall der Fernwirkung. Der Begriff Fortwirkung wird ausnahmslos dann gebraucht, wenn es um die Verwertbarkeit

---

[34] BT-Dr. 12/7302 S. 166; zitiert auch bei *Danckert*, ZRP 2000, 476, 477 m.w.N.

[35] Entspricht § 97 InsO der geltenden Fassung.

[36] KK-*Nack*, § 100a Rdnr. 51 ff.

[37] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 184 f.

[38] Ebenso: Engelhardt, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, S. 56.

[39] BGHSt 37, 49, 53; 35, 328, 332; 38, 372; BGH NStZ 1995, 462; LR-*Hanack*, § 136a Rdnr. 65 f.; *Dörig*, NStZ 1988, 143, 144; zum Begriff: *Knoll*, Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, S. 13 ff.

einer erneuten Vernehmung geht, die unter dem Eindruck eines vorhergehenden Verstoßes durchgeführt werden soll[40]. Das Problem liegt in der Frage, wie lange der Eindruck der unzulässigen Beweiserhebung fortwirkt[41]. Diese Frage stellt sich grundsätzlich, ist mithin kein spezifisches Problem der personellen Reichweite.

## 6. Sonstige Systematisierungsmöglichkeiten

Denkbar wäre auch, Beweisverwertungsverbote danach zu unterscheiden, ob das Ereignis, welches das Verwertungsverbot auslöst, zu beheben ist: So ist für eine Haftentscheidung ein Verwertungsverbot anzunehmen, solange und soweit dem Angeschuldigten die Akteneinsicht zumindest in Teile der Ermittlungsakten verwehrt wurde[42]. Sodann finden sich im Gesetz selbständige Verwertungsverbote mit Vorwirkung, d.h. Verwertungsverbot aus denen Erhebungsverbote resultieren, z.B. in § 100d Abs. 3 Satz 2 StPO. Doch all diese Unterscheidungskriterien sind nicht oder nur begrenzt geeignet, Folgerungen für ein Beweisverwertungsverbot oder die personelle Reichweite zu ziehen[43]. Auch hier gilt somit *Beulkes* Befund zu den Erhebungsverboten.

---

[40] BGHSt 35, 328, 332; BGH NStZ 1995, 462; *Mehle*, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, S. 173

[41] BGHSt 22, 129, 133 ff. m.w.N.; 27, 355, 358 f.; BGHR StPO § 100a Überwachung 1; StPO § 136a Abs. 1 Täuschung 2

[42] BVerfG NJW 1994, 3219, 3220

[43] *Beulke*, StV 1990, 180 f.; ihm folgend Höpfel/Huber-*Rogall*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 126

## C. Verwertungsverbote und Aufklärungsgrundsatz

Die Erlaubnis des Beschuldigten und bestimmter Zeugen zu schweigen sowie sämtliche Verwertungsverbote haben eine Behinderung der Aufklärung zur Folge[44]. Demnach sind Beweisverwertungsverbote, wie Beweisverbote allgemein, als Gegenspieler des Aufklärungsgrundsatzes anzusehen[45]. Wird von einem annähernd gleichen Gewicht der Spannungspunkte ausgegangen, so fordert das antithetische Verhältnis einen Ausgleich zwischen den Rechtsgrundsätzen.

### I. Aufeinandertreffen von Verwertungsverbot und Aufklärungsgrundsatz

Die in den §§ 155, 160 Abs. 1, 244 Abs. 2 StPO verkörperte Inquisitionsmaxime verpflichtet die Strafverfolgungsorgane und die Gerichte von Amts wegen, alle erreichbaren Quellen auszuschöpfen, um das Ziel des Strafverfahrens zu erreichen: einen Sachverhalt aufzuklären, also die materielle Wahrheit zu erforschen[46]. Im Gegensatz dazu stellt der Zivilprozeß die Tatsachengrundlage zur Disposition der Parteien (Dispositionsmaxime) und zielt damit allein auf eine formelle Wahrheit ab[47].

Obgleich es das Ziel des Strafverfahrens ist, alle erreichbaren Quellen auszuschöpfen, erlaubt es das Rechtsstaatsprinzip nicht, jedes Mittel zur

---

44 BVerfG, 2 BvR 1337/03 vom 25. September 2003 Absatz 3 und 4

45 *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 658 f.; Höpfel/Huber-*Rogall*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 129

46 LR-*Rieß*, Einl. Abschn. H Rdnr. 32; BVerfGE 33, 367, 383; 57, 250, 275; 63, 45, 61; BGHSt 1, 94, 96; 10, 116, 118 f.; 23, 176, 187 f.; *von Beling*, Die Beweisverwertungsverbot als Grenzen der Wahrheitsfindung, S. 2; *Krauß*, FS für Schaffstein, S. 411; zuletzt: BVerfG, 2 BvR 1337/03 vom 25. September 2003 Absatz 3 und 4

47 Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht § 78 I 5; Stein/Jonas-*Leipold*, vor § 128 Rdnr. 84 – allerdings halten die Autoren den Unterschied von formeller und materieller Wahrheit für kaum feststellbar. Jede Art der Stoffsammlung erstrebe die Erkenntnis der Wahrheit, die aber auch jeweils relativ bleibe.

Wahrheitserforschung heranzuziehen[48]. Der Bundesgerichtshof[49] hält das in dem Satz fest:

> *„Es ist (...) kein Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte (§§ 245, 52 ff, 252, 81a ff, 95 ff, 69 Abs. 3 StPO).“*

Demnach sucht auch der Strafprozeß nicht die materielle Wahrheit, sondern versucht in formalisierter Weise die materielle Wahrheit zu ergründen. Die Grenze der Erforschung der materiellen Wahrheit ist gleichzeitig die Grenze der Beweisverbote[50]. Je weiter die Grenze des einen Bereichs gesteckt wird, desto geringer ist der Raum, der dem anderen bleibt. So bedingt die unberechtigte Annahme eines Verwertungsverbots den Verstoß gegen den Aufklärungsgrundsatz des § 244 Abs. 2 StPO[51] bzw., falls der Beweis in die Hauptverhandlung eingeführt, aber in der Beweiswürdigung nicht verwertet wurde, einen Verstoß gegen § 261 StPO[52].

Dagegen kann die Verletzung einer Beweiserhebungsnorm ein Verwertungsverbot nach sich ziehen[53]. Dementsprechend kommen das Bundesverfassungsgericht[54] und der Bundesgerichtshof[55] zum Ergebnis,

---

48 So u.a. *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 454; *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote S. 20 ff; *Peters*, 46. DJT Band I (Gutachten) Teil 3 A S. 93; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 16; *Rudolphi*, MDR 1970, 93, 96 f.

49 BGHSt 14, 358, 365

50 *von Beling*, Die Beweisverwertungsverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung, S. 2; *Blau*, Jura 1993, 514; *Gössel*, FS für Bockelmann, S. 802; *Krauß*, FS für Schaffstein, S. 411; *Peters*, 46. DJT Band I (Gutachten) Teil 3 A, S. 91, 94; LR-*Gössel*, Einl. Abschn. K Rdnr. 14; im Ergebnis auch BVerfG, 2 BvR 1337/03 vom 25. September 2003 Absatz 3 f.

51 BGH NStZ 1995, 462 LS; *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens Rdnr. 1247

52 *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens Rdnr. 1247; BVerfG, 2 BvR 12045/03 vom 30. April 2003 Absatz-Nr. 35

53 Zu dieser Wechselwirkung: *Sarstedt*, 46. DJT Band II F 12; a.A. *Wenner*, Die Aufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO, S. 71 f.

54 BVerfGE 33, 367, 383

55 BGHSt 27, 355, 357; 37, 30, 32; 32, 115, 124; 40, 211, 217; 44, 243, 249

> *„daß ein Beweismittelverwertungsverbot einen der wesentlichen Grundsätze im Strafverfahren einschränkt, nämlich den, daß das Gericht die Wahrheit erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel, die von Bedeutung sind, zu erstrecken hat.“*[56]

Das Verwertungsverbot beschränkt folglich die in § 261 StPO gewährte Freiheit der Beweiswürdigung des Tatrichters, so daß die Nichtbeachtung eines Verwertungsverbots in einen Verstoß gegen § 261 StPO mündet.

## II. Gleichwertigkeit der Spannungspunkte

Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dem Verhältnis von Wahrheitsermittlung und Verwertungsverboten wiederholt und insbesondere in seiner zweiten Entscheidung zur *„Verwertbarkeit tagebuchartiger Aufzeichnungen des Beschuldigten im Strafverfahren“*[57] auseinandergesetzt. Dabei hob es die Notwendigkeit einer wirksamen, d.h. möglichst vollständigen Aufklärung gerade schwerer Straftaten hervor[58]. Gleichzeitig weist das Gericht dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit eine nicht geringe Bedeutung zu. Um einen gerechten Ausgleich dieser Spannung zu erreichen, verlangt das Bundesverfassungsgericht, denn unter dem Blickpunkt der Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege geboten erscheinenden Eingriffen das Schutzgebot des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als ständiges Korrektiv entgegenzuhalten[59]. In einer neueren Entscheidung führt das Gericht nunmehr aus, daß den allgemeinen Interessen einer funktionstüchtigen Straf- und Zivilrechtspflege gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kein Übergewicht zukommt und noch nicht einmal stets von einem Gleichgewicht auszugehen sei. Vielmehr müßten weitere Aspekte hinzutreten,

---

56 BGHSt 27, 355, 357

57 BVerfGE 80, 367

58 BVerfGE 80, 367, 375

59 BVerfGE 80, 367, 375

damit das Aufklärungsinteresse die Schutzinteressen der Grundrechte überwiegen würde[60]. Damit billigt das Verfassungsgericht dem Grundrechtsschutz unter Umständen größeres Gewicht zu als der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege. D.h. zugleich, daß der Individualrechtsschutz zunächst mindestens von gleichem Gewicht wie das Strafverfolgungsinteresse ist.

Das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren ist unmittelbar im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verankert[61]. Die Strafprozeßordnung hingegen gewährleistet unter anderem den Rechtsschutz des als Täter Verdächtigten im Strafverfahren. Sie wird deshalb auch als *„Ausführungsgesetz zum Grundgesetz"*[62] oder als *„angewandtes Verfassungsrecht"*[63] bezeichnet. Dementsprechend lassen sich den normierten Schranken der Eingriffsbefugnisse weitgehend konkrete Grundrechte, subsidiär das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, oder das Rechtsstaatsprinzip zuordnen. Beispielsweise korrespondiert § 136a Abs. 1 StPO mit dem Menschenwürdegrundsatz aus Art. 1 Abs. 1 GG[64], die in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO verkörperte Freiheit vom Selbstbelastungszwang mit dem Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)[65] und, nachgerade selbstverständlich, § 100a f. StPO mit der Telekommunikationsfreiheit aus Art. 10 Abs. 1 GG.

Diese Aufzählung legt die Frage nahe, ob die Rechte, mit denen Prozeßbeteiligte ausgestattet sind, unter verfassungsrechtlichen Aspekten in ei-

---

60 BVerfG, 1 BvR 1611/96 und 805/98 – Beschluss vom 9. Oktober 2002 Absatz-Nr. 60

61 BVerfGE 33, 367, 383; 44, 353, 374; BVerfG StV 1985, 177; BGHSt 32, 373, 381; 29, 183, 194

62 *Küpper*, JZ 1990, 416, 417; *Rieß*, FS für K. Schäfer S. 172; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 17; *Eb. Schmidt*, Lehrkomm., Teil I, Rdnr. 99; *Strate*, StraFo 1999, 73, 74; *H.-J. Vogel*, NJW 1978, 1217, 1225

63 Begründung im Regierungsentwurf zum 1. StVRG in BT-Dr. 7/551 S. 33; BVerfGE 32, 373, 383; BGHSt 19, 325, 330; ANM, S. 512

64 *Meyer-Goßner*, § 136a Rdnr. 1

65 BVerfGE 56, 37, 50; ebenso: BGHSt 36, 328, 332; 42, 139, 151; *Günther*, GA 1978, 193, 199

nem Über-/Unterordnungs- bzw. Vorrangs-/Nachrangsverhältnis stehen.

In der verfassungsrechtlichen Literatur ist das Verhältnis der Grundrechte zueinander und ihre Einteilung schon im Begrifflichen umstritten[66]. Die Frage der Einteilung hat mittlerweile an Bedeutung verloren, insbesondere weil die praktische Durchsetzung der Grundrechte in den Vordergrund getreten ist[67]. Gleichwohl läßt sich als das ranghöchste Rechtsgut die Menschenwürde ausmachen[68]. Schon die Kodifikation stellt die Menschenwürde den übrigen Grundrechten voran. Auch die Formulierung von Art. 1 GG weist auf die Sonderstellung des Menschenwürdegrundsatzes hin. Während die Unantastbarkeit der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG niedergeschrieben und ihr Geltung für alle staatliche Gewalt verliehen ist, faßt Art. 1 Abs. 3 die *„nachfolgenden Grundrechte"* zusammen und spricht ihnen unmittelbare Geltung zu. Entscheidend ist jedoch, daß Art. 79 Abs. 3 GG alleine Art. 1 GG neben Art. 20 GG in die Bestandsgarantie einbezieht. Folglich bezeichnet das Bundesverfassungsgericht[69] die Würde des Menschen als den obersten Wert in der freiheitlichen Demokratie.

Dem überragenden Grundsatz der Menschenwürde nachrangig sind die in Art. 2 bis 17[70] GG genannten Grundrechte[71], denen im Hinblick auf eine Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG die Rechte aus Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG gleichstehen[72].

---

66 *Stern*, Staatsrecht III/1 § 64, § 63 III 1; v. Münch/Kunig-*v. Münch* Vorb. Art. 1–19 Rdnr. 43, Art. 1 Rdnr. 67 ff.

67 *Stern*, Staatsrecht III/1 § 64 III 1 a)

68 BVerfGE 6, 32, 41; 12, 45, 53; *Stern*, Staatsrecht III/1 § 58 II 3 a) nennt sie das *„höchste wertsetzende Verfassungsprinzip"*.

69 BVerfGE 5, 85, 204; 61, 126, 137

70 Art. 17a bis 19 GG stellen ergänzende Regelungen bzw. Schranken dar.

71 Zum Verhältnis dieser Grundrechte jeweils untereinander, auf das es hier aber nicht ankommt, siehe v. Münch/Kunig, Art. 1 bis 17 GG jeweils Anmerkung 3.

72 Pieroth/Schlink, Grundrechte Rdnr. 51; zu weiteren Rechten mit grundrechtsähnlichem Charakter aufgrund systematischer Zugehörigkeit bzw. zu Rechten mit selbständigem grundrechtsähnlichem Charakter, *Stern*, Staatsrecht III/1 § 63

Wiederum unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten subsidiär hierzu und auch zum eigenständigen Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), ist die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG[73]. Das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG, in dem sowohl der Anspruch der Allgemeinheit auf eine möglichst vollständige Wahrheitsermittlung, als auch der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren verwurzelt ist, stellt hingegen kein grundrechtsgleiches Recht dar, wird aber wie die Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) von der Bestandsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG erfaßt. Das Rechtsstaatsprinzip kann jedoch nicht als subjektives Recht angesehen werden, sondern ist objektives Verfassungsrecht[74], das durch subjektive Rechte de lege lata konkretisiert ist[75], wie beispielsweise durch den Menschenwürdegrundsatz, das Recht auf Freiheit und Gleichheit, den Gerichtsschutz und die Staatshaftung[76]. Zeigt sich das Rechtsstaatsprinzip in einem Grundrecht bzw. grundrechtsgleichen Recht, so bedarf es des Rückgriffs auf Art. 20 Abs. 3 GG nicht.

Etwas anderes gilt für den Anspruch auf ein faires Verfahren, auf vollständige Wahrheitsermittlung, den Folgenbeseitigungsanspruch[77] und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn diese Rechte an Art. 20 Abs. 3 GG festgemacht werden. Doch hier kann schon die Prämisse nicht bestehen bleiben, daß es sich um objektive Rechtspositionen handelt: Das Bundesverfassungsgericht hat die Rechtsgrundlage des Anspruchs auf ein *fair trial* über Art. 20 Abs. 3 GG hinaus auf Art. 2 Abs. 1 GG erwei-

---

V. Diese spielen hier jedoch keine Rolle, da sie keine für das Strafverfahren relevanten Rechte beinhalten.

73 v. Münch/Kunig-*v. Münch* Art. 2 Rdnr. 88; zu einer ähnlichen Stufung: *Wolter*, 50 Jahre BGH, S. 970

74 *Rzepka*, Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren, S. 124; BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 155

75 *Stern*, Staatsrecht I S. 784 (strittig) so wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip teilweise aus Art. 20 Abs. 3, teilweise aus Art. 1 und 19 Abs. 2 GG gefolgert (a.a.O. S. 861).

76 *Stern*, Staatsrecht I S. 784

77 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Sommermann*, Art. 20 Abs. 3 Rdnr. 261

tert[78] und damit dem *Fair-trial*-Grundsatz Grundrechtsqualität zugesprochen[79]. Auch der Folgenbeseitigungsanspruch als Sekundärrecht eines Grundrechts hat infolge seines Zusammenhangs mit Spezialgrundrechten, hilfsweise mit der allgemeinen Handlungsfreiheit, eine subjektiv-rechtliche Natur[80]. Nichts anderes gilt für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der als grundrechtsimmanente Schranken-Schranke[81] in den Spezialgrundrechten selbst, hilfsweise in Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 GG verankert ist[82]. Diese Zuordnung zu Spezialgrundrechten erscheint im Hinblick auf die Gewichtung ungünstiger als die Verortung im Rechtsstaatsprinzip, denn das Rechtsstaatsprinzip wird ebenso wie die Menschenwürde, jedoch anders als die übrigen Grundrechte, von der Bestandgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG erfaßt und könnte damit, ebenso wie der Menschenwürdegrundsatz als höherrangig anzusehen sein. Im Hinblick auf die Möglichkeit das Recht geltend zu machen, führt die Zuordnung zu beanspruchbaren Grundrechten indes weiter als die Zuordnung zu einem Recht, das mangels Beanspruchbarkeit der sprichwörtlichen Taube auf dem Dach gleichkommt.

Allerdings könnte im Zuge eines Abwägungsprozesses dem – auch – im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Recht doch stärkeres Gewicht einzuräumen sein als einem Grundrecht. Daß dies indes nicht der Fall ist, wird sich sogleich bei der Gewichtung des Anspruchs der Allgemeinheit auf möglichst vollständige Wahrheitsermittlung zeigen.

Da der Anspruch der Allgemeinheit auf möglichst vollständige Wahrheitsermittlung allein im Rechtsstaatsprinzip angesiedelt ist, hätte das

---

78 Ab BVerfGE 38, 105, 111; insbes.: BVerfGE 39, 156, 163; 39, 238, 243; 41, 246, 249; 46, 202, 203/209; 57, 250, 274; 63, 45, 60; 63, 380, 390; 64, 153 u. 145; 65, 171; 66, 313, 318; 68, 237, 255; 70, 297, 322 f.; 86, 288, 317/339; 87, 48, 62/65; BVerfG StV 1983, 489; 1984, 97; 1985, 177; 1992, 283; 1994, 1; BVerfG NStZ 1985, 181; 1994, 552; 1995, 555; 1997, 94; BVerfG EuGRZ 1986, 439; 1994, 75 u. 592

79 *Rzepka*, Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren, S. 124; dazu auch 2 BvR 2034/02 – Beschluss vom 30. April 2003 Absatz-Nr. 31 und 33

80 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Sommermann*, Art. 20 Abs. 3 Rdnr. 261

81 Pieroth/Schlink, Staatsrecht II Rdnr. 274 ff.

82 v. Mangoldt/Klein/Starck-*Sommermann*, Art. 20 Abs. 3 Rdnr. 298

Überwiegen des Rechtsstaatsprinzips zur Folge, daß die darin wurzelnden Rechte den Grundrechten vorgehen würden. Wenn aber gleichzeitig der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet wird, als Schranken-Schranke für die Grundrechte fungiert und einen der Ewigkeitsgarantie entsprechenden unangreifbaren Kernbereich der Grundrechte zufolge hat, kann dem Rechtsstaatsprinzip kein höheres Gewicht als dem jeweiligen Grundrechtskern zukommt. Demzufolge ist dem im Rechtsstaatsprinzip verwurzelten Wahrheitsermittlungsanspruch kein höheres Gewicht als dem entgegenstehenden Grundrecht einzuräumen. Vielmehr ist der Wahrheitsermittlungsanspruch als Schranke der Grundrechte anzusehen, denn die Aufklärung gerader schwerer Straftaten ist ein Auftrag des rechtsstaatlichen Gemeinwesens, der im Konfliktfall auch bei der Interpretation eines Grundrechts herangezogen werden kann[83].

Dieses System spiegelt sich in den grundrechtsbeschränkenden Normen der Strafprozeßordnung wieder, wie z.B. § 100a f. StPO. Das zu schützende Grundrecht ist die in Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistete Telekommunikationsfreiheit. § 100a StPO beschränkt dieses Grundrecht im Sinne des Wahrheitsermittlungsanspruchs zugunsten der Strafverfolgung bestimmter schwerer Straftaten (Katalogtaten). Dabei übernimmt der Straftatenkatalog die Funktion der dem Grundrecht immanenten Schranken-Schranke „Verhältnismäßigkeit“ und wägt folglich zwischen dem Recht des Beschuldigten und dem Vorrang der Wahrheitsermittlung ab[84].

Versucht man die prozessualen und materiellen Rechte Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten zuzuordnen, wird man zunächst mit dem Problem konfrontiert, daß der vom Bundesverfassungsgericht den Grundrechten zugewiesene Bedeutungsgehalt stetiger Änderung unterworfen ist und (in Maßen) auch sein soll, da allein dadurch eine Anpassung an die Veränderung der Lebenswirklichkeit möglich ist. Immerhin zeigt sich, daß es zwei unterschiedliche Grundrechtsqualitäten gibt: Die

---

83 BVerfGE 29, 183, 194

84 BVerfG 1 BvR 330/96 – Urteil vom 12. März 2003 Absatz-Nr. 65 ff. insbes. 76 und 81

Menschenwürde und den Kernbereiche der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte, die als völlig unantastbar jeder Abwägung entzogen sind, sowie die einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zugänglichen Bereiche der Grundrechte (die Menschenwürde ausgenommen) und grundrechtsgleichen Rechte. Der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Wahrheitsermittlungsanspruch vermag im abwägbaren Bereich der Grundrechte grundsätzlich als Gegengewicht zu fungieren.

Diese Systematik liegt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Großen Lauschangriff zugrunde. Das Verfassungsgericht betont in dieser Entscheidung, daß Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung der Menschenwürde entgegenstehen und deshalb ausnahmslos unzulässig seien, für eine Relativierung auf der Basis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bleibe kein Raum[85]. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit könnten einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen[86]. Soweit ein Verstoß gegen die Menschenwürde nicht vorliege, sei ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu erreichen. Dabei sei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz maßgebend[87].

---

[85] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 121

[86] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 118; BVerfGE 34, 238, 245

[87] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 243

## D. Theorien zu Zweck und Reichweite der Beweisverwertungsverbote

Die Literatur hat sich in den letzten gut 100 Jahren darum bemüht, die Beweisverwertungsverbot über ihren Zweck zu begründen. Die hierbei entwickelten Theorie sollen nachfolgend zunächst auf ihre generelle Tauglichkeit untersucht werden. Zwei weitere Theorie, sowie die sog. Rechtskreistheorie der Rechtsprechung beinhalten unmittelbar eine Lösung für die Frage der personellen Reichweite. Ihnen ist deshalb ein eigenes Kapitel gewidmet, das ergänzt wird durch eine eher als Methode denn als Zweckbestimmung zu bezeichnende Theorie über die Grundlage von Beweisverwertungsverboten.

### I. Zum Zweck der Beweisverwertungsverbote

Keine Beweisverwertungsverbotslehre kann ohne eine Bestimmung von Sinn und Zweck eines Verwertungsverbots auskommen, denn die allgemeine Zielrichtung ist die Grundlage für Schlußfolgerungen im konkreten Fall[88].

*Bernsmann*[89] weist für die Schutzzwecklehre jedoch darauf hin, daß Diskussionen über den Zweck einer Norm oder den von ihr geschützten Rechtskreis gefährlich seien, denn wie die Farbe des Hasen, den der Zauberer aus seinem Hut ziehe, immer davon abhinge, ob zuvor ein Hase dieser Farbe in den Hut gesteckt worden sei, hinge das Verwertungsverbot von dem Sinn und Zweck ab, den man dem Erhebungsverbot beimesse. Diese Wechselwirkung besteht aber stets bei Folgerungen aus dem Normzweck. Der „richtige“ Zweck eines Verwertungsverbot soll aber auch nicht wie ein Kaninchen aus dem Hut gezaubert werden. Vielmehr muß ein übergeordneter Zweck von Beweisverwertungsverboten die Frage nach der Verwertbarkeit in einer Weise beantworten, daß

---

88 So für die Schutzzwecklehre: *Beulke*, ZStW 103 (1999) 657, 664

89 *Bernsmann*, StraFo 1998, 73, 74; im Ergebnis auch *Beulke*, ZStW 103 (1999) 657, 664

dieses Ergebnis mit (möglichst) sämtlichen Anforderungen der Rechtsordnung übereinstimmt. Daher darf und muß die Suche nach dem „richtigen“ Zweck der Verwertungsverbote ergebnisorientiert verlaufen.

### 1. Wahrheitsfindung

Die von § 136a Abs. 1 StPO untersagten Vernehmungsmethoden geben Anlaß, das Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO zumindest auch in der Gefahr für die Wahrheitsfindung begründet zu sehen[90]. Hingegen soll nach überwiegender Ansicht dieses Verwertungsverbot vorrangig den Angeklagten davor schützen, zum Objekt des Verfahrens zu werden[91], nicht aber der Findung der *materiellen* Wahrheit dienen[92], denn auch die Wahrheit dürfe nicht beachtet werden, wenn sie mit den Mitteln des § 136a Abs. 1 und 2 StPO erlangt werde[93]. Das Argument der Unbeachtlichkeit der materiellen Wahrheit ist indes zirkulär: Ob infolge der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden, beispielsweise bei Mißhandlungen, die erlangte Information wahr oder falsch ist, ist in der Regel objektiv nicht feststellbar, vielmehr setzt sie die subjektive Bewertung des verboten Erlangten voraus, die § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO gerade untersagt. Indem das Verwertungsverbot allein auf das angewandte Mittel der Wahrheitsfindung, also die Form abstellt, verzichtet es vielmehr zugunsten einer formellen, d.h. prozeßordnungsgemäß gefundenen Wahrheit auf den Nachweis der materiellen (objektiven) Wahrheit.

Für den Zweck des Schutzes der Wahrheitsfindung stellt sich daher die Frage, welche Wahrheitsfindung geschützt werden soll: die Suche nach der materiellen, also objektiven Wahrheit oder die Suche nach der formellen, also prozeßordnungsgemäßen Wahrheit.

---

90 *Feldmann*, NJW 1959, 853, 855 f.; *Grünwald*, JZ 1966, 489, 493; *Niese*, JZ 1953, 219, 223; *Strate*, JZ 1989, 176, 177

91 BGHSt 5, 332, 333; LR-*Hanack*, § 136a Rdnr. 1; SK-*Rogall*, § 136a Rdnr. 3 ff. m.w.N.; a.A. AK-*Kühne*, § 136a Rdnr. 3; *Joerden*, JuS 1993, 927 f., *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624, 639 ff.; ders., NJW 2000, 3035,

92 *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 454 hält diesen Zweck höchstens für eine Nebenfunktion.

93 BGHSt 5, 290

*Joerden*[94] sieht die Unbrauchbarkeit eines entgegen § 136a Abs. 1 und 2 StPO erlangten Beweismittels in der fehlerhaften Zuordnung der Aussage, denn eigentlich stamme diese nicht von dem vernommenen Beschuldigten, sondern von dem Vernehmenden, da der Beschuldigte in seiner „*Willensentschließung und (…) Willensbetätigung*" nicht frei gewesen sei, – ein interessanter Gedanke vor dem Hintergrund des Urkundenbegriffs des § 267 StGB, denn danach ist eine (verkörperte) Gedankenerklärung, bei der tatsächlicher und angeblicher Aussteller auseinander fallen, falsch. Folglich kann auch eine abgepreßte Aussage als falsch im Sinne des § 267 StGB angesehen werden. Es wäre indes zu kurz gegriffen, wenn dieses „falsch" im materiellen Sinne verstanden würde. Da eine falsche Urkunde durchaus einen wahren Inhalt (materielle Wahrheit) haben kann und gleichwohl als falsch gilt (formelle Wahrheit), schützt auch der Tatbestand der Urkundenfälschung ebenfalls die formelle Wahrheitsfindung.

Daß den Verwertungsverboten teilweise der Zweck innewohnt, den materiellen Wahrheitsgehalt eines Beweismittels zu sichern, zeigen die Motive zu den Reichsstrafgesetzen[95] auf. Dort heißt es zu § 52 StPO (damals § 42),

> „*daß es vorzuziehen sei, lieber auf ein Beweismittel zu verzichten, als einen nahen Angehörigen des Beschuldigten der Versuchung auszusetzen, zu Gunsten des letzteren einen Meineid zu leisten*".

Das Reichsgericht[96], mit ihm die Literatur[97], sowie der Bundesgerichtshof[98] (bis zur Entscheidung, welche die Rechtskreistheorie begründete),

---

94 JuS 1993, 927 f.; ähnlich Höpfel/Huber-*Rogall*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 142 Fn. 138

95 *Hahn*, Materialien, S. 107

96 RGSt 20, 186, 187; ohne auf ein Verwertungsverbot zu schließen auch das BayObLG, JZ 1953, 702, 703

97 *Busch*, JZ 1953, 703; *Dölling*, NStZ 1988, 6, 8; *Fezer*, JR 2000, 341; *Gossrau*, MDR 1958, 468; *Niese*, JZ 1953, 219, 223; *Peters*, 46. DJT Band I (Gutachten) Teil 3 A, S. 128; *Rudolphi*, MDR 1970, 93, 98; *Eb. Schmidt*, JZ 1958, 596, 599 ff.

98 BGHSt 10, 393, 394

haben die Unzuverlässigkeit der Aussage als ursächlich für das Verwertungsverbot angesehen.

Um festzustellen, ob ein Beweismittel Unwahres bekundet und die Wahrheitsfindung gefährdet, bedarf es, wie bereits festgestellt, der Würdigung des Beweises. Die Beweiswürdigung indes ist Sache des Tatrichters (§ 261 StPO). Gebunden wird er hierbei nur von den Gesetzen der Logik, der Naturwissenschaften und der Lebenserfahrung[99]. Dementsprechend macht es § 60 Nr. 2 StPO zur Sache des Gerichts, welchen Grad der Glaubwürdigkeit es dem tatverdächtigen Zeugen zuschreibt. Da der Zeuge als Beweismittel nicht grundsätzlich gesperrt ist[100], ist in § 60 Nr. 2 StPO ein Indiz für den Vorrang der materiellen Wahrheitsfindung zu sehen.

Für § 87 Abs. 2 Satz 3 StPO ist umstritten[101], ob die Mitwirkung des behandelnden Arztes die Unverwertbarkeit zur Folge hat oder die Erkenntnis nur einer besonders kritischen Beweiswürdigung bedarf. Wenn *Schmidt*[102] zu den §§ 81a, 81c StPO mit Vehemenz vertreten hat, die von einem Nichtarzt entnommene Blutprobe sei unverwertbar[103], da sie ein unverläßliches Beweismittel sei und damit möglicherweise die gerichtliche Wahrheitsfindung beeinträchtige, so stellt er nur scheinbar auf die materielle Wahrheitsfindung ab. Unverläßlicher als die Blutprobe, die ein Arzt entnommen hat, ist die von einem Nichtarzt entnommene Blutprobe allein wegen der fehlenden Qualifikation als Arzt. Sicherlich ist aber unstrittig, daß z.B. eine Krankenschwester ebenso qualifiziert ist, mitunter sogar mehr Übung dabei hat, Blut zu entnehmen. Folglich stellt *Schmidt* ebenso wie § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO allein auf ein formelles Kriterium ab und damit auf die Beeinträchtigung der formellen Wahrheitsfindung.

---

[99] *Meyer-Goßner*, § 261 Rdnr. 2

[100] BGHSt 11, 214, 216

[101] LR-*Dahs*, § 87 Rdnr. 22; KK-*Senge*, § 87 Rdnr. 9, KMR-*Neubeck*, § 87 Rdnr. 22, a.A. *Meyer-Goßner*, § 87 Rdnr. 19, *Eisenberg*, Beweisrecht Rdnr. 1962

[102] MDR 1970, 461, 464 f.

[103] Im Ergebnis auch: BGHSt 24, 125, 130; *Kleinknecht*, NJW 1964, 2181, 2185; *Rogall*, NStZ 1988, 385, 392

*Kempf*[104] folgert aus den philosophischen und naturwissenschaftlichen Erkenntnistheorien, daß materielle Wahrheitsfindung unmöglich sei; zu ermitteln sei allenfalls eine Meta-Wahrheit: Ein Abbild der Wirklichkeit,

> *„das sich zwar durch den mehr oder weniger intensiven Versuch der am Verfahren Beteiligten auszeichnet, dem wirklichen Geschehen möglichst nahe zu kommen, von dem wir aber mit keinem Maßstab angeben können, wie nahe es diesem wirklichen Geschehen kommt"*[105].

Dem Strafverfahren bleibe folglich nur die Suche nach dieser neuen, *„nur im Verfahren und für das Verfahren hergestellten Wirklichkeit"*[106], der *prozessualen* Wahrheit[107]. Als wahr anzusehen sei unter dieser Hypothese ausschließlich, was in prozeßordnungsgemäßer Weise als wahr festgestellt wurde.

Dieser rein prozessuale Wahrheitsbegriff kann in einen sich mit der Wirklichkeit (objektiven Wahrheit) überhaupt nicht deckenden Sachverhalt münden. Ein hierauf fußendes Urteil ist aber sowohl dem Täter, wie der Allgemeinheit nur schwer zu vermitteln und widerstreitet damit den Zielen der Spezial- und Generalprävention[108]. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwendet den Begriff der Wahrheit im eher materiellen Sinne[109]. Entsprechend betont *Schäfer*: *„Jedes Beweisverbot (bedeutet) eine Einschränkung der im Interesse der Findung materiell richtiger Entscheidungen geltenden gerichtlichen Aufklärungspflicht"*[110].

Die Rechtsprechung widerspricht dem Ziel der rein prozessualen Wahrheitsfindung mit dem Hinweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrund-

---

[104] *Kempf*, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, S. 21 ff.

[105] *Kempf*, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, S. 25

[106] *Kempf*, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, S. 26

[107] So auch *v. Stackelberg*, 46. DJT Band II F 98 f.; *Strate*, JZ 1989, 176, 177; *Eb. Schmidt*, Strafprozeß und Rechtsstaat, S. 73

[108] Ähnlich *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, S. 17

[109] BGHSt 14, 358, 365

[110] *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens, Rdnr. 1207

satz[111]. Dementsprechend lassen es die Zufallsfundverwertungsverbote (§§ 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 110e StPO) dahinstehen, ob der Beweisinhalt wahr oder falsch ist. Vielmehr lassen sie die Verwertung unter Umständen zu, die unabhängig von der Wahrheitsfindung sind, z.B. wenn der Inhalt eine Telefongesprächs nur deshalb verwertbar ist, weil eine Katalogtat aufgeklärt werden soll oder der Richter die Überwachung angeordnet hat. Hieran zeigt sich, daß ein Beweisverwertungsverbot auch unabhängig von Gründen der Wahrheitsfindung entstehen kann.

Im Ergebnis ist damit festzustellen, daß Ziel des Strafprozesses und damit auch des Beweisrechts eine formalisiert zu suchende materielle Wahrheitsfindung ist[112]. Ein Verwertungsverbot kann also aufgrund eines Fehlers, der Einfluß auf die Wahrheitsfindung hat, entstehen, notwendig ist dieser Zusammenhang aber nicht. Vielmehr kann ein Verwertungsverbot auch aus anderen Gründen entstehen, so daß der Wahrheitsfindungsschutz nicht alleine geeignet ist, als Theorie für die Beweisverwertungsverbote zu dienen.

## 2. Disziplinierungswirkung

Die Rechtsprechung in den USA begründet ihre moderne Beweisverbotslehre vorrangig mit der Disziplinierung bzw. Abschreckung der Strafverfolgungsorgane, daneben mit dem Ziel der Reinerhaltung des Verfahrens [113]. Dem liegt die Überlegung zugrunde, daß die Strafverfolgungsbehörden kein Interesse an einer Verfassungsverletzung haben werden, wenn sie die so gewonnenen Beweise später nicht vor Gericht präsentieren können[114]. Diese Hypothese trägt nicht, wenn die Rechtsverletzung ohne den Willen, Beweise zu gewinnen, geschehen ist[115], wenn die Strafverfolgungsbehörde ein Beweismittel auf rechtswidrige

---

[111] BGHSt 38, 214, 219 f. m.w.N.

[112] So auch *Beulke*, ZStW 103 (1991) 657, 664

[113] Elkins v. US, 346 U.S. 206 (1960); US v. Leon, 468 U.S. 897 (1984); *Bradley*, GA 1985, 99, 101

[114] *Emanuel/Knowles* Criminal Procedure 1998-99 Ed. S. 256

[115] *Emanuel/Knowles* Criminal Procedure 1998-99 Ed. S. 256 f.

Weise aber zu Gunsten des Betroffenen erlangt hat oder wenn die Beamten gutgläubig gehandelt haben[116].

Die Aufgabe der Abschreckung sprechen z.B. *Dencker*, *Ranft* und *Rogall*[117] den Beweisverwertungsverboten im deutschen Strafprozeß ab. Pflichtwidriges Verhalten würde disziplinarisch und gegebenenfalls strafrechtlich geahndet[118]. Fehl geht aber deren Einwand, die Disziplinierungswirkung sei aus systematischen Gründen im deutschen Strafprozeß untauglich[119], da die deutschen Ermittlungsbehörden, anders als die angloamerikanischen, nicht als Gegner anzusehen seien, vielmehr die Staatsanwaltschaft zur Ermittlung auch zu Gunsten des Beschuldigten verpflichtet sei. Der Anschein, die Disziplinierungstheorie lasse sich systematisch nicht in das deutsche Strafrecht integrieren, wird bei näherem Hinsehen relativiert:

So sprechen eine große Anzahl von Autoren aus Lehre, Rechtsprechung und Anwaltschaft – z.B. *Bettermann*, *Fezer*, *Hamm*, *Meyer-Goßner*, *Möhring*, *Tepperwien*, *Strate* und *Ventzke*, sowie *Wolter* – den deutschen Verwertungsverboten zumindest eine Disziplinierungswirkung, teilweise auch einen Disziplinierungszweck zu[120]. Auch der Bundesgerichtshof[121] sieht den Sinn des Verwertungsverbots nach einem Verstoß gegen § 136

---

[116] *S. Schröder*, Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 29

[117] *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß S. 54; *Ranft*, FS für Spendel, S. 725; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 15; ders. in Höpfel/Huber, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 131; im Ergebnis ebenso *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 454, der die Disziplinierung aber als Nebenfunktion in Erwägung zieht.

[118] *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte S. 18; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß S. 53

[119] *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 73 Rdnr. 7, § 18 Rdnr. 4 und 5 (jeweils für den englischen Strafprozess)

[120] *Bettermann*, NJW 1954, 1308; *Fezer*, JR 1992, 385, 388; *Hamm*, StraFo 1998, 361, 364; *Meyer-Goßner*, DRiZ 1997, 471, 474; *Möhring*, NJW 1949, 1, 2; *Strate/Ventzke*, StV 1986, 30; *Tepperwien*, FS für Meyer-Goßner, S. 609; ebenso *S. Schröder*, Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 30; *Wolter*, 50 Jahre BGH S. 994

[121] BGHSt 38, 372, 374

Abs. 1 Satz 2 StPO darin, zu gewährleisten, daß dieses Verfahrensrecht eingehalten wird. Wörtlich heißt es bei BGHSt 38, 372, 374:

> *„Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers wäre erheblich entwertet, wenn der Verstoß gegen die dieses Recht sichernde Benachrichtigungspflicht folgenlos bliebe (Hilger NStZ 1989, 283). Um so mehr muß, wenn dem Beschuldigten trotz der erfolgten Belehrung, er könne vor seiner Vernehmung einen Verteidiger befragen, die Kontaktaufnahme mit seinem Verteidiger verwehrt wird, ein Verwertungsverbot für die dann gewonnenen Angaben bejaht werden, weil nur so die Einhaltung dieses für den Beschuldigten äußerst wichtigen Rechtes gewährleistet ist (vgl. auch Strate/Ventzke StV 1986, 30, 33)".*

Die strukturellen Einwände werden überdies durch das im deutschen Strafverfahren herrschende Prinzip der Waffengleichheit[122] entkräftet. Dieses vom Bundesverfassungsgericht postulierte und dem *Fair-trial*-Grundsatz zugeordnete Prinzip beinhaltet schon begrifflich eine Parteienstellung von Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem[123].

Daher überzeugt die Kritik von *Koriath*, *Otto* und *Rogall*[124], welche gegen den Disziplinierungszweck einwenden, er beinhalte eine zweckfremde Erwägung, da die Verhängung einer – an sich – gerechtfertigten Strafe aufgrund von Disziplinierungsargumenten zurückgestellt werde. Zwar sei grundsätzlich denkbar, daß die Allgemeinheit die hierdurch bedingte Gefährdung oder gar Vernichtung ihres Strafanspruchs hinnimmt, weil sie anderen Disziplinierungsmitteln nicht vertraut; ohne gesetzliche Anzeichen könne aber eine derartige Bereitschaft nicht unterstellt werden[125]. Inwieweit die Strafe aber bei groben Verstößen gegen die Strafprozeßordnung noch gerechtfertigt ist, wird sogleich bei der Theorie vom generalpräventiven Schutzzweck erörtert.

---

[122] BVerfGE 38, 105, 111; 63, 45, 61; in diese Richtung im Hinblick auf Beweisverwertungsverbote *Beulke*, StV 1990, 180, 182

[123] So auch *Rzepka*, Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren, S. 83 ff. (insbesondere S. 85)

[124] *Koriath*, Über Beweisverbote im Strafprozeß, S. 45; *Otto*, GA 1970, 289, 301; *Rogall* in *Höpfel /Huber*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 131

[125] *Amelung*, NJW 1991, 2533, 2534

### 3. Sicherung der Individualrechte

*Rogall*[126] arbeitete in seinem Aufsatz zur *Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten* heraus, daß Sinn und Zweck der geschriebenen Verwertungsverbote sei, Individualrechte der Betroffenen zu schützen. Dieser Schutzzweck gewinnt in der Literatur zu Recht zunehmend an Befürwortern[127], denn ganz offensichtlich schützen eine große Anzahl von Beweiserhebungsnormen, aber auch geschriebene Verwertungsverbote Individualrechte (z.B. §§ 52, 136a, 100a ff. StPO, 51 Abs. 1 BZRG, 34 Abs. 1 StVollzG, 393 Abs. 2 AO). Die Existenz verfassungsrechtlicher Verwertungsverbote liegt sogar ausschließlich im Schutz von Individualrechten, nämlich den Grundrechten, begründet[128].

*Dencker*[129] hingegen will aus dem Verstoß gegen eine Beweiserhebungsnorm kein Verwertungsverbot folgern, da die Rechtsverletzung bereits geschehen und zudem irreparabel sei. Dem wird zu Recht entgegengehalten, daß das Ignorieren der Rechtswidrigkeit der Beweiserlangung zu einer „*Perpetuierung und Bestätigung*" des Unrechts führen und im Ergebnis eine erneute unmittelbare Rechtsverletzung darstellen würde[130].

Der Schutz von Individualrechten als Beweisverwertungsverbotszweck ist schon deshalb nicht zu leugnen, weil die Strafprozeßordnung – erinnert sei an die Bezeichnung als Ausführungsgesetz zum Grundgesetz –

---

[126] *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 18 ff.; ders., JZ 1996, 945, 947

[127] *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte, S. 24 ff; ders. NJW 1991, 2533; *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 458; *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozeß, S. 100 ff.; *Brandis*, Beweisverbote im Strafprozeß als Belastungsverbote, S. 29 ff.; *Dalakouras*, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, S. 119 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rdnr. 370; *Herrmann*, FS für Jescheck, S. 1292; *Müssig*, GA 146 (1999), 118; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 203; AK-*Kühne*, vor § 48 Rdnr. 47; SK-*Wolter*, Vor § 151 Rdnr. 196

[128] *Brandis*, Beweisverwertungsverbote als Belastungsverbote, S. 32

[129] *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, S. 88

[130] *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte, S. 24; Maunz/Dürig-*Dürig*, Art. 1 III Rdnr. 120; *Grünwald*, JZ 1966, 489, 492; *Ipsen*, NJW 1977, 2298, 2290; *Otto*, GA 1970, 289 ff.; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 20 f.

die Grundrechte der Verfahrensbeteiligung umsetzt und damit gewährleistet. Soweit die Grundrechte Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat darstellen, trägt die Strafprozeßordnung deshalb den Charakter des Abwehrrechts gegen staatlichen Eingriff, also den Individualrechtsschutz in sich. Bereits die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Rechtskreistheorie[131] stellt auf die Notwendigkeit des Schutzes von individuellen Rechten ab, um ein Verwertungsverbot begründen (und für den Nichtgeschützten ablehnen) zu können. Dem folgend wird in der gesamten Diskussion zur Reichweite von Beweisverwertungsverboten mit dem Individualrechtsschutz argumentiert und diesem das ausschlaggebende Gewicht eingeräumt.

Würde allein auf den individualrechtlichen Schutzzweck eines Erhebungsverbots abgestellt, so wäre die Antwort für die personelle Reichweite eines Verwertungsverbots eindeutig: Es wirkt grundsätzlich nur für denjenigen, der sich im vom Bundesgerichtshof sogenannten Rechtskreis des Erhebungsverbots befindet; oder umgekehrt, zu wessen Rechtskreis das Erhebungsverbot gehört. Allerdings zeigt das für den Betroffenen geltende Verfügungsverbot in § 136a Abs. 3 Satz 1 StPO, daß der individuelle Schutzzweck unter Umständen zu kurz greift.

Im Ergebnis ist folglich der Individualrechtsschutz ein sehr starkes Argument für ein Verwertungsverbot, der fehlende Schutzzweck kann aber umgekehrt nicht herangezogen werden, um ein Verwertungsverbot bzw. eine Wirkungserstreckung generell zu verneinen. Die Theorie des Schutzes der Individualrechte ist deshalb nicht allein geeignet eine allgemeine Beweisverwertungsverbotslehre zu tragen[132].

### 4. Spezialprävention

Die von *Otto*[133] und *Osmer*[134] vertretene Theorie des spezialpräventiven Schutzzwecks der Verwertungsverbote sieht die Aufgabe der Verwer-

---

[131] BGHSt 11, 213

[132] So jetzt auch Höpfel/Huber-*Rogall*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 132 f.

[133] *Otto*, GA 1970, 289, 300

[134] *Osmer*, Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a StPO, S. 10 f.

tungsverbote darin, Gefahren für die spezialpräventive Wirkung der Strafen abzuwenden, die aus dem rechtswidrigen Prozedieren der Strafjustiz hervorgehen könnten. Ohne das Verwertungsverbot müßte sich der Täter zwangsläufig als Opfer der Justiz fühlen, so daß das Akzeptieren und die innere Verarbeitung des Urteils mit dem Ziel der Wiedergewinnung von Rechtstreue nicht mehr möglich wären.

Hiergegen ist einzuwenden, daß die übrigen Strafzwecke die Verhängung der Strafe auch dann erlauben oder sogar gebieten können, wenn die spezialpräventive Straffunktion gestört ist[135]. Oder umgekehrt: § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO verbietet eine Verwertung sogar dann, wenn der Angeklagte mit der Verwertung einverstanden ist.

Mithin kann auch die Theorie vom spezialpräventiven Schutzzweck eine allgemeine Verwertungsverbotstheorie nicht tragen.

### 5. Generalpräventive Zwecküberlegungen

Die Entwicklung in der Lehre bringt die Notwendigkeit mit sich, in der Diskussion generalpräventiver Lehren zwischen der allgemeinen und der positiven Generalprävention zu differenzieren.

#### a) Allgemeine Generalprävention

*Dencker*[136] hat die Beweisverwertungsverbote unter generalpräventiven Gesichtspunkten betrachtet und erblickt in ihnen Gebote der Selbstreinigung der Justiz, welche die Kraft der Gerichtssprüche, sozialethische Werte zu erhalten und zu bilden, bewahren soll.

Die US-amerikanischen Gerichte haben, wie schon oben unter 2. angesprochen, mit dem Selbstreinigungsgebot ihrer Beweisverwertungsverbotslehre ein zweites Standbein verschafft. Weit weniger nüchtern als deutsche Autoren und Gerichte[137] sieht es die US-amerikanische Recht-

---

[135] So schon *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 13; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, S. 59 ff.

[136] *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, S. 60 ff.

[137] Wie sich die höchstrichterliche Rechtsprechung im Hinblick auf die Entwicklung nach dem 11. September 2001 positionieren wird, ist derzeit noch offen.

sprechung als Verletzung von Ethik und Würde des Souveräns an, wenn der Staat seinen Strafverfolgungsbehörden erlaubt, die bürgerlichen Rechtsgarantien zu brechen und schließlich sogar noch seine Urteile auf solche Rechtsverletzungen stützt[138]. So meint der *Supreme Court*[139]:

> *„the imperative of judicial integrity [(…) contains, that] the criminal goes free, if he must, but it is the law that sets him free. Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse, its disregard of the charter of its own existence.*“[140]

Mit einer ähnlichen, lediglich weniger pathetische formulierten Begründung hat das Amtsgericht Offenbach[141], bestätigt vom Landgericht Darmstadt[142], die bei einer Hausdurchsuchung unter bewußter Ausschaltung des Ermittlungsrichters erlangten Beweismittel für unverwertbar erklärt:

> *„Ein solcher Verstoß muß, wenn das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns nicht Schaden leiden soll, Folgen haben“.*

Gegen die Selbstreinigung als Zweck von Beweisverwertungsverboten sind jedoch dieselben Argumente ins Feld zu führen, wie gegen die spezialpräventive Theorie, d.h. die Bestrafung kann im Hinblick auf andere Strafzwecke auch dann erlaubt oder geboten sein, wenn generalpräventive Strafzwecke nicht mehr erreicht werden können.

### b) Positive Generalprävention

Die positive Generalprävention als Grundlage der Zweckbestimmung von Beweisverwertungsverboten muß sich denselben Angriffen ausgesetzt sehen, wie die Begründungen mit Hilfe der allgemeinen General-

---

138 Atz v. Andrews, 84 Fla. 43, 94 So. 329 (1922)

139 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

140 *„Hier steht die richterliche Integrität auf dem Spiele. Wenn nötig muss der Verbrecher freigesetzt werden. Aber es ist das Gesetz, welches ihn freisetzt. Nichts kann ein Staatswesen schneller zerstören als die Pflichtverletzung bei der Befolgung der eigenen Gesetze oder, was noch schlimmer ist, des Grundgesetzes der eigenen Existenz.“*

141 AG Offenbach StV 1993, 406

142 LG Darmstadt StV 1993, 573 f.

und Spezialprävention. Gleichwohl sind die durch sie aufgeworfenen Aspekte nicht unbeachtlich, da sie, selbst wenn sie als alleinige Grundlage für die Zweckbestimmung ungeeignet sind, für die Entscheidungen über Verwertungsverbote, sowie deren Reichweite Anhaltspunkte liefern können.

Die positive Generalprävention sieht in der Strafe eine formalisierte Reaktion auf abweichendes Verhalten. Das abweichende Verhalten, der Normbruch, wird im Rechtssystem als kompetenter Gegenentwurf zur konkreten Gesellschaftsgestalt gedeutet, dem das Strafrecht mit seiner Reaktion widerspricht, wodurch gleichzeitig die gesellschaftliche Gestalt beschrieben und bestärkt wird[143]. Der Strafrechtspflege obliegt die Aufgabe der Sozialkontrolle. Die Besonderheit des Strafrechts besteht darin, daß die Sozialkontrolle durch die Formalisierungsleistung des Verfahrens legitimiert wird. Das Strafrecht schützt folglich die elementaren menschlichen Interesse vor Verletzung durch den Normbrecher und zugleich vor Verletzung durch die Bewältigung des Abweichungskonflikts. Diese Leistung erbringt das Strafrecht durch die Beachtung einer formalisierten Schutztechnik und der Bindung an Wertprinzipien. Der Inhalt der positiven Generalprävention ist folglich die öffentliche Behauptung und Sicherung von Normen sowohl durch wirksame Konfliktvermeidung, als auch durch formelle Konfliktverarbeitung, d.h., unverbrüchlich gesichert ist nicht nur das Verbot zu töten oder zu betrügen, sondern auch, jemanden zu verurteilen der sich nicht verteidigen oder seine Sache nicht zu Gehör bringen konnte[144].

Die Vorstellung, das Recht habe sich gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchzusetzen[145], greift auf der Basis der positiven Generalprävention zu kurz. Vielmehr hat sich das Recht ebenso gegenüber Verletzungen der Justizförmigkeit und Formalisierung strafrechtlichen Handelns durchzusetzen. Die Theorie positiver Generalprävention hat nicht nur die Wirksamkeit der Kriminalitätsvermeidung, sondern auch

---

[143] NK-*Hassemer*, vor § 1 Rdnr. 429 ff.

[144] NK-*Hassemer*, vor § 1 Rdnr. 431

[145] BVerfGE 45, 187, 256; BGHSt 24, 40, 44

die Gerechtigkeit der Kriminalitätsverarbeitung im Blick[146], da Strafe die Einübung normgerechten Verhaltens bezweckt[147]. Diese Einübung kann nicht funktionieren, wenn der Staat für sich selbst reklamiert, daß sein Normverstoß folgenlos bleiben kann[148]. Allerdings ist es dem Strafrecht immanent, daß nicht jeder Normverstoß in der selben Weise geahndet wird. Zum einen bestehen Verstoßkategorien wie Ordnungswidrigkeit und Straftat. Zum anderen stellt das Gesetz für den jeweiligen Verstoß Rechtsfolgenrahmen auf. Das Strafprozeßrecht offeriert mit §§ 153, 153a StPO darüber hinaus ein Instrumentarium, das die Bandbreite der Verstoßfolgen erweitert. Kurz, nicht jeder Verstoß ist von gleichem Gewicht und bedarf der gleichen Ahndung.

Wird diese Wertordnung auf den staatlichen Normverstoß übertragen, so offenbart sich, weshalb nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot ein Verwertungsverbot nach sich ziehen muß, vielmehr eine Abwägung geboten ist, die den potentiellen Normverstoß des Täters mit dem Normverstoß der Judikative ins Verhältnis setzt. Diese Flexibilität hebt die positive Generalprävention als Schutzzwecktheorie über die anderen Theorien heraus.

Im Sinne dieser Abwägung stellen *Beulke* und *Satzger*[149] zur fehlgeschlagenen Absprache im Strafprozeß eine Hierarchie der verfahrensrechtlichen „Pannenhilfe“ auf. Je nach Schwere sehen sie

- ein *Prozeßhindernis*,
- ein *Beweisverwertungsverbot* oder zumindest
- eine *Strafmilderung* für nötig an.

---

[146] NK-*Hassemer*, vor § 1 Rdnr. 434; ohne auf die positive Generalprävention einzugehen *Kempf*, NJW 1997, 1729, 1731 f.

[147] *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 324 ff.

[148] In diesem Sinne auch *Beulke*, StV 1990, 180, 182; *Beulke* fordert, einer sauberen Verteidigung müsse auch eine saubere Ermittlung gegenüber stehen; ähnlich auch Höpfel/Huber-*Rogall*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 134, der die Normstabilisierung und den Systemschutz in den Vordergrund stellt.

[149] *Beulke/Satzger*, JuS 1997, 1072, 1079

Ein ähnlicher Strauß von Möglichkeiten zur Fehlerkompensation wird für die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung und den *agent provocateur* diskutiert[150]. Dabei unterscheiden sich die Verfahrensverzögerungs- und *agent provocateur*-Fälle von jenen des gescheiterten Deals dadurch, daß der den Erstgenannten zugrundeliegende Fehler stets mit der festzustellenden Schuld korreliert bzw. das Schuldmaß reduziert. Je stärker der *agent provocateur* einwirkt, um so geringer ist die kriminelle Energie und damit die Schuld des Täters. Je länger das Verfahren verzögert wird, um so mehr hat der Täter unter diesem gelitten, um so mehr Schuld ist damit aufgezehrt.

Die Korrelation mit der Schuld ist beim fehlgeschlagenen Deal nicht gegeben. Allerdings ist es schon nach allgemeinen Strafzumessungsgesichtspunkten notwendig, daß ein Geständnis strafmildernd zu berücksichtigen ist. Dies gilt auch und insbesondere dann, wenn das Geständnis lediglich aufgrund einer Absprache erfolgt und diese ins Leere läuft. Denn wenn das Geständnis, das infolge einer Absprache erfolgt ist, überhaupt verwertet werden soll, so darf es nicht als abgesprochenes Geständnis herb-gewürdigt werden, sondern muß – gleichsam unter Wegdenken des gescheiterten Deals – als echtes Geständnis behandelt werden. Der Wegfall einer ursprünglich vorausgesetzten Grundlage eines Geschäfts ist im Zivilrecht von § 779 BGB und seit der zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform von der Rechtsfigur der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) erfaßt[151]. Nach § 779 BGB ist ein Vergleich nichtig, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und dies mitursächlich für den verglichenen Streit war. Außerhalb dieses Anwendungsbereichs ist bei einer schwerwiegenden Änderung der Vertragsgrundlage grundsätzlich eine Anpassung des Vertrages

---

[150] Statt aller: *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, passim

[151] Der sog. Wegfall der Geschäftsgrundlage ist zuvor von der Rechtsprechung über § 242 BGB begründet worden. Die Anwendung von § 313 BGB wird durch die *lex specialis* des § 779 BGB nicht ausgeschlossen (Bamberger/Roth-*Grüneberg*, § 313 Rdnr. 8; MüKo-*Roth*, § 313 Rdnr. 116; Palandt-*Heinrichs* § 313 Rdnr. 10; zum Prozessvergleich BGHZ 85, 64, 73).

vorzunehmen (§ 313 Abs. 1 BGB). In Ausnahmen, in denen eine Anpassung nicht möglich oder unzumutbar ist, kann nach § 313 Abs. 3 BGB der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. Auf den „geplatzten" Vergleich im Strafverfahren bezogen entspräche das dem bereits genannte Rechtsfolge des Verwertungsverbotes. Ob und wann ein Strafverfahrenshindernis gerechtfertigt ist, muß hier dahinstehen. Festzustellen ist hingegen, daß der Grund für die §§ 313, 779 BGB darin liegt, die infolge der unvorhergesehenen Änderung der Umstände beeinträchtigten Interessen (in der Regel einer Partei) auszugleichen[152]. Daran zeigt sich, daß anders als bei der Verfahrensverzögerung und dem Einsatz eines *agent provocateur* durch die Änderung der Vergleichsgrundlage keine Minderung der Schuld eintritt, sondern ein Interessenausgleich vor dem Hintergrund der Waffengleichheit und damit des *fair trial* vorzunehmen ist.
Im Falle der unselbständigen Beweisverwertungsverbote liegen zwar auch zu kompensierende Fehler vor. Diese sind ist aber nicht der oben herausgearbeiteten Gruppe der schuldrelevanten Fehler zuzuordnen. So lassen die unterbliebene Belehrungen (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) oder das nichtgewährte rechtliche Gehör (§ 168c StPO) die Schuld unberührt.

Die nicht ordnungsgemäße Gewährung des Fragerechts wirkt sich statt dessen auf die Beweisqualität aus[153] und kann deshalb als beweisrechtlicher Verfahrensfehler bezeichnet werden. Etwas anders verhält es sich mit der unterbliebenen Belehrung, denn die so zustande gekommene Aussage ist nicht in der Weise in ihrem Beweiswert gemindert, wie das bei der Nichteinräumung rechtlichen Gehörs der Fall ist. Die Aussage ist vielmehr, wenn sie nicht nachträglich genehmigt wird, Beweismaterial, das die Justizorgane nicht haben dürften. Vor dem Hintergrund der positiven Generalprävention bleibt hier kein Raum für Beweiswertminderungsdiskussionen, vielmehr ist eine Fehlerkompensation vorzunehmen. Diese kann hier nur durch ein Verwertungsverbot erfolgen[154].

---

[152] MüKo-*Roth*, § 313 Rdnr. 16 und MüKo-*Pecher*, § 779 Rdnr. 62

[153] BGHSt 46, 93, 102; *Widmaier*, Sonderheft für Schäfer, S. 79

[154] Ähnlich *Widmaier*, Sonderheft für Schäfer, S. 79

Damit passen die Verfahrensfehler unterbliebener oder fehlerhafter Belehrung über das Schweigerecht/Zeugnisverweigerungsrecht nicht in das System „Beweisverwertungsverbot oder Strafmilderungsgrund". Gleichwohl kann auch für die beweisrechtlichen Verfahrensfehler eine Systematisierung vorgenommen werden:

- Beweisverwertungsverbot und
- Minderung der Beweisqualität[155].

Ob und welche dieser Rechtsfolgen angemessen ist, ist aufgrund einer Verhältnismäßigkeitsabwägung im Einzelfall festzustellen. In diese Abwägung können sowohl Wahrheitsfindungserwägungen einfließen, als auch der Ausgleich zwischen unterschiedlichen Rechtsgütern. Die Theorie vom positiven generalpräventiven Schutz ist deshalb geeignet, den Zweck von Beweisverwertungsverboten umfassend zu beschreiben und widerstreitenden Rechten Raum zu geben. Allerdings führt sie wegen der notwendigen Abwägung nicht zu einem klaren und sicheren Bild, wann ein Verwertungsverbot zur Entstehung gelangt und für wen es wirkt.

### 6. Erhaltung der Reinheit des Verfahrens

Die Theorie der Reinerhaltung des Verfahrens hat zum Inhalt, daß die Strafverfolgung eine sittliche Aufgabe des Staates ist. Die Strafverfolgung ist indes nicht eine sittliche, sondern eine soziale Aufgabe, die dem Rechtsgüterschutz dient und sich auf die Rechtswidrigkeit und nicht die Sittenwidrigkeit stützt[156]. Deshalb ist die Theorie des positiven generalpräventiven Schutzzwecks als Grund eines Beweisverwertungsverbots treffender.

### 7. Legitimation staatlicher Strafe

Die Theorien zum generalpräventiven Schutzzweck der Verwertungsverbote sowie die Theorie der Reinheit des Verfahrens werden von der

---

[155] In diesem Sinne BGHSt 46, 93

[156] So auch *Otto*, GA 1970, 290; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 12 f.

von *Amelung* und *Osmer* vertretenen Theorie der Legitimation staatlicher Strafe umfaßt[157]. *Amelung* und *Osmer* sprechen dem Staat die Legitimation zum Strafen ab, wenn er das Recht mittels Informationen zu wahren sucht, die er selbst durch einen Rechtsbruch erlangt hat[158]. Überdies setze er sich zu seinen eigenen Zielen in Widerspruch und verliere an Überzeugungskraft[159]. Insoweit deckt sich die Theorie der Legitimation staatlicher Strafe mit den Prämissen der Theorie der (positiven) Generalprävention. Wenn *Amelung* indes weiter vertritt, § 136a StPO bestätige das Gewicht, das der Legitimation des Strafverfahrens zukomme, so ist dem zu widersprechen. Richtig ist, daß sich § 136a StPO auf Art. 1 Abs. 2 GG stützt, welcher *„unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte"* proklamiert, wobei die Formulierung *„unverletzlich"* die Unantastbarkeit von außen, *„unveräußerlich"* die Unverzichtbarkeit, aber auch die Unverwirkbarkeit durch eigenes Verhalten meint[160]. Wenn *Amelung* hieraus aber generell schließen will, daß die Aufklärung einer Straftat nicht rechtfertige, Rechte der Prozeßbeteiligten zu verletzen, so geht das zu weit. Denn wegen der überragenden Bedeutung von § 136a StPO kann gerade nicht geschlossen werden, daß jedwede Verfahrensrechtsverletzung verboten und geahndet werden muß. Erst die Überschreitung der in § 136a StPO selbst aufgezeigten Grenze, also ein extrem schwerer Verstoß, kann zum Verwertungsverbot wegen der Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs[161] führen. Die bedingungslose Unverwertbarkeit aus § 136a Abs. 3 Satz 1 StPO läßt folglich den Schluß zu, daß ein gravierender Verstoß gegen das Strafverfahrensrecht ohne nachfolgendes Beweisverwertungsverbot einen mindestens ebenso großen Schaden anrichtet wie ein Verwertungsverbot anrichten würde, das aus einem minimalen Verstoß folgt. Der Schluß auf die Schädlichkeit gilt insbesondere

---

[157] *Amelung*, NJW 1991, 2533, 2534; ders., Informationsbeherrschungsrechte S. 20 ff.; *Osmer*, Der Umfang des Beweisverwertungsverbots nach § 136a StPO, S. 10 ff.

[158] *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte S. 20 und NJW 1991, 2533, 2534 sieht sich durch § 136a Abs. 3 StPO bestätigt.

[159] *Amelung*, NJW 1991, 2533, 2534

[160] Maunz/Dürig-*Dürig*, Art. 1 Rdnr. 74

[161] *Amelung*, Zulässigkeit und Freiwilligkeit der Einwilligung bei strafprozessualer Grundrechtsbeeinträchtigung, S. 9

dann, wenn der gravierende Verstoß bei der Überführung einer Tat von geringem Gewicht ohne Folge bleibt; und umgekehrt, wenn ein minimaler Verstoß die Verurteilung eines Kapitalverbrechens oder einer Tat von ähnlich schwerem Gewicht verhindert.

Die Theorie der Legitimation staatlicher Strafe erweist sich damit gegenüber der Theorie vom positiven generalpräventiven Schutzzweck als nicht weiterführend.

## 8. Konkretisierung des *Fair-trial*-Prinzips

Verschiedene Autoren[162], aber auch der Bundesgerichtshof[163] ziehen in Erwägung, in den Beweisverwertungsverboten die Konkretisierung des Anspruchs auf ein faires Verfahren zu sehen. Der *Fair-trial*-Grundsatz des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK wird als allgemeiner Grundsatz des Verfahrensrechts[164] angesehen, der auf verfassungsrechtlicher Ebene durch das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG gesichert wird[165]. Als „*Leitlinie bei der Ausgestaltung des Verfahrensrechts*"[166] kommt ihm zwar richtungweisende Bedeutung zu, jedoch findet er nur Anwendung, wenn die Strafprozeßordnung keine Einzelbestimmung zur Verfügung stellt[167]. Demnach hat das *Fair-trial*-Prinzip zwar grundsätzliche Bedeutung für das Strafverfahren insgesamt[168], da es von den Beweiserhebungsnormen der Strafprozeßordnung konkretisiert wird, ist es als allgemeineres Prinzip aber nicht geeignet, konkrete Anhaltspunkte

---

[162] *Beulke*, ZStW 103 (1991) 657, 664; KMR-*Paulus*, § 244 Rdnr. 548; *Hauf*, NStZ 1993, 457, 459; ders., wistra 1995, 53, 54 f.; *Küpper*, JZ 1990, 416, 417; *Meurer*, JR 1990, 387, 392; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 25 und 39; ders., NStZ 1989, 375, 379; *Schroth*, JuS 1998, 969, 978 f.

[163] BGHSt 24, 125, 131

[164] Kritisch dazu *Dörr*, Faires Verfahren, S. 143 f.

[165] BVerfGE 41, 246; 46, 202

[166] *Meyer-Goßner*, Einl. Rdnr. 19

[167] *Dörr*, Faires Verfahren S. 144; *Hamm*, Salger-FS S. 291; *Meyer-Goßner*, NStZ 1982, 362; KK-*Pfeiffer*, Einl. Rdnr. 28

[168] *Rzepka*, Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren, S. 94

für die Rechtsfolge aus Verletzungen von Verwertungsverboten zu geben[169].

## 9. Abwägungslehre des Bundesgerichtshofs

Nachdem die Strafprozeßordnung keine abschließende Regelung über Beweisverwertungsverbote trifft, ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs der sich daraus eröffnende Spielraum durch eine umfassenden Abwägung im konkreten Fall auszufüllen[170]. Dabei sind insbesondere folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

- Gewicht des Verfahrensverstoßes;
- Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen;
- nicht die Wahrheit um jeden Preis zu erforschen[171];
- Beeinträchtigung der Wahrheitserforschung durch das Verwertungsverbot[172];
- Garantie der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege[173];
- personeller Schutzzweck der verletzten Norm.

> *„Dient die Verfahrensvorschrift, die verletzt worden ist, nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten, so liegt ein Verwertungsverbot fern; ein Beispiel ist der Verstoß gegen § 55 Abs. 2 StPO (BGHSt 1, 39; 11, 213). Andererseits liegt ein Verwertungsverbot nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung*

---

[169] *Brandis*, Beweisverbote im Strafprozeß als Belastungsverbote für den Beschuldigten?, S. 36; *S. Schröder*, Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 36

[170] BGHSt 19, 325, 329; 27, 355, 357; 31, 304, 307; 35, 32, 34; 37, 30, 32; 38, 214, 219; *Rogall*, ZStW 91 (1979) 1, 31; für das Zivilrecht: BGH NJW 2003, 1123, 1124; 1998, 2289, 2292

[171] BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309; vgl. auch BVerfGE 34, 238, 247 und BVerfG StV 1990, 1, 2

[172] BGHSt 28, 122, 118; 37, 30, 32

[173] BVerfGE 44, 353, 374; 46, 214, 222; 51, 324, 344; 74, 257, 262; vgl. auch BVerfGE 33, 367, 383; 34, 238, 248; 77, 65, 76

> *des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern*"[174].

Dieses Ins-Verhältnis-Setzen von Verstoß zu Rechtsfolge ist in der Literatur als Abwägungslehre bekannt geworden[175]. Besser wird sie als *normative Fehlerfolgenlehre* bezeichnet, da die Abwägung den normativen Akt des Erkennens und Bewertens des Fehlers umfaßt[176]. Nachfolgend wird die Bezeichnung als Abwägungslehre beibehalten, da die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als solche bekannt ist.

Die Abwägungslehre zeichnet sich dadurch aus, daß sie den konkreten Verfahrensverstoß ins Verhältnis zum konkreten Aufklärungszweck setzt, nicht aber einen grundsätzlichen Zweck für ein Verwertungsverbot sucht. Damit ist sie mehr eine Methode als eine Theorie. Die Systematik der Strafprozeßordnung für grundrechtstangierenden Ermittlungsmaßnahmen spricht für die Abwägung, weil sie die Zulässigkeit der Anordnung oftmals u.a. an das Vorliegen einer Katalogtat knüpft und damit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorschreibt[177].

Auch *Rogall*, der ursprünglich die reine Theorie des Individualrechtsschutzes vertreten hat, wendet sich neuerdings[178] von dieser Sicht zugunsten der Normstabilisierung und des Systemschutzes ab, welche er allein durch einen normativen Bewertungsakt im Rahmen einer allgemeinen Fehlerfolgenlehre gewährleistet sieht. Der fehlende materielle Schutzzweck der verletzten Norm ist mithin lediglich *ein*, wenn auch gewichtiges Abwägungskriterium. Hieraus folgt indes, daß ein Verwertungsverbot bzw. dessen Wirkung auch für denjenigen denkbar ist, dessen Schutz die Beweiserhebungsnorm nicht bezweckt.

---

[174] BGHSt 38, 214, 220

[175] Höpfel/Huber-*Rogall*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 137

[176] Höpfel/Huber-*Rogall*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 138

[177] So auch das Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 229 ff.

[178] Höpfel/Huber-*Rogall*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 130 ff.

*Wolter*[179] kritisiert, daß zumindest in der Anwendung der Abwägungslehre durch den Bundesgerichtshof die Verwertung auch dann noch ermöglicht werde, wenn bei der Beweiserhebung unantastbare oder besonders hochrangige Grundrechte bzw. Verfahrensvorschriften verletzt worden sind. Insbesondere im Hinblick auf die von ihm angeführte zweite Tagebuchentscheidung[180], welche (zu allem Übel) vom Verfassungsgericht bestätigt wurde[181], ist die Kritik überaus berechtigt. Indes vermag sie weniger die Abwägungslehre, als vielmehr den Abwägenden zu treffen. Natürlich wäre ein starres und striktes Rechtsfolgensystem ohne Gefahr für Überdehnungen vorzugswürdig. Dies würde jedoch auf Kosten der Einzelfallgerechtigkeit und des Ausgleichs widerstreitender Interessen gehen.

Richtiger ist vielmehr, wenn *Beulke*[182] darauf hinweist, daß die Abwägung dann nicht zulässig ist, wenn dem Gesetz unmittelbar oder mittelbar eine Wertung für oder gegen ein Verwertungsverbot entnommen werden kann.

Die Abwägungslehre ist deshalb nicht losgelöst anzuwenden, sondern im verfassungsrechtlichen Kontext der Grundrechtsverletzung. Die Systematik der verfassungsrechtlichen Prüfung einer Grundrechtsverletzung läßt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (Abwägung) dann nicht mehr zu, wenn der Wesensgehalt des Grundrechts verletzt wird[183]. Dieses Ergebnis wird auch durch den Strafzweck positiver Generalprävention getragen, *„denn zu den Normen, welche durch das Strafrecht öffentlich behauptet und gesichert werden sollen, gehören auch die freiheitssichernden Normen der Verfassung und des Strafverfahrensrechts“*[184]. Absolut fehl geht es deshalb, wenn der Bundesgerichtshof meint, in Fälle schwerster Kriminali-

---

[179] *Wolter*, 50 Jahre BGH, S. 986 f.

[180] BGHSt 34, 397, 401

[181] BVerfGE 80, 367, 375 ff.

[182] *Beulke*, ZStW 103 (1999) 657, passim

[183] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 118, 121; BVerfGE 34, 238, 245; 80, 367, 373; ebenso BGHSt 31, 296, 300; anders hingegen: BGHSt 19, 325, 332; 34, 397, 401

[184] NK-*Hassemer*, vor § 1 Rdnr. 435

tät den Eingriff in den Kernbereich des Grundrechts rechtfertigen zu können[185].

Beklagenswert ist mithin nicht die Abwägungslehre, sondern die Tendenz der Rechtsprechung dem Strafverfolgungsinteresse das maßgebliche Gewicht zu verleihen – in der Hoffnung, damit der Kriminalität Herr zu werden[186].

## 10. Ergebnis

Jede Theorie stellt einen Aspekt heraus, den zu schützen ein legitimes Anliegen ist oder sein sollte. Die Abwägungslehre zieht annähernd sämtliche Schutzzwecke heran. Dieser von *Rogall* so genannte normative Bewertungsakt drängt sich vor dem Hintergrund der Spannungspunkte Individualrechtsschutz (bzw. staatlicher Normverstoß) und Schutz des Rechts der Allgemeinheit auf effektive Strafverfolgung (bzw. Verstoß gegen Strafnormen durch ein Individuum) auf. Da der Abwägungslehre ein einheitlicher Schutzzweck fehlt, ist sie als grundlegende Theorie für die Beweisverwertungsverbote nicht geeignet; sie stellt vielmehr ein Verfahren zur Bestimmung derselben dar. Hierzu wurde herausgearbeitet, daß dieses Verfahren nicht losgelöst vom verfassungsrechtlichen Kontext angewandt werden darf, sondern in den Rahmen der Prüfung des verletzten Grundrechts eingebettet werden und die dieser Prüfung zugrundeliegende Systematik beachten werden muß.

Weiterhin wurde dargetan, daß die einzige Theorie zum Verwertungsverbotszweck, welche eine Abwägung zwischen dem staatlichen Normverstoß und dem Normverstoß des Täters vorzeichnet, die Theorie der positiven Generalprävention ist, der innewohnt, den Ausgleich zwischen den Spannungspunkten von Strafverfolgung und Rechtsgewährleistung sicherzustellen.

---

[185] BGHSt 19, 325, 332; 34, 397, 401

[186] Zur vom Gesetzgeber selbstverschuldeten Überarbeitungssituation siehe schon *Kempf*, NJW 1997, 1729, 1731 ff., der zugleich den Zusammenhang von Strafrecht und Strafverfahrensrecht herausstellt.

Die Methode der Rechtsprechung zur Bestimmung von Verwertungsverboten kann folglich auf den Strafzweck positiver Generalprävention gestützt werden. Damit gewinnt zwar die Rechtssicherheit im Rahmen der Verwertungsverbotslehre kaum an Schärfe. Dafür steuert die positive Generalprävention einen weiteren Abwägungsgesichtspunkt bei: den der Einübung normgerechten Verhaltens. Ein Verwertungsverbot ist danach dann geboten, wenn der Angeklagte und die Allgemeinheit aus der Sanktionslosigkeit des staatlichen Normverstoßes schließen müßte, der Zweck heilige die Mittel. Umgekehrt darf kein Verwertungsverbot entstehen, wenn andernfalls der Eindruck entstehen würde, der Staat kämpfe mit einem stumpfen Schwert. Die tagespolitischen Gefahren und Ängste, die einer solchen Einschätzung begegnen und sie determinieren, dürfen keinesfalls verdrängt werden, auch wenn hier nicht der Ort ist, sie ausführlich zu diskutieren. Grundsätzlich wird es notwendig sein, die Gefahren der Entscheidung pro oder contra Verwertungsverbot realistisch und emotionsfrei zu bewerten.

## II. Zur Reichweite von Verwertungsverboten

Der Bundesgerichtshof war früh mit der Frage der personellen Reichweite eines Beweisverwertungsverbots konfrontiert, ohne darauf jedoch näher einzugehen. Vielmehr wurde isoliert für den Angeklagten danach gefragt, ob aus der unterbliebenen Belehrung eines nach § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO auskunftsverweigerungsberechtigten Zeugen ein Beweisverwertungsverbot folgt. Einigkeit besteht hierzu mittlerweile darüber, daß sehr wohl ein Beweisverwertungsverbot zu Entstehung gelangt – nämlich zugunsten des Zeugen[187]. Neben bzw. in Folge jener Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Verletzung von § 55 Abs. 2 StPO haben sich weitere Ansätze herausgebildet, welche geeignet erscheinen, die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverboten zu bestimmen.

[187] BayObLGSt 1993, 207, 208; BGHSt 38, 302

## 1. Rechtskreistheorie

Grundlage der sogenannten Rechtskreistheorie, deren Existenz von manchen geleugnet wird[188], ist der Gedanke des Individualrechtsschutzes als den die Reichweite eines Verwertungsverbots begrenzenden Schutzzwecks. Die teilweise auch von der Literatur[189] mit unterschiedlichen Differenzierungen vertretene Theorie besagt, daß sich ein Angeklagter dann nicht auf ein Verwertungsverbot berufen kann, wenn er nicht in den Schutzbereich des dem Verwertungsverbot zugrundeliegenden Rechts, das ein Erhebungsverbot oder ein Grundrecht sein kann, einbezogen ist.

*Rieß*[190] meint, die Rechtskreistheorie des Großen Senats für Strafsachen sei nicht unmittelbar ein Beitrag zu den Grenzen der Verwertungsverbote, vielmehr sei sie der *„dogmatische Versuch zur Einschränkung der Revisibilität von Verfahrensverstößen"*. In der Tat liest sich der Beschluß des Großen Senats, wie eine Entscheidung allein zum Rügerecht in der Revision, angesichts der ihm zugrundegelegten Fragestellung:

> *„Darf der Angeklagte seine Revision darauf stützen, daß ein Zeuge entgegen der Vorschrift des § 55 Abs. 2 StPO nicht über sein Auskunftsverweigerungsrecht belehrt worden ist?"*[191]

In der Argumentation führt der Große Senat dann aber auch zur Frage des Verwertungsverbots aus:

> *„… ist die* ***Verwertung*** *einer Zeugenaussage, die unter Verletzung der Belehrungspflicht des § 55 Abs. 2 StPO zustande gekommen ist, gegenüber dem Angeklagten* ***nicht unzulässig****"*[192].

---

188 *Dencker*, StV 1995, 232 f.; *Gossrau*, MDR 1958, 468 ff.

189 *Grünwald*, JZ 1966, 489, 492 stellt auf die Irreparabilität des Verfahrensverstoßes ab. *Petry*, Beweisverbote im Strafprozeß, S. 36 ff. unterscheidet zwischen Verteidigungsrechten und allgemeinen Beweisverboten. Zur Kritik an diesen Lehren: *S. Schröder*, Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 42 ff.

190 *Rieß*, JR 1979, 167 als Anm. zu BGHSt 27, 355 und 28, 122

191 BGHSt 11, 213

192 Hervorhebung durch Verf.

Das revisionsrechtliche Rügerecht kann tatsächlich nicht ohne die zugrunde liegende Gesetzesverletzung, und damit nicht ohne das Beweisverwertungsverbot betrachtet werden, denn eine erfolgreiche Rüge setzt voraus, daß der Revisionsführer eine Gesetzesverletzung vorträgt, auf der das Urteil beruht (§ 337 StPO), soweit nicht das Beruhen unwiderleglich vermutet wird (§ 338 StPO). Eine Gesetzesverletzung kann nur geltend machen, wer durch sie beschwert ist. Beschwert ist nach der Entscheidung des Großen Senats, wer unmittelbar oder mittelbar verletzt ist. Der Große Senat hat folglich auch – und in verallgemeinerbarer Weise – über die Frage der Beschwer entschieden. In der Tat wäre es unverständlich, wenn es Rechtsverletzungen geben würde, die der Revisionsführer nicht rügen könnte, obgleich sie ihn beschweren[193].

Zuerst wurden die Grundsätze der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen nur bei Verletzung von Beweiserhebungsverboten angewendet, die ausschließlich dem Schutz des Staates (z.B. §§ 54, 96 StPO) oder dritter Personen (§§ 55 StPO, 81c StPO) dienen[194]. Mittlerweile werden sie von der Rechtssprechung jedoch als Argument eingesetzt, um die Verwertungsverbote bzw. deren Reichweite generell einzugrenzen[195].

Wenngleich der Große Senat für Strafsachen im Hinblick darauf, daß ein Verwertungsverbot entsteht, nämlich für den in seinen Rechten verletzten Zeugen, im Ergebnis eine Entscheidung zur personellen Reichweite getroffen hat, ist doch zu beachten, daß seine Fragestellung die Rügebefugnis betraf. Die Frage der Rügebefugnis setzt aber voraus, daß es überhaupt ein rügefähiges Recht gibt. Es wird sich zeigen, daß die Entscheidung des Großen Senats insoweit fehl geht, als sie allein zu begründen versucht und diese Begründung ausreichen läßt, daß zugunsten des Angeklagten kein Verwertungsverbot *besteht*. Das ist zwar richtig, es bleibt jedoch die Frage, ob nicht zugunsten des Zeugen ein Verwer-

---

[193] Hierauf gründet sich die Kritik *Haffkes* (GA 1973, 65, 75 f.), die Schutzzwecklehre würde Rechtsnorm und Rechtsfolge vermengen.

[194] ANM, S. 479 f.

[195] Zu § 55 StPO: BGHSt 11, 213; zu § 52 StPO: BGHSt 40, 211 und zu Art. 36 Abs. 1 lit. b Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen: Beschluss vom 7. November 2001 – 5 StR 116/01; beschränkend BGHSt 42, 73, 77.

tungsverbot entsteht und dieses für den Angeklagten *wirkt*. Da die Rechtskreistheorie auf der Theorie des Schutzes der Individualrechte fußt, gilt für jene dasselbe wie für diese; d.h. allein den Rechtskreis zu berücksichtigen greift zu kurz. Diese Prämisse berücksichtigt der Bundesgerichtshof mittlerweile selbst in seiner Rechtssprechung, denn der Rechtskreis ist im Rahmen der Abwägung lediglich *ein* Faktor zur Bestimmung eines – fälschlich immer als eigenes angesprochenen – Verwertungsverbots.

## 2. Theorie der Informationsbeherrschungsrechte

Die von *Amelung* begründete Theorie definiert Informationsbeherrschungsrechte als *„individuelle Rechte, die ihrem Inhaber erlauben, Informationen zurückzuhalten"*[196]. Wird das Informationsbeherrschungsrecht unzulässig verletzt, so meint *Amelung*, entstehe daraus, wie im öffentlichen Recht anerkannt, ein Anspruch auf informationelle Folgenbeseitigung[197], denn der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten Verletzte habe einen Anspruch auf Beseitigung der durch die Rechtsverletzung eingetretenen Folgen. Dieser Folgenbeseitigungsanspruch sei auf die unberechtigte Speicherung und Verwertung einer rechtswidrig erlangten Information zu erstrecken. Der Folgenbeseitigungsanspruch sei der Sekundäranspruch zum informationellen Abwehranspruch, der ein subjektives Recht auf Informationsbeherrschung konstituiere. Sei der Primäranspruch mißachtet und damit das subjektive Recht verletzt worden, so gehe dessen ursprüngliche, auf ein Unterlassen gerichtete Zielsetzung ins Leere. Die Existenz des subjektiven Rechts könne jetzt nur noch durch einen Sekundäranspruch gesichert werden, der auf die Beseitigung der verursachten Störung abziele.

Diesen Schlußfolgerungen ist zuzustimmen. Sie befinden sich im Einklang mit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts: Das Bundesverfassungsgericht erkennt im Gemeinschuldnerbeschluß[198] ein Informati-

---

[196] *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, S. 30

[197] *Amelung*, Informationsbeherrschung im Strafprozeß, S. 38; ders., NJW 1991, 2533, 2534

[198] BVerfGE 56, 37, 50 f.

onsbeherrschungsrecht mit den von *Amelung* geforderten Konsequenzen an, wenn das in einem Verfahren erhobene Beweismaterial in ein Verfahren überwechselt, das einer anderen Verfahrensordnung folgt. So gilt die für das Insolvenzverfahren bestehende Auskunftspflicht des Gemeinschuldners nach § 97 InsO (vormals § 100 KO) uneingeschränkt nur für die Zwecke des Insolvenzverfahrens, da insoweit das Interesse des Gemeinschuldners hinter den Belangen der Gläubiger zurücktreten muß. Im Strafverfahren ist sie durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot zu kompensieren, um dem *Nemo-tenetur*-Recht Geltung einzuräumen.

In seiner Entscheidung zum Volkszählungsgesetz[199] hat das Verfassungsgericht zwar nach eigener Aussage keinen Anlaß gehabt, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erschöpfend zu erörtern[200], doch hat es eine Leitlinie für den Umgang mit Daten aufgestellt. Für die zwangsweise Erhebung nicht anonymisierter personenbezogener Daten gilt, daß die Verwendung der Daten auf den gesetzlich bestimmten Zweck zu begrenzen ist. Flankiert von Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten ist die Zweckentfremdung durch Weitergabe- und Verwertungsverbote zu schützen, denn das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gebietet, die unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe persönlicher Daten zu verhindern[201]. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen[202]. Schranken ergeben sich alleine aus dem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit. Ein solches Interesse ist jedoch nicht anzunehmen, wenn in den Intimbereich eingegriffen[203] oder eine Selbstbezichtigung gefordert werden würde[204].

---

[199] BVerfGE 65, 1

[200] BVerfGE 65, 1, 44

[201] BVerfGE 65, 1, 46

[202] BVerfGE 65, 1, 43

[203] Das folgt bereits aus der Sphärentheorie (BVerfGE 34, 238, 245).

[204] BVerfGE 65, 1, 46

Sollen die Interessen an der Geheimhaltung der Daten zurückgedrängt werden, bedarf das entsprechend dem Wesen der Grundrechte einer gesetzlichen Grundlage, sowie der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Um die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne überprüfen, mithin die Abwägung zwischen Allgemeininteresse und Eingriff vornehmen zu können, muß die Bedeutung der durch den Eingriff erlangten Information bestimmt werden. Dies ist nicht ohne Kenntnis des Verwendungszusammenhangs möglich. Demzufolge eröffnet die Zweckänderung den Anwendungsbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts.

Nach *Amelung*[205] ergibt sich aus der Funktion der Informationsbeherrschungsrechte, unerwünschte Reaktionen der Umwelt zu verhindern, daß der Rechtsträger selbst entscheiden kann, wann es nützlich ist, Informationen preiszugeben. Nützlich oder schädlich ist nicht die Information selbst, sondern immer erst der Gebrauch, so daß der Gebrauchszweck elementare Bedeutung hat. *Amelung* nennt fünf Gruppen von Informationsbeherrschungsrechten im Strafrecht:

- grundrechtlich geschützte Geheimsphären,
- Aussageverweigerungsrechte zum Schutz der eigenen oder einer nahestehenden Person,
- das allgemeine Persönlichkeitsrecht,
- berufliche Geheimhaltungsrechte und
- staatliche Geheimhaltungsbefugnisse.

Ausgelöst wird der Folgenbeseitigungsanspruch nur, wenn die Strafverfolgungsbehörde die durch den Eingriff erlangte Information nicht behalten dürfen, also das Erfolgsunrecht andauert. So soll die Verletzung des Richtervorbehalts nicht zu einem Verwertungsverbot führen, wenn die übrigen Voraussetzungen des Eingriffs vorliegen[206], da der Vorbehalt nur eine präventive Kontrolle der Rechtmäßigkeit gewährleisten soll.

Die Frage, ob ein Beweis auf rechtmäßigem Weg hätte gewonnen werden können, stellt die im Rahmen der Beweisverwertungsverbotslehre über-

---

[205] *Amelung*, Informationsbeherrschung im Strafprozeß, S. 31

[206] *Amelung*, Informationsbeherrschung im Strafprozeß, S. 42

wiegend anerkannte Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung[207]. Diese Hypothese ist konkret zu bilden, d.h. es ist danach zu fragen, ob die Strafverfolgungsorgane und Gerichte das Beweismittel tatsächlich auch dann erlangt hätten, wenn sie den rechtlich korrekten Weg eingeschlagen hätten[208]. Für die unterbliebe Anordnung einer Maßnahme durch einen Richter wäre folglich zu fragen, ob dieser im konkreten Fall die Maßnahme angeordnet hätte und nicht (sog. abstrakte Hypothesenbildung), ob eine Anordnung grundsätzlich zulässig gewesen wäre. Dabei ist für die Ersetzung von rechtswidrigen Entscheidungen durch rechtmäßige zudem erforderlich, daß überhaupt eine Entscheidung durch die Strafverfolgungsorgane getroffen worden ist.

Bei der Vorraussetzung präventiven Rechtsschutzes, wie dem Richtervorbehalt, läuft die Hypothesenbildung letztlich auf eine abstrakte Überprüfung hinaus. Deshalb korrigiert *Svenja Schröder*[209] die Zulässigkeit der Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung zu Recht durch die Prüfung, ob die Beweiserlangung im Einklang mit dem Schutzzweck der verletzten Norm steht. *Beulke*[210] weist darauf hin, daß der Schutzzweck insoweit zweifach heranzuziehen ist: In einem ersten Schritt ist zu klären, ob der Schutzzweck der Norm ein Verwertungsverbot erfordert, in einem zweiten Schritt, ob der Schutzzweck die Beachtung der konkret möglichen hypothetischen Ermittlungsverläufe gestattet. *Amelung*s Ergebnis, der Richtervorbehalt sei nicht verwertungsverbotsrelevant, führt bzw. beruht zu Unrecht auf einer grundsätzlichen Unterscheidung in über- und untergeordnete Verfahrensnormen.

Gegen die Theorie von den Informationsbeherrschungsrechten ist weiter eingewandt worden, daß nicht jedes durch ein Beweisverwertungsverbot

---

[207] Insbesondere *S. Schröder*, Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung; zuvor bereits *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, passim je m.w.N.; BGHSt 24, 125, 130; 32, 68, 71; 34, 362, 364

[208] *S. Schröder*, Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 113 f.; bereits auch *Beulke*, ZStW 103 (1999) 657, 664 f. und 670 f.

[209] *S. Schröder*, Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 113 f.

[210] *Beulke*, ZStW 103 (1999) 657, 664 f.

geschützte Individualrecht ein Informationsbeherrschungsrecht in sich trage, so z.B. das Recht aus § 168c StPO[211], welches den Anspruch auf rechtliches Gehör sichert[212]. Dieses Beispiel trägt mittlerweile jedoch nicht mehr. Zwar hatte der Bundesgerichtshof ursprünglich[213] an die Verletzung der Benachrichtigungspflicht ein Verwertungsverbot geknüpft. Diese Ansicht hat er jedoch revidiert und entschieden, daß ein unter Verstoß gegen § 168c Abs. 5 StPO zustande gekommenes richterliches Protokoll mit gemindertem Beweiswert als sogenannte *„andere Vernehmung"* im Sinne von § 251 Abs. 2 Satz 1 StPO gemäß § 251 Abs. 2 Satz 2 StPO verlesen werden dürfe[214]. Die Entscheidung bestätigend sprach der Bundesgerichtshof sodann aus[215], daß eine Vernehmung des Ermittlungsrichters, welche die Vernehmung des Opferzeugen ersetzen soll, in ihrem Beweiswert gemindert sei, falls der inhaftierte und unverteidigte Angeklagte bei der ermittlungsrichterlichen Vernehmung des Opferzeugen gemäß § 168c Abs. 2 StPO ausgeschlossen und angeordnet worden sei, daß eine Benachrichtigung vom Vernehmungstermin unterbleiben solle.

Zwar liegt in der Verletzung von § 168c Abs. 5 StPO der Eingriff in das Justizgrundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Jedoch sichert § 168c StPO das Justizgrundrecht nur im Rahmen von richterlichen Vernehmungen. Gleichwohl sind, wie § 251 StPO zeigt, sowohl richterliche, wie auch nichtrichterlichen Vernehmungsprotokolle verles- und verwertbar. Natürlich hat sich der Tatrichter über die unterschiedliche Qualität der Beweismittel bewußt zu sein; deren Bewertung ist aber grundsätzlich ihm überlassen (§ 261 StPO). Da § 168c StPO lediglich für richterliche Vernehmungen darauf abzielt, den Beweiswert der Aussage durch ein kontradiktorisches Verhör zu erhärten[216], besteht nicht die Notwendigkeit, dem Tatrichter das Beweismittel mit einem Verwertungsverbot aus der Hand zu schlagen. Vielmehr reicht es aus, ist aber

---

[211] *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 210

[212] *Widmaier*, Festgabe für Friebertshäuser, S. 190

[213] BGHSt 26, 332

[214] BGHSt 34, 231, 234 f.

[215] BGHSt 46, 93

[216] BGHSt 46, 93, 105

zugleich auch notwendig, daß der Tatrichter sich der Wertminderung bewußt ist[217].

Wird die Liste der anerkannten Verwertungsverbote betrachtet, so scheint viel für das Informationsbeherrschungsrecht als Grundlage eines Beweisverwertungsverbots zu sprechen, denn letztlich sichert auch der Richtervorbehalt die Informationsbeherrschung, indem das Ausspionieren von Informationen der Anordnung eines Richters obliegt. Allerdings ist gerade dem zentralen Verwertungsverbot der Strafprozeßordnung, § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO, kein Informationsbeherrschungszweck, sondern ein überindividueller Zweck zu eigen. Die Theorie von den Informationsbeherrschungsrechten, die eine Differenzierung zur Individualrechtsschutztheorie darstellt, knüpft ebenso wie jene an subjektive Rechte an. Damit ist jedoch, wie schon festgestellt, keineswegs die Frage der Wirkweite eines Verwertungsverbots geklärt. Für die Beantwortung dieser Frage finden sich indes Ansatzpunkte in der Weiterentwicklung von *Amelung*s Theorie durch *Müssig*.

### 3. Theorie des Legitimationszusammenhangs von Strafrechtstheorie und Strafverfahren auf der Basis des Strafzwecks der positiven Generalprävention

Ausgehend von der positiven Generalprävention hat *Müssig*[218] eine Theorie entwickelt, die auf den Strafzweck der positiven Generalprävention und den von *Amelung*[219] begründeten Ansatz der Informationsbeherrschungsrechte kombiniert.

Basis der Theorie ist der Strafzweck der positiven Generalprävention, wonach die Besonderheit des Strafrechts darin besteht, daß die Sozialkontrolle durch die Formalisierungsleistung des Verfahrens legitimiert wird[220]. Die Theorie positiver Generalprävention hat deshalb, wie bereits oben hervorgehoben, nicht nur die Wirksamkeit der Kriminalitätsver-

---

[217] So jetzt auch *Widmaier*, Sonderheft für Schäfer, S. 79

[218] *Müssig*, GA 146 (1999), 119

[219] *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß

[220] NK-*Hassemer*, vor § 1 Rdnr. 431

meidung, sondern auch die Gerechtigkeit der Kriminalitätsverarbeitung und damit den Legitimationszusammenhang von Strafrecht und Strafverfahrensrecht im Blick[221].

Wenn das Strafverfahren an der materiellen Legitimation des Strafrechts teilhaben soll, so müssen sich laut *Müssig* die durch das Strafrecht garantierten Strukturen der Gesellschaft im Strafverfahren widerspiegeln[222]. Folglich seien Beweisverbote prozessuale Strukturgarantien für Intim- bzw. Autonomiesphären, die als konkrete Ausgestaltung allgemeiner gesellschaftlicher Organisationsprinzipien rechtliche, teils grundrechtliche Institutionalisierung erfahren haben. Der Schutz dieser als Kommunikationsstrukturen[223] zu bezeichnenden Sphären werde im Strafprozeß über relative Informationsverfügungsrechte bestimmter Verfahrensbeteiligter garantiert. Ein Beweisverwertungsverbot sei mithin dann anzunehmen, wenn durch eine Maßnahme des Gerichts oder der Ermittlungsbehörden die Wahrnehmung von verfahrensrechtlich positivierten oder verfassungsrechtlich begründeten Informationsverfügungsrechten beeinträchtigt oder ausgeschlossen werden würde. Zusammenfassend seien Beweisverwertungsverbote als informationelle Abwehransprüche (für selbständige Beweisverwertungsverbote) bzw. Folgenbeseitigungsansprüche (für unselbständige Beweisverwertungsverbote) zu bezeichnen.

Für den Beschuldigten, der zwar nicht zur aktiven Mitwirkung, aber zur passiven Duldung von Informationseingriffen verpflichtet sei, bedeuteten Beweisverbote die Zuweisung von Informationsverfügungsrechten. Informationsverfügungsrechte unterschieden den Menschen als Individuum von dem Menschen als soziale Person. Da die soziale Person Subjekt des Strafverfahrens sei, sei das Informationsverfügungsrecht Grundlage der rechtlichen Handlungszurechnung. Für den Strafprozeß sei dieser Gedanke im Grundsatz des *nemo tenetur* se ipsum accusare enthalten. Demgegenüber sei der Zeuge aktiv zur Mitwirkung verpflichtet, solange ihm kein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zur Seite stehe.

---

[221] NK-*Hassemer*, vor § 1 Rdnr. 434; ohne auf die positive Generalprävention einzugehen: *Kempf*, NJW 1997, 1729, 1731 f.

[222] *Müssig*, GA 146 (1999), 119, 122 f.

[223] Diesen Begriff verwendet auch *Bernsmann*, StraFo 1998, 73.

Entsprechend dem Schweigerecht des Beschuldigten seien auch diese Rechte Informationsverfügungsrechte, welche dem Betroffenen die Stellung als Prozeßsubjekt garantierten.

Soweit die Theorie *Müssigs* Beweisverbote allein als Zuweisung von Informationsverfügungsrechten ansieht, ist ihr mit den schon gegen *Amelungs* Theorie vorgebrachten Argumenten zu widersprechen. Diese Theorie ist für die personelle Reichweite von Verwertungsverboten jedoch insoweit von Bedeutung, als sie das Informationsverfügungsrecht vor dem Hintergrund des Legitimationszusammenhangs von Strafrecht und Strafverfahrensrecht in den Kontext von geschützten Kommunikationssphären stellt. Das wirft insbesondere die Frage auf, ob nicht auch die durch ein gemeinsames Verfahren hergestellte Kommunikationssphäre der Mitbeschuldigten einen Schutz erfahren kann, der eine Wirkungserstreckung des Verwertungsverbots von einem auf den anderen Mitbeschuldigten nach sich ziehen muß. Dies könnte vor allem dann geboten sein, wenn andernfalls die Ziele der positiven Generalprävention vereitelt würden, weil Allgemeinheit und Täter nicht verstehen würden, weshalb der Richter hinsichtlich eines Mittäters Beweiswissen nicht verwerten darf, das er zu Lasten des anderen Mittäters für die Verurteilung nutzt.

## 4. Der Folgenbeseitigungsanspruch als Methode der Feststellung eines Verwertungsverbots

*Südhoff*[224] hat sich auf die Suche nach der Grundlage der verwaltungsverfahrensrechtlichen Verwertungsverbote gemacht, da auch im Verwaltungsrecht keine einheitliche Lehre zu den Verwertungsverboten besteht. Seine Suche hat ihn ebenfalls zum Folgenbeseitigungsanspruch geführt.

Die im Verwaltungsrecht herrschende Lehre[225] leitet das Verwertungsverbot aus einem grundrechtlichen Unterlassungsanspruch ab, der sich aus dem an den Staat gerichteten Postulat ergebe, die konstitutionell verbürgten Freiheitsrechte des Bürgers nicht zu beeinträchtigen. Voraus-

---

[224] *Südhoff*, Folgenbeseitigung, passim, insbesondere S. 98 ff.

[225] *Hüsch*, Verwertungsverbote im Verwaltungsverfahren, S. 192 ff. m.w.N.

setzung für einen Eingriff sei daher eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage. Für unselbständige Verwertungsverbote trifft diese Überlegungen jedoch nicht zu, denn unselbständige Beweisverbote sollen gerade erst nach der vom Unterlassungsanspruch abzuwehrenden Rechtsverletzung eingreifen. *Südhoff* zieht daher als geeigneteres Rechtsinstrument den Folgenbeseitigungsanspruch heran, der das allgemeine Institut sei, das im Falle staatlich herbeigeführten Erfolgsunrechts die Wiederherstellung des früheren Zustandes zugunsten des Bürgers bewirke.

Ausgangspunkt für den Folgenbeseitigungsanspruch ist ein subjektiv öffentliches Recht, also die *„personalisierte und individualisierte Rechtsmacht, die Rechtsordnung zur Verfolgung eigener Interessen in Bewegung setzen zu können"*[226]. Zur Ermittlung eines subjektiven Rechts ist eine Abgrenzung öffentlicher und privater Interessen vorzunehmen. Denn zwar wird die Verwaltung im öffentlichen Interesse tätig[227], jedoch dienen zwingende Rechtsvorschriften mitunter – zumindest auch – dem Interesse einzelner Bürger[228]. Allein die Tatsache, daß eine Vorschrift dem Bürger Vorteile bringt, begründet indes noch kein subjektives Recht, sondern vermittelt nur einen günstigen *„Rechtsreflex"*[229]. Ein subjektives Recht entsteht erst dann, wenn diese Vorteile zugunsten des Bürgers gesetzlich gewollt sind. D.h., die Norm muß

- die Verwaltung zu einem bestimmten Verhalten verpflichten (Rechtspflicht der Verwaltung) und
- zumindest auch dem Schutz der Interessen einzelner Bürger dienen (Individualinteresse)[230].

Die Interessenrichtung einer Norm ist nach der herrschenden Lehre der jeweils einschlägigen Rechtsvorschrift zu entnehmen. Soweit dies nicht im Wortlaut des Gesetzes selbst zum Ausdruck kommt, muß mit Hilfe der auch sonst üblichen Auslegungsmittel festgestellt werden, ob über-

---

[226] Maunz/Dürig-S*chmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 118

[227] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rdnr. 10

[228] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rdnr. 8

[229] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rdnr. 8

[230] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rdnr. 8

haupt und gegebenenfalls welche Individualinteressen geschützt werden sollen[231].

Als subjektiv-öffentliche Rechte kommen zuerst die Grundrechte in Betracht. Soweit nicht Spezialgrundrechte Geltung erlangen ist bei einem Informationseingriff sowohl an einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im Sinne der Sphärenlehre zu denken[232], als auch an das ebenfalls dort zu verortende Recht auf informationelle Selbstbestimmung, wie es insbesondere vom Volkszählungsurteil[233] anerkannt wurde. Dessen Schutz beschränkt sich nicht auf Datenverarbeitung im Sinne des BDSG a.F. oder auf die automatische Datenverarbeitung, wie das Bundesverfassungsgericht[234] klarstellt. Vielmehr werden alle Datenarten erfaßt, da es wegen der technischen Datenverarbeitungsmöglichkeiten keine belanglosen Daten mehr gibt[235]. Vor dem Hintergrund der informationellen Selbstbestimmung sind die erhobenen Informationen zweckgebunden[236]. Allerdings wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur in den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, weil die Spannung zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteressen im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit der Person zu entscheiden ist[237]. Hieran zeigt sich laut *Südhoff*, daß es kein Recht auf absolute Verfahrensfehlerfreiheit gibt[238].

*Südhoff* zieht aber auch einfach-rechtliche Abwehransprüche als Grundlage für einen Folgenbeseitigungsanspruch in Betracht, obgleich die Grundrechte durch die „Tiefenwirkung" des informationellen Selbstbestimmungsrechts regelmäßig in das Verfahren hineinwirken. Durch die Verletzung des Abwehrrechts entstehe entweder ein einfachgesetzlicher

---

[231] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rdnr. 9

[232] Ebenso *Südhoff*, Folgenbeseitigung, S. 141, 127, 118 ff.; a.A. *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt, S. 57

[233] BVerfGE 65, 1

[234] BVerfGE CR 1989, 51

[235] BVerfGE 65, 1, 45

[236] BVerfGE 65, 1, 45

[237] BVerfGE 65, 1, 44

[238] *Südhoff*, Folgenbeseitigung, S. 134

oder ein grundrechtlich abgesicherter negatorischer Anspruch auf Vernichtung der gespeicherten Informationen und auf Nichtverwendung im konkreten Verfahren: der Folgenbeseitigungsanspruch[239]. Dieser entstehe nur dann nicht, wenn die Wiederherstellung des status quo ante selbst zu einem rechtswidrigem Zustand führen würde[240]. *Rechtsfolge* des Folgenbeseitigungsanspruchs sei das Verwertungsverbot[241].

Im Hinblick auf die personelle Reichweite wird im Verwaltungsverfahren teilweise vertreten, daß die rechtswidrige Informationserhebung auch bei verfahrensunbeteiligten Dritten dem Betroffenen gegenüber per se eine unzulässige Grundrechtsbeeinträchtigung darstellt[242]. *Südhoff* prüft daher, ob der Betroffene eine Rechtsverletzung, die ein Dritter in einem anderen Verfahren erlitten hat, in seinem eigenen Verfahren der Behörde entgegenhalten kann. Hierzu stellt er sich die Frage, ob ein subjektives Recht des Betroffenen verletzt würde. Diese Frage verneint er mit ähnlichen Schutzzwecküberlegungen wie die Rechtskreistheorie, soweit keine speziell geschützten Sonderbeziehungen (z.B. §§ 52, 53 StPO) vorliegen. Die Verwertung von zulässig im Verfahren eines Dritten erhobenen Daten bei ihm stelle gegenüber dem Betroffenen nie eine Rechtsverletzung dar. Allerdings sei die Übermittlung rechtmäßig erhobener Information in ein anderes (Verwaltungs-) Verfahren nur zulässig, wenn sie gesetzlich erlaubt sei[243].

*Südhoff*[244] warnt schließlich davor, sich im Verwaltungsverfahren unbedacht an die strafprozessualen Ergebnisse anzulehnen, denn das Strafrecht schütze nicht das geordnete Zusammenleben im Staat schlechthin, sondern nur die vom Gesetzgeber für besonders schutzwürdig gehaltenen Rechtsgüter. Dabei werde es vom Strafprozeßrecht durch ein detailliert geregeltes Verfahren unterstützt. Dem Verstoß gegen Verfahrens-

---

[239] *Südhoff*, Folgenbeseitigung, S. 147

[240] *Südhoff*, Folgenbeseitigung, S. 151

[241] *Südhoff*, Folgenbeseitigung, S. 175

[242] *Eberle*, Gedächtnisschrift für Martens, S. 363; *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren Rdnr. 146

[243] *Südhoff*, Folgenbeseitigung, S. 182

[244] *Südhoff*, Folgenbeseitigung, S. 110 ff.

normen kommt vor dem Hintergrund der Rechtfertigung staatlicher Strafe daher ein *größeres* Gewicht bei, als dies für das Verwaltungsverfahren der Fall sei. Demzufolge kann davon ausgegangen werden, daß die Überlegungen zum Verwertungsverbot im Verwaltungsverfahrensrecht als Mindeststandard für das Strafverfahren herangezogen werden können.

Ebenso wie die Abwägungslehre ist der Folgenbeseitigungsanspruch als Grundlage der Verwertungsverbote aber keine selbständige Theorie, sondern eine Methode, die auf den Zweck des Schutzes von Individualrechten zur Feststellung, ob ein Verwertungsverbot dazwischentreten muß, zurückgreift.

## 5. Ergebnis

Die in diesem Kapitel diskutierten Theorien und Methoden tragen, da sie das Verwertungsverbot dem Rechtskreis bzw. den Rechten des Betroffenen zuschreiben, zur Lösung der Frage bei, wem ein entstandenes Verwertungsverbote als eigenes Recht zusteht. Diese Frage ist, wie sich gleich noch zeigen wird, insbesondere wegen der zunehmenden Bedeutung des Widerspruchserfordernisses in der Rechtsprechung relevant.

Überzeugend ist vor allem *Müssigs* und *Südhoffs* Ansatz Beweisverwertungsverbote mit Folgenbeseitigungsansprüchen in Zusammenhang zu bringen. Richtig ist, daß unselbständige Verwertungsverbote die Rechtsfolge eines Folgenbeseitigungsanspruches, selbständige Verwertungsverbote die Rechtsfolge eines Abwehrrechts sind, denn Erhebungsverbote, und als solche können auch Grundrechte wirken, sind Abwehrrechte, deren Verletzung ein Anspruch auf Folgenbeseitigung nach sich zieht. Dementsprechend führt *Beulke*[245], nunmehr bestätigt durch das Verfassungsgericht[246], für den Fall einer unzulässigen Telefonüberwachung sehr plastisch aus, die Polizei habe das Tonband bei Bemerken der Unzulässigkeit sofort auszuschalten bzw., falls dieser Zeitpunkt verpaßt ist, später das unzulässig aufgezeichnete Gespräch zu löschen.

---

[245] *Beulke*, Jura 1986, 642, 648

[246] BVerfG, 1 BvR 2378/98 und - Urteil vom 3. März 2004, Absatz-Nr. 152

Richtig ist auch, daß Erhebungsverbote häufig dazu beitragen, daß einer der Prozeßbeteiligten Information beherrschen bzw. über sie verfügen kann. Allerdings führt nicht nur die Verletzung von Informationsbeherrschungsrechten zu Verwertungsverboten bzw. zu Folgenbeseitigungsansprüchen, da Abwehrrechte nicht nur Informationseingriffe verhindern, wie z.B. beim Verteidigerkonsultationsrecht zu sehen. Da das Verwertungsverbot stets auf ein Abwehrrecht zurück geht, ist damit auch klar, daß ein „eigenes" Verwertungsverbot nur für denjenigen entsteht, der die Verletzung eines subjektiven Rechts geltend machen kann.

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist auch deshalb als zutreffende Grundlage eines Verwertungsverbots anzusehen, weil er voraussetzt, daß eine Abwägung zwischen Rechtseingriff und Eingriffsziel vorgenommen und damit der Anforderung gerecht wird, daß nicht jeder Fehler ein Verwertungsverbot nach sich zieht. Da es, wie der Begriff schon sagt, um die Folgenbeseitigung geht, ist aber auch klar, daß ein Verwertungsverbot nur dann in Betracht kommt, wenn die Rechtsverletzung nicht auf anderem Wege, z.B. durch eine Beweiswertreduktion, behoben werden kann.

Die Bestimmung der Reichweite ist durch *Südhoff* nur teilweise, nämlich für die Frage der Übermittlungszulässigkeit von Daten erfolgt. Eine Datenübermittlung liegt beispielsweise dann vor, wenn im Verfahren gegen einen Angeklagten Beweise verwertet werden sollen, die in einem Verfahren gegen einen anderen Angeklagten oder einem anderen Verfahren gegen denselben Angeklagten (z.B. Insolvenzverfahren) erhoben wurden. Wie schon die Verwertungsverbote aus §§ 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 100h Abs. 3, 110e StPO für Zufallsfunde vorgeben, ist die Datenübermittlung nicht grundsätzlich zulässig. Auch kann in der Verwertung von Daten, die bezogen auf einen Dritten rechtswidrig erhoben wurden, nicht in jedem Fall eine Verletzung der Recht desjenigen gesehen werden, gegen den sie verwertet werden sollen. Diese Frage spitzt sich aber zu, wenn die Daten im selben Verfahren gegen den Betroffenen und zugleich gegen weitere Personen verwertet werden sollen. Kann dann gegen den Nichtgeschützten eine Verwertung stattfinden und gleichzeitig gegen den Geschützten unterbleiben? Nähme man *Südhoff* beim Wort, so wäre die Frage zu verneinen, denn er konkretisiert den Folgenbeseitigungsanspruch als negatorischen Anspruch auf *Vernichtung* der gespeicherten

*nichtung* der gespeicherten Informationen[247] und auf Nichtverwendung im konkreten Verfahren[248]. Die Vernichtung ließe aber keine verwertbare Information übrig. Sie würde unabhängig von einem rechtlichen Grund im tatsächlichen Reflex zu einer Unverwertbarkeit in Verfahren gegen Dritte führen.

Als Minus zur Vernichtung geht *Südhoff* von der Nichtverwendung im konkreten Verfahren aus. Daraus könnte gefolgert werden, daß eine Erstreckung auf in diesem Verfahren Mitbeschuldigte angenommen werden muß. Dieser Schluß ist allerdings nicht zwingend, da von *Südhoff* stets nur ein Betroffener betrachtet wird.

Schlüsse für die Reichweite eines Verwertungsverbots lassen auch die Theorien von *Amelung* und *Müssig*, sowie die Rechtskreistheorie zu. Im Kern beschränken sie sich jedoch darauf, das Verwertungsverbot auf ein subjektives Recht zurückzuführen. Damit ist jedoch nicht gesagt, ob das Verwertungsverbot nicht doch, z.B. faktisch für einen Dritten wirken kann, wenn ein Beweismittel aufgrund eines Verwertungsverbots zu vernichten wäre.

---

[247] Ebenso *Eberle*, Gedächtnisschrift für Martens, S. 359, wenngleich auf etwas anderer Basis.

[248] *Südhoff*, Folgenbeseitigung, S. 147

## E. Zwischenergebnis

Die Diskussion der Theorien, welche den Sinn und Zweck eines Beweisverwertungsverbots zu ergründen suchen, also auch jener Theorie, die ihrer Natur nach eine Aussage zur personellen Reichweite beinhalten, gibt erste Hinweise für die Lösung der Frage nach der Reichweite von Beweisverwertungsverboten.

Hinsichtlich des Zwecks hat die Erörterung ergeben, daß der einzig widerspruchsfreie Zweck der Beweisverwertungsverboten in der positiven Generalprävention zu sehen ist. Das bedeutet, sowohl die in dieser Arbeit nicht zu beantwortende Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot überhaupt entsteht, wie auch die Frage nach der personellen Reichweite sind im Hinblick auf die Normeinübung zu beantworten. Ein Verwertungsverbot muß also jedenfalls dann entstehen, wenn andernfalls beim Beschuldigten und der Allgemeinheit der Eindruck von Willkür entstünde. Denn eine willkürlich agierende Strafverfolgung vermittelt dem Bürger keine Verhaltensleitlinie, sondern das Gefühl der Beliebigkeit. Akzeptiert der Bürger infolgedessen die Normen nicht mehr als Anweisungen, sondern als beliebig interpretierbar, wird er keinen Sinn darin sehen, dem Normappell Folge zu leisten.

Das Verhältnis der Verwertungsverbote zum Aufklärungsanspruch sowie die terminologische Einordnung der Beweisverwertungsverbote hat zudem aufgedeckt, daß Verwertungsverbote aus subjektiven Rechten resultieren. Diese Rechte sind regelmäßig der Grund für die Kodifikation von Erhebungsnormen. Damit deutet sich an, daß diese Rechte als Abwehrrechte gegen Strafverfolgungsmaßnahmen wirken, ohne daß ihre Einordnung als Informationsbeherrschungsrechte notwendig ist. D.h. das Abwehrrecht bewirkt das Verbot, einen Beweis zu erheben, oder das Verbot, den unzulässig erhobenen Beweis zu verwerten. Im zweiten Fall wird es zum Folgenbeseitigungsanspruch. Das Verwertungsverbot ist nun aber nicht mit dem Abwehrrecht oder dem Folgenbeseitigungsanspruch gleichzusetzen, vielmehr haben diese Rechte das Verwertungsverbot erst zu Folge. Damit läßt sich sagen, daß Verwertungsverbote Rechtsfolgen von Abwehrrechten oder von Folgenbeseitigungsansprüchen sind.

Die in dieser Arbeit nicht weiter zu diskutierende Frage, ob und wann im einzelnen ein Verwertungsverbot entsteht ist regelmäßig bereits auf der verfassungsrechtlichen, d.h. grundrechtlichen Ebene zu führen. Hierbei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Da die Bestimmung der Reichweite eines Verwertungsverbots nicht losgelöst hiervon möglich ist, ist festzuhalten, daß die Wirkweite vom Verwertungsverbotszweck positiver Generalprävention, der grundrechtlichen Systematik und dem Umstand, als wessen Recht ein Verwertungsverbot anzusehen ist, beeinflußt werden.

## F. Darstellung des Problemkreises anhand von Drittverwertungskonstellationen

Weder Abwehrrecht noch Folgenbeseitigungsanspruch besagen Zwingendes für die Reichweite eines Verwertungsverbots. Deshalb soll die personelle Reichweite anhand einer Analyse von Gesetz, Rechtsprechung und Literatur bestimmt werden. Um die Facetten der personellen Reichweite aufzuzeigen sollen jedoch zunächst Drittverwertungskonstellationen dargestellt werden, die sich teils im Gesetz finden, teils durch die Rechtsprechung beantwortet und von der Literatur diskutiert wurden.

### 1. „Hessische Vernehmungsmethoden"

Die Vernehmungsbeamten drohen dem Beschuldigten Gewalt an, wenn er den Ort nicht preisgebe, an dem er das von ihm entführte und getötete Kind versteckt hat. Darauf hin legt der Beschuldigte ein Geständnis ab, in dem er sich und seine Freundin belastet.

[Nach dem Mordfall Jakob von Metzler[249] i.V.m. MDR/D 1971, 18 = BGH, Urteil vom 14. Oktober 1970 – 2 StR 239/70]

Ist dieses Geständnis überhaupt oder nur gegenüber der mitbeschuldigten Freundin oder gar nicht verwertbar?

### 2. „Tue Schlechtes und schreibe darüber"

Die Staatsanwaltschaft in Hagen findet in der Post ein Tagebuch, das mit einem Klebezettel als Bucheinmerker versehen ist. Im Begleitbrief wird mitgeteilt, wem das Buch gehört und empfohlen, an der markierten Stelle nachzulesen. Dort ergibt sich eindeutig, daß der Schreiber mit seinem Mitbewohner auf dem Balkon Mohnblumen züchtet, um daraus Betäubungsmittel herzustellen. Die Staatsanwaltschaft klagt den Tagebuchau-

---

[249] Soweit bislang bekannt, hat die Polizei die Gewalt in der Hoffnung angedroht, das Tatopfer noch lebend aufzufinden; allerdings gilt nach § 12 Abs. 4 HSOG § 136a StPO entsprechend. Zudem hatte die Freundin nichts mit der Entführung und Ermordung von Jakob von Metzler zu tun.

tor und seinen Mitbewohner an. Maßgebliches Beweismittel ist das in der Hauptverhandlung verlesene Tagebuch.

[Nach BGHSt 19, 325]

Wie wird es sich auf die Verwertung gegenüber dem Mitbewohner auswirken, wenn dem Tagebuch ein Verwertungsverbot zugunsten des Schreibers anhaftet?

### 3. „Geheimnisse aus dem Grab“

Nach Jahren des Schweigens eröffnet die Tochter ihrer Mutter, daß deren zweiter Ehemann sie jahrelang sexuell mißbraucht hat. Die krebskranke Mutter ist entsetzt. Weil sie die Anschuldigung bestätigt sieht, trennt sie sich nach einiger Zeit von ihrem Mann. In dem von ihr geführten Tagebuch setzt sie sich mit ihren Selbstvorwürfen und der Verletzung ihrer Tochter auseinander. Die Tochter entschließt sich nunmehr, Anzeige zu erstatten. In der daraus resultierenden Hauptverhandlung kann die Mutter nicht mehr vernommen werden, da sie mittlerweile verstorben ist. Lediglich eine polizeiliche Aussage ist vorhanden, in der sie Bezug auf das Tagebuch nimmt. Die Tochter, die im Nachlaß der Mutter das Tagebuch gefunden hat, beruft sich auf dieses. Das Urteil gegen den damaligen Ehemann der Mutter beruht auch auf dem Tagebuch.

[Nach BGH NStZ 1998, 635]

Zuerst stellt sich die Frage, ob das Tagebuch verwertbar ist. Ist die Verwertung abzulehnen, so stellt sich die Frage, ob überhaupt und wenn ja, wer befugt ist, die Verwertung frei zu geben.

### 4. „Wahlverwandtschaften“

Im Rechtsstreit um den Unterhalt für ein uneheliches Kind machen die Mutter sowie der mutmaßliche leibliche Vater vor dem Amtsgericht – Familiengericht – falsche Angaben und bekräftigen sie mit dem Zeugeneid. Im Verfahren wegen Meineids und Prozeßbetrugs gegen das falsch aussagende Paar verweigert die Schwiegermutter des mutmaßlichen Kindsvaters in der Hauptverhandlung gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO das

Zeugnis. Zuvor war jedoch ein anderer Zeuge vernommen worden, dem bei seiner Vernehmung das Protokoll der polizeilichen Vernehmung der nunmehr schweigenden Schwiegermutter vorgehalten worden war.

[Nach BGHSt 7, 194]

Wirkt das zu Gunsten des Angeklagten bestehende Verwertungsverbot das Protokoll der polizeilichen Vernehmung betreffend auch für die mitangeklagte Kindsmutter?

### 5. „Des einen Freud, des anderen Leid"

Ein sorgfältig geplanter Einbruch scheitert am Widerstand des Geschäftsinhabers. Der Angeklagte L. wird von diesem durch einen Schuß aus einem Kleinkalibergewehr verletzt. Der Angeklagte M. bringt L. zum Krankenhaus, wo die Zeugin H. als Nachtschwester Dienst tut.

Bei ihrer Vernehmung als Zeugin wird H. mitgeteilt, daß der Chefarzt des Krankenhauses, der von L. nicht von seiner ärztlichen Schweigepflicht entbunden worden ist, seinerseits die Zeugin nicht von der Schweigepflicht entbindet. Die Strafkammer faßt dennoch den Beschluß, die Zeugin über ihre etwaigen Wahrnehmungen bezüglich des Angeklagten M. zu vernehmen. Sie begründet den Beschluß damit, daß die Verschwiegenheitspflicht und darauf beruhend das Zeugnisverweigerungsrecht der ärztlichen Hilfsperson sich nur auf den Patienten, nicht jedoch auf etwaige Begleitpersonen beziehe, da diese nicht am Vertrauensverhältnis Arzt-Patient teilnähmen. Auch der Umstand, daß gegen beide Angeklagte gemeinsam verhandelt würde, ändere nichts, da die gemeinsame Verhandlung den Angeklagten M. nicht in das Arzt-Patienten-Verhältnis einbeziehe.

[Nach BGHSt 33, 148]

Mit dieser auf der Rechtskreistheorie aufbauenden Argumentation versagt das Gericht ein Erhebungsverbot. Es wird sich zeigen müssen, ob zu Recht.

## 6. „Zeugnisverweigerung im Doppelpack“

Der Angeklagte, ein Rußlanddeutscher, hatte seine Frau tätlich angegriffen und schwer verletzt. Die Frau wird ins Krankenhaus eingeliefert. Dort wird sie ordnungsgemäß belehrt und richterlich vernommen. Im Rahmen dieser mit Hilfe einer Dolmetscherin geführten Vernehmung befreite sie die behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht und erstattet Anzeige gegen ihren Mann. In der Folgezeit wendet sie sich jedoch mit dem Wunsch, ihre Anzeige zurückzuziehen, in mehreren Schreiben an Staatsanwaltschaft und Gericht. In der Hauptverhandlung macht die Zeugin von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Bei der Vernehmung eines ihrer Ärzte wird diesem vom Vorsitzenden – fälschlicherweise – mitgeteilt, daß die Geschädigte ihn von der Schweigepflicht entbunden habe. Dementsprechend macht er Angaben zur Sache.

[Nach BGHSt 42, 73]

Es stellt sich die Frage, ob die Falschbelehrung zu einem Verwertungsverbot führt bzw. wie weit dieses reicht, da nicht in die Geheimsphäre zwischen Angeklagtem und seinem Arzt, sondern zwischen einer Zeugin und deren Arzt zu Unrecht eingedrungen wurde.

## 7. „Rechtskreise“

Der unerkannte Mittäter wird in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten als Zeuge vernommen. Noch ehe im Gerichtssaal realisiert wird, welche Rolle der Zeuge im Tatgeschehen tatsächlich spielt, hat dieser bereits etwas ausgesagt, das nicht nur den Angeklagten, sondern auch ihn selbst erheblich belastet.

[Angelehnt an GSSt BGHSt 11, 213]

Im Rahmen der Erörterung der Rechtskreistheorie als Theorie zur Begrenzung der Reichweite von Verwertungsverboten wurde bereits dargestellt, daß sich der Angeklagte nicht auf ein Verwertungsverbot berufen können soll, das nur zugunsten eines Zeugen besteht. Ob dieser Ent-

scheidung in ihrem Ergebnis und in ihren Gründen Recht zu geben ist, wird sich zeigen müssen.

## 8. „Mitgehangen – Mitgefangen“

Die beiden Angeklagten äußern sich in der Hauptverhandlung nicht zur Sache. Einer der Angeklagten war bei der polizeilichen Vernehmung über sein Schweigerecht unbelehrt geblieben und hatte Angaben gemacht, welche ihn selbst und seinen Mitbeschuldigten belasteten. Diese Angaben verliest die Strafkammer in der Hauptverhandlung trotz Widerspruchs der Verteidigung.

[Nach BGH NStZ 1994, 595 = StV 1995, 231]

Ist die polizeiliche Aussage verwertbar bzw. gegenüber welchem Angeklagten ist sie verwertbar? Letztlich unterscheidet sich die Konstellation von jener, die vom Großen Senat (siehe oben 7.) entschieden wurde lediglich dadurch, daß die Tatbeteiligten in diesem Fall gemeinsam vor Gericht stehen. Welche Auswirkungen diese geänderten Prozeßrollen haben und welche Rückschlüsse sich hieraus auf die Entscheidung des Großen Senats ergeben, ist von ebenso großer Bedeutung wie die Entscheidung des Großen Senats.

## G. Die personelle Reichweite in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur

Die personelle Reichweite von Verwertungsverboten ist nur in den seltensten Fällen aus dem Gesetz ersichtlich. Es ist daher vorwiegend Sache der Rechtsprechung gewesen, sie zu bestimmen. Allerdings sprechen die Entscheidungen durchweg nicht von Reichweite, sondern davon, ob ein Angeklagter ein Verwertungsverbot geltend machen kann, wobei offen gelassen wird, ob es sich um die Wahrnehmung eines eigenen oder eines fremden Rechts handelt. Die von der Rechtsprechung teilweise angenommene, hinsichtlich der Mitangeklagten divergierende Verwertbarkeit hat zur Konsequenz, daß unterschiedliche Sachverhalte festgestellt und zur Urteilsgrundlage gemacht werden. Unter anderem dieser Umstand hat die Wissenschaft veranlaßt, eigene Gedanken zur Reichweite der Verwertungsverbote zu entwickeln.

Zunächst gilt es die Maßgaben des Gesetzes für die Reichweite von Verwertungsverboten zu betrachten:

### I. Gesetz

#### 1. Verbotene Vernehmungsmethoden gemäß § 136a Abs. 1 StPO

§ 136a Abs. 3 Satz 2 StPO stellt die Konsequenz aus dem Beweismethodenverbot des § 136a Abs. 1 und 2 StPO dar, das verbietet, die Freiheit der Willensentschließung und/oder -betätigung zu beeinträchtigen. Das Verwertungsverbot wird als eine Ausprägung der in Art. 1 Abs. 1 GG kodifizierten Menschenwürde[250] und als prozeßrechtliche Ausformung des Leitgedankens der Rechtsstaatlichkeit angesehen, unter dem nach Art. 20 Abs. 3 GG das gesamte Strafverfahren steht[251]. Es zielt nicht auf den Schutz der materiellen Wahrheit ab, sondern auf die Justizförmigkeit

[250] Zur Objektformel siehe oben Seite 21; *Meyer-Goßner*, § 136a Rdnr. 1

[251] BGHSt 44, 129, 134; 31, 304, 308

der Wahrheitsermittlung[252]. Deshalb kann auch die Einwilligung des Beschuldigten die Verwertbarkeit nicht herbeiführen (§ 136a Abs. 3 Satz 2 StPO)[253]. Demzufolge gilt das Verbot sowohl für be-, als auch für entlastende Angaben[254].

Die Norm richtet sich systematisch an staatliche Organe, denen jede Beeinflussung der Willensentschließung oder -betätigung des Beschuldigten durch Zwang oder vergleichbar schwere Eingriffe untersagt ist. Ob bzw. unter welchen Umständen die von Privatpersonen mit Mitteln des § 136a Abs. 1 und 2 StPO gewonnenen Angaben einem Verwertungsverbot unterliegen, ist umstritten[255]. Auch wenn Private in keiner vergleichbaren Pflichtenstellung wie Ermittlungsbehörden stehen, gebietet es der Schutzzweck des § 136a StPO, in entsprechender Anwendung der Norm ein Verwertungsverbot dann anzunehmen, wenn sich staatliche Behörden die in § 136a Abs. 1 und 2 StPO umschriebenen Verhaltensweisen Privater zurechnen lassen müssen oder wenn ein gravierender Verstoß gegen die Menschenwürde vorliegt[256].

Im Hinblick auf die personelle Reichweite von § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO dehnen §§ 72, 69 Abs. 3 StPO das Verbot der Verwertung auf die Verletzung der Rechte von Zeugen und Sachverständigen aus. Nicht vom Gesetz erwähnt wird jedoch der Mitbeschuldigte. Das überrascht aus sy-

---

[252] BGHSt 5, 290; LR-*Hanack*, § 136a Rdnr. 3; a.A. *Lesch*, NJW 2000, 3035, 3038; ders., ZStW 111 (1999), 624, 639 ff., ders., KMR § 136a Rdnr. 2

[253] Zur Problematik des Verzichts auf die Menschenwürde bzw. den Grundrechtsschutz allgemein siehe: BK-*Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 und 2 Rdnr. 39; v. Münch/Kunig-*v. Münch*, Vorb. Art. 1-19 Rdnr. 62 f.; Sachs-*Sachs*, Vor. Art. 1 Rdnr. 52 ff. Das Merkmal der „Unveräußerlichkeit" in Art. 1 Abs. 2 GG korrespondiert nicht mit der Verzichtsfrage (BK-*Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 120 ff.; *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde, S. 89 ff.; v. Mangoldt/Klein-*Starck*, Rdnr. 32; v. Münch/Kunig-*Kunig*, Rdnr. 43; *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527, 540; *Stern*, Staatsrecht III/1 S. 30).

[254] KK-*Boujong*, § 136a Rdnr. 37; *Meyer-Goßner*, § 136a Rdnr. 27; LR-*Hanack*, § 136a Rdnr. 63

[255] *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 131 m.w.N.; LR-*Hanack*, § 136a Rdnr. 9 ff.; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 41

[256] *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 131 und 479 jeweils m.w.N.; *Bienert*, Private Ermittlungen, S. 156; *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozeß, S. 227

stematischen Gründen nicht, denn der Mitbeschuldigte existiert in der Strafprozeßordnung systematisch nicht[257]. Es ist daher anzunehmen, daß der Gesetzgeber davon ausging, Beweise, deren Verwertung gegenüber einem Beschuldigten verboten ist, seien zugleich auch für die Verwertung gegenüber Mitbeschuldigten gesperrt.

Das Landgericht Stuttgart[258] hatte einen diese Rechtsfrage beinhaltenden Sachverhalt zu entscheiden: Ein Polizist rief die wegen gewerbsmäßiger Vermittlung auf dem Gebiet der Prostitution Verdächtige G. an, verschwieg aber bewußt seine amtliche Eigenschaft. Das Landgericht hielt das für einen Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO und nahm ein Verwertungsverbot gemäß § 136a Abs. 3 Satz 2 an. Für die Mitbeschuldigte D., bei der infolge der Aussage von G. sie, also D., belastendes Beweismaterial gefunden wurde, folgerte die Kammer ebenfalls ein Verwertungsverbot, weil § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO dazu führe, daß die Angaben der Beschuldigten G. als nicht erfolgt zu betrachten seien. Diese Argumentation bestätigt die Ansicht *Südhoffs*, daß der Normverstoß zu einer Vernichtung der rechtswidrig erlangten Information führen müsse (siehe oben Seite 57).

Auch aus systematischen Erwägungen ist die Entscheidung des Landgerichts Stuttgart richtig. Ist die Verwertung einer verbotswidrig erlangten Zeugenaussage verboten, so kann für die Angaben eines Mitbeschuldigten nichts anderes gelten. Andernfalls wäre die Verwertung von dem Umstand abhängig, in welcher Prozeßrolle sich ein Verfahrensbeteiligter

---

[257] Eine Ausnahme stellt § 257 Abs. 1 StPO dar. Allerdings zeigen die Materialen zur StPO (*Hahn*, Motive, S. 868 ff.), dass diesem Umstand keine systematische Bedeutung zukommt. Die Schöpfer der ReichsStPO haben § 257 Abs. 1 StPO (damals § 256: *„Nach Anhörung eines jeden Zeugen, Sachverständigen oder Mitangeklagten ist der Angeklagte zu befragen, ob er auf die eben vernommene Aussage etwas zu erklären habe.“)* nach dem Vorbild der Österreichischen und Sächsischen Prozessordnung ins Gesetz aufgenommen (a.a.O. S. 868). Diskutiert wurde die grundsätzliche Notwendigkeit der Norm, wie die Frage, ob es *erklären* oder *entgegnen* heißen solle. Die Tatsache, dass hier zum ersten Mal der Begriff des Mitangeklagte im Gesetz auftaucht wurde nicht beachtet.

[258] LG Stuttgart NStZ 1985, 568

befand, als die verbotene Beweiserhebung stattfand. Eine solche Differenzierung wäre nicht sachgerecht.

Auch der Bundesgerichtshof[259] judizierte im Fallbeispiel „Hessische Vernehmungsmethoden“ (oben Seite 62) in ähnlicher Weise. In diesem Fall hatte die Mitbeschuldigte ein Geständnis abgelegt, nachdem sich der Vernehmungsbeamte demonstrativ nach einer Möglichkeit der Heimunterbringung für ihre Kinder erkundigt hatte. Ob eine unter § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO fallende geständige Aussage vom Angeklagten selbst, dem Mitbeschuldigten oder einem Zeugen stammt, sah der Bundesgerichtshof als bedeutungslos an.

Die Reichweite des Verwertungsverbots des § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO ergibt sich somit bereits aus dem systematischen Zusammenhang des Gesetzes. Das Verwertungsverbot ist zudem doppelt abgesichert. Zum einen erweist sich die personelle Reichweite von § 136a StPO als absolut, da die Norm über §§ 69 Abs. 3, 72 StPO auch für die Verwertung der Angaben von Zeugen und Sachverständigen Geltung beansprucht[260]. Dabei zeigt die Erstreckung auf den Sachverständigen, daß mit dem Beweisverwertungsverbot nicht der Schutz des *Nemo-tenetur*-Rechts bezweckt sein kann. Zum anderen findet sich in § 136a Abs. 3 StPO das einzige Beweisverwertungsverbot, dessen Verbotskraft auch der Sache nach als (nahezu[261]) umfassend angesehen wird: Weder erlischt es durch eine Zustimmung zur Verwertung, noch bedarf es eines Widerspruchs als Tatbestandsvoraussetzung, da es de jure besteht. Diese Kraft ist geprägt durch die Wurzeln im Menschenwürdegrundsatz, der, wie bereits dargelegt, überragende Bedeutung hat[262].

---

[259] Urteil vom 14. Oktober 1970 - 2 StR 239/70 in MDR 1971, 18

[260] So auch *Hilger*, NStZ 1985, 569, 570 als Anm. zu LG Stuttgart NStZ 1985, 568

[261] Umstritten ist die Frage der Fernwirkung (siehe oben Seite 8), die u.a. BGHSt 34, 362, sowie die Oberlandesgerichte Stuttgart (NJW 1973, 1941) und Hamburg (MDR 1976, 601) verneinen (a.A. *Beulke*, ZStW 103, (1991), 657; *Müssig*, GA 1999, 137; *Reinecke*, Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, 247; differenzierend LR-*Hanack*, § 136a Rdnr. 66 f.)

[262] Siehe dazu oben Seite 13

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch das jüngst gesprochene Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Großen Lauschangriff[263], der das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen erlaubt. Das Gericht stellte klar, daß das Abhören in Wohnungen dann zu unterbleiben habe, wenn mit Wahrscheinlichkeit eine Verletzung des Kernbereichs der Unverletzlichkeit der Wohnung eintreten würde[264]. Die Wahrscheinlichkeit sei durch im Vorfeld der Maßnahme abzuklärende Indikatoren festzustellen[265]. Soweit keine Anzeichen für die wahrscheinliche Erfassung absolut geschützter Gespräche bestehe, dürften Gespräche des Beschuldigten daraufhin abgehört werden, ob sie der strafprozessualen Verwertung zugängliche Informationen enthalten. Allerdings sei im Fall des Eindringens in den absolut geschützten Bereich die Ermittlungsmaßnahme sofort zu unterbrechen. Dies sei dadurch sicherzustellen, daß die Aufnahme nicht automatisch, sondern durch einen Ermittlungsbeamten durchgeführt werden. Gleichwohl erfolgte Aufzeichnungen seien zu vernichten. Die Weitergabe und Verwertung der gewonnenen Informationen sei untersagt[266].

Faktisch ergibt sich im Fall der zu unterlassenden Ermittlungsmaßnahme, ebenso wie im Fall der gelöschten Aufnahme, eine Wirkung auch für Dritte. Diese Wirkung hat das Bundesverfassungsgericht für Eingriffe in den Kernbereich, also bei Menschenwürdeverletzungen, auch beabsichtigt, wie das Gericht im Urteil betont:

> *„Es ist zu sichern, daß die durch den Eingriff erlangten Erkenntnisse keinerlei Verwendung im weiteren Ermittlungsverfahren oder auch in anderen Zusammenhängen finden. (…) 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 Anknüpfungspunkte weiterer Ermittlungen sein“*[267].

---

[263] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004

[264] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 139, 169 ff

[265] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 140

[266] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 151, 169 ff

[267] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 183 f.

Das Verfassungsgericht sieht sogar das mögliche Interesse der Betroffenen auf vollständige Kenntnis darüber, welche Gesprächsinhalte von den Strafverfolgungsbehörden überwacht worden sind gegenüber der Löschung nachrangig an, da *„dieses Anliegen (…) die mit der weiteren Aufbewahrung verbundenen Risiken weiterer Grundrechtsverletzungen nicht zu rechtfertigen (vermag)"*[268].

Als Ergebnis ist nach alledem festzuhalten, daß § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO aufgrund systematischer Auslegung des Gesetzes auch den Mitbeschuldigten erfaßt. Um diese Reichweite auf die sonstigen von der Rechtsprechung aus Erhebungsverboten gefolgerten Verwertungsverbote zu übertragen, fehlt es jedoch bereits an einem vergleichbaren wortlautmäßigen Anhaltspunkt im Gesetz[269]. Auch ein materieller Grund für die Reichweitenerstreckung ist nur in engen Grenzen erkennbar: Nämlich dann, wenn ein Verwertungsverbot aufgrund dessen vorliegt, daß der Kernbereich eines Grundrechts verletzt wurde[270].

### 2. Zweckänderungsnormen (§§ 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5[271], 100h Abs. 3, 110e StPO) als gesetzliche Beweisverwertungsnormen

Die sog. Zufallsfundverwertungsverbote, die in den §§ 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5 , 100h Abs. 3, 110e StPO enthalten sind, lassen die Verwertung von Beweismaterial *„in anderen Strafverfahren"*, also zu anderem Zweck, nur zu, wenn die zu verfolgende Tat eine Katalogtat

---

[268] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 186

[269] *Beulke*, StV 1990, 180, 181 und Strafprozeßrecht, Rdnr. 142 weist darauf hin, dass streng genommen nur die Unverwertbarkeit trotz Zustimmung, nicht aber das Verwertungsverbot grundsätzlich kodifiziert ist. Letzteres würde vom Gesetzgeber aber jedenfalls vorausgesetzt.

[270] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 183 f.; *Beulke*, Jura 1986, 642, 647

[271] Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 3. März 2004 (1 BvR 2378/98) § 100d Abs. 5 Satz 2 für verfassungswidrig erklärt und den Gesetzgeber verpflichtet, einen verfassungsgemäßen Rechtszustand bis spätestens 30. Juni 2005 herzustellen.

ist[272]. Diese Voraussetzung resultiert daraus, daß die jeweils mit dem Verwertungsverbot korrespondierende Erhebungsregeln für die Rasterfahndung (§§ 98a f. StPO), die Telefonüberwachung (§§ 100a f. StPO[273]), die Telekommunikationsauskunft (§§ 100g f. StPO), den Einsatz technischer Mittel (§§ 100c f. StPO) oder eines verdeckten Ermittlers (§§ 110a ff. StPO) die Maßnahme ebenfalls vom Vorliegen eines Katalogtatverdachts abhängig machen.

Das Problem des geänderten Verwertungszwecks wurde in Literatur und Rechtsprechung ursprünglich unter der Bezeichnung „Zufallsfunde" geführt[274]. Diese Begriffsbestimmung ist auf die Art und Weise der Erkenntnisgewinnung gerichtet, und beschreibt das Phänomen, daß nicht gezielt nach den Beweismitteln gesucht wurde. Das Volkszählungsurteil[275] hat jedoch herausgestellt, daß entscheidend für die Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung von Daten die Kenntnis ihres Verwendungszusammenhangs ist, denn

> *„erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Angaben verlangt werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten bestehen, läßt sich die Frage einer zulässigen Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beantworten."*[276]

Diese Erkenntnis ist in §§ 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 110h Abs. 3, 110e StPO umgesetzt, welche die Verwertbarkeit von im Hinblick auf eine Person zulässig erhobenen Beweisen zu Lasten einer

---

[272] Eine Ausnahme macht § 163d Abs. 4 Satz 4 und 5 für die Schleppnetzfahndung. Da die Regelung praktisch nicht relevant werden wird, weil mit echten Zufallsfunde bei der Datenverarbeitung i.d.R. nicht zu rechnen ist (*Meyer-Goßner*, § 163d Rdnr. 24), wird von der Diskussion abgesehen. Die weiteren Erörterungen werden zudem zeigen, dass für den Ausnahmefall des Zufallsfunds durch eine Schleppnetzfahndung die Verwertbarkeit verfassungsrechtlich angreifbar ist.

[273] Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 3. März 2004 (1 BvR 2378/98) die §§ 100c Abs. 1 Nr. 3, 100d Abs. 3, sowie § 100d Abs. 4 Satz 3 i.V.m. § 100b Abs. 6 für verfassungswidrig erklärt und den Gesetzgeber verpflichtet, einen verfassungsgemäßen Rechtszustand bis spätestens 30. Juni 2005 herzustellen.

[274] *Meyer-Goßner*, § 100b Rdnr. 7

[275] BVerfGE 65, 1

[276] BVerfGE 65, 1, 45

anderen Person zum Inhalt haben. Sie fordern wie gesagt, daß auch im Hinblick auf die andere Person, also den geänderten Zweck, die aufzuklärende Straftat eine Katalogtat ist. Die bisher sog. Zufallsfundverwertungsverbote sollte folglich besser als Zweckänderungsverwertungsverbote bezeichnet werden.

Für die Reichweite des jeweiligen Verwertungsverbots tut der Wortlaut der §§ 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 100h Abs. 3, 110e StPO dar, daß es eine verfahrensübergreifende Verbotserstreckung ebenso wenig gibt, wie eine Erlaubniserstreckung, denn die Normen verlangen, in *„anderen Strafverfahren"* zu prüfen, ob eine Katalogtat aufgeklärt werden soll. Das heißt, Dritte, die in *„anderen"*, eigenen Verfahren verfolgt werden, sind unabhängig von der Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit in einem Parallelverfahren isoliert zu betrachten. Wenn der Gesetzgeber diese Prüfung für notwendig erachtet, so folgt daraus, daß eine in einem Verfahren zulässige Beweisverwertung nicht notwendig einen Schluß auf die Verwertbarkeit in anderen Verfahren zuläßt.

Sowohl für das Fehlen einer Katalogtat, wie für andere Verstöße gegen die Erhebungsregeln in §§ 98a f., 100a f., 100c f., 100g f., 110a ff. StPO greift ein Verwertungsverbot für in anderen Verfahren Verfolgte nur, wenn diese sich auf eine eigene, materielle (Grund-)Rechtsverletzung berufen können. Insoweit lassen sich drei Personengruppen unterscheiden:

### a) Zielpersonen[277]

Das sind diejenigen Personen, gegen die die Maßnahme angeordnet wurde. In ihre Rechte wird gezielt eingegriffen, so daß eine Verletzung ihrer Abwehrrechte stets zu einem eigenen Folgenbeseitigungsanspruch führt. Die Frage der Reichweite stellt sich für die Zielpersonen nicht.

---

[277] Diese Terminologie wird nun auch vom Bundesverfassungsgericht verwendet:1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 294

### b) Notwendig unmittelbar Mitbetroffene[278]

Notwendig unmittelbar Mitbetroffene sind zwar nicht Ziel der Maßnahme, gleichwohl wird unmittelbar in ihre Rechte eingegriffen[279]. Derart unmittelbar Mitbetroffene sind beispielsweise die Telekommunikationsteilnehmer der Zielperson einer Telefonüberwachung und Personen, welche den überwachten Anschluß benutzen. Für den Einsatz technischer Mittel ist insoweit in § 100c Abs. 3 StPO, den das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Großen Lauschangriff nicht für verfassungswidrig erklärt hat, bestimmt, daß die unvermeidbare Mitbetroffenheit Dritter einer Maßnahme nicht entgegensteht. Für die Telefonüberwachung gilt nichts anderes[280]. Hieraus muß allgemein, also auch für andere technische Ermittlungsmethoden geschlossen werden, daß der Eingriff in die Grundrechte der notwendig Mitbetroffenen von der hinsichtlich der Zielperson vorliegenden Rechtmäßigkeit der Maßnahme grundsätzlich erfaßt wird[281].

Aus der Legalitätserstreckung für den notwendig Mitbetroffenen im Fall der Zulässigkeit einer Maßnahme ist im Sinne des argumentum e contratio auf die Illegalitätserstreckung im Fall des zu einem Verwertungsverbot führenden Verstoßes gegen Erhebungsvoraussetzungen (§§ 98a f., 100a f., 100c f., 100g f., 110a ff. StPO) zu schließen. War beispielsweise die Maßnahme willkürlich angeordnet worden und zieht sie deshalb ein Verwertungsverbot nach sich[282], entsteht auch für den Mitbetroffenen ein Folgenbeseitigungsanspruch, da auch im Hinblick auf ihn die Grundlage der Maßnahme rechtswidrig ist.

Für das Bundesverfassungsgericht ist diese Feststellung fast schon eine Selbstverständlichkeit:

---

[278] Das Bundesverfassungsgericht verwendet insoweit den Begriff der *Drittbetroffenen*:1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 294

[279] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 254 ff.

[280] BGHSt 44, 138, 142; BVerfG 30, 1, 22 (zu Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG)

[281] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 261, 267; *Kretschmer*, StV 1999, 221, 227; *Welp*, Jura 1981, 472, 481

[282] BGHSt 28, 122, 124; 44, 243, 250; KK-*Nack*, § 100a Rdnr. 37

> *„Dürfen die erhobenen Erkenntnisse bereits im Anlaßverfahren nicht verwertet werden, gilt dies erst recht für die Verwertung in anderen Verfahren, da § 100d Abs. 5 Satz 2 StPO als reine Verwertungsvorschrift eine ordnungsgemäße Erhebung der Information voraussetzt. Gesetzliche und verfassungsummittelbare Verwertungsverbote sind bei der Weiterverwendung oder bei der Verwertung von Zufallsfunden ebenso zu beachten wie im Anlaßverfahren selbst"*[283].

Das Gericht weist in seiner Entscheidung zum Großen Lauschangriff überdies darauf hin, daß aus dem Wortlaut von § 100c Abs. 2 StPO („*unvermeidbar betroffen*") im Umkehrschluß die Unzulässigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung zu folgern sei, wenn diese zu einer vermeidbaren Beeinträchtigung des Dritten führe[284].

Weil eigene Grundrechte, also Abwehrrechte, dieser notwendig mitbetroffenen Personen verletzt wurden, entstehen für sie ein eigener Folgenbeseitigungsanspruch, so daß sich die Frage nach der Reichweite erübrigt. Selbst wenn die Maßnahme hinsichtlich der Zielperson und dem unmittelbar Mitbetroffenen am selben Fehler krankt, wie z.B. der fehlenden richterlichen Anordnung, besteht für den Mitbetroffenen ein eigener Abwehranspruch und infolgedessen ein eigener Folgenbeseitigungsanspruch, der einer Reichweitenerstreckung vorgeht, da er dem in seinen Grundrechten Verletzten eigene Dispositionsmöglichkeiten eröffnet[285].

### c) Mittelbar Betroffene[286]

Häufig gibt es Personen, die von der Maßnahme nicht unmittelbar betroffen sind, sondern über die lediglich indirekt Erkenntnisse gewonnen wurden, z.B. durch den Inhalt eines abgehörten Gesprächs, der die Beteiligung dieser Personen an einer Tat aufdeckt. Nachdem die Maßnah-

---

[283] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 341

[284] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 267

[285] So auch das Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 290 ff., insbesondere 294-296

[286] Diese Gruppe von Betroffenen hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 3. März 2004 (1 BvR 2378/98) nicht betrachtet.

me, gleich ob sie zulässig oder unzulässig war, kein Abwehrrecht dieser Person tangiert hat, entsteht folglich auch kein eigener Folgenbeseitigungsanspruch und damit auch kein daraus resultierendes Verwertungsverbot.

Hier stellt sich die Frage, in wie weit mittelbar Betroffene an Verwertungsverboten partizipieren, die für Betroffene entstanden sind.

#### aa) Verwertung zulässig erhobener Beweise im gemeinsamen Verfahren

Nachdem die Dritten nicht unmittelbar in ihnen zustehenden Rechten verletzt sind, können sie zulässig erhobenen Beweisen keine eigenen Rechte entgegensetzen. Sie können allenfalls an entstandenen Verwertungsverboten partizipieren.

Liegt im Verfahren gegen den Beschuldigten kein Verwertungsverbot vor, so kann es auch nicht die Beweise, welche gegen den Dritten verwertet werden sollen, erfassen.

Ein Verwertungsverbot für Beweise, die gegen Dritte verwertet werden sollen, entsteht aber im Verfahren gegen Dritte selbst dann nicht, wenn, was praktisch selten vorkommen wird, gegen den Beschuldigten nur Katalogtaten, gegen den Dritten aber nur Nichtkatalogtaten aufgedeckt werden. Dies folgt aus dem Wortlaut der oben genannten Erhebungsvoraussetzungen in Verbindung mit den sich aus den jeweiligen Zweckänderungsverwertungsverboten ergebenden Verwertungsvoraussetzungen: Die Maßnahme ist zulässig, wenn gegen die Zielperson ein Katalogtatverdacht besteht. Da das Gesetz mit den Zweckänderungsverwertungsverboten (§§ 98a Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 100h Abs. 3, 110e StPO) den Umgang mit Informationen gegen betroffene Dritte geregelt hat, sich diese Regelungen aber nur auf selbständige Verfahren gegen Dritte beziehen, steht fest, daß in gemeinsamen Verfahren die Verwertbarkeit davon abhängt, ob gegen die Zielperson verwertet werden darf. Wenn aber schon für Mitbetroffene eine Verwertbarkeitserstrekkung stattfindet, so gilt das erst recht für nicht betroffene Dritte, denn diese können der Verwertung nicht einmal eine Rechtsverletzung entgegensetzen.

Bestätigung findet dieses Ergebnis in der Rechtsprechung zur sog. Zusammenhangstat. Die Rechtsprechung erweitert die Verwertbarkeit von Zufallsfunden auf sog. Zusammenhangstaten[287]. Eine Zusammenhangstat liegt vor, wenn ein enger Bezug der Nichtkatalogtat zu der in der Anordnung aufgeführten Katalogtat besteht, sei es daß eine andere Begehungsform der Katalogtat vorliegt, selbst wenn diese eine Überwachung nicht zulassen würde, sei es daß materielle oder prozessuale Tateinheit vorliegt[288]. Wenn die Rechtsprechung die Verwertbarkeit auf die prozessuale Tat beschränkt, bestätigt sie das Ergebnis, daß eine Verwertung im gemeinsamen Verfahren innerhalb prozessualer Taten möglich ist.

Wie aber steht es mit Beweisen, die gegen Dritte zum Nachweis einer anderen prozessualen Tat verwertet werden sollen, also einer Tat, in welche die Zielperson oder Mitbetroffene nicht verwickelt sind, wenn es sich dabei um Nichtkatalogtaten handelt? Die Zweckänderungsverwertungsverbote sind insoweit aus zwei Gründen nicht anwendbar. Zunächst liegt kein anderes Verfahren vor, so daß nur eine analoge Anwendung in Frage käme. Sodann liegt den Dritten gegenüber aber auch keine (Grund-)Rechtseingriff vor. Damit ist schon der Schutzbereich der Erhebungsnormen (§§ 98a f., 100a f., 100c f., 100g f., 110a ff. StPO) nicht eröffnet, so daß auch kein Raum für eine nachträgliche Verhältnismäßigkeitsüberprüfung bleibt[289].

### bb) Verwertung unzulässig erhobener Beweise im gemeinsamen Verfahren

Insoweit seht den Dritten mangels eigener Rechtsverletzung kein eigener Folgenbeseitigungsanspruch zur Seite, so daß der Verwertung ihnen gegenüber kein Hindernis entgegenstünde. Sind aber Beweise aufgrund der Rechtsverletzung unmittelbar Betroffener unverwertbar, so wirkt dieses Verwertungsverbot für und gegen im gemeinsamen Verfahren verfolgte Dritte, da der Beweisstoff aufgrund des Verwertungsverbots nicht

---

[287] BGHSt 26, 298, 302 ff.; 28, 122, 125; BGH NStZ 1998, 426

[288] BGH NStZ 1998, 426; KK-*Nack*, § 100a Rdnr. 46

[289] KK-*Nack*, § 100a Rdnr. 42; offengelassen von *Meyer-Goßner*, § 100a Rdnr. 20

in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf. Die hypothetisch bestehenden Verwertungsmöglichkeit zu Lasten des Dritten in einem getrennten Verfahren vermag das Verwertungsverbot und damit das Abwehrrecht der Betroffenen nicht in Wegfall zu bringen. Das Verwertungsverbot wirkt für den Dritten folglich aufgrund eines tatsächlichen Reflexes, nämlich der Verfahrensgemeinsamkeit.

#### cc) Verwertung zulässig erhobener Beweise in einem *„anderen"* Verfahren

Der Verwertung von zulässig erhobenen Beweise im (*„anderen"*) Verfahren gegenüber mittelbar Betroffenen stehen, wie bereits gesagt, die Zweckänderungsverwertungsverbote (§§ 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 100h Abs. 3, 110e StPO) nicht entgegen, da den Dritten gegenüber kein (Grund-) Rechtseingriff vorliegt und somit der Schutzbereich der Erhebungsnormen (§§ 98a f., 100a f., 100c f., 100g f., 110a ff. StPO) nicht eröffnet ist[290].

#### dd) Verwertung unzulässig erhobener Beweise in einem *„anderen"* Verfahren

War die Maßnahme z.B. mangels Katalogtatverdachts oder willkürlicher Anordnung rechtwidrig, so führt der Fehler für die Betroffenen zum Folgenbeseitigungsanspruch[291]. Rechte nur mittelbar betroffener Dritter werden von dem Verstoß aber nicht tangiert[292]. Damit fehlt es an einem materiell-rechtlichen Grund für einen Folgenbeseitigungsanspruch des Dritten.

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Beweise, die gegen Dritte verwertet werden sollen, von einem entstandenen Verwertungsverbot reflexar-

---

[290] KK-*Nack*, § 100a Rdnr. 42; offengelassen von *Meyer-Goßner*, § 100a Rdnr. 20

[291] KK-*Nack*, § 100a Rdnr. 37 m.w.N.

[292] Etwas anderes mag dann gelten, wenn die geheime Ermittlungsmaßnahme in der Weise willkürlich angeordnet wurde, dass sie ausschließlich auf Zufallsfunde gegen Dritte abzielte. Damit hätte die Maßnahme den sekundären Zweck, Rechte zu umgehen. Welche Rechte des Dritten damit verletzt würden (*fair trial*?), kann offen bleiben, da es sich hierbei nie um eine Reichweitenproblematik handelt.

tig erfaßt werden, da die rechtswidrige Maßnahme immerhin conditio sine qua non für die Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden war. Eine Norm oder ein anderer Grund, weswegen die in einem Verfahren gesperrten Beweise auch im Drittverfahren nicht verwertet werden dürfen, ist aus dem Gesetz nicht ersichtlich. Der oben beschriebene tatsächliche, formelle Reflex wirkt nur im gemeinsamen Verfahren. Gegen eine Erstreckung der Verwertungsverbotswirkung spricht zudem folgende Überlegung: Die Zweckänderungsverwertungsverbote verlangen für die Verwertung gegenüber einem Mitbetroffenen in dessen (also in einem „*anderen*“) Verfahren nur mehr eine auf diesen Beschuldigten bezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung. Unter anderem damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß die Rechtmäßigkeit der Verwertungsgrundlage (Subsidiaritätsgrundsatz, richterliche Anordnung etc.) für den notwendig Mitbetroffenen von der Rechtmäßigkeit bezüglich der Zielperson abhängt; etwas anderes wäre praktisch unmöglich. Dieser Zusammenhang gilt für den Dritten nicht, weil ihm gegenüber kein Grundrechtseingriff im Raum steht. Obwohl der Zusammenhang bei Zielperson und Mitbetroffenem besteht, verlangt der Gesetzgeber im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit eine gesonderte Überprüfung im „*anderen*“ Verfahren. Die Rechtmäßigkeit der Maßnahme ist für andere Beschuldigte folglich nur solange zugrund zu legen, als sie nicht *ex post* bezogen auf denjenigen, gegen den der hierdurch erlangte Beweis verwertet werden soll, isoliert überprüft werden kann. Der Dritte ist aber gerade nicht, und schon gar nicht notwendig in die Grundrechtseingriffe der Zielperson verwickelt. Insoweit aufgetretene Fehler tangieren ihn also nicht.

Es zeigt sich, daß Verwertungsverbote lediglich in dem Verfahren wirken, in dem sie entstehen. Dies gilt auch für Mitbetroffene, da diese in ihrem Verfahren einen eigenen Folgenbeseitigungsanspruch geltend machen können und nicht von einem Verwertungsverbote profitieren, das in einem anderen Verfahren entstanden ist.

### d) Ergebnis für die personelle Reichweite

Eigene Folgenbeseitigungsansprüche, die ein Verwertungsverbot infolge unzulässiger Ermittlungsmethoden zu Folge haben (§§ 98a f., 100a f., 100c f., 100g f., 110a ff. StPO) entstehen nur für diejenigen, in deren

Rechte durch eine unzulässige Maßnahme unmittelbar eingegriffen wurde (Betroffene und Mitbetroffene). Nur mittelbar Betroffene (Dritte) können mangels eigenem Grundrechtseingriff schon von vornherein keinen eigenen Folgenbeseitigungsanspruch erwerben.

Eine verfahrensübergreifende Wirkung der Verwertungsverbote gemäß §§ 98b Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 100h Abs. 3, 110e StPO bzw. aufgrund der Verletzung der Erhebungsnormen (§§ 98a f., 100a f., 100c f., 100g f., 110a ff. StPO) besteht ebenso wenig wie eine verfahrensübergreifende Erstreckung der Verwertbarkeit. Vielmehr ist im konkreten Verfahren die Verwertbarkeit bezogen auf den Beschuldigten gesondert zu überprüfen.

Im gemeinsamen Verfahren mit Betroffenen wirkt ein Verwertungsverbot, das aufgrund eines Verstoßes gegen eine Beweiserhebungsnorm der §§ 98a f., 100a f., 100c f., 100g f., 110a ff. StPO erlangt wurde, auch für nur mittelbar Betroffene, soweit die prozessuale Tat reicht.

### 3. § 108 Abs. 2 StPO

§ 108 Abs. 2 StPO hat den Zweck, Beweise, die (rechtmäßig nur) zum Zweck der Strafverfolgung gegen den Arzt erhoben werden durften, für das Strafverfahren gegen Patientinnen wegen § 218 StGB zu sperren. Das Verwertungsverbot neutralisiert damit den im Hinblick auf den geänderten Zweck unzulässigen Eingriff in die Rechte von Arzt und Patientin aus §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO[293] und erweist sich damit als Zweckänderungsverwertungsverbot.

Dem Wortlaut der Norm nach könnte eine Wirkungserstreckung auf Mitbeschuldigte, zum Beispiel auf den anstiftenden Freund der Schwangeren, sowohl angenommen wie auch ausgeschlossen werden, da das Gesetz von der Verwertung *„in einem Strafverfahren gegen die Patientin“* spricht. Damit könnte die Verwertung in demselben Strafverfahren ebenso wie nur die Verwertung zum Nachteil der Patientin gemeint sein. Wegen der Mehrdeutigkeit der Formulierung ist aus ihr kein Schluß möglich.

---

[293] *Pfeiffer*, § 108 Rdnr. 4

### 4. § 97 Abs. 1 Satz 2 und 3 InsO

Das Insolvenzrecht verpflichtet den Gemeinschuldner zur Auskunft, während im Strafverfahren der Grundsatz *nemo tenetur* se ipsum prodere[294] jedem ein Recht zum Schweigen zubilligt, der redend in die Gefahr geraten würde, sich selbst zu belasten. Da die Konkursordnung keine Lösung für diese Interessenkollision[295] bereithielt, folgerte das Bundesverfassungsgericht im Gemeinschuldnerbeschluß[296] aus dem *Nemo-tenetur*-Grundsatz, den es als Ausfluß der Handlungsfreiheit, des Persönlichkeitsrechts und der Menschenwürde ansah, zwar keine Freistellung von der konkursrechtlichen Auskunftspflicht, aber doch das Verbot der Verwertung im Strafverfahren. Eine Zweckentfremdung der im Konkurs- (heute Insolvenz-)Verfahren erhobenen Daten würde nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Gemeinschuldners führen. Die Aussagepflicht würde unverhältnismäßig sein, wenn sie nicht durch ein Verwertungsverbot in denjenigen Verfahren kompensiert würde, in welchen die Aussage nicht hätte erzwungen werden können. Als weiteres Argument für das Verwertungsverbot führt das Bundesverfassungsgericht die sonst bestehende Möglichkeit der Umgehung von Beschuldigtenrechten durch die Zweckänderung an[297].

Die am 1. Januar 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung hat mit § 97 Abs. 1 Satz 2 und 3 InsO diese Entscheidung umgesetzt[298]:

> „*Er* (der Gemeinschuldner - Anm. d. Verf.) *hat auch Tatsachen zu offenbaren, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. Jedoch darf eine Auskunft, die der Schuldner gemäß seiner Verpflichtung nach Satz 1*

---

[294] Oder auch *nemo tenetur* se ipsum accusare. Der Grundsatz geht zurück auf ein Dekret Gratians, welcher sich auf Johannes Chrysostomus beruft (vgl. *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, N 81).

[295] Zu ähnlichen Konflikten und ihren, für die Arbeit nicht weiterführenden Entscheidungen, siehe: *K. Schäfer*, FS für Dünnebier, S. 13 ff.

[296] BVerfGE 56, 37, 49; BVerfG StV 1999, 71

[297] BVerfGE 56, 37, 50 f.

[298] BT-Dr. 12/2443 S. 142

*erteilt, in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Schuldner oder einen in § 52 Abs. 1 der Strafprozeßordnung bezeichneten Angehörigen des Schuldners nur mit Zustimmung des Schuldners verwendet werden.“*

Die Wortwahl des Gesetzestextes („verwendet“), die auf die Anregung des Datenschutzbeauftragten zurückgeht[299], soll klarstellen, daß die Angaben auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen dürfen[300], womit dem Verwertungsverbot, wie oben bereits bemerkt, Fernwirkung zugebilligt wird[301].

Der Verwendungsvorbehalt ist als gesetzliche Verkörperung der Hypothese des rechtmäßigen Ersatzeingriffs anzusehen, da die Verwertung von der im Strafverfahren abgegebenen Zustimmung des unter Umständen schweigeberechtigten Gemeinschuldners abhängt. Damit wird darauf abgestellt, ob die Angaben nicht im Strafverfahren ebenso hätten erhoben werden können wie im Insolvenzverfahren. Die Verwendungsvoraussetzung steht im Einklang mit dem Datenschutzurteil des Bundesverfassungsgerichts und der Theorie von den Informationsbeherrschungsrechten, da sie dem Informanten das Recht, über seine Information zu verfügen, bezogen auf den Verfahrenszweck (wieder-)einräumt. Die in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO umgesetzte Erkenntnis, daß die Zweckänderung ein Verwertungsverbot nach sich ziehen muß, wenn nicht der Beweis auch im anderen Verfahren hätte erlangt werden können, ist deshalb und insbesondere vor dem Hintergrund der Hypothese der rechtmäßigen Beweiserlangung allgemein gültig[302].

---

[299] BT-Dr. 12/2443 S. 142

[300] BT-Dr. 12/2443 S. 71 ff., 142, 166; FK-InsO-*App*, § 97 Rdnr. 12; Hess-*Wienberg*, § 97 Rdnr. 4; HK-InsO-*Eickmann*, § 97 Rdnr. 13; Kübler/Prütting-*Lüke*, § 97 Rdnr. 4; MüKo-InsO-*Passauer*, § 97 Rdnr. 17; *Richter*, wistra 2000, 1, 3; *Smid*, Insolvenzordnung, § 97 Rdnr. 8; LG Stuttgart ZInsO 2001, 135; a.A. Breutigam/Blersch/Goetsch-*Blersch*, § 97 Rdnr. 6

[301] *Danckert*, ZRP 2000, 476, 478; a.A. *Kölbel/Morlok*, ZRP 2000, 217, 220

[302] So auch *Danckert*, ZRP 2000, 476, 479, der eine entsprechende Regelung für das Untersuchungsausschussgesetz (PUAG) vorgeschlagen hat. In § 22 Abs. 2 PUAG wurde dann jedoch ein entsprechend § 55 StPO formuliertes Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht aufgenommen.

Hinsichtlich einer Wirkung für Dritte ist die Norm jedoch unklar formuliert. Liest man allein die Passage „*gegen den Schuldner oder einen in § 52 Abs. 1 Strafgesetzbuch bezeichneten Angehörigen*“ so könnte man daraus schließen, daß nur die genannten Personen erfaßt werden. Die zitierte Formulierung kann jedoch auch in Verbindung mit der ihr vorangehenden Passage gelesen werden: „*in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Schuldner oder einen in § 52 Abs. 1 Strafgesetzbuch bezeichneten Angehörigen*“. Das würde für ein Verfahren, in dem der Schuldner oder einen Angehörigen des Schuldners gemeinsam mit anderen Beschuldigten angeklagt ist, bedeuten, daß das nach versagter Zustimmung bestehende Verwendungsverbot in diesem Verfahren besteht und damit auch für die Mitbeschuldigten des mit dem Schuldner verwandten Beschuldigten wirkt. Für die letztere Deutung spricht, daß das Verwertungsverbot aus §§ 52, 252 StPO auch für den Mitbeschuldigten des angehörigen Beschuldigten wirkt, solange das Verfahren gegen beide gemeinsam betrieben wird[303]. Wenn sich das Verwertungs- bzw. Erhebungsverbot der §§ 52, 252 StPO auf Mitbeschuldigte im gemeinsamen Verfahren erstreckt, dann ist es im Rahmen von § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO aus Gründen der einheitlichen grammatischen Auslegung notwendig, zu einer Wirkungserstreckung auf den Mitbeschuldigten zu gelangen. Demnach ist, was die personelle Reichweite anbelangt, im Ergebnis anzunehmen, daß sich das Verwertungsverbot auch auf den im selben Verfahren Mitbeschuldigten erstreckt: Falls der Schuldner die Zustimmung zur Verwertung seiner Angaben im Insolvenzverfahren verweigerte, würde das bedeuten, daß die Angaben insgesamt nicht in das Strafverfahren gegen ihn einfließen dürften. Etwas anderes würde gelten, wenn gegen den Dritten ein getrenntes Verfahren durchgeführt würde.

Zwei weitere Argumente stützen die Wirkungserstreckung auf Dritte: Wenn einem Verfahrensbeteiligten ein Schweigerecht zugebilligt wird, dann ist es unzulässig, ihn zur Aussage zu zwingen. Darf ein Verfahrensbeteiligter hingegen in einem Verfahren zur Aussage gezwungen werden und wird sein Schweigerecht in einem anderen Verfahren zugleich durch ein Verwertungsverbot abgesichert, dann muß das Verwertungsverbot

[303] BGHSt 38, 96

nicht nur die gemachte Aussage, sondern auch die Folge des gesetzlich vorgesehenen, wenngleich auch möglicherweise nicht notwendig gewordenen Zwang beseitigen, denn bereits der angedrohte Zwang würde im Strafverfahren gemäß § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO zu einem absoluten, also auch für Dritte wirkendem Verwertungsverbote führen.

Und schließlich legt auch die der Norm zugebilligte Fernwirkung eine Wirkung für Dritte nahe, denn wenn schon der Beweis nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen – in jede denkbare Richtung – dienen darf, dann auch nicht als unmittelbares Beweismittel zur Überführung eines Dritten.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO keine Wirkung in anderen, nicht gegen den unmittelbar Betroffenen geführten Verfahren entfaltet – weder zu Gunsten noch zu Lasten dieser anderen Person.

Die Verwertung von Beweisen, welche in einem Verfahren erhoben wurden, ist im Einklang mit § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO möglich, wenn im anderen Verfahren die Voraussetzungen für eine zulässige Beweiserhebung vorliegen bzw. vorgelegen hätten, also wenn z.B. der Gemeinschuldner im Strafverfahren einer Verwertung zustimmt oder mangels Zeugnisverweigerungsrecht etc. aussagepflichtig gewesen wäre.

Ein für das Strafverfahren entstandenes Verwertungsverbot gemäß § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO wirkt auch zugunsten der in diesem Verfahren Mitbeschuldigten.

### 5. § 393 Abs. 2 AO

§ 393 Abs. 1 Satz 1 AO besagt, daß sich die Rechte und Pflichten der Beteiligten im Besteuerungs- und (Steuer-)Strafverfahren nach den für das jeweilige Verfahren geltenden Vorschriften richten. Hintergrund der Norm ist die in § 208 AO geregelte Doppelfunktion der Steuerfahndung, die entweder bereits bekannte Steuerstraftaten aufklärt und damit verbunden Besteuerungsgrundlagen ermittelt, oder bei der Aufdeckung noch unbekannter Steuerstraftaten mitwirkt. Im ersten Fall hat sie die Befugnisse, welche die Strafprozeßordnung den Polizeibeamten einräumt (§§ 208 Abs. 1 Satz 2, 404 Satz 1 AO), sowie eigene Befugnisse

(§ 404 Satz 2 AO). Im letzten Fall hat sie die Ermittlungsbefugnisse, die auch den Finanzämtern zustehen (§ 208 Abs. 1 Satz 2 AO). Bei Verfahrenszweigleisigkeit entsteht nun nicht etwa ein Minimal- oder Maximalschutz, in der Weise, daß entweder Rechte nur in einem Verfahren garantiert und folglich über das andere Verfahren umgangen werden können oder daß etwa die Rechte aus zwei Verfahrensordnungen kumulativ angewendet werden. Vielmehr verkörpert § 393 Abs. 2 Satz 1 AO das schon vom Bundesverfassungsgericht im Gemeinschuldnerbeschluß ausgesprochene Umgehungsverbot bei Zweckänderungen.

§ 393 Abs. 1 Satz 2 AO sichert das strafprozessuale Verbot des Selbstbelastungszwangs unter der Voraussetzung ab, daß es sich um Steuerstraftaten oder -ordnungswidrigkeiten handelt und ein Strafverfahren eingeleitet ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann ist die Anwendung von Zwang nach § 328 AO unzulässig, obgleich der Steuerpflichtige im Besteuerungsverfahren auch nach Einleitung des Strafverfahrens mitwirkungspflichtig (§§ 90, 93 ff, 200 AO) bleibt[304]. § 393 Abs. 1 Satz 4 AO ergänzt das Zwangsmittelverbot durch eine Belehrungspflicht hierüber. Praktisch steht dem Steuerpflichtigen damit im Besteuerungsverfahren ein Auskunftsverweigerungsrecht hinsichtlich Steuerstraftaten und -ordnungswidrigkeiten zu[305].

Hat der Steuerpflichtige vor oder in Unkenntnis der Einleitung eines Strafverfahrens im Besteuerungsverfahren freiwillige Angaben gemacht, die zur Verfolgung einer nichtsteuerlichen Straftat geeignet sind, so verbietet § 393 Abs. 2 AO[306] die V*erwendung*. Dem liegt zum einen die Überlegung zugrunde, daß der Steuerpflichtige zu diesem Zeitpunkt wegen § 393 Abs. 1 Satz 2 AO nicht mehr zur Offenbarung und Mitwirkung hätte gezwungen werden können, obwohl diese Pflichten fortbestehen. Zum anderen gilt für die im Steuerstraf- oder Bußgeldverfahren gewonnenen Erkenntnisse über nichtsteuerliche Straftaten nicht das Steuergeheimnis (§ 30 Abs. 4 Nr. 4a AO), so daß die Erkenntnisse an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet werden dürfen[307].

---

[304] Klein-*Wisser*, § 393 AO Rdnr. 1

[305] Klein-*Wisser*, § 393 AO Rdnr. 1; *Rüster*, wistra 1988, 49 f.

[306] Für die Erörterung seines umstrittenen Satzes 2 besteht hier kein Anlass.

[307] BT-Dr. 7/4292 S. 17

Offenbart der Steuerpflichtige Tatsachen über nichtsteuerliche Straftaten in der irrigen Annahme, er handle in Erfüllung steuerlicher Pflichten, so besteht ein ähnlicher Konflikt, wie ihn das Insolvenzrecht durch § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO löst. § 393 Abs. 2 AO deckt sich insoweit mit dem insolvenzrechtlichen Verwertungsverbot, als im Besteuerungsverfahren erlangte Kenntnisse über außersteuerliche Straftaten im Strafverfahren nicht *„verwendet"* werden dürfen[308]. Für § 393 Abs. 2 AO ist indes umstritten, ob ihm die in der Wortwahl *„verwendet"* zum Ausdruck kommende Reichweite, also Fernwirkung zukommt[309]. In Anbetracht der Parallele zu § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO liegt diese Schlußfolgerung nahe. Die Fernwirkung würde, wie bei § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO dargelegt, dann auch für eine Wirkung für Dritte sprechen. Allerdings ist § 393 Abs. 2 AO früher als § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO und damit zu einem Zeitpunkt entstanden, als die Worte verwendet und verwertet synonym gebraucht wurden. Demnach kann aus der Begriffswahl noch kein Schluß gezogen werden.

§ 393 Abs. 2 AO formuliert, die verbotenen Kenntnisse dürften *„gegen ihn"*, also gegen den Steuerschuldner, nicht verwendet werden. Daraus schließt *Kohlmann*[310], daß die Verwertung *„im Verfahren gegen Dritte"* nicht ausgeschlossen ist. Auch *Senge*[311] meint: *„Das Verwertungsverbot erstreckt sich (...) nur auf die Verfolgung des Beschuldigten selbst. Gegen Dritte dürfen die von ihm offenbarten Tatsachen und Beweismittel zur Strafverfolgung benutzt werden."* *Joecks*[312] hingegen differenziert im Sinne des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO. Er sieht die Verwertung dann für unzulässig an, wenn es sich um die Verfolgung von Personen handelt, hin-

---

[308] Hübschmann/Hepp/Spitaler-*Hellmann*, § 393 Rdnr. 4

[309] Dafür: Franzen/Gast/Joecks-*Joecks*, § 393 Rdnr. 68; *Müller*, DStR 1986, 699, 701; *Neuhaus*, ZAP Fach 22, S. 326; *K. Schäfer*, FS für Dünnebier, S. 50; *Schleifer*, wistra 1986, 250, 253; Klein-*Wisser* § 393 Rdnr. 25; im Ergebnis ebenso *Kohlmann*, § 393 Rdnr. 82; a.A. Erbs/Kohlhaas-*Senge*, § 393 Rdnr. 10; *Hildebrand*, DStR 1982, 20, 24; *Meine*, wistra 1985, 186 f.; im Ergebnis auch a.A. Hübschmann/Hepp/Spitaler-*Hellmann*, § 393 Rdnr. 177 f.

[310] *Kohlmann*, Steuerstrafrecht, § 393 Rdnr. 78

[311] Erbs/Kohlhaas-*Senge* § 393 AO Rdnr. 8; ebenso *Kaiser*, NJW 1974, 349

[312] Franzen/Gast/Joecks-*Joecks*, § 393 Rdnr. 63; ihm wohl folgend Klein-*Wisser*, § 393 Rdnr. 27

sichtlich derer der Steuerpflichtige ein Auskunfts- oder Zeugnisverweigerungsrecht hat (§§ 101 ff. AO, §§ 52 ff. StPO), und der Steuerpflichtige der Verwertung widerspricht.

Hinsichtlich der Wirkung für angehörige Dritte ist *Joecks* beizupflichten: Wegen der Parallelen des insolvenz- und abgabenrechtlichen Verwertungsverbots muß hier wie dort im Sinne der Folgenbeseitigung im Strafverfahren ein als status sine zu bezeichnender Zustand hergestellt werden. D.h., der Steuerpflichtige ist so zu stellen, wie wenn er im Besteuerungsverfahren geschwiegen hätte.

Wie sich ein Verwertungsverbot im Verfahren gegen den Steuerpflichtigen hinsichtlich dessen Mitbeschuldigten verhält, ist dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen. Wiederum wegen der Parallelen zum insolvenzrechtlichen Verwertungsverbot liegt es aber nahe, die Reichweite von § 393 Abs. 2 AO entsprechend zu bestimmen.

Im Ergebnis ist festzuhalten:

Aus dem Zwangsmittelverbot des § 393 Abs. 1 Satz 2 AO ergibt sich, daß die Gewährleistung der Strafverfahrensrechte entweder durch ein Erhebungsverbot im strafverfahrensfremden Verfahren oder durch ein Verwertungsverbot im Strafverfahren erfolgen kann, aber auch muß.

Die Verwertung der im Beteuerungsverfahren erhobenen Beweise ist von § 393 Abs. 2 AO gedeckt, wenn der Vernommene bei der Beweiserhebung explizit (z.B. nach Belehrung) oder konkludent (z.B. wenn er um seine Rechte weiß) auf Rechte verzichtet und damit aus strafprozessualer Sicht eine zulässige Beweiserhebung vorliegt.

### 6. § 51 Abs. 1 BZRG

§ 51 Abs. 1 BZRG befristet die Zulässigkeit der Verwertung von gespeicherten Daten. Die herrschende Meinung sieht das in §§ 51 Abs. 1, 63 Abs. 4 BZRG angeordnete Verwertungsverbot als Ausfluß des Persönlichkeitsrechts der Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG[313] an. Das Bun-

[313] Rebmann/Uhlig, § 51 BZRG Rdnr. 33

desverfassungsgericht[314] hält es hingegen für eine Ausformung des Anspruchs auf Resozialisierung. Die Wiedereingliederung des Verurteilten in die Gesellschaft solle nicht dadurch vereitelt oder gefährdet werden, daß ihm eine länger zurückliegende Verfehlung erneut vorgehalten werde und damit zur Kenntnis der Umwelt gelange, die Vorbestraften insbesondere im Berufs- und Erwerbsleben mit Mißtrauen, Unverständnis und Ablehnung begegnet. Dementsprechend sieht *Tolzmann*[315] den Zweck des Verwertungsverbots unter anderem darin, der Gefahr zu begegnen, daß eine

> *„alte Tat nach Jahren oder Jahrzehnten anläßlich eines neuen Verfahrens der Öffentlichkeit bekannt wird und dadurch zum Verlust einer inzwischen mühsam aufgebauten Existenz führt".*

Unter den Prämissen des Bundesverfassungsgerichts und *Tolzmanns* wirkt das entstandene Verwertungsverbot aus materiellen Gesichtspunkten allumfassend, denn unabhängig vom Zweck der Bekanntgabe der Alttat träte allein durch die Bekanntgabe die zu verhindernde Rechtsgutverletzung ein. Würde hingegen allein auf das aus dem Persönlichkeitsrecht herzuleitende Datenschutzrecht (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) abgestellt, so könnte entsprechend der Rechtskreistheorie argumentiert werden, daß eine Verletzung dieses Rechts in einem Verfahren allein für Beweise, die gegen den geschützten Rechtsträger verwertet werden sollen, zu einem Verwertungsverbot führen müsse.

Der Wortlaut des Gesetzes spricht für letzteres, da es in § 51 Abs. 1 BZRG heißt, daß

> *„… die Tat und die Verurteilung* ***dem Betroffenen***[316] *im Rechtsverkehr nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwertet werden"*

dürfen.

---

[314] BVerfGE 36, 174, 188; 45, 187, 239

[315] Götz/Tolzmann, § 51 BZRG Rdnr. 17

[316] Hervorhebung durch Verf.

Zwar ist der Hauptanwendungsfall der Verwertung einer Vorverurteilung die Strafzumessung im neuen Verfahren (§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB - Vorstrafe), so daß sich die Frage der Wirkung für Dritte nicht stellt. Allerdings kann die Vorverurteilung auch einmal als Überführungsmittel dienen[317]. So hatte der Bundesgerichtshof[318] über die Frage zu befinden, ob das Schwurgericht zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigen durfte, daß der Angeklagte entsprechend der Urteilsbegründung der bereits getilgten Vorstrafe schon damals seinem Opfer die Pulsader mit einem Taschenmesser durchschnitten und bei seiner Verteidigung gegenüber dem Mordvorwurf ein ähnliches Verhalten wie im zu entscheidenden Falle gezeigt hatte. Der Bundesgerichtshof erlaubte in dieser Entscheidung dem Angeklagten über das Verwertungsverbot zu disponieren und die Verwertung ganz oder teilweise freizugeben[319].

Diese weitreichende Dispositionsbefugnis legt nahe, daß es sich bei § 51 Abs. 1 BZRG doch um einen Ausfluß des informationellen Selbstbestimmungsrechts handeln könnte. Bei näherem Hinsehen erweist sich die Dispositionsmöglichkeit über ein Recht aber lediglich als Hinweis darauf, daß es sich um ein subjektives Recht handelt. Dies trifft sowohl für den Resozialisierungsanspruch, wie für das Selbstbestimmungsrecht zu. Auch aus § 52 BZRG, der die Ausnahmen zu § 51 Abs. 1 BZRG regelt, können letztlich keine eindeutigen Schlüsse für die Reichweite gezogen werden. Zwar ist in § 52 BZRG gerade nicht die Strafverfolgung Dritter als Ausnahme vom Verwertungsverbot vorgesehen. Da aber § 52 BZRG das Problem der personellen Reichweite ebenso wenig erkennt wie § 51 BZRG, ist der Ausnahmenkatalog ebenfalls nicht aussagekräftig.

Daher ist auf den Sinn und Zweck des Bundeszentralregistergesetzes abzustellen. Nach der Begründung des Gesetzgebers im Zuge der Neuregelung des Registerrechts, liegt der Sinn und Zweck in der Förderung

---

[317] BGHSt 27, 108; BGHR BZRG § 51 Verwertungsverbot 2, 3; in Zivilsachen (gegen eine Verwendung zur Glaubwürdigkeitsbeurteilung) BGH MDR 1998, 531; gegen eine Tilgungswirkung insoweit *Gillmeister*, NStZ 2000, 344, 345

[318] BGHSt 27, 108

[319] BGHSt 27, 108, 109

und Erleichterung der Wiedereingliederung von verurteilten Straftätern in die Gesellschaft[320]. Deshalb ist davon auszugehen, daß durch § 51 Abs. 1 BZRG tatsächlich die Resozialisierung des Täters geschützt ist[321]. Dieser Schutzzweck tritt nur dann in den Hintergrund, wenn ein wichtigeres Recht mit ihm konkurriert. Das ist der Fall, wenn durch Bekanntgabe der Alttat eine neue Verurteilung verhindert oder abgemildert werden kann, denn dann steht der Gefahr des Schadens für die Resozialisierungsfortschritte dieselbe Gefahr durch die Neuverurteilung gegenüber.

Nach der verfassungsgerichtlichen Interpretation von Sinn und Zweck des Verwertungsverbotes, der hier gefolgt wird, muß § 51 Abs. 1 BZRG somit gegen und für jedermann wirken, denn nur dann wird vermieden, daß die Umwelt Kenntnis von tilgungsreifen oder getilgten Taten erlangt.

Zum Umfang der Verwertbarkeit befand der Bundesgerichtshof, daß sich das Gericht

> „*darauf* (hätte) *beschränken müssen, Rubrum und Tenor des früheren Urteils zum Zweck des Urkundenbeweises zu verlesen*".[322]

Das bedeutet, die Verwertungsbefugnis reicht nur soweit, wie erforderlich und durch die Zustimmung des Angeklagten gedeckt. Daraus ergibt sich, daß der Rechtsträger im Rahmen von § 51 Abs. 1 BZRG die Dispositionsbefugnis auch über den Umfang des Verwertungsverbots hat.

### 7. § 23 StUG

Dem im Stasi-Unterlagengesetz anzutreffenden Verwertungsverbot wohnt die Besonderheit inne, daß die Stasi-Unterlagen Beweismittel sind, die nicht von bundesrepublikanischen Organen erhoben wurden. Zwar können diese Unterlagen nicht als durch Private, aber doch als von außenstehenden Dritten erlangt angesehen werden. Dem Stasi-Unterlagengesetz ist zudem zu entnehmen, daß der Datenerhebung ein

---

[320] BR-Dr. 676/69; BT-Dr. VI/1550 S. 21

[321] Ebenso Götz/Tolzmann, § 51 BZRG Rdnr. 17

[322] BGHSt 27, 108, 110

rechts(staats)widriger Charakter zukommt[323]. Damit ist das Verwertungsverbot in § 23 StUG dem Problemkomplex der Verwertbarkeit von Beweismitteln zuzuordnen, die auf rechtswidrige, den Ermittlungsorganen nicht zuzurechnende Art und Weise von Dritten[324] erlangt sind[325].

Der zweite in § 1 Abs. 1 StUG genannte Zweck des Schutzes vor Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch den Umgang mit Stasi-Unterlagen, belegt zum einen, daß es sich um ein verfassungsrechtliches Verwertungsverbot handelt, zum anderen, daß allein schon die Verwertung von Informationen einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt und deshalb verboten sein kann. Ganz in diesem Sinne stellen *Wölfl* und nun auch das Bundesverfassungsgericht fest, daß die Verwendung von Informationen, die durch Abhören in Wohnungen gewonnen wurden, zu einem anderen Zweck als dem ursprünglich verfolgten, einen eigenständigen Grundrechtseingriff darstellt[326]. Zwar, so ergänzt das Verfassungsgericht, schließe der Grundsatz der Zweckbindung eine Zweckänderung nicht generell aus. Sie bedürfe jedoch ihrerseits einer gesetzlichen Grundlage, die formell und materiell verfassungsmäßig ist. Dementsprechend regelt das StUG die Verwendung von Unterlagen, deren Verwendungszweck sich qua Natur der Sache nicht mit dem Erhebungszweck deckt.

Die *Verwendung* von Unterlagen ist in § 6 Abs. 9 Satz 1 StUG legal definiert als

---

[323] Schmidt/Dörr, § 23 Rdnr. 2; *Klinghardt*, NJ 1992, 185; *Riepl*, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, S. 268 bezeichnet die Stasi-Unterlagen als evident rechtswidrig.

[324] Das können Private aber auch andere Staaten sein, wenn sie nicht in verfahrensrechtlicher Weise (z.B. Rechtshilfe) eingeschaltet worden sind.

[325] *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozeß, S. 227; *Otto*, FS für Kleinknecht, S. 319 ff.; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 113 ff.; a.A. *Lesch*, NJW 2000, 3035, 3038, der eine Zurechnung über den Verwertungsakt nicht ins Auge fasst; differenzierend *Bienert*, Private Ermittlungen, S. 135 f.

[326] *Wölfl*, StraFo 1999, 74, 77; BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 333

*„die Weitergabe von Unterlagen, die Übermittlung von Informationen aus den Unterlagen sowie die sonstige Verarbeitung und die Nutzung von Informationen“*[327].

§ 6 Abs. 9 Satz 1 StUG beinhaltet folglich nicht nur eine – im Übrigen mit § 3 Abs. 4 und 5 BDSG inhaltsgleiche – Definition des Begriffs der *Verwendung*, er zeigt in Verbindung mit § 4 Abs. 1 StUG zugleich, daß jede Art der Informationsbeschaffung einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, wenn persönlichkeitsrelevante Daten gesammelt werden. Deshalb ist auch im Strafverfahren sowohl für die Datensammlung wie erst recht für die Verwendung der Daten eine Eingriffsbefugnis notwendig. Für die Stasi-Unterlagen erlaubt § 4 Abs. 1 StUG die Verwendung nur dann, wenn das Stasi-Unterlagengesetz sie explizit zuläßt. Hierfür finden sich in den §§ 20 – 23, 25 und 26 StUG die Eingriffsgrundlagen. § 23 StUG regelt die Verwendung für Zwecke der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr.

*§ 23 Verwendung von Unterlagen für Zwecke der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr*

*(1) Unterlagen, soweit sie personenbezogene Informationen über Betroffene oder Dritte enthalten, dürfen in dem erforderlichen Umfang verwendet werden*

1. *zur Verfolgung von*
   a) *Straftaten im Zusammenhang mit dem Regime der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, insbesondere Straftaten im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Staatssicherheitsdienstes, anderer Sicherheits-, Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden sowie der Gerichte,*
   b) *Verbrechen in den Fällen der §§ 211, 212 oder 220a, 239a, 239b, 306 bis 308, 310b Abs. 1, § 311 Abs. 1, § 311a Abs. 1, §§ 312, 316c Abs. 1 oder § 319 des Strafgesetzbuches sowie von Straftaten nach*
      – *§ 52a Abs. 1 bis 3, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 Satz 2 des Waffengesetzes,*

[327] Satz 2 lautet: *„Soweit in dieser Vorschrift nichts anderes bestimmt ist, gelten die Begriffsbestimmungen der §§ 2 und 3 des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass zu den nicht-öffentlichen Stellen auch die Religionsgesellschaften gehören.“*

*– § 19 Abs. 1 bis 3, § 20 Abs. 1 oder 2, jeweils auch in Verbindung mit § 21, oder § 22a Abs. 1 bis 3 des Gesetztes über die Kontrolle von Kriegswaffen,*
*– § 29 Abs. 3 Nr. 1, 4, § 30 Abs. 1 Nr. 1, 2 des Betäubungsmittelgesetzes,*
*– § 30 Abs. 1 Nr. 4 des Betäubungsmittelgesetztes, sofern die Straftaten gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande begangen worden sind,*

*c) Straftaten im Zusammenhang mit dem nationalsozialistischen Regime,*

*d) Straftaten nach § 44 dieses Gesetzes,*

*2. zur Abwehr einer drohenden erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere zur Verhütung von drohenden Straftaten.*

*§ 5 Abs. 1 ist nicht anzuwenden. Verwertungsverbote nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung bleiben unberührt.*

*(2) Andere Unterlagen dürfen auch dann verwendet werden, soweit dies zur Verfolgung anderer Straftaten einschließlich der Rechtshilfe in Strafsachen sowie der Abwehr einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere zur Verhütung von Straftaten, erforderlich ist.*"

Für die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung[328] bezüglich der Verwertbarkeit differenziert das Stasi-Unterlagengesetz also zwischen (a) Unterlagen mit personenbezogenen Informationen über Betroffene und Dritte und (b) anderen Unterlagen.

### a) Unterlagen mit personenbezogenen Informationen über Betroffene oder Dritte

Betroffene sind Personen, über die der Staatssicherheitsdienst zielgerichtet und gegebenenfalls heimlich Informationen gesammelt hat, soweit sie nicht Mitarbeiter oder Begünstigte des Staatssicherheitsdienst sind (§ 6 Abs. 3 StUG). Die Verwertbarkeit von Information über diese Personen sowie Dritte ergibt sich aus dem Gesetzestext.

[328] *Klinghardt*, NJ 1992, 185, 186

### b) Andere Unterlagen

Andere Unterlagen sind solche, die nicht personenbezogen Informationen enthalten (wie zum Beispiel Statistiken), oder Mitarbeiter bzw. Begünstigte des Staatssicherheitsdienstes betreffen. Die Verwendung dieser Unterlagen ist erlaubt, wenn sie zu dem angegebenen Zwecken erforderlich ist, womit sie faktisch freigegeben wird, da in den seltensten Fällen eine Ersetzung dieses Beweismittels durch ein anderes in Betracht kommen wird[329].

Indem das Gesetz hinsichtlich der Verwertungsvoraussetzung zwischen präventiven und repressiven Zwecken, ebenso wie zwischen Betroffenen und Dritten bzw. Mitarbeitern und Begünstigten differenziert, setzt es die zu schützenden Rechtsgüter ins Verhältnis und gibt damit Vorgaben für die Abwägung, die im Fall von fehlenden Verwertungsregeln allein aufgrund der Erhebungsregel vorzunehmen ist.

Ist der Betroffene oder Dritte Beschuldigter im Strafverfahren, so ist § 23 StUG als Norm als beschuldigtenschützend anzusehen. Ist der Betroffene oder Dritte nicht Beschuldigter, so handelt es sich um eine Norm, die nicht Prozeßbeteiligte oder Zeugen schützt. Eine ähnliche Situation liegt für das durch die §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 55 StPO geschützte Recht des *nemo tenetur* vor. In der Gestalt des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO schützt es den Beschuldigten, in der Form des § 55 StPO den Zeugen. Daß das Stasi-Unterlagengesetz die unterschiedlichen Rollen im Prozeß gleich behandelt, ist im Hinblick auf den in § 1 Abs. 1 Nr. 2 StUG erwähnten Gesetzeszweck nicht überraschend, denn um den Einzelnen vor dem Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht durch Verwendung der vom Staatssicherheitsdienst gesammelten Informationen zu bewahren, darf, wie nach § 51 BZRG[330], die gesperrte Information nicht bzw. nur mit Einwilligung des Betroffenen oder Dritten an die Öffentlichkeit gelangen. Während der Zweck von § 23 StUG und § 51 BZRG jedoch nur erreicht werden kann, wenn die Information überhaupt nicht verwendet wird, reicht es für das Recht des *nemo tenetur* aus, daß eine Verwertung nur zu Lasten des Geschützen unterbleibt. Die Erstreckung der

---

[329] Ebenso Schmidt/Dörr, § 23 Rdnr. 13

[330] BVerfGE 36, 174, 188; 45, 187, 239

Wirkung der §§ 23 StUG und 51 BZRG auf Dritte, die trotz fehlender Eigenbetroffenheit allein aufgrund des Schutzzwecks erfolgt, ist folglich auf das *nemo tenetur* Recht nicht übertragbar. Dieses Ergebnis deckt sich mit jenem des Großen Senats für Strafsachen in der Entscheidung zur Rechtskreistheorie[331], in welcher er die Erstreckung des Verwertungsverbots aus dem Grundsatz *nemo tenetur* auf Grund des beschränkten Schutzzwecks auf Dritte versagt.

Liegt ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich des einen Beschuldigten nach § 23 StUG vor, ist die Wirkung für Mitbeschuldigte problematisch, wenn nur einem der Mitbeschuldigten eine Katalogtat vorgeworfen wird, zu deren Nachweis Unterlagen von Betroffenen oder Dritten verwertet werden sollen. Zwar wird das Problem, daß nur einem Beschuldigten im Rahmen einer prozessualen Tat eine Katalogtat vorzuwerfen ist, selten praktische Bedeutung erlangen, gleichwohl lohnt es sich, sich mit der Frage auseinander zu setzen, da sie einen interessanten Aspekt aufdeckt.

Wie bereits aufgezeigt, handelt es sich bei § 23 StUG um eine Geheimnisschutznorm. Für die Verwertungsentscheidung stellt § 23 StUG eine Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen dem Aufklärungsinteresse an Straftaten (Katalogtaten) und dem Datenschutz Betroffener und Dritter *unabhängig* von ihrer Verfahrensstellung an. Überwiegt auch im Hinblick auf einen nicht prozeßbeteiligten Betroffenen das Aufklärungsinteresse, weil eine Katalogtat vorliegt, so sind die Unterlagen verwertbar und der Geheimnisschutz ist aufgehoben. Nachdem ein Geheimnis keines mehr ist, wenn es erst einmal bekannt geworden ist, stellt sich nun die Frage, ob die Unterlagen fürderhin stets verwertbar, da nicht mehr geheim sind. Verschiedene Argumente sprechen dagegen. So versagt § 51 BZRG, dessen Zweck ebenfalls der Schutz der informationellen Selbstbestimmung ist, die Verwertung einer bekannten Tatsache nach Ablauf einer gewissen Zeit. Hieran zeigt sich, daß auch eine bekannt gewesene Tatsache nicht jeglichen Geheimnisschutzes entbehrt. Sodann zeigen die Zweckänderungsverwertungsverbote, daß der in einem Verfahren zulässige Einbruch in eine Geheimsphäre gerade nicht zur Folge hat, daß diese Tatsache nunmehr in jedem anderen Verfahren verwertet werden darf; die

[331] BGHSt 11, 213

Bänder einer Telefonüberwachung sind in einem anderen Verfahren z.B. nur verwertbar, wenn eine Katalogtat aufzuklären ist.

Ist damit festzuhalten, daß die Verwertbarkeit auf das konkrete Strafverfahren beschränkt ist, so fragt sich, wieweit in diesem Verfahren der Geheimnisschutz reicht. Gilt zumindest insoweit, daß nicht mehr schutzbedürftig ist, was nicht mehr geheim ist, oder muß hinsichtlich der Verwertbarkeit zwischen den Mitbeschuldigten differenziert werden? Als Differenzierungskriterien wären die Beschränkung auf die materielle Tat oder die prozessuale Tat denkbar. Sicherlich zu eng ist die Beschränkung auf die materielle Tat. Zwar wird in § 23 Abs. 1 Nr. 1 StUG von materiellen (Katalog-)Taten gesprochen, doch im Hinblick auf die Aufklärungspflicht des Gerichts ist anzunehmen, daß auch tateinheitlich oder tatmehrheitlich verwirklichte Taten aufgeklärt werden müssen. Demnach ist, entsprechend der Rechtsprechung zu den Zweckänderungsverwertungsverboten die Verwertungsreichweite innerhalb desselben Verfahrens daran geknüpft, wie weit die aufzuklärende prozessuale Tat reicht (siehe oben 2.).

Als Ergebnisse bleibt festzuhalten, daß sich die Wirkung des Verwertungsverbots aus § 23 StUG deshalb auf die Mitbeschuldigten erstreckt, weil der materielle Schutzzweck des Verwertungsverbots eine grundsätzliche Geheimhaltung fordert. Der materielle Schutz kann daher auch eine Wirkungserstreckung in ein anderes Verfahren hinein gebieten. Eine generelle verfahrensübergreifende Wirkung von Verwertungsverboten gibt es aber nicht.

## 8. Zusammenfassung der Ergebnisse zu den gesetzlichen Verwertungsverboten

Zuerst ist festzuhalten, daß § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO wegen seiner Sonderstellung für Schlüsse auf andere Verwertungsverbote ungeeignet ist.

### a) Grund und Voraussetzungen für das Entstehen eines Verwertungsverbots

Selbständige verfassungsrechtliche Verwertungsverbote, welche die Verwertung von Informationen untersagen, um einen Grundrechtsverstoß zu verhindern, sind die Rechtsfolge des entsprechenden grundrechtlichen Abwehranspruchs und damit dem Grundrechtsträger zuzuordnen. Unselbständige Verwertungsverbote hingegen sollen die Folge einer Rechtsverletzung beseitigen und sind damit die Rechtsfolge eines Folgenbeseitigungsanspruchs.

Ob ein Verwertungsverbot aufgrund gesetzlicher Vorschriften entsteht, ist aufgrund einer Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen Aufklärungszweck und Rechtseingriff zu ermitteln.

Die Verwertung von Beweisen, welche in einem anderen Verfahren als einem Strafverfahren zulässig erhoben wurden, ist möglich, wenn die Beweise aufgrund eines hypothetischen rechtmäßigen Eingriffs auch im Strafverfahren hätten erlangt werden können.

Soweit das Prozedieren nach einer fremden Verfahrensordnung Maßnahmen erlaubt, die von der Strafprozeßordnung verboten sind, so liegt hinsichtlich der durch diese Maßnahme erlangten Beweise im Strafverfahren ein Verwertungsverbot vor.

### b) Disponibilität

Verwertungsverbote bestehen zum Schutz jener, in deren Rechtsstellung durch eine Maßnahme oder ein Prozedieren unmittelbar eingegriffen wurde. Über diese eigenen Verwertungsverbote bzw. Abwehr-/Folgenbeseitigungsansprüche kann der Rechtsinhaber disponieren.

Der Rechtsträger hat die Dispositionsbefugnis auch über den Umfang des Verwertungsverbots.

### c) Keine generelle verfahrensübergreifende Wirkung der Verwertungsverbote

Eine verfahrensübergreifende Wirkung besteht grundsätzlich nicht. Weder determiniert die Verwertbarkeit eines Beweises in einem Verfahren dessen Verwertbarkeit für ein anderes Verfahren, noch gilt dies für des-

sen Unverwertbarkeit. Vielmehr ist in anderen Verfahren bezogen auf den/die dortigen Beschuldigten die Verwertbarkeit gesondert zu prüfen[332].

### d) Verfahrensübergreifende Wirkung (auch für Dritte) aufgrund materieller Aspekte

Eine verfahrensübergreifende Wirkung eines Verwertungsverbots kann aus dessen materiellem Gehalt folgen.

Bezwecken Beweisverbote den Schutz von Geheimsphäre in der Art, wie sie das Bundesverfassungsgericht für § 51 Abs. 1 BZRG annimmt und die Strafprozeßordnung in § 53 StPO sowie das StUG in § 23, so hat dies zur Folge, daß jedweder Einbruch in die Geheimsphäre verboten ist. Damit ist irrelevant gegen wen und in welchem Verfahren die Beweise erhoben oder verwertet werden sollen, der Geheimnisschutz wirkt absolut und erfaßt auch Dritte.

### e) Wirkungserstreckung aufgrund von Verfahrensgemeinsamkeit

Besteht zugunsten eines unmittelbar Betroffenen ein Verwertungsverbot, so hat das zunächst zur Folge, daß die Verwertung des Beweismittels im gemeinsamen Verfahren insgesamt verboten ist. Allerdings bringt es die Aufhebung des Geheimnisschutzes kraft einer die Verwertung zulassenden Erhebungsnorm mit sich, daß die Beweistatsache in diesem Verfahren im Rahmen der aufzuklärenden prozessualen Tat generell, also gegenüber allen Mitbeschuldigten verwertbar ist. Konkurrieren identische Abwehransprüche mehrerer Mitbeschuldigten, also Verwertungsverbote, die aus dem identischen Rechtsgrund bestehen (z.B. Telefonüberwachung ohne richterliche Anordnung), miteinander, was faktisch nur im Rahmen derselben prozessualen Tat passieren kann, so gilt ebenfalls, daß der im Verfahren entfallene Geheimnisschutz im Rahmen der prozessualen Tat für alle Mitbeschuldigten die Verwertbarkeit bewirkt.

---

[332] Für das Verhältnis Zivilrecht-Strafrecht nunmehr deutlich ausgesprochen durch BGH (VI. Zivilsenat) NJW 2003, 1123, 1125

## II. Rechtsprechung

### 1. Die Reichweite von selbständigen Verwertungsverboten anhand der Tagebuchrechtsprechung

In dem oben (Seite 62) geschilderten Fall „Tue Schlechtes und schreibe darüber“ war die Angeklagte wegen Meineides maßgeblich auf Grundlage ihres von dritter Seite der Staatsanwaltschaft übersandten Tagebuchs verurteilt worden.

Der Bundesgerichtshof bestätigte in BGHSt 19, 325 seine Rechtsprechung, mit der er Tonbandaufnahmen, die ohne Zustimmung des Aufgenommenen erstellt wurden, zu unzulässigen Beweismittel erklärte. Hierauf aufbauend sah er das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als verletzt an, wenn Meinungen, Gefühle, Erlebnisse und Erfahrungen, die jemand für sich selber festgehalten hat, Dritten zur Kenntnis gegeben würden. Der Senat betonte jedoch, daß ein Verwertungsverbot nur nach Abwägung zwischen dem persönlichen, grundrechtlich gewährleisteten Interesse am Schutz des eigenen Geheimbereichs und dem Interesse des Staates an der Strafverfolgung anzuerkennen sei.

In dem oben (Seite 63) geschilderten Fall „Geheimnisse aus dem Grab“ stellt sich die Frage, ob der Angeklagte die Verwertung des Tagebuchs einer verstorbenen Zeugin mit der Revision rügen durfte. Der Senat konnte die Frage offen lassen, da er aufgrund umfassender Abwägung ein Verwertungsverbot verneinte. Gleichwohl hat er sich zum Verwertungsverbotsumfang geäußert:

> *„Die unmittelbar aus dem Grundgesetz herzuleitenden Beschränkungen für die strafprozessuale Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen sind Ausfluß des dem jeweiligen Tagebuchverfasser in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Stammt ein Tagebuch nicht vom Angeklagten selbst, sondern von einem Dritten (z.B. auch von einem verstorbenen Tatopfer), so* ***dient das*** *sich unter bestimmten Umständen aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergebende* ***Verwertungsverbot dem Geheimhaltungsinteresse des Dritten****. Die Belange des Angeklagten, der darüber nicht verfügen kann (…), liegen demgegenüber außerhalb*

*des mit der Anerkennung eines Verwertungsverbots verfolgten Schutzzwecks.*"[333]

In diesen Fällen ist das Tagebuch jeweils nicht durch einen rechtswidrigen Eingriff von staatlicher Seite in die Hände der Strafverfolgungsorgane gelangt. Der jeweilige Eingriff ist dem Staat auch nicht zurechenbar, z.B. unter dem Gesichtspunkt, daß Private auf Veranlassung von Polizei und Staatsanwaltschaft hin tätig geworden wären. Deshalb handelt es sich bei den vom Bundesgerichtshof angenommenen Beweisverwertungsverboten um selbständige Verwertungsverbote, die daraus folgen, daß allein die Verwertung, würde sie vollzogen, gegen ein (Grund-) Recht verstoßen würde.

Wird der infragestehende Verwertungsvorgang genauer betrachtet, so zeigt sich anhand der Argumentation des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung BGHSt 19, 325, daß nicht allein die Verwertung im Sinne des Einfließens in das Urteil, sondern schon die Beweiserhebung in der Hauptverhandlung verboten ist, denn würden die vom Autor niedergeschriebenen „*Meinungen, Gefühle, Erlebnisse und Erfahrungen*", lediglich einem Verwertungsverbot, nicht aber einem Erhebungsverbot unterliegen, so würden die niedergeschriebenen Geheimnisse doch zur Kenntnis Dritter gelangen und damit den zugebilligten Geheimnisschutz für den Tagebuchschreiber ins Leere laufen lassen[334] (sog. Vorwirkung). Demzufolge wirkt das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der Ausformung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hier als Abwehrrecht, das ein Erhebungsverbot nach sich zieht, wohingegen es bei Verletzung des Erhebungsverbotes durch seinen Hilfsanspruch, den Folgenbeseitigungsanspruch, ersetzt wird, der die Form eines Verwertungsverbots annimmt.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichts zeigt abermals auf, daß (selbständige) Verwertungsverbote aus der Verletzung subjektiver Rechte resultieren und als Rechtsfolgen von Abwehrrechten angesehen werden können.

---

[333] BGH NStZ 1998, 635; Hervorhebung durch Verf.

[334] BGHSt 19, 325, 327

Nach dem Verfassungsrecht setzt die Rügebefugnis Selbstbetroffenheit voraus. Demzufolge kann auch der aus einer Grundrechtsverletzung resultierende Folgenbeseitigungsanspruch nur von demjenigen geltend gemacht werden, der selbst in dem zugrundliegenden Grundrecht verletzt ist. Zu Recht hat der Bundesgerichtshof deshalb darauf abgestellt, daß die verstorbene Tagebuchschreiberin, die allerdings zugleich die geschiedene Ehefrau des Angeklagten und damit zeugnisverweigerungsberechtigt (§ 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO) war, bei der Polizei ausdrücklich unter Bezugnahme auf ihr Tagebuch aussagte, womit sie nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ihren Willen, die Strafverfolgung des Angeklagten zu fördern, deutlich zum Ausdruck brachte. Für den Fall, daß der Bundesgerichtshof hier zu einem Verwertungsverbot (richtigerweise Erhebungsverbot) gelangt wäre, hätte er also infolge einer mutmaßlichen Einwilligung in die Verwertung zum Ergebnis gelangen müssen, daß das Tagebuch verwertbar gewesen wäre.

Für die Bestimmung der personellen Reichweite des Verwertungsverbots ist von dem eingeräumten Geheimnisschutzumfang auszugehen: Da, wie eben dargelegt wurde, schon die Erhebung des Beweises verboten ist, wenn es sich um ein geschütztes Geheimnis handelt, wird der vom Grundrecht Nichtgeschützte in gleicher Weise vom Abwehrrecht erfaßt wie der Grundrechtsträger selbst. Dieser Effekt kann als materieller Reflex bezeichnet werden, da der Ungeschützte nicht in den Schutzkreis des Erhebungsverbots einbezogen ist und unabhängig von seiner eigenen verfahrensrechtlichen Stellung von dessen materieller Wirkung erfaßt wird.

Natürlich ist theoretisch denkbar, daß der Richter, obwohl er um das Abwehrrecht weiß, das Tagebuch dennoch verliest, um den Erhebungsreflex zu vermeiden. Dann aber gilt wie schon bei der Telefonüberwachung, die mit dem Ziel der Zufallsfunde angeordnet wurde, daß ein derartiges Hinwegsetzen über Rechte dem Verfahren seine rechtsstaatliche Grundlage entzieht und zu eigenen Folgenbeseitigungsansprüchen für Dritte führt.

Der materielle Gehalt eines Verwertungsverbots kann mithin die Erstreckung der Verbotswirkung auf Mitbeschuldigte und Dritte zur Folge haben (materieller Reflex).

## 2. Zur Reichweite des Verwertungsverbots bei Verletzung der §§ 52, 252 StPO

### a) Einheitlichkeit der Beweiswürdigung

Im Fall „Wahlverwandtschaften" (oben Seite 63) hatte die Schwiegermutter des früheren Mitangeklagten in der Hauptverhandlung nach Belehrung über ihr Recht aus § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO das Zeugnis verweigert. Zuvor war jedoch ein anderer Zeuge vernommen worden, dem das Protokoll der polizeilichen Vernehmung der nunmehr schweigenden Schwiegermutter vorgehalten worden war.

Der Bundesgerichtshof[335] judizierte, daß die Verletzung des § 252 StPO auch die Beschwerdeführerin geltend machen könne, obgleich zwischen dieser und der Zeugin kein Verwandtschaftsverhältnis bestünde. Dabei ließ er die vom Reichsgericht entsprechend der Rechtskreistheorie beantwortete Frage dahingestellt, ob die Nichtbeachtung von Verfahrensvorschriften grundsätzlich nur von demjenigen Angeklagten geltend gemacht werden könne, demgegenüber vorschriftswidrig verfahren worden sei.

Das Argument, mit dem der Bundesgerichtshof die Entscheidung des Reichsgerichts beiseite schon, ist beachtenswert: Jedenfalls im vorliegenden Falle „*beschwer(e)*"[336] der Verfahrensverstoß auch die Angeklagte, denn das Aussageverweigerungsrecht der Zeugin habe auch zugunsten der Beschwerdeführerin gegolten. Dies ergebe sich aus dem Umstand, daß im selben Strafverfahren gegen den früheren Mitangeklagten ebenfalls der Vorwurf erhoben worden war, er habe den Zeitpunkt des Kennenlernens und des ersten Geschlechtsverkehrs mit der Angeklagten unter Eid falsch angegeben. Demnach konnte nach Ansicht des Bundesgerichtshofs die Frage, ob die Angeklagten die Unwahrheit gesagt hatten, nur einheitlich entschieden werden[337].

Abstrakt betrachtet folgert der Senat in dieser Entscheidung für den Fall eines (ehemals) gemeinsamen Verfahrens und untrennbarer strafrechtli-

---

[335] BGHSt 7, 194; bestätigt durch BGH NStZ 2003, 217

[336] BGHSt 7, 194, 196

[337] BGHSt 7, 194, 196

cher Vorwürfe die Erstreckung des Verwertungsverbotes auf Mitbeschuldigte daraus, daß gegenüber Mitbeschuldigten nur eine einheitliche Entscheidung ergehen könne, weil das Zeugnisverweigerungsrecht nicht teilbar sei. In getrennten Verfahren gilt dies selbst dann nicht, wenn untrennbare strafrechtliche Vorwürfe erhoben werden, also dieselbe prozessuale Tat vorliegt. Ausschlaggebender Aspekt für die Wirkungserstreckung ist mithin das gemeinsame Verfahren, da nur insoweit eine Unteilbarkeit existiert.

*Von Beling* hat die Annahme der Unteilbarkeit von § 52 Abs. 1 StPO, die schon das Reichsgericht vertreten hat, in seiner Anmerkung zum Urteil vom 6. Oktober 1924 (3 D 753/24)[338] folgendermaßen kritisiert:

> *„Rationellerweise (und keineswegs dem Wortlaut des Gesetzes zuwider, viel eher durch diesen unterstützt) kann das Weigerungsrecht nur relativ verstanden werden, so, daß es immer nur im Verhältnis des Zeugen zu dem ihm angehörigen Beschuldigten besteht.“*

*Von Beling* sieht es also nicht als zwingend an, das Verwertungsverbot auf Mitbeschuldigte zu erstrecken[339]. Unter materielle Gesichtspunkten, Schutzzweckerwägungen, trifft *von Belings* Kritik zu. Das Wortlautargument trifft indes nicht: Bei § 52 Abs. 1 StPO handelt es sich um ein *Zeugnisverweigerung*srecht. Anders als § 55 StPO, der als *Auskunftsverweigerung*srecht grundsätzlich nur das Recht gibt, auf einzelne Fragen die Antwort zu verweigern, gewährt § 52 StPO dem Zeugen das Recht, sich als Beweismittel auszuschließen. Das Erhebungsverbot hat Wirkung für das Verfahren insgesamt, denn es fehlt Beweisstoff, den das Gericht würdigen könnte. Dem Bundesgerichtshof ist daher zuzustimmen.

### b) Der Rechtsreflex eines Verwertungsverbots

Ausgangsposition für die Entscheidung BGHSt 38, 96 war die ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung, der Angeklagte könne die unterbliebene Belehrung nach § 52 Abs. 3 StPO und ebenso

---

[338] *von Beling*, JW 1924, 1001 f.

[339] Ebenso: *Otto*, NStZ 1991, 220, 221

die fehlende Zustimmung nach § 52 Abs. 2 StPO rügen[340]. Der Große Senat für Strafsachen[341] hatte dieses Ergebnis in seiner Entscheidung zur unterbliebenen Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO damit erklärt, daß die Verletzung von § 52 Abs. 3 StPO, anders als jene von § 55 Abs. 2 StPO, auch den Rechtskreis des Angeklagten berühre[342]. Dem ist im Hinblick auf den Schutzumfang von Art. 6 GG und dem nach der Rechtsprechung von § 52 StPO verfolgten Zweck, *„das familiäre Verhältnis, den Familienfrieden,"*[343] zu wahren, Recht zu geben. Der nichtangehörige Mitangeklagte wird von dieser Zweckbestimmung jedoch nicht erfaßt, da er in keinem familiären Verhältnis zum Zeugen steht. Dennoch kommt er in den Genuß nicht nur des Zeugnisverweigerungsrechts, sondern auch des Verwertungsverbots, soweit der abzuklärende Sachverhalt auch den Angehörigen betrifft[344]. Da die Wirkung nicht aus dem Schutzzweck von § 52 Abs. 1 StPO gefolgert werden kann, hat der Bundesgerichtshof sie als Reflex bezeichnet[345]. Daß es sich hierbei um einen verfahrensrechtlichen, formellen Reflex handelt, zeigt die Argumentation, mit welcher der Bundesgerichtshof in BGHSt 38, 96 den Reflex auf das gebotene Maß beschränkt:

Die Richter betrachteten die Rechtslage für den verweigerungsberechtigten Zeugen in getrennten und in verbundenen Verfahren. Wird der Zeuge im Verfahren vernommen, das auch gegen seinen Angehörigen geführt wird, so steht ihm das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 Abs. 1 StPO zur Seite. Wird er hingegen in einem Verfahren gegen einen mit ihm nicht verwandten Beschuldigten vernommen, so kann er Angaben,

---

340 BGHSt 14, 159, 160; 23, 221, 223; BGH StV 1981, 4; BGH NStZ 1990, 25; BGH NStZ-RR 1996, 106; KK-*Senge*, § 52 Rdnr. 48; *Meyer-Goßner*, Rdnr. 34; LR-*Dahs*, Rdnr. 54; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 36;

341 BGHSt 11, 213, 216

342 *„Aus übergeordneten Gründen, nicht nur wegen es Gewissenskonflikts des Zeugen, sondern auch zum Schutze der Familie des Angeklagten, soll es im Ermessen des Zeugen liegen, ob er aussagen will oder nicht. Der Rechtskreis des Angeklagten wird daher unmittelbar berührt, wenn sich der Zeuge infolge Rechtsunkenntnis nicht frei entscheiden kann."* (BGHSt 11, 213, 216)

343 BGHSt 38, 96, 99; 11, 213, 216; RGSt 1, 207, 208

344 BGHSt 7, 194; LR-*Dahs*, § 52 Rdnr. 20 m.w.N.

345 Gegen eine bloße Reflexwirkung: *Dahs/Langkeit*, StV 1992, 492, 493

die einen Verwandten im Sinne des § 52 Abs. 1 StPO belasten würden, gemäß § 55 Abs. 1 Alt. 2 StPO verweigern. Da der Zeuge keinen Einfluß darauf hat, welches Recht ihm zur Seite steht, hat der Bundesgerichtshof, um die Grenze der Reflexwirkung zu bestimmen, die Abweichung von § 52 StPO zu § 55 StPO betrachtet.

Während § 55 StPO dem Zeugen unabhängig von der verfahrensrechtlichen Gestaltung zu seinem und seiner Angehörigen Schutz zur Verfügung stehe, suche § 52 StPO zu vermeiden, daß jemand gezwungen wird, Teil des Verfahrens gegen seinen Angehörigen zu werden, gleich welchen Inhalts seine Aussage haben möge. Der Senat weist darauf hin, daß die Strafprozeßordnung kein allgemeines Recht gewährt, das Zeugnis dann zu verweigern, wenn es um Angehörige geht. So muß der Angehörige des Verletzten über diesen – auch über dessen Mitschuld – ebenso aussagen wie derjenige, der zur Glaubwürdigkeit eines mit ihm verwandten Zeugen befragt wird, obgleich auch solche Aussagen das familiäre Verhältnis beträchtlich zu belasten geeignet seien. § 384 Nr. 2 ZPO, der die Parallelnorm zu § 55 Abs. 1 Alt. 2 StPO (Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr der Strafverfolgung für einen Angehörigen im Sinne von § 52 Abs. 1 StPO) ist, zeige, daß der Gesetzgeber im Strafverfahren der Wahrheitsermittlung, einer umfangreicheren Aussagepflicht, den Vorzug gegeben habe, denn § 384 Nr. 2 ZPO erlaubt einem Zeugen die Auskunftsverweigerung schon dann, wenn die Beantwortung einer Frage einem Angehörigen im Sinne von § 383 Nr. 1 bis 3 ZPO zur Unehre gereichen würde.

Daraus folgert der Bundesgerichtshof, daß der Schutz der familiären Verhältnisse nur in Abhängigkeit von der prozessualen Gestaltung bestehe. Hieraus schließt der Senat sodann und zu Recht, daß § 52 StPO nur dann anzuwenden sei, wenn die Aussage in einem Verfahren erfolge, das sich zur Zeit der Aussage auch noch gegen den Angehörigen richte. Nach Verfahrenstrennung, jedenfalls aber bei rechtskräftiger Verurteilung des angehörigen Beschuldigten stünde dem Zeugen nur mehr § 55 StPO zur Seite.

> *„In diesem Fall ist das über ihn zwischen seinen Angehörigen und dem jetzigen Beschuldigten geknüpften Band so schwach geworden, daß es den empfindlichen Eingriff, den die Zeugnisverweigerung in*

*das Verfahren des noch anhängigen Beschuldigten bedeutet, nicht mehr rechtfertigt*"[346].

Überdies verweist der Senat darauf, daß bei getrennten Verfahren die Angaben eines Zeugen in dem Verfahren gegen den Nichtangehörigen, in aller Regel im Verfahren gegen den Angehörigen nicht verwertbar seien[347], da der Verlesung der Aussage § 252 StPO entgegensteht, denn der Zeuge wird im Verfahren gegen den Nicht-Angehörigen nicht nach § 52 Abs. 1 StPO belehrt.

Quintessenz der Entscheidung ist, daß allein die verfahrensrechtliche Gemeinsamkeit die Schutzwirkung eines Rechts auf einen materiell hiervon nicht geschützten Mitbeschuldigten erstreckt und damit einen verfahrensrechtlichen Schutzbereich begründet. In Abgrenzung zu dem oben dargestellten materiellen Reflex, bei dem ein Nichtgeschützter unabhängig von seiner verfahrensrechtlichen Stellung von dem Schutzkreis eines ihn nicht betreffenden Rechts reflexartig erfaßt wird, kann der aufgrund von Verfahrensgemeinsamkeit vom Bundesgerichtshof konstatierte Reflex als formeller Reflex bezeichnet werden.

Der Bundesgerichtshof hat die Reflex-Entscheidung bestätigt bzw. weitergeführt. Im Fall des Todes desjenigen Mitbeschuldigten, der als Angehöriger eines Zeugen diesem zum Verweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 StPO verhilft, entfällt die Wirkung des Verwertungsverbot für den mit dem Zeugen nicht verwandten verbliebenen Mitbeschuldigten[348].

### 3. Das Verwertungsverbot und seine Reichweite bei Verletzung von §§ 53, 53a StPO

#### a) Zur Entstehung des Verwertungsverbot bei Verletzung von §§ 53, 53a StPO

Das Beweiserhebungsverbot der §§ 53, 53a StPO hängt, anders als das des § 52 StPO nicht von der Beziehung des Zeugen zum Angeklagten,

---

[346] BGHSt 38, 96, 101

[347] So schon BGH NJW 1974, 758

[348] BGH NStZ 1992, 291

sondern allein vom Vernehmungsgegenstand ab. Anders als § 52 StPO benötigen die Geheimnisschutznormen der §§ 53, 53a StPO daher nicht die Verfahrengemeinsamkeit, um für nicht geschützte Beschuldigte zu wirken. Da die §§ 53, 53a StPO davor schützen, daß ein Geheimnis an die Öffentlichkeit gebracht wird, bleibt die Information für das Strafverfahren unerreichbar, soweit der Berufsgeheimnisträger seine Schweigepflicht nicht bricht. Verweigert beispielsweise der von seiner Schweigepflicht nicht entbundene Arzt des Tatopfers die Aussage, so wird der Beschuldigte, der außerhalb der Geheimsphäre von Patient und Arzt steht, daher aufgrund eines materiellen Reflexes von der Wirkung der §§ 53, 53a StPO erfaßt. Kein Verwertungsverbot entsteht jedoch nach Ansicht der Rechtsprechung dann, wenn der Geheimnisträger entgegen § 203 StGB seine Schweigepflicht bricht[349].

Dem hat die Literatur entgegengehalten, daß der Zeuge vor Gericht kein Gehör finden dürfe, der entgegen § 203 StGB seine Schweigepflicht bricht, da nur dann das von § 203 StGB und § 53 Abs. 1 StPO geschützte Vertrauensverhältnis aufgebaut werden könne[350]. Dem ist jedoch aus verschiedenen Gründen zu widersprechen. Zuerst stellt § 53 Abs. 1 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zur Verfügung und legt dem Berufsgeheimnisträger damit, anders als § 203 StGB, keine Schweigepflicht auf. Das Verweigerungsrecht erstarkt auch nicht in Verbindung mit § 203 StGB zur Pflicht, denn diese Auslegung wäre nur dann berechtigt, wenn dem Gesetzgeber zu unterstellen wäre, daß er § 203 StGB in Bezug auf § 53 StPO übersehen hat, oder trotz § 203 StGB, der ohnehin nur die *unbefugte* Offenbarung unter Strafe stellt, nicht gewillt war, ein Aussageverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu schaffen. Ist daher davon auszugehen, daß § 53 StPO dem Zeugen frei stellt auszusagen, so wäre es inkonsequent, die Aussage nicht zur Kenntnis zu nehmen.

Überdies gesteht § 53 StPO zwar bestimmten von § 203 StGB erfaßten Personen eine Wahl darüber zu, ob sie aussagen wollen, nicht jedoch al-

---

[349] BGHSt 9, 59; 15, 200, 202; 18, 146, 147; 42, 73, 76; BGH MDR 1980, 815

[350] *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 462; *Freund*, GA 1993, 49, 56 ff.; *Haffke*, GA 1973, 65 ff.; *Lenckner*, NJW 1965, 321, 326 f.; *Ranft*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 536; *Rüping*, Das Strafverfahren, Rdnr. 490

len, z.B. nicht den in § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Angehörigen von staatlich anerkannten Heilberufen. D.h., ein Physiotherapeut, der gemäß § 15 MPhG einen staatlich anerkannten Heilberuf ausübt, ist zwar nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB schweigeverpflichtet, aber in einem Strafverfahren keineswegs berechtigt das Zeugnis zu verweigern (§ 53 Abs. 1 StPO). Freilich ist denkbar, daß der Physiotherapeut als Berufshelfer eines Arztes tätig wird und damit von § 53a Abs. 1 Satz 1 StPO erfaßt wird, zwangsläufig ist das jedoch nicht. Wenn ein selbständiger Physiotherapeut gezwungen ist in einem Strafverfahren auszusagen, dann darf er sich wegen der Einheitlichkeit der Rechtsordnung nicht gleichzeitig wegen eines Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar machen. Aus dem Fehlen eines Zeugnisverweigerungsrechts ist somit für ihn die Befugnis zu folgern, das grundsätzlich geschützte Geheimnis zu offenbaren. Der Umkehrschluß aus dem Umstand, das bestimmten Berufsgeheimnisträger ein Zeugnisverweigerungsrecht zur Verfügung steht und für diese folglich die Befugnis zur Offenbarung entfällt, kann nicht gezogen werden, da ein Verweigerungsrecht und keine Pflicht in § 53 StPO normiert ist. Deshalb gilt auch für die von § 53 Abs. 1 StPO erfaßten Berufsgeheimnisträger, daß sie ein Geheimnis befugt offenbaren, wenn sie sich zur Aussage entschließen.

Selbst wenn die Aussage unbefugt im Sinne des § 203 StGB wäre, so ist doch aus einem rechtswidrigen Verhalten gerade nicht auf die Unverwertbarkeit zu schließen. Zwar kann der von der Literatur weit gefaßte Schutzzweck die Annahme eines Verwertungsverbots rechtfertigen. Allerdings stellt der Schutzzweck nur eines von verschiedenen Kriterien für oder gegen den Schluß auf ein Beweisverwertungsverbot bzw. einen Folgenbeseitigungsanspruch dar. Den weiten Schutzzweck von § 53 StPO unterstellt, widerspräche ein Verwertungsverbot der Systematik der Geheimnisschutznormen: Zunächst folgt daraus, daß ein privater Dritter sich falsch verhält, zum einen dann ein Verwertungsverbot, wenn ein besonders krasser Verstoß gegen die Menschenwürde vorliegt (siehe oben Seite 68). Das ist beim Bruch der Schweigepflicht sicher nicht der Fall. Zum anderen ist ein Verwertungsverbot denkbar, wenn sich der Staat die Verhaltensweise des Privaten zurechnen lassen muß (siehe oben Seite 68). Für eine Zurechnung reicht es aber nicht aus, daß das Gericht den Beweis nur verwertet. Soweit die Rechtsprechung gelegentlich

fälschlich von einer Zurechnung wegen der Verwertung spricht[351], tragen diese Erwägungen die Entscheidung nicht. In der Entscheidung BGHSt 14, 398 hat der Senat die Zurechnung im Ergebnis nicht auf die unzulässige Art und Weise der Beweiserlangung gestützt, sondern auf den materiellen Kern des durch die Beweiserlangung verletzten Rechts. Darin ging es um die Aufzeichnung von Telefongesprächen, wobei die telefonische Kontaktaufnahme unproblematisch zulässig war. In Frage stand die Verwertung des Tonbandmitschnitts. Das auf einem Tonband aufgenommene Wort des Menschen ist jedoch von diesem losgelöst und zu einem Gegenstand verselbständigt, so daß ein Stück seiner Persönlichkeit als eine veräußerliche Sache erscheint. Dürften sich andere ohne oder gar gegen den Willen des Betroffenen fremder Persönlichkeitswerte bemächtigen und über sie nach ihrem Belieben verfügen, so wäre das nach Ansicht des Bundesgerichtshofs entwürdigend [352]. In ähnlicher Weise verbietet das Bundesverfassungsgericht die Verwertung von heimlich aufgenommenen Gesprächen ohne oder gegen den erklärten Willen des Sprechers[353]. Nicht erfaßt wird jedoch die Aussage des Telekommunikationspartners über das unzulässig aufgezeichnete Gespräch[354].

Auch in der ersten Tagebuch-Entscheidung hat der Bundesgerichtshof nicht auf die Unterschlagung der Tagebücher abgestellt, die der Übersendung an die Staatsanwaltschaft vorausging, sondern allein auf den Umstand, daß es sich um Tagebuchaufzeichnungen handelte, und diese auch nicht für absolut unverwertbar gehalten, sondern eine Verhältnismäßigkeitsabwägung vorgenommen[355]. Nichts anderes gilt für unzulässig erstellte, aber zulässigerweise beschlagnahme Tonbänder, wie der Bundesgerichtshof in diversen Entscheidungen[356] unter Verweis auf das

---

[351] BGHSt 14, 358; LR-*Hanack*, § 136a Rdnr. 10

[352] BGHSt 14, 358, 360

[353] BVerfG, 1 BvR 1611/96 und 805/98 – Beschluss vom 9. Oktober 2002 Absatz-Nr. 31 f.

[354] BVerfG, 1 BvR 1611/96 und 805/98 – Beschluss vom 9. Oktober 2002, passim

[355] BGHSt 19, 325, 331

[356] BGHSt 27, 355, 357; 34, 397, 399; 36, 167, 173

Bundesverfassungsgericht[357] und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte[358] feststellt.

Wenn folglich Beweise, die von Privaten unter Verstoß gegen Normen erlangt wurden, nur in Ausnahmefällen nicht verwertet werden dürfen, dann muß dies auch im Rahmen von § 53 StPO gelten. Dabei fällt ins Gewicht, daß sich der die Schweigepflicht verletzende Geheimnisträger lediglich eines Vergehens (§ 203 StGB) schuldig macht, so daß eine Verhältnismäßigkeitsabwägung häufig zugunsten des Aufklärungsinteresses ausfallen wird, vor allem in Fällen schwerer Kriminalität.

Sagt der Geheimnisträger aus, so ist die Aussage also verwertbar. Ein Verwertungsverbot entsteht demzufolge nur in den Fälle der unrichtigen Belehrung[359] und bei unrichtigem Hinweis auf eine Entbindung nach § 53 Abs. 2 StPO[360], da der Staat damit die Aussageentscheidung in unlauterer Weise beeinflußt. Die Beschuldigten haben also keinen Anspruch auf Wahrung des Geheimnisses, sondern allein darauf, daß von Seiten des Gerichts eine unzulässige Einflußnahme auf den Geheimnisträger stattfindet.

> *„Von Ausnahmen abgesehen, in denen es die gerichtliche Fürsorgepflicht gebieten kann, den Arzt über offensichtliche Irrtümer aufzuklären (…), hat sich das Gericht jeder Einflußnahme auf die Entscheidung des Zeugnisverweigerungsberechtigten zu enthalten (…). vor allem darf eine Einmischung nicht durch falsche Hinweise erfolgen, die dem Zeugen die Wahlmöglichkeit zwischen Aussage und Aussageverweigerung von vornherein abschneiden“*[361].

---

[357] BVerfG, 1 BvR 1611/96 und 805/98 – Beschluss vom 9. Oktober 2002 Absatz-Nr. 60 f.; BVerfGE 34, 238 ff.

[358] EGMR NJW 1989, 654 ff.

[359] BGHSt 33, 148

[360] BGHSt 42, 73

[361] BGHSt 42, 73, 76

### b) Zur Reichweite des nach Verletzung von §§ 53, 53a StPO entstandenen Verwertungsverbots

Die personelle Reichweite des nach Verletzung von §§ 53, 53a StPO entstandenen Verwertungsverbots hatte der Bundesgerichtshof im oben Seite 64 geschilderten Fall „Des einen Freud, des anderen Leid" zu beurteilen. Seine Begründung ist insbesondere wegen der Abgrenzung zu § 55 StPO von Interesse.

Der Angeklagte M. hatte den von einem Schuß verletzten Mitangeklagten L. zum Krankenhaus gebracht, wo eine später als Zeugin benannte Nachtschwester Dienst tat. Der Chefarzt des Krankenhauses, den L. nicht von der Schweigepflicht entband, hatte seinerseits die Nachtschwester nicht von der Schweigepflicht der Berufshelfer (§ 53a StPO) entbunden.

Der Bundesgerichtshof[362] bezog den Mitangeklagten M. in das für den verletzten Angeklagten bestehende Erhebungsverbot mit ein und begründete seine Entscheidung mit dem Gegenstand des Schweigerechts. Ob es sich um eine Tatsache handle, die dem Zeugen in seiner beruflichen Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden sei, könne für ein und denselben Vernehmungsgegenstand nur einheitlich beurteilt werden. Das Weigerungsrecht sei unteilbar und entfalle nicht etwa mit Bezug auf bestimmte Personen.

Zu Recht folgert der Bundesgerichtshof aus diesen zutreffenden Erwägungen, daß Verstöße gegen die §§ 53, 53a StPO ohne Rücksicht darauf gerügt werden können, ob der Beschwerdeführer selbst zu den durch das Zeugnisverweigerungsrecht unmittelbar geschützten Personen gehört. Weil die §§ 53, 53a StPO aber ebenso wenig zum Rechtskreis des Beschwerdeführers gehören wie § 55 StPO, stellt sich der entscheidende Senat die Frage, ob die Verletzung von §§ 53, 53a StPO tatsächlich anders zu behandeln ist, als die Verletzung von 55 Abs. 2 StPO. Der Senat hat die Anwendung der Rechtskreistheorie mit einer schwachen Begründung abgelehnt:

---

[362] BGHSt 33, 148

„*Die dafür* (gemeint ist die Rechtskreistheorie – Anm. d. Verf.) *maßgebenden Erwägungen sind aber keiner den Regelungsbereich der §§ 53, 53a StPO einbeziehenden Verallgemeinerung und Erweiterung zugänglich. Für Verstöße gegen diese Bestimmungen bewendet es bei dem Grundsatz, daß jeder Angeklagte einen Anspruch auf prozeßordnungsgemäßes Verfahren hat, also regelmäßig die Beachtung der Verfahrensvorschriften verlangen und ihre Verletzung mit der Revision rügen kann*“[363].

Bestätigt fühlt sich der Senat durchaus zu Recht durch einen andernfalls entstehenden Wertungswiderspruch zur ständigen Rechtssprechung, wonach eine Verletzung des § 52 StPO auch dann mit der Revision gerügt werden kann, wenn der ohne Belehrung über sein Weigerungsrecht vernommene Zeuge lediglich Angehöriger eines Mitbeschuldigten ist, und damit zu dem Beschwerdeführer gerade nicht in dem das Zeugnisverweigerungsrecht begründenden Verhältnis steht[364]. Dieser zutreffend erkannte Wertungswiderspruch vermag jedoch nicht erklären, weshalb die Rechtskreistheorie keine Anwendung findet. Nachfolgend sollen daher die §§ 53, 53a, 55 StPO daraufhin untersucht werden, ob das aus ihnen folgende Verwertungsverbot die selbe Reichweite haben muß und demzufolge die Rechtskreistheorie verfehlt ist. Hierzu ist zunächst auf die Argumente in der Entscheidung zu §§ 53, 53a StPO einzugehen:

### aa) Strukturelle und inhaltliche Unterschiede von §§ 53, 53a StPO zu § 55 StPO

Ein mögliches, wenngleich unjuristisches Kriterium zwischen §§ 53, 53a StPO und § 55 StPO zu differenzieren wäre die Sozialwerthaftigkeit[365] des Schweigerechts. Denn während im Falle der §§ 53, 53a StPO der Schweigende ein sozial hoch angesehener Berufsgeheimnisträger ist, ist im Anwendungsbereich des *nemo tenetur* der Schweigende der mögliche Straftäter. Die Überlegung greift jedoch zu kurz, weil die Schweigebefugnis des Berufsgeheimnisträgers in den Fällen, in welchen er Wissen

---

[363] BGHSt 33, 148, 154

[364] BGHSt 7, 194, 196 f.; 27, 139, 141; BGH NStZ 1984, 176 Nr. 19

[365] Begriff von *Eb. Schmidt*, NJW 1962, 1745, 1748; verwendet auch von *Haffke*, GA 1973, 65

über einen mutmaßlichen Straftäter hat, nichts anderes darstellt, als die Verlängerungen des Schweigerechts aus dem *nemo tenetur* Grundsatz. Das Schweigerecht des Berufsgeheimnisträgers ist daher in diesen Fällen im Ergebnis sozial nicht höher anzusehen als das des noch dazu nur mutmaßlichen Straftäters.

Abgesehen davon würde die Annahme, *nemo tenetur* schütze nur den Täter, gegen die Unschuldsvermutung verstoßen. Zwar ist Grund für die Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO, daß das Gericht einen Verdacht gegen den Zeugen hegt – Pauschalbelehrungen sollten daher vermieden werden[366]. Aber ein Verdacht kann sich auch gegen einen Unschuldigen richten.

Allerdings gewähren §§ 53, 53a StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht, wohingegen § 55 StPO lediglich ein Auskunftsverweigerungsrecht gewährt. Das hat zur Folge, daß sich der Zeugnisverweigerungsberechtigte wie gesehen vollständig als Beweismittel ausschließen kann, während der Auskunftsverweigerungsberechtigte nur das Recht hat, einzelne Fragen unbeantwortet zu lassen. Dieser Unterschied ist aber nicht wesentlich, da sich das Auskunftsverweigerungsrecht, *„wie meist bei Tatbeteiligten“*[367], praktisch zum Recht die gesamte Aussage zu verweigern, verdichten kann[368].

Schließlich können aus dem Schweigen aufgrund von § 55 StPO im Gegensatz zu dem des Berufsgeheimnisträgers nach § 53 StPO auch nachteilige Schlüsse gezogen werden[369]. Dies gilt jedoch nur, soweit sich die Motivation für die Wahrnehmung des Schweigerechts aufklären läßt[370]. Diese Motivation ist jedoch regelmäßig nicht eindeutig aufklärbar, so daß Schlüsse zugunsten des Angeklagten näher liegen als solche

---

366 *Meyer-Goßner*, § 55 Rdnr. 14

367 *Meyer-Goßner*, § 55 Rdnr. 2

368 *Meyer-Goßner*, § 55 Rdnr. 2; ANM, S. 450; BGHSt 10, 104; 17, 245, 247

369 a.A. *Geerds*, FS für Stock, S. 180

370 BGHSt 38, 302, 304 m.w.N.; BGH StV 1984, 233; KK-*Engelhardt*, § 261 Rdnr. 43; *Meyer-Goßner*, § 261 Rdnr. 20; KMR-*Stuckenberg*, § 261 Rdnr. 63; LR-*Gollwitzer*, § 261 Rdnr. 87 f.; SK-*Schlüchter*, § 261 Rdnr. 46; LR-*Dahs*, § 55 Rdnr. 21; a.A. KK-*Senge*, § 55 Rdnr. 16

zu ungunsten[371]. Da dem Angeklagten günstige Schlüsse auch bei Wahrnehmung des Schweigerechts aus §§ 52 Abs. 1, 53 und 53a StPO gezogen werden dürfen[372], unterscheiden sich die Folgen des Schweigens aus §§ 52, 53, 53a StPO nicht von jenen des § 55 StPO.

Zuletzt könnte der staatlich veranlaßte Rechtsbruch als Ansatz für eine Differenzierung dienen: Während der auskunftsverweigerungsberechtigte Zeuge selbst entscheidet, ob er Angaben macht oder nicht, macht sich die überwiegende Anzahl der in § 53 StPO genannten Berufsgeheimnisträger wegen Geheimnisverrats strafbar, wenn sie Angaben machen, ohne von der Schweigepflicht entbunden zu sein. Nachdem aber nicht alle in § 53 Abs. 1 StPO genannten Personengruppen schweigepflichtig sind, sondern nur die in § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3a StPO Genannten, versagt auch dieses Differenzierungskriterium.

Der einzige Unterschied zwischen den §§ 53, 53a und 55 StPO ist, daß das Recht aus §§ 53, 53a StPO nie, auch nicht durch den Tod desjenigen untergeht, der dem Zeugnisverweigerungsberechtigten das Geheimnis anvertraut hat (Geheimnisgeber)[373], wohingegen das Recht aus § 55 StPO die Gefahr einer Strafverfolgung voraussetzt, und damit entfällt, wenn die Gefahr z.B. aufgrund rechtskräftiger Aburteilung nicht mehr besteht. Da dies nach der Reflexrechtsprechung aber gerade auch für § 52 StPO im Hinblick auf den Mitbeschuldigten, der nicht in den Rechtskreis eingebunden ist, gilt, vermag auch dieser Unterschied in der Lebensdauer des Verwertungsverbots die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Differenzierung nicht zu tragen.

### bb) Prozessuale Bedeutung des Zeugnis- und des Auskunftsverweigerungsrechts

Der Bundesgerichtshof begründet sein Ergebnis und demgemäß auch die Nichtanwendung der Rechtskreistheorie damit, daß es der prozessualen Bedeutung der §§ 53, 53a StPO nicht gerecht werden würde, wenn in Fällen, in denen die vom Zeugnisverweigerungsrecht umfaßten Tatsa-

---

[371] *Meyer-Goßner*, § 261 Rdnr. 20 m.w.N.; LR-*Gollwitzer*, § 261 Rdnr. 87 f.

[372] *Meyer-Goßner*, § 261 Rdnr. 20; LR-*Gollwitzer*, § 261 Rdnr. 87; BGH NStZ 1994, 94

[373] *Meyer-Goßner*, § 53 Rdnr. 10 m.w.N.

chen das Geheimhaltungsinteresse eines Dritten beträfen, die Verletzung folgenlos bliebe[374].

Die Bedeutung von Verfahrensnormen ist nicht geeignet, die Reichweite von Verwertungsverboten zu begrenzen. Vielmehr scheint die „Bedeutung" von Verfahrensnormen Einfallstor für alle möglichen Erwägungen zu sein. Wird die Strafprozeßordnung als Ausführungsgesetz zum Grundgesetz betrachtet[375], ist eher auf eine Gleichrangigkeit aller Normen zu schließen, als darauf, daß der Gesetzgeber Überflüssiges und Unwichtiges (sog. Ordnungsvorschriften) kodifiziert hätte. Werden die Beweiserhebungsnormen auf jene Grundrechte zurückgeführt, aus denen sie herrühren, so kann allerdings durchaus eine Abstufung vorgenommen werden. Dabei ist § 136a StPO, da er im Menschenwürdegrundsatz verwurzelt ist, als auf höherer Stufe stehend anzusehen, als jene Erhebungsverbote, die in Spezialgrundrechten fußen, wie z.B. § 100a StPO, oder die im Auffanggrundrecht der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verankert sind. Selbst wenn zwischen der Verhaftung in Spezialgrundrechten und derjenigen im Auffanggrundrecht wertmäßig zu differenzieren wäre, ergäbe sich daraus doch kein Anhaltspunkt dafür, ein aus der Handlungsfreiheit herrührendes Erhebungsverbot so gering zu schätzen, daß seine Verletzung unbeachtlich wäre.

Demnach ist auch die Verletzung von § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO, also des *Nemo-tenetur*-Rechts, keinesfalls von geringer Bedeutung. Das belegen wiederholt Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts[376], die den Grundsatz des *nemo tenetur* als Ausfluß der Handlungsfreiheit, des Persönlichkeitsrechts sowie der Menschenwürde (sic!) angesehen und damit aus dem Kreis der allein in Art. 2 Abs. 1 GG anzusiedelnden Rechte herausgehoben haben.

---

[374] BGHSt 33, 148, 153

[375] BVerfGE 6, 389, 433; BGHSt 19, 325, 330

[376] BVerfGE 38, 105, 113; 56, 37, 41 f.; BVerfG, 2 BvR 510/96 vom 16. November 1998 Absatz-Nr. 7-9

### cc) Anspruch auf ein prozeßordnungsgemäßes Verfahren als Grundlage für ein Verwertungsverbot

Der Bundesgerichtshof möchte das Verwertungsverbot für den nicht unmittelbar von § 53 Abs. 1 StPO Geschützten aus dem Anspruch auf ein *prozeßordnungsgemäßes* Verfahren folgern[377]. Ob er sich mit dieser Meinung in Widerspruch zur Rechtskreistheorie setzt, die in der Verletzung der Rechte Dritter nicht zugleich einen Verstoß gegen den Anspruch auf ein *prozeßordnungsgemäßes* Verfahren für den Angeklagten sieht, setzt voraus, daß die Verletzung des Anspruchs auf ein prozeßordnungsgemäßes Verfahren überhaupt ein Verwertungsverbot zu begründen vermag. Der Bundesgerichtshof teilt nämlich in seiner Entscheidung schon nicht mit, woraus dieser Anspruch herzuleiten sein soll.

Ein Anspruch darauf, jede Verletzung der Strafprozeßordnung rügen zu können, besteht nach der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung gerade nicht und wäre auch unverhältnismäßig.

In Betracht käme, den Anspruch auf ein *prozeßordnungsgemäßes* Verfahren dem Anspruch auf ein faires Verfahren zu entnehmen. Eine nähere Untersuchung ergibt indes, daß auch dieser nicht geeignet ist, ein unselbständiges[378] Verwertungsverbot zu tragen.

Als Grundlage für den Anspruch auf ein *fair trial* kommt zuerst Art. 6 MRK in Frage[379]. Indessen lehnt es der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ab, die nach nationalem Recht rechtswidrig erlangten Beweismittel wegen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 MRK grundsätzlich als unzulässig anzusehen[380].

---

[377] Ebenso BGHSt 42, 73, 76

[378] *Beulke*, Festschrift für Rieß, S. 6; *Klug*, 46. DJT Band II F 60; *Küpper*, JZ 1990, 416, 417; *Widmaier*, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, S. 31

[379] *Beulke*, JuS 1997, 1072, 1075 sieht den *Fair-trial*-Anspruch allerdings als mögliche Grundlage für ein selbständiges Verwertungsverbot an. Dem ist unter der Prämisse zuzustimmen, daß nicht schon in der Verwertung eines Beweises, der unter Verletzung einer formellen Norm erlangt wurde, ein Verstoß gegen den *Fair-trial*-Grundsatz zu sehen ist, da sonst jede Prozeßrechtswidrigkeit zu einem Verwertungsverbot führen würde.

[380] EGMR EuGRZ 1988, 390, 394 Absatz-Nr. 46; allerdings hatten vier der Richter in einem Sondervotum die Verletzung von Art. 6 Abs. 1 MRK bejaht; EGMR

*„Keine der Bestimmungen der Konvention (verlangt) ausdrücklich, daß nach nationalem Recht rechtswidrig erlangte Beweismittel nicht zugelassen werden dürften. Der Gerichtshof kann daher nicht grundsätzlich und abstrakt ausschließen, daß rechtswidrig erlangte Beweismittel wie im vorliegenden Fall zulässig sein können. Er hat allein zu prüfen, ob das Strafverfahren (…) insgesamt fair war*"[381].

Im Grundgesetz wird das Recht auf ein faires Verfahren als eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) angesehen, teilweise wird auch der Menschenwürdegrundsatz zitiert[382]. Das Rechtsstaatsprinzip enthält jedoch keine in allen Einzelheiten bestimmten Gebote und Verbote, bedarf vielmehr je nach sachlicher Gegebenheit der Konkretisierung[383]. Demnach können aus ihm keine allgemeinen Schlüsse für das Entstehen und die Reichweite von Beweisverwertungsverboten gezogen werden.

Zudem hat der Bundesgerichtshof auch das Schweigerecht des Beschuldigten gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO *„aus den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen, fairen Verfahrens"*[384] hergeleitet. Wenn aber der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Verfahren die Grundlage für die Beweiserhebungsnorm ist, so kann die Frage, ob aus der Verletzung dieser Beweiserhebungsnorm ein Verwertungsverbot folgt, nicht mittels des Anspruchs auf ein rechtsstaatlich, faires Verfahren beantwortet werden, da dies eine petitio principii wäre.

Auch § 244 StPO hilft nicht weiter: In § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO heißt es zwar: *„Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist."* Dem entnahm schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts[385] und später jene des Bundesgerichtshofs[386], das Recht für alle

---

vom 23. April 1997 (van Mechelen u.a.) StV 1997, 617; Frowein/Peukert, Art. 6 Rdnr. 99

[381] EGMR, EuGRZ 1988, 390, 394 Absatz-Nr. 46

[382] *Beulke*, Festschrift für Rieß, S. 6

[383] *Beulke*, JuS 1997, 1072, 1075; Leibholz/Rinck/Hesselberger, Art. 20 Rz. 1232; Höpfel/Huber-*Rogall*, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 129; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbot, S. 56 f.

[384] BGHSt 25, 325, 330

[385] RGSt 57, 63, 64 f.; 71, 21, 23

Angeklagten, zu verlangen, daß unzulässige Vernehmungen unterbleiben. Sollte aus § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO auf ein Verwertungsverbot geschlossen werden, würde aber erneut eine petitio principii vorliegen, denn die Frage, welche Beweiserhebung unzulässig ist, läßt sich daraus nicht beantworten.

Damit steht fest, daß der Anspruch auf ein *prozeßordnungsgemäßes* Verfahren kein Verwertungsverbot zu begründen vermag. So, wie der Bundesgerichtshof diesen Anspruch versteht, müßte jede Verletzung fremder Rechte zu einer relevante Betroffenheit des Angeklagten führen. Das ist, wie bereits gesehen, ebenso wie die Begründungen des Bundesgerichtshofs falsch. Entscheidend für die Reichweite ist allein der schon eingangs (oben Seite 107) dargestellte Umstand, daß die §§ 53, 53a StPO ebenso wie § 51 Abs. 1 BZRG unabhängig von einer verfahrensrechtlichen Stellung bestehen und verhindern solle, das geschütztes Wissen überhaupt an die Öffentlichkeit gelangt. §§ 53, 53a StPO beinhalten folglich einen materiellen Reflex.

### c) Rechtskreiserweiterung durch Kombination mehrerer Zeugnisverweigerungsrechte

Der Bundesgerichtshof begründet im Fall „Zeugnisverweigerung im Doppelpack“ (oben Seite 65) das Verwertungsverbot aus der unzutreffenden Belehrung eines Arztes, er sei von seiner ärztlichen Schweigepflicht entbunden (§ 53 Abs. 2 StPO), der eben besprochenen Entscheidung folgend, mit dem Recht des Angeklagten auf ein prozeßordnungsgemäßes Verfahren[387]. Die Unanwendbarkeit der Rechtskreistheorie bleibt wiederum ein Postulat[388]. Nähere Begründungen zum Anspruch auf ein prozeßordnungsgemäßes Verfahren finden sich in der Entscheidung nicht.

Interessant an dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ist, daß die Argumentation aus dem zuvor dargestellten Nachtschwester-Fall ohne Not übernommen wurde. Bei der hier zu entscheidenden Konstel-

---

[386] BGHSt 9, 59, 60

[387] BGHSt 42, 73, 77

[388] BGHSt 42, 73, 77

lation hätte auch auf Basis der Rechtskreistheorie durchaus ein Verwertungsverbot bejaht werden können: Die herrschende Meinung[389] folgert nämlich aus der unterlassenen Belehrung nach § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO ein Verwertungsverbot zugunsten des angehörigen Angeklagten, da auch dessen Rechte verletzt sind. Wird nun diese Reichweite des Verwertungsverbots aus § 52 Abs. 1 StPO mit dem in der Rechtsprechung angenommenen Schutzzweck des § 53 StPO verknüpft, d.h. verknüpft man die beiden geschützten Kommunikationssphären (Familie und Arztgeheimnis) miteinander, so ergibt sich, daß die Einflußnahme auf die Aussage eines Berufsgeheimnisträgers nicht nur die Rechte desjenigen verletzt, der mit dem Berufsgeheimnisträger in einer geschützten Kommunikationssphäre steht (Geheimnisgeber), sondern auch die Rechte des Angeklagten, wenn dieser mit dem Geheimnisgeber verwandt ist, denn § 52 Abs. 1 StPO erweitert die Geheimschutzsphäre von § 53 StPO. Der Bundesgerichtshof stellt in dieser Entscheidung indes nicht hierauf ab, sondern auf den Verstoß gegen das Recht auf ein *prozeßordnungsgemäße* Verfahren. Dieses Argument trägt, wie eben dargelegt, nicht, sondern steht im Widerspruch zur Rechtskreistheorie. Fraglich ist, ob mit diesen Entscheidungen, auch wenn ihre Begründung fehl geht, die Rechtskreistheorie widerlegt ist.

### 4. Zur Reichweite des Verwertungsverbots bei Verletzung des *Nemo-tenetur*-Grundsatzes

Der *Nemo-tenetur*-Grundsatz ist in der Strafprozeßordnung sowohl durch das Schweigerecht des Beschuldigten (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO), als auch durch das Auskunftsverweigerungsrecht (§ 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO) geschützt. Da sich gezeigt hat, daß unselbständige Verwertungsverbote auf die Verletzung von Erhebungsverboten zurückzuführen sind, ist davon auszugehen, daß Verwertungsverbote, die im Zusammenhang mit der Verletzung des *Nemo-tenetur*-Grundsatzes stehen, zumindest in materieller Hinsicht eine identische Reichweite haben. Die

---

[389] BGHSt 14, 159, 160; 23, 221, 223; BGH NStZ-RR 1996, 106; *Beulke*, Strafprozeßrecht Rn. 461; *Fezer*, JuS 1978, 330; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537; *Meyer-Goßner* § 52 Rdnr. 32; *Michaelis*, NJW 1969, 730, 731; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1, 36; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 32; SK-*Schlüchter*, § 252 Rn. 30

Reichweite des Verwertungsverbots infolge der Verletzung von § 55 Abs. 2 StPO hat der Große Senat für Strafsachen in der Entscheidung bestimmt, die als sog. Rechtskreistheorie in die Literatur Eingang gefunden hat. Ob diese häufig kritisierte Theorie richtig ist und ob sie auch für Verletzung von § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO Anwendung findet, gilt es abzuklären.

### a) Die Rechtskreistheorie des Großen Senats für Strafsachen – zur Reichweite eines Verwertungsverbots aus der Verletzung von § 55 StPO

Der Große Senat für Strafsachen verneinte in seinem als Rechtskreistheorie bekannt gewordenen Beschluß die Vorlegungsfrage, ob allein die Nichtbelehrung eines Zeugen über sein Auskunftsverweigerungsrecht, ohne daß der Angeklagte die Belehrung in der Hauptverhandlung angeregt oder einen Gerichtsbeschluß darüber beantragt hatte, die Revision begründen kann, mit dem Verweis darauf, § 55 StPO diene nicht dem Schutz des Angeklagten, sondern nur dem Schutz des Zeugen[390].

Ob der Große Senat nur einen eigenen Folgenbeseitigungsanspruch des Angeklagten verneinen wollte, oder ob er auch explizit ausschließen wollte, daß der für den Zeugen bestehende Folgenbeseitigungsanspruch für den Angeklagten wirkt, ist zweifelhaft, da auf ein Verwertungsverbot des Zeugen nicht eingegangen wird. Im Ergebnis hat der Bundesgerichtshof beides verneint. Ob die Argumente Bestand haben wir nachfolgend geprüft:

#### aa) Differenzierung zwischen über- und untergeordneten Verfahrensnormen

Das erstes Argument des Großen Senats gegen ein revisibles Recht des Angeklagten ist die *„natürliche Stufung der Verfahrensvorschriften"*. Der Senat schreibt,

> *„(n)eben allgemein übergeordneten Normen, welche die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verfahrens gewährleisten (vgl. u. a. § 169 GVG; §§ 22-27, 136a, 140, 338 StPO), enthält das Strafverfahrens-*

[390] BGHSt 11, 213

> *recht Vorschriften, die nach ihrer Bedeutung und Tragweite für die Rechte der Verfahrensbeteiligten sehr verschieden zu bewerten sind (…). Nicht alle Bestimmungen – von bloßen Ordnungsvorschriften ganz abgesehen – berühren den Rechtskreis des Angeklagten in gleichem Maße*"[391].

Zunächst bestätigt der Senat hiermit die oben erarbeitete Erkenntnis, daß § 136a StPO an die Grundlagen des Verfahrens reicht. Unzutreffend ist hingegen die anderen Normen als untergeordnet anzusehen. Im übrigen ist das *Nemo-tenetur*-Recht durchaus ebenso wie § 136a StPO im Menschenwürdegrundsatz abgesichert (siehe oben Seite 115).

Darüber hinaus vermengt der Großen Senat Beschwer und Beruhen und übersieht daher, daß das Urteil auf der Verletzung von Ordnungsvorschriften regelmäßig nicht beruht[392]. Daher ist es unnötig, „Ordnungsvorschriften" von vornherein aus dem Kreis potentieller Rügerechte auszuscheiden. Anders gewendet:

> *„Eine Verfahrensvorschrift, auf deren Verletzung das Urteil möglicherweise beruhen kann, ist niemals eine bloße Ordnungsvorschrift*"[393].

Unter diesem Blickwinkel ist es sogar unzulässig, eine Rechtsverletzung auf der das Urteil beruht, als Verletzung einer „Ordnungsvorschriften" aus dem Kreis der potentiellen Rügerechte auszuscheiden.

Überdies zeigt der durch die Rechtsprechung vollzogene Wechsel in der Bewertung von § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, daß die Differenzierung zwischen Ordnungs-, Soll- und Mußvorschrift gar nicht nach dem Gehalt der Norm, sondern nach der Wirkung des Rechtsfehlers erfolgt[394]. Dies entwertet das Argument, daß es sich bei § 55 Abs. 2 StPO um eine untergeordnete Vorschrift handelt vollends.

Die Entwicklung der Rechtsprechung nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen, insbesondere die Entscheidung, welche bei

---

[391] BGHSt 11, 213, 214

[392] *Gossrau*, MDR 1958, 468, 469; *Meyer-Goßner*, § 337 Rdnr. 4

[393] RGSt 59, 362; 62, 182

[394] *Bohnert*, NStZ 1982, 5, 6

Verletzung der Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ein Verwertungsverbot anerkannt hat[395], sowie die gemeinsame Wurzel von § 136 Abs. 1 Satz 2 und § 55 StPO (das *Nemo-tenetur*-Recht) zeigen, daß es sich bei § 55 Abs. 2 StPO nicht um eine untergeordnete Vorschrift handeln kann und überführen das Argument des Großen Senats als wertlos.

### bb) Nachprüfbarkeit des Verfahrensverstoßes

Als nächstes Argument gegen einen revisiblen Rechtsverstoß führt der Große Senat einen Praktikabilitätsgrund auf: Der Annahme eines umfassenden Revisionsrügerechts stehe entgegen, daß die Möglichkeit, Verfahrensverletzungen festzustellen, für das Revisionsgericht sehr begrenzt sei, denn aus dem lediglich die wesentlichen Förmlichkeiten enthaltenden Sitzungsprotokoll würde nicht ersichtlich, zu welchem Zeitpunkt die Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO hätte erfolgen müssen, d.h. wann im Raum stand, daß der Zeuge in die Gefahr der Selbstbelastung geriet[396].

*Gossrau*[397] verwirft diese Begründung jedoch zu Recht als systematisch unbrauchbar, da Verwertungsverbote in jeder Lage des Verfahrens Geltung beanspruchen (siehe oben Seite 5), so daß es auf Besonderheiten in Revision und Hauptverhandlung nicht ankommen kann.

Zudem bestünde für Oberlandesgerichte, das Kammergericht und das Bayrische Oberste Landesgericht im Falle der Sprungrevision das Beweisproblem für den Verfahrensfehler nicht, da sich bei den Amtsgerichten der Protokollinhalt nicht auf die wesentlichen Förmlichkeiten beschränkt, sondern auch den Inhalt der Aussagen umfaßt (§ 273 Abs. 2 StPO).

Gegen das Praktikabilitätsargument spricht zudem die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Großen Senats noch nicht bestehende Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO. Auch dort ist unklar, wann aus einem Zeugen ein Beschuldigter wird, der entsprechend zu belehren

---

[395] BGHSt 11, 214

[396] BGHSt 11, 213, 214 f,

[397] *Gossrau*, MDR 1958, 468, 469; ihm folgend *Eb. Schmidt*, JZ 1958, 596, 598

ist[398]. Gleichwohl steht dieser Umstand dem Verwertungsverbot nicht im Wege. Aus Praktikabilitätsgründen kann ein Verwertungsverbot folglich nicht (mehr) versagt werden.

### cc) Notwendigkeit und daraus folgende Zulässigkeit der Verlesung der gegebenenfalls unverwertbaren Aussage

Das nächste Argument des Großen Senats gegen einen mit der Revision erfolgreich zu rügenden Rechtsfehler besagt im Ergebnis, daß ein Verwertungsverbot dann nicht besteht, wenn über es bzw. seine inhaltliche Reichweite nicht ohne Erhebung des potentiell unzulässigen Beweises entschieden werden kann[399]. Der Große Senat scheint zu meinen, daß ein Beweis zur Überprüfung, ob er verwertbar sei, eingeführt werden müsse und deshalb auch dürfe. Aus der zulässigen Einführung solle sodann auf die Zulässigkeit der Verwertung zu schließen sein.

Der Satz des Inhalts, daß alles, was zulässig eingeführt worden ist, auch verwertbar sein muß, existiert indes nicht. Es liegt in der Natur der selbständigen Verwertungsverbote, daß ihrer Erhebung keine Verbotsnorm entgegensteht, aber ihre Verwertung gleichwohl unzulässig ist. Anschaulich wird das bei unverwertbaren Tagebüchern. Zwar wirkt hier das Grundrecht zuerst als Abwehrrecht, so daß bereits die Erhebung des Beweises verboten ist. Ist aber nicht eindeutig klar, ob die vorliegende Urkunde überhaupt als Tagebuch einzuordnen ist, wird die Kenntnisnahme des Inhalts der Urkunde notwendig. Spätestens für die nach Ansicht der Rechtsprechung vorzunehmende Abwägung, ob das Tagebuch eines Beschuldigten ausnahmsweise doch verwertbar ist, ist die Kenntnisnahme des Inhalts unvermeidbar. Gleichwohl kann ein (selbständiges) Verwertungsverbot bestehen. Infolgedessen kann aus der Tatsache, daß es zulässig ist einen Beweis einzuführen, nicht geschlossen werden, daß auch dessen Verwertung zulässig ist.

Vielmehr muß an dieser Stelle gefragt werden, ob diametral zur Annahme des Großen Senats Verwertungsverbote in der Art einer Vorwirkung

---

[398] BGHSt 37, 48, 51 f.

[399] BGHSt 11, 213, 218

bereits die Ermittlung oder die Erhebung eines Beweises verbieten, wenn ihre Unverwertbarkeit abzusehen ist.

Für die Verlesung von Schriftstücken nach § 249 StPO ist das eindeutig zu bejahen[400], denn die Zulässigkeit der Verlesung wird unter anderem begrenzt von den Verwertungsverboten[401]. *Lesch*[402] folgert aus dem Verwertungsverbot des § 23 StUG nahezu selbstverständlich ein Erhebungsverbot, indem er annimmt, der Bundesbeauftragte für die Stasi-Unterlagen dürfe Abhörprotokolle, die dem Verwertungsverbot unterfallen schon nicht herausgeben. Ähnliches vertritt *Zipperer*[403] dem Landgericht Stuttgart[404] und damit *Gössel* folgend zu § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO.

Das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität hat dem Verwertungsverbot aus § 100d StPO sogar de lege lata eine Vorwirkung zugestanden[405], denn in § 100d Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Satz 1 StPO[406] heißt es:

> *„…eine Maßnahme nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 (ist auch) unzulässig, wenn zu erwarten ist, daß sämtliche aus der Maßnahme zu gewinnenden Erkenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen.“*

Der Gesetzgeber hat diese Voraussetzung *„aus strafprozessualsystematischen Erwägungen sowie aus der Verfassungsrechtslage“*[407] gefolgert, da nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit solche Erhebungen unzulässig wären, die nur zur Gewinnung unverwertbarer Erkenntnisse führen können, weil diese von vornherein ungeeignet sind, das mit einer strafprozessualen Maßnahme verfolgte Ziel der Gewinnung von verwertbaren Erkenntnissen zu erreichen.

---

[400] Generell für eine Vorwirkung: *Geppert*, JR 1988, 471, 474

[401] KK-*Diemer*, § 249 Rdnr. 6

[402] *Lesch*, NJW 2002, 3035, 3037

[403] *Zipperer*, NZI 2002, 244, 249 f.

[404] LG Stuttgart NZI 2001, 498 unter Hinweis auf *Gössel*, NStZ 1998, 126; *Richter*, wistra 2000, 1, 3

[405] LR-*Gössel*, Einl. Abschn. K Rdnr. 110

[406] Diese Norm wurde vom Verfassungsgericht als verfassungswidrig erklärt, weil sie zu eng ist (1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 177 ff.).

[407] BT-Dr. 13/9661 und 9841

Dem Bundesverfassungsgericht geht § 100d Abs. 3 Satz 2 StPO nicht einmal weit genug, da hierdurch ein Überwachungsverbot für Gespräche mit engsten Vertrauten in nicht ausreichender Weise gewährleistet würde. Zwar könne sich die Vorwirkung auch unmittelbar aus den Grundrechten ergeben, insbesondere bei einer Berührung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift nach bestünde ein Überwachungsverbot jedoch nur, wenn sämtliche Erkenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen würden. Das würde aber auch bei der Überwachung des Beschuldigten, der sich allein mit seinen engsten Familienangehörigen und Vertrauten in der Wohnung aufhält, praktisch niemals anzunehmen sein[408]. Das Verfassungsgericht verlangt jedoch:

> *„Die Ermittlungsmaßnahme muß dort unterbleiben, wo das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen mit Wahrscheinlichkeit zu einer Kernbereichsverletzung führen wird“* [409].

Für die Hauptverhandlung legt § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO eine Vorwirkung nahe. Nach § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO ist ein Beweisantrag, der auf eine unzulässige Erhebung eines Beweises abzielt, notwendigerweise zurückzuweisen. Dies gilt sowohl für Anträge der Verteidigung wie für Anträge der Staatsanwaltschaft. Soweit jedoch die Beweisaufnahme notwendig ist, um die Unzulässigkeit der Beweiserhebung festzustellen (z.B. beim Antrag auf Verlesung eines Tagebuchs), kann ein Beweisantrag nicht wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen werden, da er nicht auf eine unzulässige Beweisaufnahme, sondern auf eine Beweisaufnahme zur Feststellung der Zulässigkeit abstellt.

Damit ist das im Verhältnis zur Ansicht des Großen Senats umgekehrte Ergebnis richtig: Zulässig erhobene Beweise können unverwertbar sein, und sicher unverwertbare Beweise dürfen nicht erhoben werden[410].

---

[408] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 177 f.

[409] BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 139

[410] Ähnlich *Gössel*, NStZ 1998, 126, 129

### dd) Die Rechtskreistheorie zwischen relevanter Gesetzesverletzung (Beschwer) und Beruhen

Nach Ansicht des Großen Senats hat ein Angeklagter nicht das Recht, sich im Falle des Verstoßes gegen § 55 Abs. 1 Alt. 2 StPO gegen die Verwertung einer Aussage im Revisionsrechtszug zu wehren, da sein Rechtskreis durch den Verfahrensfehler nicht wesentlich berührt würde[411].

*Rieß*[412] meint, wie schon oben Seite 44 dargestellt, die Entscheidung des Großen Senats sei weniger ein einheitliches System für die Bestimmung der Grenzen des Verwertungsverbotes als der dogmatische Versuch, die Revisibilität von Verfahrensverstößen einzuschränken. Dem ist zuzustimmen, denn gemäß § 337 StPO zieht ein Gesetzesverletzung, auf der das Urteil beruht, die Urteilsaufhebung nach sich. Wird die für das Urteil ursächliche Gesetzesverletzung dahingehend verstanden, daß sie den Angeklagten beschweren müsse, so ist das nicht nur eine Eingrenzung des Verwertungsverbots, sondern gilt allgemein für jedwede zu rügende Rechtsverletzung. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Große Senat mit dem Merkmal des eigenen Rechtskreises den Kreis der (erfolgreich) zu rügenden Gesetzesverletzungen beschränken wollte, oder ob er nicht etwa das Beruhen ausgeschlossen hat. Nicht nur der Große Senat hat sich hierzu im gesamten Beschluß nicht exakt festgelegt. Bereits der vorlegende 4. Strafsenat hatte seine Frage diffus formuliert:

> *„Darf der Angeklagte seine Revision darauf stützen, daß ein Zeuge entgegen der Vorschrift des § 55 Abs. 2 StPO nicht über sein Auskunftsverweigerungsrecht belehrt worden ist?“*[413]

Der Große Senat formuliert die Frage dahingehend um, ob die Verletzung von § 55 Abs. 2 StPO die Revision *begründen* könne. Während die Vorlegungsfrage auch so hätte verstanden werden können, daß allein gefragt wird, ob der Angeklagte durch die unterbliebene Belehrung in eigenen Rechten verletzt wird, geht die umformulierte Frage weiter. Sie umfaßt die Fragen, ob

---

[411] BGHSt 11, 218

[412] JR 1979, 167

[413] BGHSt 11, 213

- die unterlassene Belehrung eine Rechtsverletzung für den Angeklagten darstellt und
- das Urteil auf dieser Gesetzesverletzung beruht,

da erst bei Vorliegen beider Tatbestandsmerkmale eine begründete Revisionsrüge vorliegt[414].

Die Kommentarliteratur ordnet dieser Unklarheit entsprechend die Rechtskreistheorie unterschiedlich ein. Während sie von *Hanack*[415] und *Meyer-Goßner*[416] unter dem Gliederungspunkt „Beschwer" erläutert wird, sieht sie *Kuckein*[417] *„unabhängig von den Fragen des Beruhens und der Beschwer"*, wohingegen *Gössel*[418] sie unter dem Gesichtspunkt des Beruhens diskutiert. Es wird sich zeigen, daß *Kuckein* völlig zu Recht die Rechtskreistheorie von Beruhen und Beschwer losgelöst sieht, obgleich sie zu beiden Punkten Bezüge aufweist.

*(a) Beruhen*

Die Beruhensfrage zu stellen, heißt zu fragen, ob ein Fehler Einfluß auf das angefochtene Urteil hat. Einige Autoren[419] sehen daher die Rechtskreistheorie als Konkretisierung der Beruhensfrage an. Dem Beruhen sei nicht nur ein kausaler, sondern auch ein finaler Aspekt beizumessen. Die Finalität sei dann nicht gegeben, wenn die

> *„verletzte Vorschrift nicht – auch – das Ziel hat, zu verhindern, daß die nun doch ermittelten Fakten zur Kenntnis anderer Personen gelangten, insbesondere der zur Strafverfolgung zuständigen.* [420]"

Diese Kriterien lassen sich mit den zutreffenden Grundsätzen der Rechtsprechung zu §§ 52 ff. StPO nicht vereinbaren: Danach führt we-

---

[414] Für eine solche Differenzierung auch: *Gössel*, FS für Bockelmann, S. 813 ff.

[415] LR-*Hanack*, § 337 Rdnr. 95

[416] *Meyer-Goßner*, § 337 Rdnr. 19

[417] KK-*Kuckein*, § 337 Rdnr. 44

[418] *Gössel*, FS für Bockelmann S. 814 ff. und NJW 1981, 2217, 2219

[419] *Blomeyer*, JR 1971, 142, 143; *Gössel*, FS für Bockelmann S. 814 ff. und NJW 1981, 2217, 2219; grundsätzlich ebenso *Bauer*, NJW 1994, 2530 und wistra 1991, 95, 96

[420] *Gössel*, FS für Bockelmann S. 816

der der Verzicht des Zeugen auf sein Schweigerecht aus § 52 Abs. 1 StPO, noch der Geheimnisbruch eines Berufsgeheimnisträgers zu einem Verwertungsverbot für den Angeklagten. Das heißt, keine der Normen will verhindern, daß die Strafverfolgungsorgane das Wissen der Zeugen erlangen. Dann aber würde auch bei finaler Betrachtung der Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 52 Abs. 3 StPO und die fehlerhafte Unterrichtung darüber, daß der Zeuge, da er von der Schweigepflicht entbunden wurde gemäß § 53 Abs. 2 StPO zur Aussage verpflichtet ist, stets dazu führen, daß das Beruhen entfällt.

Soll die Rechtskreistheorie die Beruhensfrage unter dem Aspekt der Finalität konkretisieren, so führt das für §§ 337, 338 StPO zu unsachgemäßen Unterscheidungen, da sich die Beruhensfrage bei § 338 StPO schon nicht stellt. Wäre die Rechtskreistheorie also erst beim Beruhen zu prüfen, so müßte eine Rechtsverletzung, die zu einem absoluten Revisionsgrund führt, selbst wenn sie nur die Rechte eines Mitangeklagten betrifft, die Urteilsaufhebung zugunsten aller Angeklagten zur Folge haben, da mit der Beruhensprüfung die Beschränkung auf den Rechtskreis entfiele[421]. Demgegenüber verlangt die Rechtsprechung[422] völlig zu Recht auch bei den absoluten Revisionsgründen eine Selbstbetroffenheit[423], da § 338 StPO nicht verlangt, ein Urteil wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben, dessen Einfluß auf die Verurteilung eines Angeklagten denkgesetzlich auszuschließen ist[424].

Der Sache nach wirft die Rechtskreistheorie die Frage nach dem Schutzzweck der verletzten Norm auf[425]. Sowohl im materiellen Strafrecht wie im Zivilrecht[426] wird die Normzwecktheorie herangezogen, um zu weit gehende Kausalitätsverknüpfungen abzuschneiden. Also liegt es systematisch näher, auch im Strafverfahrensrecht Schutzzwecküberlegungen an die Kausalität zu knüpfen.

---

[421] *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537, 1539; *Rudolphi*, MDR 1970, 93, 99 (Fn. 71)

[422] Nachweis bei LR-*Hanack*, § 338 Rdnr. 5

[423] RGSt 52, 188, 189; RGSt 29, 294, 297/299; BGH NJW 1962, 261

[424] BGH NJW 1977, 443; Dahs/Dahs, Rdnr. 118; LR-*Hanack*, § 338 Rdnr. 4

[425] BGHSt 11, 217

[426] Bamberger/Roth-*Grüneberg*, Vorbemerkungen vor § 249 Rdnr. 26 f.; MüKo-BGB-*Oetker*, § 249 Rdnr. 115 ff.; Palandt-*Heinrich*, Vorbem v § 249 Rdnr. 62 ff.

Die Zurechnung eines Erfolgs unter dem Gesichtspunkt des Normzwecks hängt im materiellen Strafrecht davon ab, ob

> *„der Täter durch seine (...)für (den Erfolg) ursächliche Handlung entgegen der dem Schutz des betreffenden Rechtsguts dienenden Verhaltensnorm und damit verbotswidrig ein entsprechendes Erfolgsrisiko geschaffen bzw. ein solches erhöht hat und gerade diese rechtlich verbotene Gefahr sich in dem konkreten Erfolg verwirklicht*"[427].

Danach könnte im Verfahrensrecht eine Zurechnung nicht erfolgen, wenn der Fehler geheilt wurde, oder der fehlerhaft erhobene Beweis nicht verwertet wurde, da damit der Rechtsverstoß, also die rechtlich verbotene Gefahr, keinen Einfluß auf das Urteil hatte, sich also nicht in einem konkreten Erfolg verwirklicht hat. Auf die Belehrungsverletzung des § 55 Abs. 2 StPO bezogen, gilt es zu fragen, ob die unterlassene Belehrung das Risiko einer Selbstbelastung geschaffen oder erhöht hat und ob gerade diese Selbstbelastung von § 55 Abs. 2 StPO verhindert werden soll.

Hierzu ließe sich zum einen vertreten, daß es § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO und dem dahinter stehenden *Nemo-tenetur*-Recht lediglich auf den Erfolg der Strafverfolgungsfreiheit ankommt, so daß es ausreichen würde, ein Verwertungsverbot allein zu Gunsten des Zeugen in dessen Verfahren zu konstituieren. Dem steht entgegen, daß sich der Gesetzgeber gerade nicht, wie aber in § 97 Abs. 2, 3 InsO geschehen, dazu entschieden hat, den Zeugen zur Aussage zu zwingen und diese Aussage im Verfahren gegen den Zeugen mit einem Verwertungsverbot zu belegen.

Richtigerweise ist das Beruhen nur dann abzulehnen, wenn sich nicht das rechtlich mißbilligte Verfahren der Strafverfolgungsbehörden im Urteil niedergeschlagen hat. Das heißt, ein Urteil beruht nur dann nicht auf der Gesetzesverletzung, wenn es ebenso ausgefallen wäre, falls der Verfahrensverstoß nicht vorgefallen wäre. Dieses Ergebnis kommt der von der Rechtsprechung entwickelten Beruhensformel zu § 337 StPO sehr nahe, wonach die bloße Möglichkeit ausreicht, daß ein Urteil anders ausgefal-

---

[427] *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, S. 285; Schönke/Schröder-*Lenckner*, Vorbem §§ 13 Rdnr. 92; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, Rdnr. 172

len wäre. Für die Verletzung von § 55 Abs. 2 StPO ist aber nicht auszuschließen, daß das Urteil anders ausgefallen wäre.

*(b) Beschwer*

Eine Beschwer im Sinne des § 337 StPO liegt vor, wenn der Angeklagte selbst von einer Rechtsverletzung betroffen ist[428] bzw. die Rechtsstellung des Angeklagten beeinträchtigt ist[429]. Selbst betroffen ist nach der herrschenden Kommentarmeinung, wer unmittelbar berührt oder gegen wen ein durch einen Verstoß gegen Rechte anderer Prozeßbeteiligter, insbesondere Mitangeklagte, erzieltes Ergebnis später verwendet worden ist[430] (sog. mittelbare Beschwer). Eine mittelbare Beschwer wurde in den folgenden Fällen angenommen:

- Gegen den Mitangeklagte war unzulässig in Abwesenheit verhandelt wurde. Das Reichgericht sah darin, unter Verweis auf eigene ältere Rechtsprechung[431], noch keine Verletzung der Rechte des Angeklagten, da dieser nicht die Anwesenheit des Mitangeklagten beanspruchen könne. Da sich jedoch die Revision nicht darauf beschränkt hatte, die Verletzung von Verfahrensvorschriften gegenüber dem Mitangeklagten zu rügen, sondern ausdrücklich geltend gemacht hatte, daß die gegenüber dem Mitangeklagten in unzulässiger Weise getroffenen Feststellungen zugleich zum Nachteil des Revisionsführers bei der ihn betreffenden Beweiswürdigung verwertet worden seien, sei *„in zulässiger Weise ein ihn selbst beschwerender Verfahrensmangel gerügt worden“*[432].

- Ein Brief des Mitangeklagten an dessen Eltern war bei diesen unzulässigerweise beschlagnahmt worden. Der Revisionsführerin bescheinigte das Reichsgericht, daß der Brief *„nach keiner Richtung“* als Beweismittel verwertet werden dürfe. Daß die Angeklagte nicht unmittelbar

---

[428] LR-*Hanack*, § 337 Rdnr. 93

[429] LR-*Gössel*, Einl. Abschn. K Rdnr. 158

[430] LR-*Hanack*, § 337 Rdnr. 93; *Meyer-Goßner*, Rdnr. 18; KK-*Kuckein*, Rdnr. 41; *Pfeiffer*, Rdnr. 19

[431] RGSt 38, 272; GA Bd. 62, 341

[432] RGSt 62, 259, 260 f.

von der Beschlagnahme betroffen war, stand der Rüge nicht entgegen, denn *„aus der Begründung des Urteils ergibt sich, daß die Verwertung des Briefes auch für die Verurteilung der Angeklagten (...) von Bedeutung war"*[433].

- Der Rechtsfehler, daß das anfängliche Schweigen eines Angeklagten zum Nachteil aller Mitangeklagten verwertet wurde, betrifft laut Bundesgerichtshof alle Mitangeklagten in gleicher Weise[434].
- Die rechtsfehlerhafte Behandlung von Beweisanträgen, die ein Mitangeklagter gestellt hat, kann der Angeklagte gemäß zweier Entscheidungen des Bundesgerichtshofs rügen, wenn eine gleichartige Interessenlage besteht, selbst wenn er sich dem Antrag nicht ausdrücklich angeschlossen hat[435].

Die ersten drei dargestellten Entscheidungen besagen, daß eine mittelbare Beschwer schon dann vorliegt, wenn ein rechtsfehlerhaft erhobenes Beweismittel zu Lasten eines Beschuldigten verwertet wurde. Den zuletzt zitierten Entscheidungen liegt die umgekehrte Konstellation zugrunde, denn hier wurde fehlerhaft auf Beweismaterial verzichtet, das hätte verwertet werden dürfen. Daß sich beides entspricht, wurde bereits oben (Seite 11) dargestellt: Sowohl die Nichtverwertung eines zulässig erhobenen, als auch die Verwertung eines unzulässig erhobenen Beweises verstößt gegen § 261 StPO. § 261 StPO bezieht sich stets auf das Verfahren insgesamt. Dagegen kann die Bewertung eines Beweises als unzulässig oder zulässig zunächst häufig nur relativ, bezogen auf den jeweiligen Mitangeklagten erfolgen, z.B. bei unzulässiger Anordnung einer Telefonüberwachung, die nur einen Mitangeklagten betroffen hat. Die Bewertung eines Beweises als relativ zulässig führt aber nicht dazu, daß der Beweis damit stets verwertbar ist, andernfalls würde der sich aus der Rechtsverletzung eines Mitangeklagten herleitende Folgenbeseitigungsanspruch lediglich deshalb untergehen, weil ein weiterer, nicht von der Rechtsverletzung betroffener Mitangeklagter im selben Verfahren verfolgt wird. Die Bewertung als insgesamt zulässig oder unzulässig muß

---

[433] RGSt 20, 91

[434] BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 4, 11

[435] BGHSt 32, 10, 12 m.w.N.; Beschluss vom 27. November 1991 – 5 StR 513/91

sich deshalb vom unmittelbar Betroffenen ableiten; d.h. für das obige Beispiel, der von der Telefonüberwachung unmittelbar betroffene Mitangeklagte hat den Folgenbeseitigungsanspruch geltend zu machen oder auf ihn zu verzichten. Diese Gesamtbewertung ist notwendig, weil § 261 StPO eine umfassende Beweiswürdigung des zulässig erhobenen Beweisstoffes und eine einheitliche Überzeugungsbildung fordert. Das unzulässige Aufklärungsdefizit (Beweisantragsfälle) führt mithin ebenso wie der unzulässige Aufklärungsüberschuß (Abwesenheitsverhandlung, Brief und unverwertbares Schweigen) für sämtliche Mitangeklagte zu einer Verletzung von § 261 StPO, soweit die Beschuldigten im gemeinsamen Verfahren verfolgt werden.

Tatsächlich lag lediglich in der zum zweiten Punkt zitierten Entscheidung kein gemeinsames Verfahren (mehr) vor, da das Verfahren gegen den Angeklagten, der keine Revision eingelegt hatte, rechtskräftig abgeschlossen war, so daß nach Zurückverweisung ohnehin eine neue Beweiswürdigung in der neuen Hauptverhandlung stattfinden wird. Da diese Entscheidung des Reichsgerichts aber zeitlich vor der Reflex-Entscheidung (siehe oben Seite 104 ff.) getroffen wurde, konnte sie auch nicht in Widerspruch zur neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geraten. Sie würde so heute auch sicherlich nicht wiederholt werden, denn nach rechtskräftigem Abschluß des Verfahrens gegen den Mitangeklagten verliert § 52 Abs. 1 StPO bekanntlich seine Wirkung, so daß auch die Verlängerung durch § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO nicht mehr zu einem Erhebungsverbot führt.

Auf Basis der zitierten Entscheidungen hätte der Große Senat zur Verneinung der Beschwer daher nicht auf die fehlende Einbeziehung in den Rechtskreis des *Nemo-tenetur*-Rechts abstellen dürfen, da auch die Verletzung fremder Rechte zu einer (mittelbaren) Beschwer führen kann, sondern hätte auf die fehlende Verfahrensgemeinsamkeit und die damit zusammenhängende unterschiedliche Interessenlage von auskunftsverweigerungsberechtigtem Zeugen und Beschuldigten abstellen müssen. Denn für den sich selbst gefährdende Zeugen reicht ein Verwertungsverbot im eigenen Verfahren aus.

Bezogen auf das Tatbestandsmerkmal der Gesetzesverletzung (in der Form der mittelbaren Beschwer) geht die Rechtskreistheorie daher zu

weit, denn die fehlende materielle Betroffenheit führt nicht dazu, daß ein Beweis ohne weiteres verwertet werden kann. Wenn die Rechtskreistheorie sämtliche Verletzungen fremder Rechte aus dem Kreis der revisiblen Rechte ausschließt, so setzt sie sich insbesondere in Widerspruch zur Rechtsprechung zu §§ 52, 53, 53a StPO. Entscheidend für die personelle Reichweite eines Verwertungsverbots ist vielmehr zum einen die materielle, durch den Schutzzweck bedingte Reflexwirkung, zum anderen die formelle, durch Verfahrensgemeinsamkeit bedingte Reflexwirkung.

### ee) Widerspricht auch § 339 StPO der Rechtskreistheorie?

Teilweise[436] wird § 339 StPO herangezogen, um die Rechtskreistheorie ad absurdum zu führen, indem gesagt wird, die Norm würde leer laufen, wenn sowieso jeder nur eigene Rechtsverstöße rügen könnte. Andere Autoren wollen gerade in § 339 StPO die Grundlage für die Rechtskreistheorie sehen[437], da der Norm der allgemeinen Grundsatz innewohne, daß eine Revision nur auf die Verletzung eigener Rechte gestützt werden kann. Beides geht fehl.

§ 339 StPO enthält zuerst den Rechtssatz, daß widersprüchliches Verhalten vor Gericht keine Beachtung findet. Zwar darf eine Partei ihre Rechtsansichten ändern[438] oder sich auf die Nichtigkeit einer von ihr abgegebenen Erklärung berufen[439], widersprüchliches Verhalten ist aber dann rechtsmißbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen[440]. Hierfür ist zu prüfen, ob in dem den Rechtsverlust begründenden Verhalten ein ausdrücklich oder stillschweigend erklärter rechtsgeschäftlicher Verzicht zu

---

[436] *Haffke*, GA 1973, 65, 78; *Rudolphi*, MDR 1970, 93, 96; *Eb. Schmidt*, JZ 1958, 596, 598; KMR-*Paulus*, § 244 Rdnr. 504; LR-*Hanack*, § 337 Rdnr. 97 m.w.N.

[437] KK-*Kuckein,* § 339 Rdnr. 1; LR-*Hanack*, Rdnr. 6; zutreffend die zurückhaltende Formulierung bei *Meyer-Goßner*, Rdnr. 6

[438] BGH LM ZPO § 549 Nr. 81

[439] BGHZ 87, 169, 177

[440] Bamberger/Roth-*Grüneberg*, § 242 Rdnr. 107 m.w.N. der Rspr.

sehen ist[441]. Im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung sind alle Umstände des Einzelfalles einzubeziehen. Zur Annahme eines Rechtsmißbrauchs muß eine besondere Schutzwürdigkeit des Gegners vorliegen. Diese ist zu verneinen, wenn der Gegner die tatsächlichen Gegebenheiten und die Absichten des anderen Teils kennt und damit bei ihm kein Vertrauenstatbestand im Hinblick auf ein bestimmtes (zu erwartendes künftiges) Verhalten erwachsen durfte[442].

Die Möglichkeit zu widersprüchlichem Verhalten im Rahmen des Rechtsmittelrechts besteht in erster Linie für die Staatsanwaltschaft, da sie gemäß § 296 Abs. 2 StPO auch zugunsten des Beschuldigten Rechtsmittel einlegen kann, mithin keine *eigene* Beschwer geltend machen muß, um einen Verfahrensverstoß rügen zu können[443]. Folglich kann die Staatsanwaltschaft bei einer zuungunsten des Angeklagten eingelegten Revision rügen, daß Rechte des Angeklagten verletzt sind[444]. Diese Rüge widerspricht im Rahmen eines zuungunsten eingelegten Rechtsmittels der Zielrichtung. Da die widersprüchliche Rüge aber wegen der Stellung der Staatsanwaltschaft nicht von vornherein ausgeschlossen ist, könnte sie der Revision zum Erfolg verhelfen, wenn nicht § 339 StPO dies verbieten würde.

Die Rechtskreistheorie hingegen verhindert die Möglichkeit, eine zuungunsten des Angeklagten eingelegte Revision mit der Verletzung einer im Interesse des Angeklagten bestehenden Norm zu begründen nicht, denn aufgrund ihrer neutralen Stellung berührt jedwede Normverletzung den Rechtskreis der Staatsanwaltschaft. Daß sie dies nicht darf, wird nicht durch die Forderung nach einer eigenen Rechtsverletzung, sondern durch das Verbot widersprüchlichen Verhaltens erreicht. Demnach ist § 339 StPO trotz der Rechtskreistheorie nicht überflüssig.

Da allein die Staatsanwaltschaft die Stellung eines Garanten des rechtsstaatlichen Verfahrens hat und diese in widersprüchlicher Weise ausnutzen kann, ist § 339 StPO eine Spezialnorm, die keine Rückschlüsse, ob

---

[441] Bamberger/Roth-*Grüneberg*, § 242 Rdnr. 107

[442] Bamberger/Roth-*Grüneberg*, § 242 Rdnr. 108

[443] KK-*Kuckein*, § 337 Rdnr. 42; *Meyer-Goßner*, Vor § 296 Rdnr. 16

[444] So auch *Frisch*, Rudolphi-Symposium, S. 191

generell eine eigene unmittelbare Beschwer vorliegen muß, erlaubt[445]. Wenn von der Rechtsprechung[446] vereinzelt behauptet wurde, § 339 StPO müsse ebenfalls für Neben- oder Privatkläger gelten, und diese Behauptung zur fast allgemeinen Meinung wurde[447], bezieht sich diese erweiternde Auslegung wiederum lediglich auf den Bestandteil des venire contra factum proprium und hat mit der Rechtskreistheorie nichts zu tun.

§ 339 StPO ist daher weder geeignet, die Rechtskreistheorie zu bestätigen[448], noch ist er geeignet diese zu widerlegen.

### ff) Ergebnis

Sämtliche Argumente des Großen Senats dagegen, daß sich der Angeklagte auf die Verletzung von § 55 Abs. 2 StPO nicht berufen könne, tragen nicht, auch wenn, worin dem Großen Senat Recht zu geben ist, § 55 StPO nicht den Schutz des Angeklagten, sondern allein den Schutz des Zeugen bezweckt. Da aufgrund des formellen Beschuldigtenbegriffs § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO (*Nemo-tenetur*-Recht) für den Zeugen ebenso wenig greift wie § 52 Abs. 1 StPO, soweit der gefährdete Angehörige nicht der Angeklagte ist, ist § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO die notwendige Konsequenz der formellen Bestimmung der Prozeßrollen[449]. Dabei verknüpft § 55 Abs. 1 StPO in seinen beiden Alternativen das Recht des *nemo tenetur* (Alt. 1) mit dem Recht aus § 52 StPO (Alt. 2). Das weist darauf hin, daß aus der Verletzung von § 55 Abs. 2 StPO ein Verwertungsverbot für den Zeugen, erwächst[450], d.h. im Verfahren gegen den auskunftsverweigerungsberechtigten unbelehrten Zeugen

---

[445] So auch *Dencker*, StV 1995, 231, 235

[446] RGSt 59, 100; BGH NJW 1967, 1627; OLG Stuttgart JR 1968, 151

[447] LR-*Hanack*, Rdnr. 7; *Dencker*, StV 1995, 231, 235

[448] So auch *Sarstedt/Hamm*, Rdnr. 46

[449] *Dahs/Langkeit*, NStZ 1993, 213, 214

[450] So schon BayObLG (St 1993, 207, 208), das jedoch offen lässt, woher es den für ein Verwertungsverbot aus § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO notwendigen Widerspruch nimmt.

> *„dürfen jedenfalls die Angaben, welche* (ohne Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO zustande gekommen sind), *(…) wegen eines Verwertungsverbotes nicht zum Gegenstand der Beweiswürdigung und Urteilsfindung gemacht werden (vgl. BGHSt 38, 214)".*

Dies hat der Bundesgerichtshof mit einer Entscheidung bestätigt, in welcher er aussprach, daß die Auskunftsverweigerung des ordnungsgemäß nach § 55 Abs. 2 StPO belehrten Zeugen im Verfahren gegen den Zeugen selbst nicht „bewertet" werden dürfe[451]. Das Entsprechende muß im Verfahren gegen einen Angehörigen im Sinne von § 52 Abs. 1 StPO für Angaben gelten, die der entgegen § 55 Abs. 2 StPO unbelehrt gebliebene Zeuge in dem früheren Verfahren gemacht hat. Damit ist festzustellen, daß die Rechtskreistheorie weder beantworten kann, ob ein Rechtsfehler den Angeklagten beschwert noch, ob das Urteil auf ihm beruht. Da die Rechtskreistheorie auf den materiellen Schutz einer Verfahrensnorm abstellt, korrespondiert sie mit dem Befund, daß Verwertungsverbote auf subjektive Rechte zurückgehen. Soweit die Rechtskreistheorie Rügerecht und Schutzzweck der Norm verknüpfen möchte, ist dem nicht zu widersprechen. Allerdings führt die fehlende Einbeziehung in den Schutz der Norm nicht dazu, daß der Angeklagte den Rechtsfehler grundsätzlich nicht mit Erfolg geltend machen, rügen kann. Vielmehr fehlt dem Angeklagten die Berechtigung, den Folgenbeseitigungsanspruch geltend zu machen, d.h. er ist darauf angewiesen, daß der unmittelbar Verletzte seinen Folgenbeseitigungsanspruch geltend macht. Ist infolge eines Folgenbeseitigungsanspruchs ein Verwertungsverbot aber entstanden, dann kann es für den nicht unmittelbar geschützten Angeklagten wirken.

Im Ergebnis ist die Entscheidung des Großen Senats, so kritikwürdig sie auch in ihrer Begründung ist, richtig. Auch wenn für den entgegen § 55 Abs. 2 StPO unbelehrten Zeugen ein Verwertungsverbot entsteht, wird der Angeklagte hiervon nicht erfaßt, da mangels eines gemeinsamen Verfahrens kein widerspruchsfreie Überzeugung gemäß § 261 StPO zu bilden ist, die die Wirkung des Verwertungsverbot für den Angeklagten zur Folge hätte.

---

[451] BGHSt 38, 302

### b) Unverwertbares Schweigen

Zur Verwertung des Schweigens gibt es eine Vielzahl von Aussagen des Bundesgerichtshofs[452]. Danach ist es unzulässig die Wahrnehmung des Schweigerechts zum Nachteil des Beschuldigten zu verwerten. Das gilt auch für die Tatsache, daß der Beschuldigte in einer früheren Vernehmung geschwiegen und sich erst in einer späteren Verfahrenssituation zur Sache eingelassen hat. Der Begriff der Verwertung ist hier nicht ganz korrekt, da es nicht darum geht, daß das Schweigen nicht verwertet werden darf. Natürlich darf (und muß gegebenenfalls) im Urteil verwertet werden, daß ein Zeuge keine Angaben gemacht hat. Verboten ist lediglich die *Be*wertung, so daß besser von Bewertungsverbot gesprochen werden sollte.

Der Bundesgerichtshof hat, sofern ein Entscheidung gegen mehrere Angeklagten zu treffen war, das Bewertungsverbot auf den Mitangeklagten erstreckt (siehe schon oben Seite 131 zur mittelbaren Beschwer): In der Entscheidung BGH StV 1987, 377 stand ein Urteil zur Überprüfung, in welchem das Landgericht seine Überzeugung vom Tathergang auch darauf gestützt hat, daß der Angeklagte Fit., der alsbald nach der Tat von der Polizei festgenommen wurde, Angaben verweigerte, obwohl es ihm ein Leichtes gewesen wäre, seine Version des Tatgeschehens durch Angaben des Orts, an dem er den Geldbeutel des Opfers weggeworfen haben wollte, zu untermauern[453]. Der Bundesgerichtshof beanstandete diese Überzeugungsbildung, weil das anfängliche Schweigen des Angeklagten nicht zu dessen Nachteil verwertet werden dürfe. Da ein Beruhen nicht auszuschließen gewesen sei, konnte die Verurteilung

---

[452] BGHSt 20, 281; 25, 365, 368; 32, 140, 144; 34, 324, 325; 38, 302, 305; 42, 139, 152; 45, 363; BGH GA 1969, 307; BGH bei Pfeiffer/Miebach, NStZ 1986, 208; BGH NStZ 1986, 325; BGH StV 1983, 321; 1984, 143; 1988, 328; 1989, 383; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 4, 7, 9, 11; Urteil vom 23. November 1976 - 5 StR 567/ 76

[453] BGH, StV 1987, 377

> *„nicht bestehen bleiben, und zwar – wegen des einheitlichen Sachverhalts – auch nicht gegen den Angeklagten Fie.“*[454]

Ein anderer Senat des Bundesgerichtshofs war mit dem Sachverhalt konfrontiert, daß ein Angeklagter S., wegen des Vorwurfs des Raubes inhaftiert, zunächst geschwiegen und erst nach fünfmonatiger Untersuchungshaft erklärt hatte, der gemeinsam mit dem anderen Angeklagten W. gefaßte Tatplan sei nur dahin gegangen, das tatsächlich getötete Tatopfer zu verletzen. Das Landgericht hatte das ihm unverständlich erscheinende anfängliche Schweigen des S. zu Lasten des S. gewertet und S. sowie W. wegen Raubes verurteilt. Der 5. Senat des Bundesgerichtshofs meinte, dieser Rechtsverstoß nötige

> *„zur Aufhebung der Verurteilung des Angeklagten S und der des von diesem Rechtsfehler in gleicher Weise betroffenen Mitangeklagten W“*[455].

Damit ist der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, daß das Verbot, Schweigen zu *be*werten hinsichtlich sämtlicher Angeklagten zu beachten ist. Bereits oben (Seite 3 ff.) wurde dargelegt, daß eine Beweis*be*wertung zur Beweis*ver*wertung wird, sobald sie Eingang in das Urteil findet. Wird vom *Be*wertungsverbot der Mitangeklagte erfaßt, so muß das a maiore ad minus auch für das Verwertungsverbot gelten.

### c) Verwertbarkeit von Aussagen, die unter Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zustande gekommen sind

In StV 1995, 231 hatte die Strafkammer ihre Verurteilung auf schweizerische Vernehmungsniederschriften gestützt, welche gemäß § 254 Abs. 1 StPO verlesen worden waren. Vor dieser Vernehmung waren die Angeklagten nach Schweizer Kantonalrecht rechtsfehlerfrei nicht über ihr Schweigerecht belehrt worden. In der Hauptverhandlung hatten sich die Angeklagten nicht zur Sache geäußert. Der Bundesgerichtshof war wie das Landgericht der Überzeugung, daß den Angeklagten das Recht

---

[454] BGH, StV 1987, 377; Die Wiedergabe der Entscheidung in BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 4 ist etwas verwirrend, weil der Name des Angeklagten Fit. wie derjenige des Mitangeklagten Fie. mit „F.“ abgekürzt wird.

[455] BGH, Urteil vom 23. November 1976 – 5 StR 567/75

zu schweigen zu Beginn der Vernehmung durch die Amtstatthalterin bewußt gewesen war und beurteilte daher bereits die Protokollverlesung als rechtsfehlerfrei. Auf die Frage, ob die nach ausländischem Recht zulässig unterbliebene Belehrung überhaupt ein Verwertungsverbot nach deutschem Recht zur Folge hat und auf die Reichweite dieses möglichen Verwertungsverbots kam es folglich nicht mehr an[456].

In der Entscheidung BGHSt 38, 214 ließ der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen, ob

> *„das von ihm angenommene Verwertungsverbot auch gegenüber Dritten"*[457]

gilt.

Ebenso blieb in BGHSt 42, 15 die Frage unbeantwortet,

> *„ob sich bei einer Verfahrensrüge der vorliegenden Art der Revisionsführer darauf berufen kann, daß nicht ihm selbst, sondern einem Mitangeklagten der in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vorausgesetzte Zugang zum Verteidiger behindert worden sei".*

In der dritten Entscheidung zu dieser Frage entstand ebenfalls schon kein Verwertungsverbot, so daß der Senat lediglich obiter dictum die Wirkung für den Mitangeklagten verneinte[458].

Zuletzt hat der Bundesgerichtshof in seiner in BGHSt 47, 233 abgedruckten Entscheidung die Wirkung eines Verwertungsverbots wegen einer *„angeblich unzulänglichen Belehrung"* des einen Mitangeklagten für die anderen Mitangeklagten verneint, da *„ihre Rechte (...) hierdurch nicht berührt"* würden. Auch diese Entscheidung trägt zur Frage der Wirkungserstreckung nichts bei, da schon das Verwertungsverbot verneint wurde[459].

---

[456] Ebenso *Dencker*, StV 1995, 232

[457] BGHSt 38, 214, 228

[458] BGH wistra 2000, 311, 313

[459] BGHSt 47, 233 f.; Dem Bayrischen Obersten Landesgericht stellte sich die Reichweitenfrage in BayObLGSt 1993, 207 im Rahmen von getrennt geführten Verfahren. Das Obergericht beantwortete sie nur im Ergebnis zutreffend analog der Rechtsprechung zu § 55 StPO (Rechtskreistheorie).

Demnach muß noch einmal auf die erste Entscheidung zu den schweizerischen Vernehmungsniederschriften zurückgekommen werden, da sie den Aspekt der Umgehung von Normen streift, der bei den Verwertungsverboten generell eine Rolle spielt. Beispielsweise beim Wechsel von einer Verfahrensordnung zur anderen (z.B. InsO zu StPO) verhindert ein Verwertungsverbot, daß die Rechte der Strafprozeßordnung dadurch umgangen werden, daß Informationen, die im Insolvenzverfahren zulässig erhoben werden dürfen, ohne weiteres in das Strafverfahren übertragen werden, wo sie unter Umständen nicht hätten erlangt werden können. Nichts anderes gilt für die Zweckänderungsverwertungsverbote (§§ 98a Abs. 3 Satz 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 100h Abs. 3, 110e StPO), die dazu führen, daß *ex post* die Rechte des Mitbetroffenen beachtet werden.

Anders als bei der Verwertung von Beweismaterial, das etwa im Insolvenzverfahren oder im Rahmen einer Telefonüberwachung gegen einen anderen erhoben wurde, liegt bei der Einholung von im Wege der Rechtshilfevernehmung im Ausland gewonnenen Aussagen keine Zweckänderung vor, da die Vernehmung gerade zum Zweck der späteren Verwertung im Strafverfahren erfolgte. Gleichwohl gelten wie beim Wechsel von der Insolvenzordnung zur Strafprozeßordnung unterschiedliche Verfahrensordnungen, denn nach dem im internationalen Recht gültigen Grundsatz der lex fori haben die im Ausland zuständigen Organe ihre eigenen Verfahrensordnungen anzuwenden. Folglich stellt sich nicht die Frage, ob das Beweismaterial unter den Prämissen des deutschen Strafprozeßrechts, sondern nach den Prämissen der ausländischen Verfahrensordnung rechtmäßig war. Dies hat zur Folge, daß deutsche Verfahrensrechte unbeachtet bleiben und damit de facto umgangen werden können.

Ob eine ausländische Norm ausnahmsweise keine Beachtung findet, beantwortet der die gesamte Anwendung ausländischen Rechts[460] regierende Grundsatz der *ordre public* (Art. 6 EGBGB). Danach kann eine aufgrund internationalen Rechts grundsätzlich anwendbare ausländische Norm dann keine Geltung beanspruchen, wenn sie offensichtlich mit

[460] MüKo-BGB-*Sonnenberger*, Art. 6 Rdnr. 1; Palandt-*Heldrich*, EGBGB 6 (IPR) Rdnr. 9

wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar ist. Nach Art. 6 Satz 2 EGBGB ist das insbesondere der Fall, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist[461]. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, daß die deutsche Rechtsordnung nicht gegenüber dem materiellen Endergebnis der jeweiligen Rechtsfrage blind sein darf[462]. Da die *Ordre-public*-Formel nach ordnungsgemäßer Zuweisung eines Sachverhalts zum ausländischen Recht die Anwendung desselben begrenzt, erweist sie sich damit als Norm, welche die Umgehung zumindest der wesentlichen deutschen Rechte zu verhindern sucht.

Die Korrektur eines unbilligen Ergebnisses durch ein Umgehungsverbot ist kein Einzelfall. Vielmehr gibt es eine bis zum Corpus iuris civilis[463] zurückreichende Umgehungslehre[464]. Im Corpus iuris civilis wird die Umgehung wie folgt definiert:

> *„Das Gesetz umgeht aber derjenige, welcher, ohne dessen Worten zu nahe zu treten, sich seinem wahren Sinn entzieht“*[465].

Trotz dieser frühen Definition der Umgehung, konnte sich keine beständige Umgehungslehre herausbilden[466]. Vielmehr geht die herrschende Meinung[467] davon aus, daß ein selbständiges Rechtsinstitut der Gesetzesumgehung überflüssig ist, da die Fälle des Umgehungshandelns mit der Auslegung bzw. der analogen Rechtsanwendung zu bewältigen seien[468]. Dementsprechend sehen die Vertreter dieser Meinung kodifi-

---

[461] Soweit der BGH gegen ein Verwertungsverbot einwendet, die Schweiz sei grundsätzlich ein rechtsstaatliches Land, argumentiert er zirkulär; hierzu *Schwaben*, NStZ 2002, 288, 289.

[462] Bamberger/Roth-*Lorenz*, Art. 6 EGBGB Rdnr. 1; MüKo-BGB-*Sonnenberger*, Art. 6 Rdnr. 1 f.; Palandt-*Heldrich*, EGBGB 6 (IPR) Rdnr. 5

[463] *Tamussino*, Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, S. 58 ff.; *Vetsch*, Die Umgehung des Gesetzes, S. 208 ff.

[464] *Tamussino*, Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, S. 55 f.

[465] Paulus, L 29 de leg 1, 3; Übersetzung nach *Tamussino*, Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, S. 9

[466] *J. Schröder*, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, passim

[467] Nachweis bei *Tamussino*, Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, S. 11 f.

[468] So sieht der Bundesgerichtshof (NJW 1996, 3019) ein Verhandeln zur Sache im Sinne des §229 StPO nicht darin, *„wenn die Verhandlung nur »formal« und »zum*

zierte Umgehungsvorschriften[469] lediglich als deklaratorisch an[470]. Die Wissenschaft ist daher nicht maßgeblich über die schon im Corpus iuris civilis angegebenen Definitionen hinausgekommen[471]. Sämtliche eingehenden Analysen von Umgehungsfällen haben nicht weitergeführt[472]. Entsprechend formuliert *Tamussino*:

> *„Die unzulässige Umgehung ist die Erreichung eines materiellen Rechtserfolges, ohne Täuschung über Tatsachen und auf eine solche Weise, daß eine Norm scheinbar nicht anwendbar ist, der erreichte Erfolg dem im Tatbestand der Norm geregelten Rechtserfolg jedoch so ähnlich ist, daß die Anwendung der Norm geboten ist"*[473].

Auf den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall angewendet, stellt sich die Frage, ob und inwieweit das deutsche Recht gebietet, von der Verwertung einer ohne Belehrung erlangten Aussage abzusehen, obwohl diese unter Beachtung des ausländischen Rechts zustande gekommen ist. Das entspricht dem mittels der *Ordre-public*-Formel erlangten Ergebnis.

Sodann könnte die Umgehungsverbotsformel zur Klärung der Frage herangezogen werden, ob die Einführung der Aussage in die Hauptverhandlung zu Lasten nur des Mitbeschuldigten möglich ist. Unter dem Gesichtspunkt, daß das *Nemo-tenetur*-Recht nicht den Schutz von Mittätern bezweckt, ist denkbar die Aussage zu Lasten eines Dritten zu verwerten.

Folglich, aber gleichwohl nicht überraschend, da beide für die Reichweite auf den Schutzzweck der Norm abstellen[474], führt das Umgehungsverbot unter rechtlichen Aspekten zu keinem anderen Ergebnis als die Rechtskreistheorie.

---

*Schein« fortgesetzt wird, um die Vorschrift des § 229 StPO zu umgehen"*. Hierzu auch *Fahl*, JA 1997, 272

[469] z.B. § 42 AO

[470] *Tamussino*, Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, S. 114 f.

[471] *Tamussino*, Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, S. 228

[472] *Tamussino*, Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, passim; *Vetsch*, Die Umgehung des Gesetzes, passim

[473] *Tamussino*, Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, S. 228

[474] Vgl. KMR-*Paulus*, § 244 Rdnr. 548

Allerdings ist zu überprüfen, ob, wenn die Aussage zu Lasten eines Mitangeklagten eingeführt wird, dies nicht doch eine Rückwirkung auf den betroffenen Angeklagten hat und damit ein Erfolg erzielt wird, der dem in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO geregelten so ähnlich ist, daß die Anwendung der Norm bzw. ihrer Rechtsfolge geboten ist. Eine solche Rückwirkung wird sich aus Gründen der Gehirnfunktion kaum ausschließen lassen. Das bekannte Beispiel aus der Psychologie weist den Probanden an, nicht an einen rose Elefanten zu denken. Wird der Proband gefragt bzw. fragt sich der Leser, an was er eben gedacht hat, so wird er zugeben müssen, daß es ein rosa Elefant war. Zufälle sind sicher auszuschließen. Der Nachweis, daß verbotenes Wissen die Überzeugung beeinflußt hat, ist aber nur möglich, wenn es dem Richter nicht gelungen ist, dieses Wissen aus den geschriebenen Urteilsgründen herauszuhalten. Deshalb werden Beweisverwertungsverbote sowohl von Seiten der Justiz, wie von Seiten der Verteidigung als „Argumentationshindernisse" bezeichnet. Gleichwohl ist eine solche Rückwirkung nicht relevant, da sich der Richter nicht nur bei einer gespaltenen Tatsachenfeststellung von verbotenem Wissen frei machen muß, sondern auch wenn er in anderen Verfahren Wissen erlangt hat, das er nicht verwenden darf, oder wenn er mit selbständigen Beweisverwertungsverboten konfrontiert ist.

## 5. Zusammenfassung der Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse

Die Rechtsprechung folgert ungeschriebene Verwertungsverbote aus der Verletzung subjektiver Rechte und läßt über sie nur den Rechtsträger verfügen. Die Rechtskreistheorie übersieht, daß dieser Zusammenhang noch nicht die personelle Reichweite eines Verwertungsverbots bestimmt. Die Umgehungslehre, die wie die Rechtskreistheorie auf den Normzweck abstellt, führt weder im Hinblick auf die Begründung eines Verwertungsverbots oder noch bezüglich dessen Reichweite zu neuen Ansatzpunkten.

Bezüglich der personellen Reichweite von Verwertungsverboten hat die Analyse der Rechtsprechung gezeigt, daß der materiell nicht geschützte Mitbeschuldigten allein aufgrund verfahrensrechtlicher Gemeinsamkeit in die Schutzwirkung eines Verwertungsverbots einbezogen sein kann. Zudem konzediert die Rechtsprechung dem materiellen Schutzzweck

eines Rechts die Kraft, daß das aus der Rechtsverletzung resultierende Verwertungsverbot auch für in den Geheimnisschutz nicht einbezogene Dritte wirkt. Zuletzt ist festzuhalten, daß eine Vorwirkung eines Verwertungsverbots mit der Folge eines dann auch den Mitbeschuldigten erfassenden Erhebungsverbots insoweit besteht, als sicher ist, daß ein Beweis nicht verwertet werden darf. Im gewissen Sinne umgekehrt gilt aber, daß ein Folgenbeseitigungsanspruch dann nicht besteht, wenn ein Urteil auf der Rechtsverletzung nicht beruhen würde.

## 6. Bewertung der Ergebnisse

Die Rechtsprechung steht im Einklang mit der aus dem Gesetz abgeleiteten Konstruktion, daß ein Beweisverwertungsverbot die Rechtsfolge eines Abwehrrechts oder eines Folgenbeseitigungsanspruchs ist, über den nur derjenige verfügen kann, der Rechtsträger Abwehrrechts ist.

Hinsichtlich der personellen Reichweite differenziert die Rechtsprechung, ohne das auszusprechen, zwischen der Ausdehnung der personellen Reichweite eines Verwertungsverbot aufgrund formeller oder materieller Aspekte. Die Erweiterung der Reichweite aufgrund formeller Aspekte basiert auf der (bestehenden) Verfahrensgemeinsamkeit, die Erweiterung aufgrund materieller Aspekte entsteht zum einen bei Einbeziehung in den Schutzbereich einer Geheimnisschutznorm, ohne daß es darauf ankommt, ob der Einbezogene befugt ist, über die Schutznorm zu verfügen (z.B. § 52 StPO). Zum anderen erreicht die materielle Schutzwirkung einen Dritten, wenn die Geheimnisschutznorm den Einbruch in das Geheimnis generell verbietet und damit die Außenwelt von der Information abschottet (z.B. § 53 StPO). Dieses Ergebnis deckt sich mit dem aus dem Gesetz Abgeleiteten.

## III. Literatur

### 1. Friedrich *Dencker* (StV 1995, 232 ff.)

*Dencker* hat das Urteil des 3. Strafsenats[475] zur Verlesbarkeit ausländischer Vernehmungsniederschriften (oben Seite 66) mit einer ablehnenden Anmerkung versehen, in welcher er als argumentum ad absurdum die von ihm so benannten *Überkreuzverwertung* anführt[476]: *Dencker* stellt die Frage, wie es zu beurteilen wäre, wenn zwei Beschuldigte nicht über ihr Schweigerecht belehrt werden und nach Hinweis in der Hauptverhandlung der Verwertung ihrer Aussagen widersprechen. Der Richter könne dann wohl nicht zu Lasten des A das Geständnis des B verwerten, und umgekehrt. Das würde evident gegen ein *fair trial* verstoßen[477]. Da der *Fair-trial*-Grundsatz jedoch keine Grundlage für ein Verwertungsverbot bietet (siehe oben Seiten 38 und 117), ist diesem Lösungsansatz nicht zu folgen.

Darüber hinaus legt *Dencker* dar, daß die sog. Rechtskreistheorie nicht existiere und deshalb auch nicht geeignet sei, die Reichweite von Verwertungsverboten bei Mitbeschuldigten zu bestimmen[478]. Dem ist zwar nicht in der Begründung, aber im Ergebnis zuzustimmen (siehe oben Seite 121 ff.). Denn die von *Dencker* angeführten Belege für eine absolute Reichweite zeigen nur auf, daß ein Verwertungsverbot unter Umständen auch einen nicht unmittelbar Betroffenen erfassen kann. Der Schluß, daß deshalb jedes Verwertungsverbot zumindest auch den Mitbeschuldigten erfasse, ist aber unzulässig. Insbesondere § 136a StPO ist nicht geeignet eine allgemeine Reichweitenbestimmung zu tragen (siehe oben Seite 71).

Auch das Umgehungsverbot hindert die Überkreuzverwertung nicht (siehe oben Seite 142 f.), denn der Schutzzweck gebietet allein, die Ver-

---

[475] BGH StV 1995, 231

[476] *Dencker*, StV 1995, 233, 235

[477] Vgl. *Nack*, StraFo 1998, 366, 373 Fn. 51

[478] *Dencker*, StV 1995, 231, 233

wertung zu Lasten des jeweiligen Betroffenen zu unterlassen und dabei Rückkopplungen auszuschließen.

Paradox mutet es aber an, daß das Unterbleiben von zwei Belehrungen scheinbar zu einem Weniger an Unverwertbarkeit führt, als wenn nur einer der vernommenen Beschuldigten nicht belehrt wurde, da infolge von zwei bemakelten Aussagen beide Beschuldigte durch Überkreuzverwertung verurteilt werden können, wohingegen bei nur einer bemakelten Aussage der nichtbelehrte Beschuldigte nicht verurteilt werden kann[479]. Das Paradox liegt aber bei konsequenter Anwendung der Rechtskreistheorie nicht vor, da nicht die Auswirkungen in der Verurteilung betrachtet werden dürfen, sondern in der Verwertung. Haben beide Beschuldigte unbelehrt ausgesagt, so liegen zwei Aussagen vor – beide bemakelt. Die Rechtskreistheorie besagt nun, daß die Aussage nicht gegen den jeweiligen Urheber verwertet werden könne, aber gegen den Mitbeschuldigten, d.h. jede Aussage kann teilverwertet werden. Da von jedem Beschuldigten eine Aussage vorliegt, die gegenüber dem Mitbeschuldigten (teil-)verwertet werden kann, können beide Beschuldigte verurteilt werden. Hat hingegen ein Beschuldigter nach Belehrung geschwiegen, der andere unbelehrt ausgesagt, so liegt überhaupt nur eine teilverwertbare Aussage vor. Das Schweigen des belehrten Beschuldigten kann hingegen eine Verurteilung nicht tragen. Wegen dem Fehlen einer zweiten Aussage, nicht aber wegen paradoxen Folgen der Rechtskreistheorie kann der unbelehrt gebliebene Beschuldigte diesmal nicht verurteilt werden. Anders ausgedrückt: zwei bemakelte Aussagen geben mehr Stoff zur Verwertung her, auch wenn sie nur teilweise verwertbar sind, als nur eine bemakelte Aussage, die ebenso nur teilweise verwertbar ist.

Das Paradoxe in *Denckers* Beispiel liegt darin, daß Schweigen immer un*be*wertbar ist, bemakelte Aussage aber teilverwertbar sein sollen. Das führt zur Frage, wie das Schweigen nach unterbliebener Belehrung zu behandeln wäre. Wäre das, weil es in Unkenntnis des Schweigerechts erfolgt ist, etwa nun teilverwertbar? In dem Sinne, daß jemand der unbelehrt schweigt, schon wisse warum? Das ist sicher nicht möglich. *Denk-*

[479] *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rdnr. 26

*kers* Beispiel belegt mithin den oben (Seite 138) bereits *a maiore ad minus* gezogenen Schluß, daß Beweisverwertungsverbote ebenso wie Beweis*be*wertungsverbote für alle Mitbeschuldigten eines Verfahrens wirken müssen.

## 2. Rainer Hamm (NJW 1996, 2185)

*Hamm* hat als erster explizit die Frage der personellen Reichweite von Beweisverwertungsverboten in der Literatur aufgegriffen. Er hält die Konsequenz einer gespaltenen Beweiswürdigung für erträglicher[480] als die Folgen, die sich andernfalls ergäben: Dann nämlich müsse einer der Mitbeschuldigten – möglicherweise derjenige, der ummittelbar betroffen sei – über das Verwertungsverbot für alle Beschuldigten verfügen können. Um das ihm unangemessen erscheinende Ergebnis zu vermeiden, lautet *Hamms* Schluß daher,

> *„den »Rechtskreisgedanken« völlig fallen (zu) lassen und ihn (zu) ersetzen durch das Prinzip, daß in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren niemand gegen seinen Willen aufgrund von rechtsfehlerhaften Beweismitteln verurteilt werden darf"*[481].

Damit billigt er im Sinne einer Meistbegünstigungstheorie jedem Mitbeschuldigten ein eigenes Verwertungsverbot (richtigerweise Folgenbeseitigungsanspruch) zu und nimmt hierfür die Spaltung der Tatsachenfeststellung in Kauf. Im Ergebnis läuft *Hamms* Postulat darauf hinaus, bei einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung grundsätzlich ein absolutes Verwertungsverbot anzunehmen. Es hat sich jedoch bereits gezeigt, daß diese radikale Beweisbeschneidung unverhältnismäßig wäre, insbesondere weil infolge fehlender eigener Rechtsverletzung der Folgenbeseitigungsanspruch nur zugunsten des unmittelbar Betroffenen entsteht.

---

[480] Allerdings mit dem fehlgehenden Argument, dass auch die Wahlfeststellung zu einer gespaltenen Beweiswürdigung führe. Wie unten Seite 153 ff. näher dargestellt ist, liegen nicht vergleichbare Konstellationen vor.

[481] *Hamm*, NJW 1996, 2185, 2189

### 3. Armin Nack (StraFo 1998, 366 ff.)

*Nack*, der die Überkreuzverwertung mit einem Verwertungsverbot aus dem *Fair-trial*-Grundsatz verhindern möchte, schließt aus dem Widerspruchserfordernis des Bundesgerichtshofs zu Recht, daß die Disposition über Verwertungsverbote möglich sein müsse. Daraus folgen für ihn aber Probleme, wenn Mitbeschuldigte unterschiedliche Verteidigungsstrategien verfolgen („Gefangenen-Dilemma"). *Nack* durchdenkt die bei zwei Angeklagten kombinatorisch möglichen sechs Konstellationen[482]:

(1) Nur der betroffene Angeklagte widerspricht, der nicht betroffene Angeklagte schweigt.
(2) Nur der nicht betroffene Angeklagte widerspricht, der betroffene Angeklagte äußert sich nicht.
(3) Sowohl der betroffene, wie der nicht betroffene Angeklagte widersprechen.
(4) Der betroffene Angeklagte stimmt zu, der nicht betroffene Angeklagte widerspricht.

(5) Der nicht betroffene Angeklagte stimmt zu, der betroffene Angeklagte widerspricht.
(6) Beide Angeklagten sind betroffen und entscheiden sich unterschiedlich.

*Nack* legt die Rechtsprechung zugrunde und kommt zu dem zutreffenden Ergebnis, daß die Zustimmung des nicht unmittelbar betroffenen Angeklagten dem betroffenen Angeklagten nicht die Berufung auf das Verwertungsverbot abschneiden dürfe. Entsprechend der Rechtskreistheorie sieht *Nack* wiederum zu Recht das Dispositionsrecht ausschließlich beim betroffenen Angeklagten. Daraus folgert er, nun aber zu Unrecht, daß eine gespaltene Tatsachenfeststellung unumgänglich sei[483].

Dem letzten Schluß ist zu widersprechen, da nicht einzusehen ist, weshalb es für die umfassende Verwertbarkeit eines Telefongesprächs einerseits ausreichen soll, wenn ein Gesprächsteilnehmer der Polizei erlaubt,

---

[482] *Nack*, StraFo 1998, 366, 372
[483] *Nack*, StraFo 1998, 366, 373

ein Telefonat mitzuhören[484], andererseits jemand, dessen Telefon überwacht wurde, ein rechtswidrig mitgehörtes Gespräch im Verfahren nur mit Wirkung für sich selbst zur Verwertung soll freigeben können. In der Mithörvariante hat der Betroffene auf sein Abwehrrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG verzichtet. Im Fall der rechtswidrigen Beweiserhebung geht es nicht mehr um Abwehr, sondern um Folgenbeseitigung. Da das Recht auf Folgenbeseitigung aus dem Abwehrrecht folgt, wäre unverständlich, wenn es weiter ginge als das Abwehrrecht. Wird die Verwertung nachträgliche genehmigt, so erlaubt sie die Verwertung im selben Umfang, wie die anfängliche Zustimmung zur Erhebung.

Werden die von *Nack* dargestellten sechs Konstellationen unter den bislang gefundenen Prämissen betrachtet, daß

- das Verwertungsverbot Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs (unselbständiges Verwertungsverbot) bzw. eines Abwehrrechts (selbständiges Verwertungsverbot) ist,
- dispositionsbefugt allein der materiell verletzte (= betroffene) Angeklagte ist und
- eine verfahrensrechtliche Wirkungserstreckung stattfindet,

so verbleibt allein für die Fallgruppe (6) – divergierende Interessenlage mehrerer von dem selben Rechtsverstoß in gleicher Weise betroffener Angeklagter – die Möglichkeit der Tatsachenspaltung.

Doch auch hier entfällt sie, wenn die zutreffenden Grundsätze des Mithörfalls zugrundegelegt werden: Eine Mehrzahl von Betroffenen ist nämlich nur dann denkbar, wenn sich diese Betroffenen denselben Geheimnisschutz teilen, sich also in einer gemeinsamen Geheimsphäre befinden, wie es gerade bei Telekommunikationsteilnehmern der Fall ist. Diese Geheimnisschutz entfällt, wenn das Geheimnis gebrochen wurde, z.B. indem es von einem Geheimnisträger einer nicht in die Geheimsphäre einbezogenen Person mitgeteilt wurde. Für eine personell vollumfängliche Verwertung reicht es folglich aus, wenn das Geheimnis entwidmet wird, was auch der Fall ist, wenn es von einem Geheimnisträger zur Verwertung freigegeben wird. Damit erlischt nicht nur umfas-

[484] BGHSt 42, 139

send das Abwehrrecht, sondern auch ein bereits entstandener Folgenbeseitigungsanspruch. Demzufolge besteht keine Notwendigkeit für die von *Nack* angenommene Tatsachenspaltung.

## H. Schlußfolgerungen für Verwertungsverbote und ihre personelle Reichweite

*Hamm* und *Nack* mißfällt die Tatsachenspaltung, doch halten beide sie für unumgänglich. Richtigerweise ist es unmöglich, jedem Mitbeschuldigten die Möglichkeit einzuräumen, ein Verwertungsverbot geltend zu machen, ohne gleichzeitig die Tatsachenspaltung zu akzeptieren. Ein unlösbarer Konflikt zwischen Dispositionsbefugnis und Tatsachenspaltung setzt indes voraus, daß jedem Mitbeschuldigten ein Folgenbeseitigungsanspruch zusteht. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr entsteht nur für denjenigen ein eigener Folgenbeseitigungsanspruch, der Träger des Abwehrrechts ist und nur der Träger des Abwehrrechts kann über den Folgenbeseitigungsanspruch disponieren. Dritte mögen an fremden Rechten partizipieren, verfügen können sie über diese nicht.

Nachdem ein Verwertungsverbot entweder aus dem materiell-rechtlichen Gehalt eines Erhebungsverbots abgeleitet oder direkt aus einem Grundrecht gefolgert wird, kann in den meisten Fällen der zugrundeliegende Folgenbeseitigungsanspruch einem bestimmten Rechtsträger zugeordnet werden. Für die selbständigen verfassungsrechtlichen Verwertungsverbote wird das schon durch die Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde gefordert: Ein Verwertungsverbot, das von der Strafjustiz nicht anerkannt wurde, kann nur derjenige Angeklagte mit der Urteilsverfassungsbeschwerde angreifen, der Grundrechtsträger und zudem selbst betroffen ist.

Da der Verstoß gegen ein Erhebungsverbot zu einem subjektiven Recht, dem Folgenbeseitigungsanspruch führt, steht dieses Recht, wie die Rechtskreistheorie insoweit zutreffend festhält, nur demjenigen Beschuldigten zu, der materiell-rechtlich Verletzter ist. Nur er kann über den Folgenbeseitigungsanspruch disponieren und nur er kann mit seinem Widerspruch das Verwertungsverbot erwirken. Das heißt aber noch nicht, daß ein so entstandenes Verwertungsverbot nicht für alle Mitbeschuldigten wirkt.

Eine Wirkungserstreckung findet dann statt, wenn

- der verbotene Beweis in einem gemeinsamen Verfahren zugleich gegen die Mitbeschuldigten und den unmittelbar Betroffenen verwertet wurde bzw. werden soll (sog. formeller Reflex),
- dem Schutzzweck der Beweiserhebungsnorm nur Genüge getan werden kann, wenn die Verwertung auch für und gegen Dritte verboten ist (sog. materieller Reflex) oder
- das Gesetz die Wirkung für Dritte anordnet.

Nachfolgend werden diese thesenhaft dargestellten Ergebnisse im einzelnen begründet.

## I. Verwertungsverbote sind Rechtsfolgen von Folgenbeseitigungsansprüchen

Ermittlungshandlungen greifen, sobald Informationen vom Bürger erlangt werden sollen, in das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Deshalb enthält die Strafprozeßordnung mit § 161 StPO eine generelle Eingriffsnorm, soweit die Strafprozeßordnung den Grundrechtseingriff nicht speziell (z.B. §§ 100a ff. StPO) erlaubt[485]. Die Strafprozeßordnung beschränkt die generelle und spezielle Zulässigkeit jedoch wiederum durch Beweiserhebungsverbote, also durch Beweiserhebungsvoraussetzungen. Dabei wirkt das Beweiserhebungsverbot, soweit es Ausnahmen vorsieht als bedingtes, sonst als unbedingtes Abwehrrecht. Umgekehrt hat daher ein bestehendes und im konkreten Fall greifendes Abwehrrecht ein Erhebungsverbot zur Folge.

Abwehrrechte sind in erster Linie die Grundrechte. Regelt nicht eine Norm der Strafprozeßordnung die Beweiserhebung, sondern verhindert erst das Grundgesetz die Verwertung, so hat das Abwehrrecht ein unselbständiges Verwertungsverbot zur Folge. Soweit das Abwehrrecht eigentlich schon der Erhebung entgegen gestanden hätte, dies aber erst durch die Beweiserhebung festgestellt werden kann, wie z.B. bei Tagebü-

[485] *Meyer-Goßner*, § 161 Rdnr. 1

chern, tritt als Rechtsfolge ein selbständiges Verwertungsverbot ein, weil die Erhebung nicht *ex post* unzulässig wird.

Werden Beweise unter Verstoß gegen Beweiserhebungsvoraussetzungen erlangt, liegt darin folglich ein Eingriff in das Abwehrrecht in der Form des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, soweit nicht ein Eingriff in ein Spezialgrundrecht vorliegt. Trotzdem ist nicht jeder Eingriff in ein Grundrecht eine Grundrechtsverletzung. Der Befund einer Grundrechtsverletzung hängt vielmehr davon ab, ob der Eingriff zum Eingriffszweck im Verhältnis steht[486]. War der Eingriff aus der *ex post* Sicht nicht verhältnismäßig und dauern die rechtswidrigen Folgen an, so erwächst durch die Verletzung des Abwehrrechts entweder ein einfachgesetzlicher oder ein grundrechtlich abgesicherter negatorischer Anspruch darauf, die gespeicherten Informationen zu vernichten und im konkreten Verfahren nicht zu verwenden. Dieses negatorische Recht ist der Folgenbeseitigungsanspruch[487]. Wird der Folgenbeseitigungsanspruch geltend gemacht, so hat er zur Folge, daß die Richter ihnen bekannt gewordene Informationen nicht verwerten dürfen. Demzufolge ist das unselbständige Verwertungsverbot die Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs.

## II. Verfügungsbefugnis über den dem Verwertungsverbot vorausgehenden Folgenbeseitigungsanspruch

### 1. Dispositionsregelungen in der Strafprozeßordnung

Da der Folgenbeseitigungsanspruch den Abwehranspruch substituiert, kann er nur von demjenigen geltend gemacht werden, der Inhaber des Abwehranspruchs ist. D.h., daß nur derjenige die Rechtsfolge des Verwertungsverbots erwirken oder vernichten kann, der in eigenen materiellen Rechten verletzt ist. Dies wird durch die wenigen Fällen bestätigt, in

---

[486] Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rdnr. 274 ff.

[487] So auch *Südhoff*, Folgenbeseitigung, S. 147 – siehe oben Seite 53 ff.

denen das Gesetz selbst bestimmt, wer über die Verwertbarkeit von Beweisen entscheiden soll:

§ 81c Abs. 3 Satz 5 StPO stellt die Verwertbarkeit der Untersuchung eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen unter den Vorbehalt der Einwilligung des befugten gesetzlichen Vertreters, soweit der Zeuge von der Bedeutung des Verweigerungsrechts keine ausreichende Vorstellung hat und die Untersuchung ohne vorherige Einholung der Entscheidung des gesetzlichen Vertreters durchgeführt wurde (§§ 52 Abs. 2, 81c Abs. 3 Satz 2 StPO).

§ 252 StPO legt die Verwertbarkeit allein in die Hände des auskunftsverweigerungsberechtigten Zeugen[488]. Diese Norm gilt analog, wenn der Beweis in einem anderen Verfahren zulässig erhoben wurde[489].

§ 97 Abs. 1 Satz 3 InsO überläßt es dem Schuldner, zu bestimmen, ob seine im Insolvenzverfahren entsprechend seiner Auskunftspflicht gemachten Angaben im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen ihn oder einen in § 52 Abs. 1 der Strafprozeßordnung bezeichneten Angehörigen verwendet werden dürfen.

## 2. Widerspruchserfordernis

Die Wirkung des Folgenbeseitigungsanspruch als Verwertungsverbot entsteht erst, wenn der Beschuldigte der Verwertung widerspricht. Allerdings ist der Widerspruch nicht, wie von der Rechtsprechung angenommen, ein Tatbestandsmerkmal des Verwertungsverbots, sondern die Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruchs.

Die von der Rechtsprechung begründete Widerspruchserfordernis beinhaltet, daß der Angeklagte bzw. dessen Verteidiger bis zum Ende der Beweisaufnahme (§ 257 StPO) der Verwertung des erhobenen Beweises widersprechen muß, anderenfalls soll es an einer Tatbestandsvoraussetzung für das von der Rechtsprechung konzedierte Verwertungsverbot

---

[488] BGHSt 45, 203; *Ranft*, NJW 2001, 1305, 1306

[489] BGHSt 36, 384 mit zust. Anm. *Geerds* in JuS 1991, 199

fehlen[490]. Das Reichsgericht hatte früher das Schweigen des Angeklagten oder seines Verteidigers als Rügeverzicht ausgelegt[491], während die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei fehlendem Widerspruch zuerst die Beruhensfrage (§ 337 StPO) verneinte[492] und später eine Verwirkung angenommen hat[493].

Bislang wird von der Rechtsprechung ein Widerspruch für die Fälle

- der unterlassenen Benachrichtigung des Verteidigers von einer Vernehmung (§§ 168c Abs. 5, 202, 224 StPO)[494],
- der unterlassenen Belehrung über entweder das Schweigerecht (§§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO)[495],
- der verhinderten Verteidigerkonsultationsmöglichkeit (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO)[496],
- der unzulässigen Verlesung von Tagebuchaufzeichnungen[497],
- der unzulässigen Telefonüberwachung (§ 100a StPO)[498] und
- des unzulässigen Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers (§ 110b StPO)[499]

gefordert.

Die Widerspruchserfordernis ist Gegenstand zahlreicher Angriffe aus der Literatur[500]. So geht es Teilen der Kritiker schon zu weit, den Wider-

---

[490] *Meyer-Goßner/Appl*, StraFo 1998, 258, 260

[491] RGSt 50, 364, 365; 58, 89, 90; 58, 100, 101

[492] BGHSt 1, 284, 286; BGH NJW 1952, 1426

[493] BGHSt 9, 24, 28; zusammenfassend *von der Lippe*, Widerspruchslösung, S. 87 ff.; *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66 f.; *Meyer-Goßner/Appl*, StraFo 1998, 258, 260 mit Rechtsprechungsnachweis

[494] BGHSt 1, 284 LS; 9, 24 LS; 31, 140, 145; NStZ 1989, 282 f.

[495] BGHSt 38, 214 LS

[496] BGHSt 42, 15, 23

[497] BGH NStZ 1998, 635 = BGHR StPO § 261 Verwertungsverbot 11 (obiter dictum)

[498] BGH StV 2001, 545 = BGHR StPO § 100a Verwertungsverbot 11

[499] BGH StV 1996, 529 (bei fehlender richterlichen Entscheidung); 1 StR 113/00 – Beschluss vom 12. Juli 2000 (bei fehlendem Anfangsverdacht)

spruch zur Voraussetzung für ein Verwertungsverbot zu erheben[501]. *Hamm* betrachtet

> *„mit Argwohn die derzeitige Tendenz der Rechtsprechung,* (dem Verteidiger) *Mitwirkungsobliegenheiten aufzuerlegen, deren «Verletzung» zum Verlust von Verfahrensrügen führen soll"*[502].

Wird die Voraussetzung akzeptiert[503], so besteht Uneinigkeit hinsichtlich des Zeitpunkts[504] und der Modi[505] des Widerspruchs, sowie der Frage, wie das Gericht mit dem Widerspruch zu verfahren hat[506].

Davon ausgehend, daß der Widerspruch in Wahrheit nicht Tatbestandsvoraussetzung, sondern schlicht die Geltendmachung eines Folgenbeseitigungsanspruchs ist, ergeben sich Antworten auf die von den Kritikern angesprochenen Fragen:

Keinen Widerspruch als Tatbestandsvoraussetzung verlangt die Rechtsprechung für die Verwertungsverbote aus §§ 52-53a StPO. Der Bundes-

---

[500] Grundlegend: *Dudel*, Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverboten

[501] u.a. *Bernsmann*, StraFo 1998, 73, 76; *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 150 m.w.N.; ders., NStZ 1996, 257, 262; *Bohlander*, NStZ 1992, 504, 505; *Dornach*, NStZ 1995, 57 ff.; *Dudel*, Widerspruchserfordernis, S. 214 f.; *Eisenberg*, Beweisrecht S. 148 ff.; *Fahl*, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, S. 163 ff., 171; *Feigen* in Wolter: Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, S. 161 ff.; *Fezer*, JR 1992, 386; *Roxin*, JZ 1997, 343, 346; *Stern*, StraFo 1994, 128, 134 ff.; *Tolksdorf*, Festgabe für Graßhof, S. 255, 262 ff., 264; *Ventzke*, StV 1997, 543, 547 m.w.N.; a.A. *Hamm*, NJW 1993, 289 ff.; *Maatz*, NStZ 1992, 513; *Meyer-Goßner/Appl*, StraFo 1998, 258; *Widmaier*, NStZ 1992, 519 ff.

[502] *Hamm*, NJW 1996, 2185, 2187

[503] So insbesondere von *von der Lippe*, Widerspruchslösung, S. 176

[504] Vgl. *Dahs*, StraFo 1998, 253, 257; *Fezer*, JZ 1994, 686, 687; *von der Lippe*, Widerspruchslösung, S. 193 ff.

[505] Vgl. *Hamm*, NJW 1996, 2185, 2188; Die Frage, ob der unterlassene Widerspruch der Zustimmung gleich steht, verneinen *Fezer*, JR 1992, 385, 386; *Gillmeister*, StraFo 1997, 8, 12; *Kiehl*, NJW 1994, 1267, 1268. *von der Lippe*, Widerspruchslösung,, S. 199; *Dahs* erörtert in StraFo 1998, 253, 255 f., wie lange der Widerspruch zurückgenommen werden und worin man die Rücknahme sehen kann.

[506] Vgl. *Dahs*, StraFo 1998, 253, 254; *von der Lippe*, Widerspruchslösung, S. 202

gerichtshof[507] sieht den Grund dafür in der unrichtigen Information des Berufsgeheimnisträgers über die Entbindung von der Schweigepflicht. Richtigerweise muß der Angeklagte nicht widersprechen, weil er nicht zur Verfügung befugt ist[508]. Da der Angeklagte nicht widersprechen darf, müßte auf den Willen des Geheimnisträgers abgestellt werden[509]. Folglich wäre der Widerspruch in der Hauptverhandlung vom Berufsgeheimnisträger zu erheben. Dies dürfte aber unter prozeßökonomischen Gesichtspunkten häufig unpraktikabel sein. Die regelmäßig weiterbestehende gesetzliche Schweigepflicht des Berufsgeheimnisträgers läßt jedoch die Vermutung zu, daß der über das Nichtvorliegen einer Entbindung richtig informierte Berufsgeheimnisträger die Aussage verweigert hätte. Andernfalls würde man ihm ein rechtswidriges Handeln unterstellen. Für eine solche Vermutung ist aber ohne Ansatzpunkt kein Raum.

Diese Erwägungen gelten in ähnlicher Weise für § 52 StPO. Nach zutreffender Meinung ist das Protokoll der Zeugenvernehmung eines Verwandten dann nicht nach § 251 Abs. 2 Satz 2 StPO verlesbar, wenn der Verstorbene nach seiner Vernehmung die Verweigerung erklärt hatte[510]. Auch hier ist also der Wille des Verfügungsberechtigten entscheidend. Mangels Schweigepflicht besteht allerdings kein Raum für die Vermutung des Schweigens. Demnach muß bei einer unterbliebenen Belehrung stets auf den Verwertungswillen des Zeugen zurückgegriffen werden.

Wird der Folgenbeseitigungsanspruch nicht durch einen Widerspruch geltend gemacht, so liegt darin keine Zustimmung in die Verwertung,

---

[507] BGHSt 42, 73, 77 f.

[508] So *Ranft*, NJW 2001, 1305, 1306 unter Verweis auf BGHSt 10, 77 (zu § 252 StPO)

[509] Dementsprechend ist in BGHZ 91, 392, 399 entschieden, dass die Frage, inwieweit die ärztliche Schweigepflicht nach dem Tod des Patienten fortbesteht, vom mutmaßlichen Willen des verstorbenen Patienten abhängt; ebenso *Eb. Schmidt*, NJW 1962, 1745, 1748

[510] BGH NJW 1984, 136; BGH bei Pfeiffer/Miebach, NStZ 1984, 211; *Meyer-Goßner*, § 251 Rdnr. 28; a.A. zu § 55 StPO (statt aller) *Jürgen Meyer*, Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung, S. 147 ff.; im Gegensatz zu §§ 52, 252 StPO wohnt § 55 StPO nicht die Möglichkeit inne, eine Aussage „zurückzuholen“.

denn Schweigen kann generell nur unter engen Voraussetzungen als Prozeßerklärung aufgefaßt werden[511]. In Betracht kommt aber ein konkludenter Verzicht[512]. Grundsätzlich darf jeder auf zu seinen Gunsten bestehende Vorrechte verzichten[513]. Allerdings kann der Verzicht auf die Einhaltung der Beweisnorm nicht *ex ante* erfolgen, da die Strafverfolgungsorgane grundsätzlich an Recht und Gesetz gebunden sind[514]. Auch wirkt der Verzicht mangels Einwilligungszuständigkeit nicht bei rechtsstaatsschützenden Beweisverboten. Deswegen ist dem Angeklagten für das aus dem Menschenwürdegrundsatz herrührenden Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 StPO die Disposition entzogen. Auf individualrechtsschützende Beweisverbote kann jedoch *ex post* verzichtet werden[515].

Wird der Folgenbeseitigungsanspruch nicht bis zur Unterbrechung zur Urteilsberatung durch einen Widerspruch geltend gemacht, liegt darin ein konkludenter Verzicht, denn mit Beginn der Urteilsberatung müssen die Richter wissen, welchen Prozeßstoff sie für die Urteilsfindung verwenden dürfen. Durch den expliziten oder konkludenten Verzicht auf den Widerspruch geht der Folgenbeseitigungsanspruch unter. Der Folgenbeseitigungsanspruch und das Widerspruchsrecht leben allerdings wieder auf, wenn erneut in die Beweisaufnahme eingetreten wird.

Die Rücknahme des erhobenen Widerspruchs kann ebenso lange, ja sogar anders als der Widerspruch, auch noch in der Berufung oder in einer neuen Tatsacheninstanz erfolgen. Dies liegt darin begründet, daß der Widerspruch gegen die Verwertung und das daraus folgende Verwertungsverbot die Wahrheitsfindung behindern. Demzufolge muß es im Interesse der Wahrheitsfindung jederzeit möglich sein, dem Richter eine breitere Tatsachengrundlage zur Verfügung zu stellen. Lediglich für die

---

511 *von der Lippe*, Widerspruchslösung,, S. 109; *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66, 68

512 *von der Lippe*, Widerspruchslösung,, S. 109 m.w.N.

513 *Cuique licet his quae pro se introducta sunt renuntiare*, Codex Justinianus 2, 3, 29, zitiert nach Liebs, S. 55 Nr. 106.

514 *Brandis*, Beweisverbote im Strafprozeß als Belastungsverbote für den Beschuldigten?, S. 243

515 *Brandis*, Beweisverbote im Strafprozeß als Belastungsverbote für den Beschuldigten?, S. 243

Revision gilt dies nicht, bzw. die Rücknahme des Widerspruchs würde leer laufen, da das Revisionsgericht gehindert ist, einen neuen Sachverhalt festzustellen. Selbstverständlich kann mittels einer Rücknahme des Widerspruchs nach Rechtskraft auch keine Wiederaufnahme bewirkt werden.

### 3. Konkurrierende Widersprüche

Existieren mehrere Rechtsbetroffene, wie im Fall des aus § 52 StPO resultierenden Verwertungsverbots, so kommen kollidierende Verzichtbefugnisse nur in Betracht, wenn die Strafprozeßordnung keinem Rechtsbetroffenen den Vorrang einräumt. Wie gesehen gewährt § 252 StPO dem Zeugen noch in der Hauptverhandlung das Recht, seine protokollierten Angaben im Ermittlungsverfahren unverwertbar zu machen[516]. Demnach hat der Zeuge das Vorrecht, über das Verwertungsverbot zu verfügen. Damit übereinstimmend haben Rechtsprechung[517] und Kommentarliteratur[518] dem Beschuldigten das Recht zum Verzicht abgesprochen.

Für das von *Nack*[519] so genannte „*Gefangenen-Dilemma*" (siehe oben Seite 149), das für den Richter ein „*Verwertungs-Dilemma*" ist, ergibt sich auf der Basis, daß allein der Inhaber des Folgenbeseitigungsanspruchs über diesen und damit über die Verwertung disponieren kann, das folgende Bild:

---

[516] OGHE 1, 299, 301; BGHSt 2, 99; 7, 194; 29, 230, 232; 32, 25, 29; LR-*Gollwitzer*, § 252 Rdnr. 3 ff.; *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 15/44; *Geppert*, Jura 1988, 363, 368

[517] BGHSt 10, 77; BGH NStZ 1997, 95; BayObLG StV 1981, 12 f.

[518] *Meyer-Goßner*, § 252 Rdnr. 12; KK-*Diemer*, § 252 Rdnr. 2; SK-*Schlüchter*, § 252 Rdnr. 22; LR-*Dahs*, § 52 Rdnr. 1

[519] *Nack*, StraFo 1998, 366, 372

### a) Nur der betroffene Angeklagte widerspricht, der nicht betroffene Mitangeklagte schweigt

Der Widerspruch löst unabhängig vom Willen des nicht betroffenen Mitangeklagten das Verwertungsverbot aus, womit das Beweismaterial insgesamt unverwertbar ist.

### b) Nur der nicht betroffene Mitangeklagte widerspricht, der betroffene Angeklagte schweigt.

Der Widerspruch geht ins Leere, da der nicht betroffene Mitangeklagte nicht berechtigt ist, den Folgenbeseitigungsanspruch des betroffenen Angeklagten geltend zu machen[520]. Das Beweismaterial ist verwertbar, wenn nicht der betroffene Angeklagte bis zur Unterbrechung zur Urteilsberatung widerspricht.

### c) Sowohl der betroffene, wie der nicht betroffene Angeklagte widersprechen

Zwar geht der Widerspruch des nicht betroffenen Mitangeklagten ins Leere, jedoch führt der Widerspruch des Betroffenen zur Unverwertbarkeit des bemakelten Beweises im gesamten Verfahren, so daß das Verwertungsverbot auch für den nicht Betroffenen im gleichen Verfahren wirkt. Es entsteht folglich kein Verwertungsdilemma.

### d) Der betroffene Angeklagte stimmt zu, der nicht betroffene Mitangeklagte widerspricht

Der Widerspruch des nicht Betroffenen geht ins Leere, da er über den Folgenbeseitigungsanspruch nicht verfügen darf. Da der betroffene Angeklagte aber der Verwertung zugestimmt hat, ist das Beweismaterial insgesamt verwertbar.

### e) Der nicht betroffene Angeklagte stimmt zu, der betroffene Angeklagte widerspricht

Die Zustimmung geht ins Leere, da der nicht betroffene Mitangeklagte nicht berechtigt ist, über den Folgenbeseitigungsanspruch zu verfü-

---

[520] Vgl. *Nack*, StraFo 1998, 366, 373

gen[521]. Der Beweis wird infolge des Widerspruchs des betroffenen Angeklagten unverwertbar.

### f) Beide Angeklagten sind betroffen und entscheiden sich unterschiedlich

Auch hier besteht kein Dilemma (siehe oben Seite 149 f.). Allerdings ist hinsichtlich der Betroffenheit genau zu differenzieren:

#### aa) Keine identische Rechtsbetroffenheit

Nicht zugleich und identisch vom Rechtsfehler betroffen sind entsprechend der Schutznorm- und der Rechtskreistheorie Mitangeklagte z.B. dann wenn der Arzt oder Beichtvater des Angehörigen eines Angeklagten fehlerhaft über seine Entbindung von der Schweigepflicht unterrichtet wurde. Während der eine Angeklagte von einer über die Angehörigeneigenschaft begründete Erweiterung des Schutzkreises von § 53 Abs. 1 StPO erfaßt wird, steht der Mitangeklagte außerhalb jeden Schutzes. Das selbe gilt im Verhältnis der Mitangeklagten zueinander für die Belehrung über das Recht aus *nemo tenetur* und das Verteidigerkonsultationsrecht.

#### bb) Unbeachtliche identische Rechtsbetroffenheit

Falls zwei Angeklagte mit einem nicht belehrten Zeugen im Sinne des § 52 Abs. 1 StPO verwandt sind, liegt zwar eine identische Rechtsbetroffenheit vor. Es hat sich jedoch bereits gezeigt, daß die Mitangeklagten, auch wenn sie die Rechtsverletzung rügen können, aufgrund der Wertentscheidung des Gesetzgebers, die sich aus § 252 StPO ergibt, nicht berechtigt sind, über den Folgenbeseitigungsanspruch zu verfügen (oben Seite 158 f.). Dementsprechend hat es die Rechtsprechung dem Angeklagten stets versagt, die Verwertbarkeit einer Aussage zu erwirken, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat[522]. Insoweit spielen folglich entgegengesetzte Verwertungswünsche keine Rolle.

---

[521] Vgl. *Nack*, StraFo 1998, 366, 373

[522] BGHSt 10, 77; BGH NStZ 1997, 95

### cc) Identische Betroffenheit bei konkurrierender Verfügungsbefugnis

Eine identische Betroffenheit bei konkurrierender Verfügungsbefugnis liegt aber insbesondere beim Einsatz sog. heimlichen Ermittlungsmethoden vor, wie z.B. die Telefonüberwachung. Da § 100a StPO die Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das Grundrecht auf Telekommunikationsfreiheit ist, gestatten die §§ 100a, 100b StPO notwendigerweise nicht nur den Eingriff in das Grundrecht des überwachten Anschlußbesitzers, sondern auch Eingriffe in die Grundrechte jener Gesprächsteilnehmer, die mit dem, dessen Anschluß überwacht wird, kommunizieren[523]. Das bestätigt § 100b Abs. 5 StPO, indem er als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Verwertung eines Zufallsfunds nur mehr fordert, daß der aus der Telefonüberwachung erlangte Beweis der Verfolgung einer Katalogtaten dienen soll[524]. Damit leitet sich die Verwertbarkeitsentscheidung von der Verwertbarkeit gegenüber dem primär Überwachten ab und setzt diese voraus. Ein Verwertungsverbot steht immer dann in Rede, wenn wesentliche Voraussetzungen für die Anordnung nicht vorgelegen haben[525].

Für die Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes ergibt sich die zum Verwertungsverbot führende Fehleridentität hinsichtlich sämtlicher Betroffener aus dem Umstand, daß der Subsidiaritätsgrundsatz Ausfluß des Übermaßverbotes des Art. 20 Abs. 3 GG ist[526] und damit eine Schranke (sog. Schranken-Schranke) für die verfassungsgemäße Grundrechtsbeschränkung darstellt[527]. Ist der Subsidiaritätsgrundsatz bei der Anord-

---

[523] BVerfGE 30, 1, 22; BGHSt 29, 23, 24; BT-Dr. V/1880 S. 13 (Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses)

[524] BGHSt 26, 298, 303; *Knauth*, NJW 1978, 741, 742; allgemein *Ruthig*, JuS 1998, 506, 508; im Erg. auch *Rieß*, Wahrheitsfindung und ihre Schranken, S. 150 ff.

[525] Verdacht einer Katalogtat nicht gegeben: BGHSt 31, 304; 41, 30; Mißachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes: BGHSt 41, 30; *Meyer-Goßner*, § 100a Rdnr. 21; ANM, S. 523; Fehlen der richterlichen Anordnung: BGHSt 35, 32, 33; 31, 304, 308; ANM, S. 523; zur Fristüberschreitung: BGHSt 44, 243

[526] BVerfG NJW 2003, 1787, 1790 = 1 BvR 330/96 vom 12.3.2003, Absatz-Nr. 63

[527] Pieroth/Schlink, Staatsrecht II-Grundrechte, Rdnr. 278; *Badura*, Staatsrecht, C 28

nung gegenüber dem primär Überwachten verletzt worden, so ist die Eingriffsschranke hinsichtlich der Kommunikationspartner und damit deren Grundrechtsschranken im gleichen Maße unbeachtet geblieben[528].

Widerspricht nun ein Telekommunikationsteilnehmer der Verwertung der Telefonüberwachungsbänder, während der andere Teilnehmer keinen Widerspruch erhebt bzw. in die Verwertung einwilligt, so stellt sich die Frage, ob das Gericht die Beweise schon dann nicht verwerten darf, wenn einer der entstandenen Folgenbeseitigungsansprüche geltend gemacht wird. Da sich bereits gezeigt hat, daß Geheimsphären in zulässiger Weise von Geheimnisträgern geöffnet werden können, ohne daß sich ein Mitgeheimnisträger dagegen zur Wehr setzen kann, entscheidet nicht die Geltendmachung eines Widerspruchs durch einen Mitbetroffenen, sondern der Verzicht auf den Folgenbeseitigungsanspruch. Dieser zerstört die Grundlage des Folgenbeseitigungsanspruchs des anderen Betroffenen, die Geheimsphäre.

Soweit mehrere Beschuldigte zugleich in ihren Rechten betroffen sind, reicht es für die Verwertbarkeit, zusammenfassend gesprochen, aus, wenn einer der Betroffenen in die Verwertung einwilligt bzw. ihr bis zur Unterbrechung zur Urteilsberatung nicht widerspricht. Die Gefahr eines Verwertungssplittings, also einer gespaltenen Tatsachenfeststellung entsteht mithin auch in den Fällen nicht, in denen mehrere Beschuldigte divergierende Verwertungswünsche äußern.

## III. Die Wirkung für Dritte

Es hat sich gezeigt, daß eine Verletzung einer Beweiserhebungsnorm einen Folgenbeseitigungsanspruch für diejenige Person nach sich zieht, der entsprechend des Schutzzwecks der Norm ein Abwehranspruch zugestanden hätte. Fraglich war, ob und unter welchen Voraussetzungen ein entstandenes Verwertungsverbot Wirkung auch für Personen entfaltet, die nicht selbst Inhaber des Folgenbeseitigungsanspruchs bzw. des

[528] BGH NStZ 1997, 294 für den Fall des Verdeckten Ermittlers

Abwehrrechts sind. Daß eine Wirkung für Dritte existiert, gestehen auch Literatur und Rechtsprechung zu (siehe oben G.II. und III.)

### 1. Der formelle Reflex

Grundlage dieses hier sog. formellen Reflexes ist das Verbot der Tatsachenspaltung, auch Verbot der multiplen Überzeugungsbildung. Würde Beweiswissen bezogen auf Mitangeklagte in verwertbares und unverwertbares Wissen aufgeteilt, so wäre das Gericht genötigt zugleich von verschiedenen Sachverhaltsvarianten überzeugt zu sein. Das verstieße gegen § 261 StPO.

#### a) Untauglichkeit der Reichweite des Erhebungsverbots zur Bestimmung der Reichweite des Verwertungsverbots

Da der Folgenbeseitigungsanspruch der Hilfsanspruch des Abwehrrechts ist, liegt es nahe, die Antwort auf die Frage nach der Reichweite des Verwertungsverbots in der Reichweite des Erhebungsverbots zu suchen. Das sich das Erhebungsverbots für den Mitbeschuldigten auswirkt, beruht häufig, wie gesehen, nicht darauf, daß das Gesetz diesen schützen will (Wirkung aufgrund materieller Kriterien), sondern darauf, daß die Folge des Erhebungsverbots, das Nichthaben von Information, sich wegen der Verfahrensgemeinsamkeit auf Mitbeschuldigte erstreckt (Wirkung aufgrund formeller Kriterien). Zurecht hält der Bundesgerichtshof diese als Reflex[529] bezeichnete Wirkung lediglich im Rahmen des Erhebungsverbots, also des Abwehrrechts, für zwingend, denn wenn der Beweis erst einmal erhoben worden ist, verhindert jedenfalls nicht die Kraft des Faktischen die Verwertung.

#### b) Untauglichkeit des Prozeßrollenwechsels zur Bestimmung der Reichweite des Verwertungsverbots

Zum Prozeßrollenwechsel kommt es aufgrund des formellen Beschuldigtenbegriffs, wonach nur derjenige Beschuldigter in einem Verfahren ist, gegen den das Verfahren geführt wird und nicht auch derjenige, der an der prozessualen Tat beteiligt war. Damit kann ein Tatbeteiligter zu-

[529] BGHSt 38, 96, 99

gleich Beschuldigter im eigenen Verfahren und Zeuge im Verfahren gegen den Mittäter oder Haupttäter sein. Er kann durch Verfahrensverbindung auch von der Zeugen- in die Beschuldigtenrolle überwechseln bzw. umgekehrt, durch Verfahrenstrennung von der Beschuldigten- in die Zeugenrolle. Obgleich ein Teil der Literatur[530] diesen formellen Beschuldigtenbegriff ablehnt, ist ihm mit den umfangreichen Argumenten von *Schöneborn* und *Grünwald*[531] der Vorzug zu geben.

Der Prozeßrollenwechsel ist verbunden mit dem Wechsel von Rechten, welche dem Prozeßbeteiligten, je nach Rolle, gewährt werden. So ist der Beschuldigte von § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO geschützt, wohingegen sich der tatverdächtige Zeuge auf § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO berufen kann. Der Angehörige eines (Mit-)Beschuldigten wird von § 52 StPO erfaßt, wohingegen der Zeuge, der mit seiner Aussage einen Angehörigen in die Gefahr der Strafverfolgung bringen würde von § 55 Abs. 1 Alt. 2 StPO begleitet wird.

*Schöneborn*[532] weist darauf hin, daß die Frage nach dem Fortbestehen von Rechten nach Ausscheiden eines Mitbeschuldigten aus dem Verfahren zu trennen ist von der Frage, wonach sich der Beschuldigtenbegriff bestimmt. Ist der Beschuldigtenbegriff formell zu bestimmen, so trägt der Prozeßrollenwechsel die Gefahr der Umgehung von materiellen Rechten in sich, da der Rollenwechsel durch verfahrenstechnisches Mittel zu einer Veränderung der materiellen Rechtsstellung führt. Diese Veränderung, ist aber entsprechend dem Umgehungsverbot dann nicht zulässig, wenn damit auf formellen Weg (Prozeßrollenwechsel) ein materiell mißbilligtes Ergebnis (Rechtsbeschneidung) eintritt. Unproblematisch ist der Rollenwechsel, wenn keine Änderung in der Rechtsstellung eintritt oder sich die Rechtsstellung verbessert. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof[533] den Prozeßrollenwechsel zu Recht zur Beschränkung der Reichweite des formellen Reflexes herangezogen.

---

[530] *v. Gerlach*, JR 1969, 149 ff.; *Lenckner* in FS für Peter, S. 333 ff.; *Prittwitz*, NStZ 1986, 64 ff.

[531] *Schöneborn*, ZStW 86 (1974) 921, 926 ff.; *Grünwald* in FS für Klug, S. 494 ff.; ebenso *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 111

[532] *Schöneborn*, ZStW 86 (1974), 921, 930

[533] BGHSt 38, 96

Der Prozeßrollenwechsel hat folglich zwar die faktische, aber nicht die legitime Kraft, die Wirkung eines Verwertungsverbots über den materiellen Schutzbereiches des Erhebungsverbots hinaus auszudehnen.

### c) Einheitlichkeit der Überzeugungsbildung als tragendes Argument für die Wirkungserstreckung

Dafür, daß in einem gemeinsamen Verfahren Beweise nicht zugleich als verwertbar und als unverwertbar angesehen werden können, sind drei Gründe maßgeblich:

- Nach den Gesetzen der Logik kann ein Gericht nicht zu einer die Verurteilung tragenden Überzeugung gelangen, wenn es Beweise zugleich als verwertbar und unverwertbar ansieht.
- Soweit ein Beweis im Hinblick auf die Rechte eines Angeklagten erhoben werden darf, reicht das aus, daß er im Verfahren insgesamt verwertbar ist.
- Wenn das Gericht einen Beweis aufgrund einer Verfahrensrechtsverletzung als minderwertig anzusehen hat, so gilt dies für die Beweiswürdigung insgesamt und nicht lediglich für den in seinen Rechten verletzten Angeklagten.

#### aa) Denkgesetzliche Voraussetzungen der eine Verurteilung tragenden Überzeugung

Eine einheitliche Beweiswürdigung ist schon deshalb notwendig, weil sich das Gericht von einem Sachverhalt zu überzeugen hat (§ 261 StPO). Die Basis der Überzeugungsbildung ist der Inbegriff der Hauptverhandlung und damit alles, was zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden ist, einschließlich der Schlußvorträge und des letzten Wortes. Nach dem Grundsatz der umfassenden Beweiswürdigung sind alle erhobenen Beweise zu würdigen und dem Urteil zugrunde zu legen, soweit nicht im Einzelfall ausnahmsweise Beweisverwertungsverbote entgegenstehen[534]. Falls innerhalb eines gemeinsamen Verfahrens und bezogen auf dieselbe prozessuale Tat Verwertungsverbote personell beschränkt wirken würden, hätte dies ein Beweisergebnis zur Folge, das hinsichtlich

[534] BGHSt 29, 109, 110

derselben prozessualen Tat zu verschiedenen, nicht miteinander zu vereinbarenden Sachverhalten gelangte[535]. Folglich könnte das Gericht nicht überzeugt sein, sondern müßte den Denkgesetzen nach daran zweifeln, welcher Sachverhalt richtig ist, denn konträre Urteile (A und nonA) können nicht beide wahr sein[536]. Aus dieser Zwickmühle entkommt das Gericht auch nicht dadurch, daß es eine einheitliche Überzeugung bildet und bei einem Angeklagten dasjenige wegrechnet, was das Beweisverwertungsverbot zu verwerten verbietet. Diese Methode würde § 261 StPO umgehen, der den Tatrichter zum Maß der Dinge erhebt und verlangt, daß er als Subjekt von dem die Grundlage der Verurteilung bildenden Lebenssachverhalt überzeugt ist. § 261 StPO zielt zwar darauf ab, die materielle Wahrheit mit formellen Mitteln zu ergründen (siehe oben Seite 21 ff.), aber eben nicht darauf, eine rein formelle Wahrheit herauszuarbeiten.

### bb) Folgerungen aus einer „relativ" zulässigen Beweiserhebung

Es hat sich gezeigt, daß eine große Anzahl von höchstrichterlichen Entscheidungen die Feststellung multipler Sachverhalte innerhalb eines Verfahrens ablehnt und daß auch die Literatur an dieser Konstruktion zweifelt. Von besonderem Interesse ist die Entscheidung BGHSt 22, 372, in der verglichen mit der vorliegenden Arbeit die umgekehrte Fragestellung beantwortet wird: die personelle Reichweite eines verwertbaren Beweises. Der Bundesgerichtshof schließt in dieser Entscheidung aus der bezogen auf einen Angeklagten zulässigen Einführung eines Beweises auf die Verwertbarkeit insgesamt. In Frage stand die Verwertung der Erklärung eines Angeklagten, welche in einem richterlichen Protokoll enthalten war und gemäß § 254 Abs. 1 StPO zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden sollte. Nachdem § 254 Abs. 1 StPO den Mitangeklagten unerwähnt läßt, wollte der Revisionsführer den Schluß ziehen, daß der Inhalt der verlesenen Schriftstücke nicht zum

---

535 Gegen ein sogenanntes Beweissplitting auch *Welp*, Jura 1981, 472, 477; ihm folgend *Wolter*, FS für Kaufmann, S. 766; *Schöneborn*, NJW 1974, 535, 536 stützt seine Abneigung gegen das Beweissplitting auf das Argument, dass das Gericht damit psychologisch überfordert wäre.

536 *Schneider*, Logik für Juristen, S. 73

Nachteil eines Mitangeklagten verwertbar sei. Mit dieser Ansicht konnte er sich immerhin auf die Meinung von *Schneidewin*[537] und *Schwarz/Kleinknecht*[538] stützen. Der Bundesgerichtshof meinte in seiner Entscheidung, es würde dem in § 261 StPO verankerten Grundsatz der freien und umfassenden Beweiswürdigung widersprechen, wenn vom Richter zu fordern wäre, daß er in Bezug auf den Mitangeklagten bei der Beweiswürdigung einen Teil des zulässig eingeführten Verfahrensstoffes außer Acht zu lassen hätte. Der enge innere und äußere Zusammenhang der festzustellenden äußeren Vorgänge lasse hingegen nur eine einheitliche Tatsachenfeststellung hinsichtlich aller Angeklagten zu[539].

Wörtlich heißt es in der Entscheidung:

> *„Hat aber einmal das Gericht (…) durch die zum Zwecke der Beweisaufnahme über das Geständnis (der) Angeklagten zulässige (vollständige) Verlesung der Niederschriften über ihre früheren richterlichen Vernehmungen Kenntnis von den auch einen Mitangeklagten (…) betreffenden belastenden Angaben erlangt, würde es dem in § 261 StPO verankerten Grundsatz der freien, umfassenden Beweiswürdigung widersprechen, wollte man nunmehr vom Gericht fordern, es habe bei der Würdigung des Beweisergebnisses in bezug auf diesen Mitangeklagten einen Teil des zulässig eingeführten Verfahrensstoffes außer Betracht zu lassen. Wegen des engen inneren Zusammenhangs der festzustellenden äußeren Vorgänge ist vielmehr nur eine einheitliche Tatsachenfeststellung hinsichtlich aller Angeklagten denkbar“*[540].

Der Bundesgerichtshof stützt seine Ansicht, daß bezogen auf einen Angeklagten zulässig erhobenes Beweismaterial insgesamt verwertbar sei, darauf, daß Tatsachen nur einheitlich festgestellt werden können. Wenn aber richtig ist, daß alle relativ zulässig erhobenen Beweise insgesamt verwertbar sind, dann ist nach den Regeln der Logik auch der konträre Gegensatz richtig, daß kein relativ zulässig erhobener Beweis insgesamt

---

[537] *Schneidewin*, JR 1951, 481, 486

[538] 27. Aufl., § 254 Anm. 5

[539] BGHSt 22, 372, 374

[540] BGHSt 22, 372, 374

unverwertbar ist. Wird dieser Satz umgekehrt (conversio simplex), so gilt, daß kein insgesamt unverwertbarer Beweis relativ zulässig erhoben wurde, aber auch dessen doppelte Verneinung, daß alle insgesamt unverwertbaren Beweise relativ unzulässig erhoben wurden bzw., nach erneuter conversio simplex, daß alle relativ, d.h. bezogen auf einen Mitangeklagten unzulässig erhobenen Beweise insgesamt unverwertbar sind[541].

Wird die Prämisse des Bundesgerichtshofs nicht nur nach den Regeln der Logik umgeformt, sondern das Augenmerk darauf gerichtet, daß *„entscheidend der enge innere Zusammenhang der festzustellenden äußeren Vorgänge"* sein soll, wird deutlich, daß eine ambivalenten Würdigung von Tatsachen grundsätzlich unzulässig ist, da es nach der Prämisse des Bundesgerichtshofs nicht darauf ankommt, ob ein Beweis zunächst relativ zulässig oder relativ unzulässig ist.

Ob nun ein Beweis, der sich bezogen auf verschiedene Mitangeklagte ambivalent verhalten würde, insgesamt als zulässig oder als unzulässig anzusehen ist, ergibt sich zunächst aus dem Gesetz, das ein Beweismittel als verlesbar oder nicht verlesbar (z.B. § 254 StPO), verwertbar oder nicht verwertbar (z.B. § 136a Abs. 3 StPO) einstuft. Vorrang hat dabei stets die positive Aussage des Gesetzes und nicht der Rückschluß. D.h., wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Protokollverlesung erfüllt sind, ist dieses Protokoll verlesbar. Für die sog. ungeschriebenen Verwertungsverbote kommt es auf das Verhalten des in seinen Rechten verletzten Angeklagten an. Wenn er den Folgenbeseitigungsanspruch geltend macht und damit das Verwertungsverbot auslöst, dann ist der Beweis nicht nur relativ, sondern insgesamt unverwertbar.

Der Bundesgerichtshof hat sich in zwei weiteren Entscheidungen, allerdings nur obiter dictuu, ebenfalls für einen einheitliche Feststellung der Tatsachen ausgesprochen. In BGHSt 3, 149 meinte der Bundesgerichtshof:

> *„die den Vorwurf ehewidrigen Verhaltens rechtfertigenden äußeren Vorgänge, die der Beobachtung beider Angeklagter zugänglich gewe-*

[541] *Schneider*, Logik für Juristen, S. 75

*sen sein sollen, können (wegen des engen inneren Zusammenhangs) nur einheitlich festgestellt werden*"[542].

In der Entscheidung zur Verlesbarkeit von ausländischen Vernehmungsprotokollen[543] wollte der Bundesgerichtshof aufgrund der irrigen Annahme, daß ein Beweis im Verfahren umfassend verwertbar sei, wenn er nur gegen irgendeinen der Mitangeklagten verwertbar wäre, das bestehende Verwertungsverbot mit der Begründung erlöschen lassen, dem Mitangeklagten stünde kein Verwertungsverbot zur Seite. Auch wenn das Ergebnis aufgrund der falschen Annahme fehl geht, zeigt auch diese Entscheidung, daß sich in einem Verfahren Beweisen nicht ambivalent verhalten dürfen und Tatsachen nicht unterschiedlich festgestellt werden können.

### cc) Reichweite von Beweisregeln

Gegen eine Tatsachenspaltung spricht auch der Umstand, daß das Verbot, das anfängliche Schweigen eines Angeklagten zu bewerten, den Mitangeklagten in die Verbotswirkung einbezieht[544].Wenn schon die Wahrnehmung des Schweigerechts für Mitbeschuldigte Wirkung in dem Sinne entfaltet, daß das Schweigen des einen Beschuldigten auch nicht zu Lasten des anderen Beschuldigten verwertet werden darf, dann müssen erst Recht die Angaben, die in Unkenntnis dieses Rechts gemacht wurden und die deshalb gegenüber dem Aussagenden unverwertbar sind, für sämtliche Beschuldigte unverwertbar sein.

Das folgt aus der systematischen Betrachtung von Beweisverwertungsverboten und anderen Beweisregeln. Grundsätzlich ist der Tatrichter zwar nicht an Beweisregeln gebunden, sondern in seiner Beweiswürdigung frei (§ 261 StPO). Die Überzeugungsbildung darf allerdings daraufhin geprüft werden, ob sie lückenlos, widerspruchsfrei und auch sonst entsprechend den Denkgesetzen erfolgt ist. Unter diesem Ober-

---

[542] BGHSt 3, 149, 153

[543] BGH StV 1995, 231, 232

[544] BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 4, 11

satz hat sich ein System von Beweisregeln etabliert[545], die dem Tatrichter die Grenzen der Bewertung eines Beweismittels aufzeigen. Beispielsweise seien hier der Lügendetektortest und die Zeugenvernehmung ohne Bestellung des notwendigen Verteidigers genannt: Der Lügendetektor, der in ständiger Rechtsprechung als verbotene Vernehmungsmethode im Sinne des § 136a Abs. 1 StPO angesehen worden war, ist vom Bundesgerichtshof zum Beweismittel ohne Wert erklärt worden[546]. War der nicht in Freiheit befindliche und noch nicht verteidigte Angeklagte zur ermittlungsrichterlichen Vernehmung der Geschädigten nach § 168c Abs. 3 StPO von der Anwesenheit ausgeschlossen sowie nach § 168c Abs. 5 Satz 2 StPO angeordnet, daß eine Benachrichtigung von dem Vernehmungstermin zu unterbleiben habe und ist eine Verteidigerbestellung vor der Vernehmung nicht erfolgt, kann die Aussage des Ermittlungsrichters über die Zeugenvernehmung eine Verurteilung alleine nicht tragen, da die zugrundeliegende Zeugenaussage nicht durch Kontrollfragen erhärtet werden konnte[547]. Der geschilderte Minderwert haftet dem Beweismittel an und wirkt deshalb im Verfahren umfassend. Er ist ebenso ein Resultat eines Folgenbeseitigungsanspruchs, der aus der Verletzung eines Verfahrensrechts folgt, wie das Verwertungsverbot. Führt aber die Beweiswürdigungsregel schon zu einer Wirkungserstreckung, so muß dies erst Recht für das Beweisverwertungsverbot gelten, da das Verwertungsverbot die tatrichterliche Würdigungsfreiheit auf Null reduziert.

### d) Systematische Unterschiede bei der Kompensation von Verfahrensfehlern

Gegen die Tatsachenspaltung spricht sodann ein Vergleich mit Verfahrensfehlern, welche sich nicht auf das Beweisergebnis, sondern auf die Schuld auswirken, wie z.B. der Einsatz eines *agent provocateur*s. In diesen Fällen ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern gemäß dem Grundsatz

---

[545] *Schwaben*, StraFo 2002, 78 ff.; 2 BvR 2045/02 – Beschluss vom 30. April 2002 Absatz-Nr. 37. Das Bundesverfassungsgericht spricht von Grundsätzen für die Beweiswürdigung.

[546] BGHSt 44, 308; BGH, Beschluss vom 24. Juni 2003 – VI ZR 327/02; *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 141 m.w.N.

[547] BGHSt 46, 93

der limitierten Akzessorietät (§§ 28, 29 StGB) geboten, zwischen den Mitangeklagten zu differenzieren. In der Grundsatzentscheidung zum *agent provocateur* hat der Bundesgerichtshof[548] dementsprechend aufgrund des systematischen Unterschieds von Strafverfahrenshindernis[549] gegenüber Beweiserhebungs- bzw. Verwertungsverbot[550] die sog. Strafzumessungslösung vertreten[551]. Für Verfahrensfehler mit Verwertungsfolgen (Beweisverwertungsverbot und Beweiswürdigungsregeln) existiert aber keine §§ 28, 29 StGB entsprechende Regelung. Vielmehr gilt § 261 StPO und damit die Notwendigkeit eine widerspruchsfreie Überzeugung zu bilden.

### e) Untauglichkeit von *in dubio pro reo* als Gegenargument

Der Grundsatz in *dubio* pro reo, sowie die Wahlfeststellung reichen als Beleg für die Existenz und Akzeptanz einer Sachverhaltsaufspaltung nicht aus[552], da sie nicht zu einer widersprüchlichen Beweiswürdigung führen. Auch ist der In-*dubio*-Grundsatz keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel[553]. Ein Zweifel (*dubio*) beinhaltet, daß sich das Gericht nicht von einem bestimmten Sachverhalt hat überzeugen können[554]. Im Gegensatz zur Situation der gespaltenen Beweiswürdigung liegt hierin ein Überzeugungsdefizit, das dadurch ausgeglichen wird, daß die Überzeugung von einer bestimmten Anzahl von Alternativen in der

---

548 BGHSt 45, 321

549 KK-*Nack*, § 110c Rdnr. 11 ff.; *Sarstedt/Hamm*, Rdnr. 1125; *Endriß/Kinzig*, StraFo 1998, 299, 302 f.; *Hillenkamp*, NJW 1989, 2841, 2843 f.; *Kempf*, StV 1999, 128; *Mache*, StV 1981, 599, 601; *J. Meyer*, ZStW 95 [1983], 834, 853; *Taschke*, StV 1984, 178; ders., StV 1999, 632, 634.

550 *Fischer/Maul*, NStZ 1992, 7, 13; *Kinzig*, StV 1999, 288 ff.

551 Zu Recht differenzierend *Beulke*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 288; siehe auch *Beulke/Rogat*, JR 1996, 517, 519 f.; *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, S. 224; *Wolter*, 50 Jahre BGH, S. 980

552 So aber *Hamm*, NJW 1996, 2185, 2189; *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens, Rdnr. 1218; *Basdorf*, StV 1997, 488, 492

553 *Meyer-Goßner*, § 261 Rdnr. 26

554 Lackner/Kühl, § 1 Rdnr. 12; LK-*Gribbohm*, § 1 Rdnr. 133; Tröndle/Fischer, § 1 Rdnr. 13

Alternativverurteilung zusammengefaßt wird und damit in Addition für eine Verurteilungsüberzeugung ausreicht. Die Notwendigkeit der Addition zeigt sich in einer von *Beulke* und *Fahl*[555] betrachteten Konstellation der rechtsfehlerhaften wahldeutigen Verurteilung: Wurde lediglich eine Sachverhaltsalternative angeklagt, so entsteht die paradoxe aber gleichwohl konsequente Situation, daß das Revisionsgericht den Angeklagten vom Anklagevorwurf freizusprechen und das Verfahren hinsichtlich des nichtangeklagten Sachverhalts infolge fehlender Anklage einzustellen hat. Die sodann mögliche Nachholung der Anklage würde leer laufen, da dem Gericht zur wahldeutigen Verurteilung derjenige Sachverhalt fehlt, bezüglich dessen der Angeklagte bereits freigesprochen wurde; für die notwendige Addition der möglichen Sachverhaltsalternativen im selben Verfahren fehlt ein Summand, mit der Folge, daß eine die Verurteilung ermöglichende Überzeugungsbildung mißlingt.

Dagegen hat die Feststellung von Sachverhaltsalternativen bezüglich verschiedener Angeklagter im gemeinsamen Verfahren einen Überzeugungsüberschuß zur Folge. Zwar liegt ein solcher auch vor, wenn verschiedene Gerichte zu verschiedenen Überzeugungen gelangen. Dies ist jedoch mit § 261 StPO zu vereinbaren, denn § 261 StPO gewährleistet dem Tatrichter die Unabhängigkeit von Überzeugungsbildungen in anderen Strafsachen, nicht aber die Unabhängigkeit von seiner eigenen Überzeugung. Zwar liegt der Einwand nahe, daß es grundsätzlich weder ein Ausschließungsgrund nach § 22 StPO, noch ein Ablehnungsgrund nach § 24 StPO sei, wenn der Richter an einer Entscheidung gegen einen Mittäter teilgenommen habe[556]. Die Befangenheit ist aber sehr wohl zu besorgen, wenn sich aus den Gründen des früheren Urteils eine Voreingenommenheit ergibt. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein früherer Mitangeklagter als glaubwürdig und der Angeklagte deshalb als unglaubwürdig eingestuft worden ist[557]. Für das Beispiel der entgegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO unterblieben Belehrung ergibt sich daraus das folgende Bild: War im früheren Prozeß die Aussage aus Gründen der

---

[555] *Beulke/Fahl*, Jura 1998, 262, 269; ders., in 50 Jahre BGH, S. 790 m.w.N.

[556] BGH MDR 1974, 367; bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1987, 333; a.A. *Arzt*, Der befangene Strafrichter, S. 84 ff.; *Herzog*, StV 1999, 455

[557] LG Bremen, StV 1990, 203

Schutznormtheorie verwertbar, so steht zu befürchten, daß der Richter im späteren Prozeß trotz des Verwertungsverbots einem den früher festgestellten Sachverhalt leugnenden Angeklagten keinen Glauben schenken wird. Hat hingegen im früheren Prozeß das Verwertungsverbot gegriffen, so besteht die Möglichkeit, daß die im früheren Prozeß gebildete Überzeugung, die für den Angeklagten im späteren Prozeß wenig günstig wäre, dadurch verändert wird, daß im späteren Prozeß, in welchem das Verwertungsverbot nicht gilt, eine breitere Beweisgrundlage vorhanden ist. Die mathematische Subtraktion von Beweisergebnissen mag theoretisch denkbar sein. Die Befangenheitsregel belegt jedoch, daß es um eine persönliche (materielle) und nicht nur formelle Überzeugungsbildung geht.

### f) Grenze: Identität der prozessualen Tat

Reichsgericht[558] und Bundesgerichtshof[559] haben den Mitangeklagten nur dann in das Verwertungsverbot aus § 52 Abs. 1 StPO einbezogen, wenn untrennbare strafrechtliche Vorwürfe im Raum standen, da bei unterschiedlichen Tatvorwürfen gegen die Mitangeklagten ein Konflikt für den Zeugen schon abstrakt nicht zu befürchten sei[560]. Damit begrenzen sie den formellen Reflex auf den materiellen Schutzbereich des § 52 Abs. 1 StPO. Das Gesetz gewährleistet diesen materiellen Schutz indes durch formelle Kriterien. Das hat zur Folge, daß selbst dann, wenn der Konflikt nach Bruch der engen familiären Bindung nicht mehr besteht, das Zeugnisverweigerungsrecht andauert, so nach einer Scheidung (§ 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO). Umgekehrt ist § 52 Abs. 1 StPO von den formellen Kriterien der Angehörigeneigenschaft begrenzt, so daß derzeit[561] die

---

[558] RGSt 3, 161; GA 38, 343, 344

[559] BGHSt 7, 194, 196

[560] RGSt 3, 161; Dagegen betraf in RGSt 16, 154 die Aussage eines zu einem der Angeklagten verwandten eine prozessuale Tat, in welche der verwandte Angeklagte aber nicht involviert war.

[561] Für die Änderung von § 52 StPO hat sich die Abteilung Strafrecht auf dem Juristentag in Bremen 1998 ausgesprochen (Band II/2 L 197 f., 205).

Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft[562] kein gegenseitiges Einstehen verlangen können[563], obgleich sie sich in derselben Konfliktlage wie Ehegatten befinden können[564]. Ist das Fehlen der materiellen Konfliktlage nicht entscheidend, so kann darin nicht der Grund liegen, daß bei unterschiedlichen prozessualen Taten das Zeugnisverweigerungsrecht wegfällt. Erfordert mithin nicht der materielle Schutzzweck die Differenzierung zwischen prozessualen Taten, sondern der Umstand, daß das Gericht hinsichtlich der selben prozessualen Tat nur einen Sachverhalt feststellen darf, wohingegen bei unterschiedlichen prozessualen Taten die Gefahr einer Sachverhaltsspaltung nicht besteht, so ist die Einheitlichkeit der Tatsachenfeststellung der Grund für die Reichweite eines Verwertungsverbots.

Grund und zugleich Grenze der Reichweite des Verwertungsverbots ist mithin die Einheitlichkeit von Tatsachenfeststellung und Überzeugungsbildung im Rahmen der prozessualen Tat. Da diese Parameter formeller Natur sind, kann der Reflex als formell bezeichnet werden.

## 2. Der materielle Reflex

Ein Verwertungsverbot besteht in einem Verfahren, das sich gegen einen vom materiellen Schutzzweck des Erhebungsverbots nicht Erfaßten richtet, wenn der in diesem Verfahren Angeklagte von einem eigenen Abwehrrecht oder Folgenbeseitigungsanspruch begleitet wird (kein Fall der Drittwirkung) oder, wenn Rechte, die zugunsten von anderen Personen bestehen, infolge eines materiellen Reflexes auf den Angeklagten ausstrahlen.

---

[562] Für die homosexuelle Lebensgemeinschaft ist das Formerfordernis nunmehr durch das Lebenspartnerschaftsgesetz geschaffen, was Ausdruck in § 52 Abs. 1 Nr. 2a StPO gefunden hat.

[563] BVerfGE 87, 234, 265; *Meyer-Goßner*, Rdnr. 5; KK-*Senge*, Rdnr. 11 m.w.N.

[564] *Widmaier*, Verhandlungen des 62. DJT Band II/1 L 34; *Weigend*, Gutachten C zum 62. DJT C 73 ff.

### a) Geheimnisschutzrechte

Für die Erstreckung des Verwertungsverbots ist zuerst zu unterscheiden, ob der Beschuldigte selbst in die Geheimsphäre eingebunden ist oder ob er außerhalb der Geheimsphäre steht und ein Mitbeschuldigter, Zeuge oder eine nichtprozeßbeteiligte Person Geheimnisträger ist.

#### aa) Beschuldigter ist selbst in die Geheimsphäre eingebunden (kein Fall der Wirkungserstreckung)

Soweit der Beschuldigte selbst in die Geheimsphäre eingebunden (Geheimnisträger) ist, z.B. als Teilnehmern eines Telefonats, oder als Patient oder Mandant eine Berufsgeheimnisträgers, erwächst ihm daraus, daß die seinen Geheimbereich schützende Verfahrensnorm verletzt wurde, ein eigener Folgenbeseitigungsanspruch. Dies gilt auch für die Verletzung von § 53 Abs. 1 StPO, da, wie *Haffke*[565] zu Recht feststellt, in diesen Fällen eindeutig und unumstritten die Interessen des Geheimnisgebers mitbetroffen seien. Das Bundesverfassungsgericht[566] hat diese Ausgestaltung der Geheimsphäre für die in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO genannten Berufsgeheimnisträgern anerkannt. Und schon das Reichsgericht[567] hat die Rechtsverletzung des Geheimnisgebers angenommen, weil dem Angeklagten versagt wurde, die Entbindung des behandelnden Arztes von der Verschwiegenheitspflicht zu widerrufen.

#### bb) Der Beschuldigte steht außerhalb der Geheimsphäre

Ist der Beschuldigte nicht in den Rechtskreis von Geheimnisgeber und Geheimnisträger (Zeugnisverweigerungsberechtigten) eingebunden und ist auch kein Beteiligter dieser Geheimsphäre Mitbeschuldigter (Situation des sog. formellen Reflexes), so liegt eine Wirkung des Verwertungsverbots für den Beschuldigten zunächst fern. Allerdings hat sich gezeigt, daß es Beweisverbote gibt, deren Zweck darin besteht, das geschützte Wissen grundsätzlich zu verbergen. Beispiele hierfür sind neben dem Berufsgeheimnis gemäß § 53 StPO das unrechtmäßig erworbene Aktenwis-

---

[565] *Haffke*, GA 1973, 65, 77

[566] BVerfGE 38, 312, 324 f.

[567] RGSt 57, 63

sen der Stasi. Der Zweck der diesbezüglichen Beweisverbote erfüllt sich nur dann, wenn außerhalb enger Voraussetzungen[568] niemand das Geheimwissen erfährt.

Weil eine solche Wirkungserstreckung keine eigene Rechtsverletzung verlangt, handelt es sich um einen Reflex. Da dieser aber nicht aus formellen Erwägungen besteht, sondern aus Gründen des Normzwecks und damit aus materiellen Gründen, handelt es sich um einen materiellen Reflex.

Einen materiellen Reflex beinhalten vor allem die sog. selbständigen Verwertungsverbote. Ein selbständiges Verwertungsverbot liegt vor, wenn die Beweiserhebung zulässig war, der Beweisverwertung indes ein Recht entgegensteht. Wie am Beispiel der Tagebücher und Tonbänder bereits dargestellt, ist damit gemeint, daß die Erhebung (Beschlagnahme) zulässig und erst die Verwertung des Inhalts unzulässig sein kann. Genau genommen wäre nicht erst die Verwertung, sondern bereits die Erhebung in der Hauptverhandlung unzulässig, also die Verlesung oder die Augenscheinnahme, doch bedarf es häufig einer Beweisaufnahme, um über die Verwertbarkeit entscheiden zu können. Unter dem Aspekt, daß es psychologisch unmöglich ist, Wissen willentlich zu vergessen oder völlig außer Acht zu lassen, wäre es wünschenswert, daß bereits die Erhebung in der Hauptverhandlung unterbliebe. Dann aber wäre dem Spruchkörper, der über die Verwertung zu befinden hat, die Grundlage für die Verwertbarkeitsentscheidung entzogen. Eine im deutschen Strafprozeß nicht vorgesehene Lösung des psychologischen Problems läge in einem Beweisinterlokut. Damit ist hier gemeint, daß ein Richter oder eine Kammer, die nicht mit der Hauptsache befaßt ist, über die Verwertbarkeit des Beweises entscheidet. Solange hierfür aber die strafprozessuale Voraussetzung fehlt, ist es für die Verwertungsentscheidung faktisch nötig, den Beweis zu erheben. Dafür ist bei Tagebüchern und Tonbändern zwingend die Öffentlichkeit auszuschließen, um den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht so wenig tiefgehend wie möglich zu halten ist. Ergibt sich nunmehr, daß der Beweis unverwertbar ist, erfaßt dieses Verwertungsverbot den Angeklagten weder aufgrund eines pro-

---

[568] *Rogall* nennt die Erhebung ohne Vorliegen der Voraussetzungen einen indirekten Verbotsverstoß (Höpfel/Huber, Beweisverbote in Ländern der EU, S. 126).

zessualen Aspekts, noch liegt ihm ein eigener Folgenbeseitigungsanspruch des Angeklagten zugrunde. Der Angeklagte wird vielmehr allein aufgrund des materiellen Reflexes der Geheimnisschutznorm von der Wirkung des Verwertungsverbots erfaßt.

#### b) Gesetzliche Wirkung für Dritte: Verbotene Vernehmungsmethoden (§ 136a StPO)

Der Vollständigkeit halber soll hier kurz nochmals darauf hingewiesen werden, daß eine Wirkung für Dritte natürlich stets dann besteht, wenn sie sich, wie in § 136a Abs. 3 Satz 1 StPO geschehen, explizit aus dem Gesetz ergibt. Gleichzeitig kann aus § 136a StPO aber auch abgeleitet werden, daß ein Verwertungsverbot das aus der Verletzung des Menschenwürdegrundsatzes herrührt, stets Wirkung für Dritte hat, weil die Verwertung von Beweisen, die einen derart krassen Verstoß in sich tragen, gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen würde[569].

### 3. Übertragung von Verwertungsverboten in andere Verfahren

Aus systematischen Gründen ist klar, daß die Wirkung eines Verwertungsverbots in einem anderen Verfahren keinesfalls bei formellen Reflexen denkbar ist, da diese die Verfahrensgemeinsamkeit voraussetzen. Der materielle Reflex wirkt dagegen unabhängig von Verfahrenskonstellationen, jedoch abhängig von der geltenden Verfahrensordnung. Hat ein Recht den Zweck, daß das von ihm geschützte Wissen nicht bekannt werden soll und erfaßt es deshalb einen nicht geschützten Dritten, so besteht diese Wirkung in jedem Verfahren, dessen Verfahrensordnung einen entsprechenden Geheimnisschutz gewährt.

Umstritten ist, ob das Verwertungsverbot aus § 136a Abs. 3 Satz 1 StPO, das durch den Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO in einem konkreten Verfahren begründet wurde, in anderen Verfahren wirkt. Der Bundesgerichtshof[570] und ein Teil der ihm nahestehenden Kommentarliteratur[571]

---

[569] So im Ergebnis auch BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 184 ff.

[570] BGH, Beschluss vom 20. Februar 1976 - 2 StR 431/75 unter Verweis auf Urteil vom 11. März 1959 - 2 StR 14-15/59

sehen die Wirkung des Verwertungsverbots aus § 136a Abs. 3 Satz 1 StPO auf das Verfahren begrenzt, in welchem die gesetzwidrig gewonnene Aussage gemacht worden ist. Die Literatur hat dagegen völlig zu Recht eingewandt, daß die Reinwaschung der Aussage durch Übertrag in ein anderes Verfahren dem überindividuellen Schutzzweck der Norm nicht gerecht würde[572], die Umgehung durch Verfahrenstrennung ermögliche[573] bzw. an Zufälligkeiten anknüpfe[574].

Zwar beinhaltet das Erhebungsverbot des § 136a Abs. 1 StPO ein Abwehrrecht, so daß das in § 136a Abs. 3 Satz 1 StPO normierte Verwertungsverbot die Folge einer Rechtsverletzung beseitigt. Allerdings ist der Verletzte, wie auch § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO folgerichtig regelt, nicht befugt über den Folgenbeseitigungsanspruch zu verfügen, da ihm eine Verletzung der unveräußerlichen Menschenwürde zugrunde liegt. Hieraus ist nun aber keinesfalls zu folgern, daß das Verwertungsverbot nur im konkreten Verfahren wirken würde. Der Folgenbeseitigungsanspruchs haftet vielmehr dem Beweis an, da Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG fordert, daß jede staatliche Gewalt die Menschenwürde zu achten hat. D.h., kein Gericht darf einen Beweis benutzten, der unter Verletzung des Menschenwürdegrundsatzes erhoben wurde.

---

571 KK-*Boujong*, § 136a Rdnr. 38; nunmehr anderer Ansicht *Pfeiffer*, Rdnr. 13

572 SK-*Rogall*, Rdnr. 82; Peters, 46. DJT Band I (Gutachten) Teil 3 A, S. 161; AK-*Gundlach*, Rdnr. 73; *Eisenberg*, Beweisrecht Rdnr. 712

573 AK-*Gundlach*, Rdnr. 73; *Eisenberg*, Beweisrecht Rdnr. 712

574 AK-*Gundlach*, Rdnr. 73

## I. Lösung der Fallgruppen

### 1. „Hessische Vernehmungsmethoden“

Zur Erinnerung nochmals der Sachverhalt: Die Vernehmungsbeamten drohten dem Beschuldigten Gewalt an, wenn er denn Ort nicht preisgebe, an dem er das von ihm entführte und getötete Kind versteckt hatte. Daraufhin legte der Beschuldigte ein Geständnis ab, in dem er sich und seine Freundin, die infolgedessen zur Mitbeschuldigten wird, belastete.

Die Drohung mit Gewalt ist eine nach § 136a Abs. 1 StPO unzulässige Maßnahme. Gemäß § 136a Abs. 3 Satz 1 StPO liegt damit ein Verwertungsverbot für die Aussage des Beschuldigten vor. Dieses Verwertungsverbot wirkt aufgrund systematischer Auslegung auch für die Mitbeschuldigte. Die Wirkungserstreckung ergibt sich aus dem Gesetz.

### 2. „Tue Schlechtes und schreibe darüber“

Der Staatsanwaltschaft wurde ein Tagebuch übersandt, das mit einem Klebeeinmerker versehen ist. Aus dem Begleitbrief ergibt sich, wem das Buch gehört und die Empfehlung, an der markierten Stelle nachzulesen. Das Tagebuch offenbart, daß der Schreiber mit seinem Mitbewohner auf dem Balkon Mohnblumen züchtet, um daraus Betäubungsmittel herzustellen. Maßgebliches Beweismittel gegen die beiden ist das in der Hauptverhandlung verlesene Tagebuch.

Das Tagebuch bzw. sein Inhalt kann unter den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG fallen. Einer Verwertung im Strafprozeß ist es aber nur dann entzogen, wenn es dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzuordnen ist. Dabei sind sowohl formale als auch inhaltliche Komponenten zu berücksichtigen. Zunächst kommt es darauf an, ob der Betroffene einen Lebenssachverhalt wirklich geheim halten will. Dies ist der Fall, wenn Aufzeichnungen tagebuchähnlichen Charakter haben und nicht nur als Notizen oder Kalendereinträge anzusehen sind. Ferner hängt die Zuordnung zum Kernbereich davon ab, ob der Inhalt höchstpersönlichen Charakter hat und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphä-

re anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt. Enthalten persönliche Aufzeichnungen Angaben über strafbare Handlungen, so gehören sie nicht unbedingt dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung an. Um diese Zuordnung (Tagebuch/Kernbereich) vornehmen zu können ist es notwendig, solche Schriftstücke daraufhin durchzusehen, ob sie der prozessualen Verwertung zugängliche Informationen enthalten[575]. Ein dem von vornherein entgegenstehendes verfassungsrechtliches Hindernis ist logisch nicht denkbar.

Ist das Tagebuch nicht dem Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuzuordnen, so bedarf die Verwertung der Rechtfertigung durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit[576]. Dafür ist den Erfordernissen einer wirksamen Rechtspflege das Schutzgebot des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als ständiges Korrektiv entgegenzuhalten. Ist eine Verwertung der Aufzeichnungen nicht schon danach ausgeschlossen, so ist im konkreten Fall weiter zu prüfen, ob die Verwertung im Strafverfahren einen legitimen Zweck verfolgt, für die Ermittlung der Straftat geeignet und erforderlich ist und ob der dadurch bedingte Eingriff in die Privatsphäre zum strafrechtlichen Aufklärungsziel nicht außer Verhältnis steht[577].

Im vorliegenden Fall ist die Verwertbarkeit anzuzweifeln, wenn sich aus dem Tagebuch ergibt, daß lediglich geringe Mengen zum Eigenkonsum angebaut wurden, mit denen aber nicht Handel getrieben wurde. Dieser Sachverhalt, der kaum einen Schaden für die Gesellschaft mit sich bringt, ist am unteren Rand des Strafrahmens von § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG angesiedelt. Die Erfordernisse der Rechtspflege gebieten daher schon abstrakt nicht den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Jedenfalls aber ist der konkrete Eingriff nicht mehr verhältnismäßig, da die Tat und die zu erwartende Strafe von wesentlich geringerem Gewicht sind als das Recht privater Lebensgestaltung.

---

575 BVerfGE 80, 367, 375; BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 151

576 Siehe oben S. 17 f.

577 BVerfGE 80, 367, 376; BVerfG, 1 BvR 2378/98 – Urteil vom 3. März 2004 Absatz-Nr. 197 ff.

Sperrt damit das Persönlichkeitsrecht des Tagebuchautors die Verwertung des Tagebuchs, so gilt das ebenso für die Verwertung zu Lasten des Mittäters, gleich ob gegen diesen ein getrenntes Verfahren geführt wird oder nicht, denn kein Kriterium der Verwertungsprüfung stellt darauf ab, gegen wen das Tagebuch verwertet werden soll! Es ist statt dessen zu prüfen, welches Gewicht und welche Außenwirkung die aufzuklärende Tat hat. Für den Mittäter wirkt das Verwertungsverbot daher aufgrund eines materiellen Reflexes.

Wenn die Tatbeiträge von Mittäter und Tagebuchschreiber so unterschiedlich waren, daß gegen den Autor das Tagebuch hätte verwertet werden dürfen, nicht aber – bei isolierter Betrachtung – gegen Mittäter, so ist zwischen getrennten und verbundenen Verfahren zu differenzieren: Im verbundenen Verfahren darf das Tagebuch wegen des Gewichts der Straftat des Autors verwertet werden. Mit dem verwertbaren Beweismittel ist aufgrund der Einheitlichkeit der Tatsachenfeststellung und der die prozessuale Tat umfassenden Erkenntnispflicht des Gerichts die gesamte prozessuale Tat aufzuklären, bezüglich der das Beweismittel verwertbar ist. Ist darin auch ein Teilnehmer involviert, so kann im gemeinsamen Verfahren der Beweis auch zu seinen Lasten verwertet werden, selbst wenn die Verwertung isoliert für ihn betrachtet unverhältnismäßig wäre, da das Beweismittel seinen Geheimnisschutz in diesem Verfahren verloren hat.

Anders in getrennten Verfahren: Hier ist isoliert für den Beschuldigten die Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Dabei kann das Ergebnis von dem im anderen Verfahren erzielten abweichen. Im Fall des mohnanbauenden Tagebuchautors würde dem Mittäter hingegen ein aus den Rechten des Tagebuchverfassers reflexartig wirkendes Verwertungsverbot zur Seite stehen, da auch bezogen auf die Tat des Mittäters die Verwertung des Tagebuchs und damit das Eindringen in das Persönlichkeitsrecht nicht verhältnismäßig im engeren Sinne ist.

### 3. „Geheimnisse aus dem Grab“

Eine Mutter erfährt von ihrer Tochter, daß ihr Ehemann und Stiefvater ihrer Tochter, diese jahrelang sexuell mißbraucht hat. Da sich die An-

schuldigung bestätigt, trennt sie sich von ihrem Mann. In ihrem Tagebuch setzt sie sich mit ihren Selbstvorwürfen und der Verletzung ihrer Tochter auseinander. Nachdem die Tochter Anzeige erstattet hat, wird auch die Mutter polizeilich vernommen. In dieser Vernehmung bezieht sie sich auf ihr Tagebuch. In der Hauptverhandlung gegen ihren ehemaligen Gatten kann die Mutter nicht mehr vernommen werden, da sie mittlerweile verstorben ist. Die Tochter legt nunmehr das Tagebuch vor, das verwertet wird.

Erneut steht der Verlesung des Tagebuchs nichts entgegen. Allerdings gehören die Tagebuchaufzeichnungen dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts an. Dies gilt um so mehr, als der Tagebuchautor sich nicht selbst strafbar gemacht hat, denn selbst wenn hinsichtlich des Straftäters argumentiert wird, daß das Persönlichkeitsrecht nur die Entfaltung der Persönlichkeit und nicht deren Verfall schützt, so spricht der Tagebuchbericht über die Straftat eines anderen doch nicht für den Verfall der Persönlichkeit des Autors. Allerdings wird die Verwertung dann möglich, wenn der Rechtsträger des Persönlichkeitsrechts das Tagebuch entwidmet hat, indem er seinen Inhalt für verwertbar erklärt hat.

Da vorliegend die krebskranke Mutter Trägerin des Persönlichkeitsrechts war und sie bei ihrer polizeilichen Aussage explizit auf ihre Tagebuchaufzeichnungen Bezug genommen hatte, ist darin ein konkludenter Verzicht auf das Persönlichkeitsrecht und folglich auch auf das darin liegende Abwehrrecht zu sehen, so daß der Angeklagte auf Grundlage des Tagebuchs verurteilt werden darf.

### 4. „Wahlverwandtschaften“

Im Verfahren wegen Unterhalts für ein uneheliches Kind machten die Mutter sowie der mutmaßliche leibliche Vater falsche Angaben und bekräftigten sie mit dem Zeugeneid. Im Strafverfahren gegen das falsch aussagende Paar verweigert die Schwiegermutter des mutmaßlichen Kindsvaters in der Hauptverhandlung gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO das Zeugnis. Zuvor war jedoch bereits ein Zeuge vernommen worden, dem das Protokoll der polizeilichen Vernehmung der Schwiegermutter vorgehalten worden war.

Die Zeugnisverweigerung der Schwiegermutter zieht, so wie die herrschende Meinung § 252 StPO versteht, nicht nur ein Verlesungs- sondern ein Verwertungsverbot nach sich. Damit durfte auch die Niederschrift der polizeilichen Vernehmung nicht verwertet werden. Allerdings leitet sich das Verwertungsverbot des § 252 StPO aus § 52 StPO ab. Dieser schützt indes lediglich den Angeklagten, der mit dem Zeugen verwandt ist. Das hätte zur Folge, daß hinsichtlich des mutmaßlichen Vaters die durch die gesperrte Aussage zustande gekommenen Angaben des Zeugen verwertet werden dürften, gegenüber der Mutter aber nicht. Damit müßte das Gericht hinsichtlich ein und derselben prozessualen Tat zwei unterschiedliche Überzeugungen bilden. Da dies gemäß § 261 StPO unzulässig ist, wirkt das Verwertungsverbot der unmittelbar betroffenen Mutter aufgrund eines formellen Reflexes auch für den mutmaßlichen Vater des unehelichen Kindes.

## 5. „Des einen Freud, des anderen Leid“

Bei einem Einbruch wird einer der beiden Täter durch einen Schuß verletzt. Der Mittäter bringt den Verletzten ins Krankenhaus. In der Hauptverhandlung faßt die Strafkammer den Beschluß, die Nachtschwester über ihre etwaigen Wahrnehmungen bezüglich des unverletzt gebliebenen Täters zu vernehmen, da die Verschwiegenheitspflicht und darauf beruhend das Zeugnisverweigerungsrecht der ärztlichen Hilfsperson sich nur auf den Patienten, nicht jedoch auf außerhalb des Vertrauensverhältnisses Arzt-Patient stehende Begleitpersonen beziehe.

Gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist der Arzt zur Verweigerung des Zeugnisses über dasjenige berechtigt, das ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut oder bekannt geworden ist. Dies gilt nur dann nicht, wenn er, wie hier nicht, von der Schweigepflicht entbunden ist (§ 53 Abs. 2 Satz 1 StPO). Dies gilt gemäß § 53a Abs. 1 Satz 1 StPO auch für die Hilfspersonen des Arztes. Über die Ausübung des Rechts der Hilfsperson entscheidet gemäß § 53a Abs. 1 Satz 2 StPO der Arzt, soweit er nicht von der Schweigepflicht entbunden ist (§ 53a Abs. 2 StPO). Folglich wäre der Arzt, der selbst nicht von der Schweigepflicht entbunden war, zu fragen gewesen, ob die Krankenschwester aussagen dürfe oder nicht. Der Verstoß gegen die Vorschriften §§ 53, 53a StPO hat ein Verwertungsverbot zur Folge. Sinn und Zweck des

bot zur Folge. Sinn und Zweck des Verwertungsverbots ist es, das geschützte Wissen nicht an die Öffentlichkeit gelangen zu lassen. Das gelingt nur, wenn der Arzt sein bzw. die Krankenschwester ihr Schweigerecht stets und unabhängig davon, gegen wen das Wissen verwertet werden soll, ausüben können. Demzufolge wirkt das Verwertungsverbot aufgrund eines materiellen Reflexes auch im Hinblick auf den nicht in das Vertrauensverhältnis zum Arzt einbezogenen angeklagten Täter.

### 6. „Zeugnisverweigerung im Doppelpack"

Die von ihrem Mann schwer verletzte Ehefrau wird ins Krankenhaus eingeliefert, wo sie ordnungsgemäß belehrt richterlich vernommen wird. Dabei befreite sie die behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht und erstattet Anzeige gegen ihren Mann. Noch vor der Hauptverhandlung widerruft sie schriftlich gegenüber dem Gericht die Befreiung von der Schweigepflicht. In der Hauptverhandlung macht sie von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Gleichwohl wird dem behandelnden Arzt vom Vorsitzende mitgeteilt, daß er von der Schweigepflicht entbunden sei. Dementsprechend macht er Angaben zur Sache.

Die fehlerhafte Belehrung darüber, daß ein Berufsgeheimnisträger von der Schweigepflicht entbunden ist, zieht ein Verwertungsverbot nach sich, da das Gericht damit den Zeugen veranlaßt hat, zu glauben, daß er zur Aussage verpflichtet sei. Dieses Verwertungsverbot hat, wie schon im vorigen Fall dargestellt, zur Folge, daß das erlangte Wissen überhaupt nicht verwertet werden darf, auch nicht zu Lasten außerhalb der Arzt-Patienten-Sphäre stehender Personen (materieller Reflex).

In diese Schutzsphäre ist der Angeklagte miteinbezogen, wenn er, wie hier, der Ehemann der Zeugin ist. Damit steht die Zeugin zum Angeklagten in dem durch § 52 Abs. 1 StPO geschützten Verhältnis. Die Geheimsphäre Arzt-Patient wird hier durch die Geheimsphäre Ehemann-Ehefrau erweitert, so daß der Angeklagte selbst materiell Geschützter ist. Verfügungsberechtigt über das Verwertungsverbot ist er wegen § 252 StPO allerdings nicht. Sowohl die Ehefrau, wie der Arzt können seinen Schutz durch den, für den Arzt unberechtigten, Verzicht auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht zerstören.

## 7. „Rechtskreise“

Bei der Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung macht dieser Angaben, die nicht nur den Angeklagten, sondern auch ihn selbst belasten.

Dies könnte ein Verwertungsverbot wegen Verletzung des Rechts aus *nemo tenetur* nach sich ziehen. Voraussetzung hierfür wäre, daß das Gericht den Zeugen entgegen § 55 Abs. 2 StPO zu Unrecht über sein Recht aus § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO nicht belehrt hat. Mußte das Gericht (noch) nicht erkennen, daß der Zeuge hätte belehrt werden müssen, liegt kein Verstoß gegen die Belehrungspflicht vor.

Allerdings ist es Sinn und Zweck von § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO, Zeugen trotz der grundsätzlich bestehenden Aussagepflicht, davor zu bewahren, daß sie gegen sich selbst aussagen müssen. Daher darf eine selbstbelastende Aussage zwar verwertet werden, wenn der Zeuge in Kenntnis seiner Rechte ausgesagt hat, denn dann kann in der Aussage der Verzicht auf das *Nemo-tenetur*-Recht gesehen werden. Hat der Zeuge hingegen seine Rechte nicht gekannt, so kann aus der Tatsache der Aussage kein Verzicht entnommen werden. Sinn und Zweck des *Nemo-tenetur*-Rechts gebieten es vielmehr, daß für den Zeugen ein Folgenbeseitigungsanspruch entsteht, weil sein im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankertes Recht auf Selbstbelastungsfreiheit verletzt worden ist.

Sinn und Zweck des *Nemo-tenetur*-Rechts gehen aber nicht so weit, daß das rechtmäßig verschweigbare Wissen des Zeugen überhaupt nicht zur Kenntnis der Öffentlichkeit gelangen soll, da dem Wortlaut des § 55 Abs. 1 Alt. 1 StPO nach, das Auskunftsverweigerungsrecht nur so lange besteht, wie die Gefahr andauert, daß der Zeuge wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt wird. Zwar ist die Gefahr durch ein Verwertungsverbot nicht in derselben Weise gebannt, wie durch das Recht, die Auskunft zu verweigern. Ist die Aussage aber gemacht worden, ohne daß das Gericht die Gelegenheit gehabt hatte, den Zeugen über seine Rechte zu belehren, so ist das Verwertungsverbot die einzige Möglichkeit, dem *Nemo-tenetur*-Recht Geltung zu verschaffen.

Da das Auskunftsverweigerungsrecht keinen materiellen Reflex für Ungeschützte in sich trägt, die Aussage aber auch nicht zugleich, d.h. im selben Verfahren gegen den Zeugen und den Angeklagten verwertet werden soll, besteht keine Grundlage für eine Wirkungserstreckung.

## 8. „Mitgehangen - Mitgefangen“

Die beiden Angeklagten äußern sich in der Hauptverhandlung nicht zur Sache. Daraufhin verliest die Strafkammer trotz Widerspruchs der Verteidigung das in polizeilichen Protokollen enthaltene Geständnis des einen Angeklagten, welches im Laufe mehrerer Vernehmungen zustande gekommen war, ohne daß der Angeklagte über sein Recht zu schweigen belehrt worden war.

Nach einhelliger Meinung hat die Verletzung des *Nemo-tenetur*-Rechts des unbelehrt gebliebenen Angeklagten für diesen einen Folgenbeseitigungsanspruch zu Folge. Macht der betroffene Angeklagte, wie hier durch den Widerspruch geschehen, den Folgenbeseitigungsanspruch geltend, so wirkt dieser unter materiellen Gesichtspunkten allein für ihn selbst, da, wie zuvor dargelegt, das *Nemo-tenetur*-Recht nicht zugleich verhindern will, daß das unter Umständen geschützte Wissen überhaupt zu Kenntnis der Öffentlichkeit gelangt.

Das Gericht ist aber dennoch, aufgrund der von § 261 StPO geforderten, in sich widerspruchsfreien Überzeugung, an der Feststellung unterschiedlicher Sachverhalte gehindert. Der Mitangeklagte des in seinen Rechten verletzten Angeklagten wird daher von dem Verwertungsverbot im Wege eines formellen Reflexes profitieren.

## J. Zusammenfassung

### I. Zweck der Beweisverwertungsverbote

Zweck der Beweisverwertungsverbote ist der Schutz der Normeinübung (positive Generalprävention). Das hat zur Folge, daß ein Verwertungsverbot nicht bei jedem Verstoß gegen das Verfahrensrecht zur Entstehung kommt, sondern eine Abwägung dahingehend nötig ist, ob das Recht des Betroffenen oder der Strafanspruch der Allgemeinheit schwerer wiegt.

### II. Konstruktion der Beweisverwertungsverbote

Deshalb und aufgrund von verfassungsrechtlichen Erwägungen sind Verwertungsverbote Rechtsfolgen, die infolge der Verletzung eines Abwehrrechts eintreten können. Abwehrrechte sind zuerst Grundrechte. Als Abwehrrechte wirken aber auch die Normen der Strafprozeßordnung sowie anderer Verfahrensordnungen, die aufgrund ihres Zwecks dem Schutz von subjektiven Rechten zu dienen bestimmt sind. Wird das Abwehrrecht verletzt, so tritt an seine Stelle der Folgenbeseitigungsanspruch als Sekundärrecht, der darauf gerichtet ist, die Verletzung zu beseitigen.

Wie das Abwehrrecht kann folglich auch der Folgenbeseitigungsanspruch einem Rechtsträger zugeordnet werden, der über diesen, wie auch über das Abwehrrecht zu verfügen befugt ist. Die Verfügung erfolgt durch Widerspruch gegen oder Einwilligung in die Verwertung. Sowohl Widerspruch wie Einwilligung können, wie jede Willens- oder Prozeßerklärung, auch konkludent abgegeben werden. Schweigen alleine reicht mangels Rechtserheblichkeit aber nicht aus.

Wird das Abwehrrecht bzw. der Folgenbeseitigungsanspruch von seinem Rechtsträgern geltend gemacht, so entsteht ein Verwertungsverbot.

Sind mehrere Rechtsträger durch die Verletzung einer den Geheimnisschutz betreffenden Vorschrift zugleich und identisch betroffen, darf der Beweis verwertet werden, wenn zumindest einer der Rechtsträger das Verwertungsverbot nicht geltend macht bzw. in der Verwertung zustimmt, da damit der Geheimnisschutz verloren geht.

## III. Personelle Reichweite der Beweisverwertungsverbote

Das Verwertungsverbot wirkt entsprechend dem zugrundeliegenden Abwehrrecht zuerst und notwendig nur für den Rechtsträger. Allerdings kann der Zweck des Abwehrrechts dergestalt sein, daß sowohl die Erhebung, wie auch jedwede Verwertung des Beweises verhindert werden soll. Dann ergreift das Beweisverbot auch den vom materiellen Schutzzweck nicht Erfaßten. Da diese Reichweite im materiellen Schutzzweck der Norm begründet liegt und gleichzeitig der Mitbegünstigte kein eigenes Recht inne hat, handelt es sich bei hierbei um einen materiellen Rechtsreflex.

Liegt kein materieller Rechtsreflex vor, so wirkt das Verwertungsverbot zunächst nur für den Betroffenen. Wenn die Verwertung eines von einem Verwertungsverbot betroffenen Beweises im gemeinsamen Verfahren zu Lasten des Betroffenen und des Mitbeschuldigte stattfinden soll, wird der Mitbeschuldigte von der Wirkung des Verwertungsverbots erfaßt, weil das Gericht durch § 261 StPO gehindert ist, von verschiedenen Sachverhalten überzeugt zu sein. Die Grundlage für die Wirkungserstreckung ist allein ein formelle Norm, da der Mitbegünstigte kein eigenes Recht inne hat, so daß es sich hierbei um einen formellen Rechtsreflex handelt.

# Literaturverzeichnis


**Achenbach, Hans (Gesamtherausgeber: Wassermann, Rudolf)**
Kommentar zur Strafprozessordnung
(Reihe Alternativkommentare)
zitiert als: AK-*Bearbeiter*Band 1 (§§ 1-93): 1988
Band 2 Teilband 1 (§§ 94-212b): 1992
Band 2 Teilband 2 (§§ 213-275): 1993
Band 3 (§§ 276-477): 1996

**Alsberg, Max/Nüse, Karl-Heinz**
Der Beweisantrag im Strafprozeß, 2. Auflage 1956
zitiert als: Alsberg/Nüse

**Alsberg, M./Nüse, K.-H./Meyer, Karlheinz**
Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Auflage 1983
zitiert als: ANM

**Amelung, Knut**
*Zulässigkeit und Freiwilligkeit bei strafprozessualen Grundrechtsbeeinträchtigungen,* Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat – Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 1 ff.

Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990

*Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren*, NJW 1991, 2533

**Arzt, Günther**
Der befangene Strafrichter, 1969

**Badura, Peter**
Staatsrecht, 2. Auflage 1996

**Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert**
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1 (§§ 241-432): 1. Auflage 2003
Band 3 (§§ 1297-2385, EGBGB, CISG): 2003
zitiert als: Bamberger/Roth-*Bearbeiter*

**Basdorf, Clemens**
*Formelle und informelle Präklusion im Strafverfahren*, StV 1997, 488

**Bauer, Wolfram**
*Die „natürliche Stufung der Verfahrensvorschriften" (BGHSt 11, 213, 214) und die zivilrechtliche Schutzzwecklehre* , wistra 1991, 95

*Ist die Kritik an der „Rechtskreistheorie" (methodisch) noch zu halten?*, NJW 1994, 2530

**Beling, Ernst von**
Die Beweisverwertungsverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903

# Literaturverzeichnis


**Bernsmann, Klaus** — *Verwertungsverbote bei fehlender und mangelhafter Belehrung,* StraFo 1998, 73

**Bettermann, Karl August** — *Die Revision wegen wesentlicher Verfahrensmängel insbesondere nach dem BVerwGG*, NJW 1954, 1305

**Beulke, Werner** — *Überwachung des Fernmeldeanschlusses eines Verteidigers*, Jura 1986, 642

*Die Vernehmung des Beschuldigten,* StV 1990, 180

*Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen*, ZStW 103 (1991), 657

*Muß die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung „erste Hilfe" bei der Verteidigerkonsultation leisten?*, NStZ 1996, 257

*Der prozessuale Tatbegriff,* 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 781 ff.

*Konfrontation und Strafprozessreform – Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und ein „partizipatorisches" Vorverfahren anstelle einer Hauptverhandlung in ihrer bisherigen kontradiktorischen Struktur*, Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag, 2002, 3 ff.

Strafprozessrecht, 7. Auflage 2004

**Beulke, Werner/ Fahl, Christian** — *Prozessualer Tatbegriff und Wahlfeststellung – strafprozessuale Probleme bei alternativer Tatsachenfeststellung*, Jura 1998, 262

**Beulke, Werner/ Rogat, Stefan** — Anmerkung zu BGHSt 41, 64 in JR 1996, 515

**Beulke, Werner/ Satzger, Helmut** — *Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen – BGHSt 42, 191,* JuS 1997, 1072

**Bienert, Anja** — Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote, 1997
zitiert als: Private Ermittlungen

**Blau, Günter** — *Beweisverbote als rechtsstaatliche Begrenzung der Aufklärungspflicht im Strafprozeß,* Jura 1993, 513

**Blomeyer, Jürgen** — *Die Revisibilität von Verfahrensfehlern im Strafprozeß*, JR 1971, 142

# Literaturverzeichnis


**Bockemühl, Jan** — Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996

**Bohlander, Michael** — Anmerkung zu BGHSt 38, 214 in NStZ 1992, 504

**Bohnert, Joachim** — *Ordnungsvorschriften im Strafverfahren*, NStZ 1982, 5

**Bradley, Craig M.** — *Beweisverbote in den USA und in Deutschland*, GA 1985, 99

**Brandis, Tobias** — Beweisverbote im Strafprozeß als Belastungsverbote für den Beschuldigten?, 2001

**Breutigam, Axel/ Blersch, Jürgen/ Goetsch, Hans-Wilhelm** — Insolvenzrecht, Loseblatt
zitiert als: Breutigam/Blersch/Goetsch-*Bearbeiter*

**Busch, Richard** — Anmerkung zu BayObLGSt 1953, 92 in JZ 1953, 703

**Butenuth, Heiko** — Absolute oder relative Wirkung von strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechten und Beschlagnahmeverboten, 1999

**Dahs, Hans** — *Die Ausweitung des Widerspruchserfordernisses*, StraFo 1998, 253

**Dahs, Hans/Dahs, Hans** — Die Revision im Strafprozeß, 6. Auflage 2001;
zitiert als: Dahs/Dahs

**Dahs, Hans/ Langkeit, Jochen** — *Demontage des Zeugnisverweigerungsrechts*, StV 1992, 493
*Das Schweigerecht des Beschuldigten und seine Auskunftsverweigerung als „verdächtiger Zeuge"*, NStZ 1993, 213

**Dalakouras, Theoharis** — Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988

**Danckert, Peter** — *Aussagezwang im parlamentarischen Untersuchungsausschuss – Zur Ausgestaltung der Aussagepflicht im künftigen Untersuchungsausschussrecht des Bundes,* ZRP 2000, 476

**Dencker, Friedrich** — Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977
zitiert als: Verwertungsverbote

Anmerkung zu BGH StV 1995, 231 in StV 1995, 232

*Verwertungsverbote und Verwendungsverbote im Strafprozeß* in Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 237 ff.

**Dölling, Dieter** *Verlesbarkeit schriftlicher Erklärungen und Auskunftsverweigerung nach § 55 StPO*, NStZ 1988, 6

**Dolzer, Rudolf/ Vogel, Klaus (Hrsg.)** Bonner Kommentar zum Grundgesetz zitiert als: BK

**Dörig** Anmerkung zu BGHSt 35, 32 in NStZ 1988, 143

**Dornach, Markus** *Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als „Organ der Rechtspflege" Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens?*, NStZ 1995, 57

**Dörr, Dieter** Faires Verfahren, 1984

**Dudel, Bernd** Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverboten, 1999

**Eberle, Carl-Eugen** *Zum Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Informationen im Verwaltungsverfahren* in Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 351 ff.

**Eickmann/Flessner/ Irschlinger/Kirchhof/Kreft/Landfermann/Marotzke** Eickmann, Dieter; Flessner, Axel; Irschlinger, Friedrich; Kirchhof, Hans-Peter; Kreft, Gerhart; Landfermann, Hans-Georg; Marotzke, Guido Stephan Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage 2003; zitiert als: HK InsO

**Eisenberg, Ulrich** Beweisrecht der StPO, 4. Auflage 2002

**Emanuel, Steven L./ Knowles, Steven** Criminal Procedure 1998-99 Ed. zitiert als: Emanuel/Knowls

**Endriß, Rainer/ Kinzig, Jörg** *Tatprovokation ohne Tatverdacht: Grenzenlos möglich?*, StraFo 1998, 299

**Engelhardt, Hanns** *Wahrheitsfindung und Verwertungsverbote im Spannungsverhältnis zwischen Steuerstrafverfahren und Besteuerungsverfahren (§ 393 AO)* in Wahrheitsfindung und ihre Schranken, 1989 S. 40

**Erbs, Georg/ Kohlhaas, Max** Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblatt; zitiert als: Erbs/Kohlhaas

**Fahl, Christian** *Beweisverbote im Strafprozeß – Policeman Donovan und die Früchte des verbotenen Baumes*, JuS 1996, 1013

*Zur Zulässigkeit von „Schiebeterminen" im Strafverfahren*, JA 1997, 272

| | |
|---|---|
| | Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, 2004 |
| **Feigen, Hanns W.** | *Neue Risiken für die Rechte des Beschuldigten* in Wolter (Hrsg.): Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, S. 161 ff. |
| **Feldmann, Clemens** | *Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise*, NJW 1959, 853 |
| **Fezer, Gerhard** | *Grundfälle zum Verlesungs- und Verwertungsverbot im Strafprozeß*, JuS 1978, 330 und 472 |
| | Anmerkung zu BGHSt 38, 214 in JR 1992, 385 |
| | Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1994 |
| | Anmerkung zu BGHSt 39, 349 in JZ 1994, 686 |
| | Anmerkung zu BGHSt 45, 203 in JR 2000, 341 |
| **Franzen, Klaus/Gast -de Haan, Brigitte /Joecks, Wolfgang** | Steuerstrafrecht, 5. Auflage 2001<br>zitiert als: Franzen/Gast/Joecks-*Bearbeiter* |
| **Freund, Georg** | *Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen*, GA 1993, 49 |
| **Frisch, Wolfgang** | *Zur Bedeutung des Beweisrechts und des Rechtsmittelrechts für die Revisibilität von Verfahrensmängel* in Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts (Symposium zur Ehren von Hans-Joachim Rudolphi) S. 173 ff. |
| **Frowein, Jochen Abr. /Peukert, Wolfgang** | EuropäischeMenschenRechtsKonvention – EMRK-Kommentar, 2. Auflage 1996;<br>zitiert als: Frowein/Peukert |
| **Geddert-Steinacher, Tatjana** | Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990 |
| **Geerds, Friedrich** | *Auskunftsverweigerungsrecht oder Schweigebefugnis?* in Festschrift für Ulrich Stock, 1966, 171 ff.<br>*Zur Reichweite des Verwertungsverbots (§ 252 StPO) nach früheren Aussagen – BGHSt 36,* 384, JuS 1991, 199 |
| **Gemmeren, Gerhard van** | *Tatprovokation* in Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag, 2002 S. 28 ff. |
| **Geppert, Klaus** | Anmerkung zu BGHSt 34, 392 in JR 1988, 471<br>*Das Beweisverbot des § 252 StPO*, Jura 1988, 305 und 363 |

**Gerlach, Jürgen von** Anmerkung zu BGH JR 1969, 148 in JR 1969, 149

**Gießler, Hans** *Das Beweisverbot des § 383 III ZPO*, NJW 1977, 1185

**Gillmeister, Ferdinand** *Die Hinweispflicht des Tatrichters,* StraFo 1997, 8
*Strafzumessung aus verjährten und eingestellten Straftaten*, NStZ 2000, 344

**Gössel, Karl Heinz** *Die Beweisverbote im Strafverfahren* in Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 801 ff.

*Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre*, NJW 1981, 2217

*Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland*, GA 1991, 483

*Über das Verhältnis von Beweisermittlungsverbot und Beweisverwertungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Amtsaufklärungsmaxime der §§ 160, 244 II StPO – Zugleich eine Besprechung der Beschlüsse des Ermittlungsrichters und des BGH – 1 BGs 65/97 und 1 BGs 88/97,* NStZ 1998, 126

**Gossrau, Eberhard** *Unterlassen der Zeugenbelehrung als Revisionsgrund,* MDR 1958, 468

**Götz, Albrecht/ Tolzmann, Gudrun** Das Bundeszentralregister, 4. Auflage 2000 zzgl. Nachtrag 2003
zitiert als: Götz/Tolzmann

**Grünwald, Gerald** *Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren*, JZ 1966, 489

*Die Verfahrensrolle des Mitbeschuldigten* in Festschrift für Ulrich Klug, 1983, S. 493 ff.

Anmerkung zu BGHSt 34, 362 in StV 1987, 470

**Günther, Hans-Ludwig** *Die Schweigebefugnis des Tatverdächtigen im Straf- und Bußgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht*, GA 1978, 193

**Haffke, Bernhard** *Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot*, GA 1973, 65

**Hahn, Carl** Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 3. Band 1. Abteilung (1880) und 2. Abteilung (1881)

**Hamm, Rainer** *Der Standort des Verteidigers im heutigen Strafprozessrecht,* NJW 1993, 289

*Die Entdeckung des „fair trial" im deutschen Strafprozeß – ein Fortschritt mit ambivalenten Ursachen* in Festschrift für Hannskarl Salger 1995, S. 273 ff.

*Staatliche Hilfe bei der Suche nach Verteidigern – Verteidigerhilfe zur Begründung von Verwertungsverboten*, NJW 1996, 2185

*Verwertung rechtswidriger Ermittlungen – nur zugunsten des Beschuldigten?*, StraFo 1998, 361

**Hassemer, Winfried** Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage 1990

**Hauf, Claus-Jürgen** *Ist die „Rechtskreistheorie" noch zu halten?*, NStZ 1993, 457

*Der neue Streit um die Rechtskreistheorie*, wistra 1995, 46

**Herrmann, Joachim** *Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote* in Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Zweiter Halbband, S. 1291

**Herzog, Felix** *Deals zu Lasten Dritter in vorgängigen abgetrennten Verfahren und die Besorgnis der Befangenheit*, StV 1999, 455

**Hess, Harald/Weis, Michaela/Wienberg, Rüdiger** Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGInsO; 2. Auflage 2000
zitiert als: Hess/Weis/Wienberg-*Bearbeiter*

**Hildebrand, Bernd** *Verwertungsverbote für Tatsachen oder Beweismittel im Steuerstrafverfahren und im Besteuerungsverfahren*, DStR 1982, 20

**Hilger, Hans** Anmerkung zu LG Stuttgart, NStZ 1985, 568 in NStZ 1985, 569

**Hillenkamp, Thomas** *Verfahrenshindernisse von Verfassung wegen*, NJW 1989, 2841

**Hübschmann, Walter/Hepp, Ernst/Spitaler, Armin** Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Loseblatt;
zitiert als: Hübschmann/Hepp/Spitaler-*Bearbeiter*

**Hufen, Friedhelm** *Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?*, NJW 1982, 2160

Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Auflage 2002

**Hüsch, Hans-Peter** Verwertungsverbote im Verwaltungsverfahren, 1991

**Ipsen, Jörn** *Funktionsspezifische Aspekte richterlicher Verfassungsgebundenheit*, NJW 1977, 2298

**Jarass, Hans D.** *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz*, NJW 1989, 857

**Jescheck/Weigend** Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1996

**Joecks, Wolfgang** *Die strafprozessuale Telefonüberwachung*, JA 1983, 59

**Joerden, Jan** *Verbotene Vernehmungsmethoden – Grundfragen des § 136a StPO*, JuS 1993, 927

**Kaiser, Eberhard** *Verwertbarkeit von Äußerungen Dritter während überwachter Telefongespräche (§ 100a StPO)*, NJW 1997, 349

**Karlsruher Kommentar** Strafprozessordnung, 5. Auflage 2003
zitiert als: KK-*Bearbeiter*

**Kempf, Eberhard** *Wahrheitsfindung und ihre Schranken* in Wahrheitsfindung und ihre Schranken, 1989 S. 21 ff.

*Die Funktion von Strafrecht und Strafverteidigung in einer modernen Gesellschaft*, NJW 1997, 1729

Anmerkung zum Urteil des EGMR Teixeira de Castro ./. Portugal, StV 1999, 127 in StV 1999, 128

**Kiehl, Walter H.** *Neues Verwertungsverbot bei unverstandener Beschuldigtenbelehrung – und neue Tücken für die Verteidigung*, NJW 1994, 1267

**Kinzig, Jörg** *Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muss die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden?*, StV 1999, 288

**Klein, Franz** Abgabenordnung, 8. Auflage 2003

**Kleinknecht, Theodor** *Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81a StPO*, NJW 1964, 2181

*Die Beweisverbote im Strafprozeß*, NJW 1966, 1537

**Klinghardt, Heinz** *Stasi-Unterlagen als Beweismittel im Strafverfahren*, NJ 1992, 185

**Klug, Ulrich** Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, 1966, Band II Abteilung F, S. 30 ff.

**KMR** Kommentar zur Strafprozessordnung, Loseblatt

**Knauth, Alfons** *Beweisrechtliche Probleme bei der Verwertung von Abhörmaterial im Strafverfahren*, NJW 1978, 741

**Knoll, Dieter** Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, 1992

**Kohlmann, Günter** Steuerstrafrecht, Loseblatt

**Kölbel, Ralf/ Morlok, Martin** *Geständniszwang in parlamentarischen Untersuchungen? – Grenzen des Aussageverweigerungsrechts in parlamentarischen Untersuchungsausschüssen,* ZRP 2000, 217

**Koriath, Heinz** Über Beweisverbote im Strafverfahren, 1994

**Krauß, Detlef** *Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess* in Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 411 ff.

**Kretschmer, Joachim** *Die Verwertung sogenannter Zufallsfunde bei der strafprozessualen Telefonüberwachung*, StV 1999, 221

**Kübler, Bruno M./ Prütting, Hanns (Hrsg.)** InsO Kommentar zur Insolvenzordnung; Loseblatt
zitiert als: Kübler/Prütting-*Bearbeiter*

**Kühne, Hans-Heiner** *Die begrenzte Aussagepflicht des ärztlichen Sachverständigen vor Gericht nach §§ 53 I Nr. 3 StPO, 203 I Nr. 1 StGB*, JZ 1981, 651

**Küpper, Georg** *Tagebücher, Tonbänder, Telefonate*, JZ 1990, 416

**Lackner, Karl/ Kühl, Christian** StGB, 24. Auflage 2001
zitiert als: Lackner/Kühl

**Landau, Herbert** *Der Lügendetektor im Strafprozess* in Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag, 2002 S. 42 ff.

**Leibholz, Gerhard/ Rinck, Hans-Justus/ Hesselberger, Dieter** Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Loseblatt
zitiert als: Leibholz/Rinck/Hesselberger-*Bearbeiter*

**Leipziger Kommentar** Strafgesetzbuch - Großkommentar, 11. Auflage;
zitiert als: LK-*Bearbeiter*

**Lenckner, Theodor** *Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht*, NJW 1965, 321

*Mitbeschuldigter und Zeuge* in Einheit und Vielfalt des Strafrechts Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 333 ff.

**Lesch, Heiko H.** Anmerkung zu BVerfG JR 2000, 333, JR 2000, 334
*Zur Verwertbarkeit von Stasi-Abhörprotokollen durch parlamentarische Untersuchungsausschüsse*, NJW 2000, 3035
*Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung*, ZStW 111 (1999), 624

**Liebs, Detlef** Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 6. Auflage 1998

**Lippe, Sabine von der** Die `Widerspruchslösung´ der Rechtsprechung für strafprozessuale Beweisverwertungsverbote, 2001;
zitiert als: Widerspruchslösung

**Löwe, Ewald/ Rosenberg, Werner** Strafprozessordnung - Großkommentar, 25. Auflage (soweit nicht anders angegeben)
zitiert als: LR-*Bearbeiter*

**Maatz, Rüdiger** *Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rügeverlust*, NStZ 1992, 513

**Mache, Hans-Michael** Anmerkung zu BGH StV 1999, 392 in StV 1981, 599

**Mahnkopf, Hans-Jürgen/Döring, Walter** *Telefonüberwachungsmaßnahmen bei Opfern von Schutzgelderpressungen ohne deren Einwilligung*, NStZ 1995, 112

**Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/ Starck, Christian** Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 4. Auflage 1999
zitiert als: Mangoldt, v./Klein/Starck-*Bearbeiter*

**Maul, Heinrich/ Eschelbach, Ralf** *Zur „Widerspruchslösung" von Beweisverbotsproblemen in der Rechtsprechung*, StraFo 1996, 66 ff.

**Maul, Heinrich/ Fischer, Thomas** *Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme*, NStZ 1992, 7

**Maunz, Theordor/ Dürig, Günter** Grundgesetz – Kommentar, Loseblatt;
zitiert als: Maunz/Dürig-*Bearbeiter*

**Maurer, Hartmut** Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2002

**Mehle, Volkmar** *Einige Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand der Diskussion über die Fernwirkung des Verwertungsverbots nach § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO* in Wahrheitsfindung und ihre Schranken, S. 172 ff.

**Meine, Hans-Gerd** *Die Reichweite des Verwertungsverbotes nach § 393 Abs. 2 AO*, wistra 1985, 186

**Meurer, Dieter** Anmerkung zu BGHSt 36, 119 in JR 1990, 386

**Meyer, Jürgen** Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung, 1999

**Meyer, Jürgen** *Zur prozessrechtlichen Problematik des V-Mannes*, ZStW 95 (1983), 834

**Meyer-Goßner, Lutz** *Die Behandlung kriminalpolizeilicher Spurenakten im Strafverfahren*, NStZ 1982, 353

*Fortschritt durch Rückschritt um 100 Jahre*, DRiZ 1997, 471

Strafprozessordnung, 47. Auflage 2004; zitiert als: Meyer-Goßner

**Meyer-Goßner, Lutz /Appl, Ekkehard** *Die Ausweitung des Widerspruchserfordernisses*, StraFo 1998, 258

**Michaelis, Gustav Eduard** *Zum Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren*, NJW 1969, 730

**Möhring, Philipp** *Das Oberste Bundesgericht in Zivil- und Strafsachen – ein Revisionsgericht!*, NJW 1949, 1

**Müller, Lutz** *Steuergeheimnis und Verwertungsverbot bei nichtsteuerlichen Straftaten*, DStR 1986, 699

**Münch, Ingo v./ Kunig, Philip** Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Auflage 2000
zitiert als: v. Münch/Kunig-*Bearbeiter*

**Münchner Kommentar** **zum Bürgerlichen Gesetzbuch**
Band 2a (§§ 241 - 432): 4. Auflage 2003
Band 5 (§§ 705 - 853): 3. Auflage 1997
Band 10 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1 - 38): 3. Auflage 1998
zitiert als: MüKo-*Bearbeiter*

**zur Insolvenzordnung**
Band 1, 2001
zitiert als: MüKo-InsO-*Bearbeiter*

**Müssig, Bernd** *Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren*, GA 1999, 119

**Nack, Armin** *Verwertung rechtswidriger Ermittlungen nur zugunsten des Beschuldigten*, StraFo 1998, 366

**Nagel, Michael** Verwertung und Verwertungsverbote im Strafverfahren, 1998/99

**Neuhaus, Ralf** *Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten*, NJW 1990, 1221

*Das Beweisverwertungsverbot des § 393 Abs. 2 AO und seine praktische Bewältigung in der Hauptverhandlung erster Instanz*, ZAP Fach 22, S. 323

**Niese, Werner** *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof in Strafsachen*, JZ 1953, 218

**Nomos Kommentar zum StGB** Loseblatt
zitiert als: NK- *Bearbeiter*

**Osmer, Jan-Dierk** Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a StPO, 1966

**Otto, Harro** *Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren*, GA 1970, 289

*Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriffe, Rechte anderer von Privaten erlangt wurden* in Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, 1985, S. 319 ff.

*Das Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen (§ 52 StPO) im Verfahren gegen mehrere Beschuldigte*, NStZ 1991, 220

**Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage 2004;
zitiert als: Palandt-*Bearbeiter*

**Peters, Karl** Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, 1966, Band I (Gutachten) Teil 3 A S. 91 ff

**Petry, Horst** Beweisverbote im Strafprozeß, 1970, S. 36 ff.

**Pfeiffer, Gerd** Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Auflage 2002

**Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard** Grundrechte – Staatsrecht II, 19. Auflage 2003
zitiert als: Pieroth/Schlink

**Pietzcker, Jost** *Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts*, Der Staat 17, 527

**Prittwitz, Cornelius** *Das Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen und seine Wirkung für den Mitbeschuldigten*, NStZ 1986, 64

**Ranft, Otfried** *Bemerkung zu den Beweisverboten im Strafprozeß* in Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 719 ff.

Strafprozeßrecht, 2. Auflage 1995

*Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts in der Hauptverhandlung bei gleichzeitigem Verzicht auf das Verwertungsverbot des § 252 StPO*, NJW 2001, 1305

**Rebmann, Kurt/ Uhlig, Sigmar** Bundeszentralregistergesetz, 1985
zitiert als: Rebmann/Uhlig

**Reinecke, Jan** Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, 1990

**Rengier, Rudolf** Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979

**Richter, Hans** *Auskunfts- und Mitteilungspflichten nach §§ 20, 97 Abs. 1 ff. InsO*, wistra 2000, 1

**Riepl, Frank** Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998

**Rieß, Peter** Anmerkung zu BGHSt 27, 355 und 28, 122 in JR 1979, 167

*Prolegomena zu einer Gesamtreform des* Strafverfahrensrechts in Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag, 1980, S. 155 ff.

Anmerkung zu BayObLGSt 1982, 40 in JR 1983, 125

*Verwertungsprobleme bei der Aufklärung von Katalogtaten am Beispiel der Fernmeldeüberwachung (§ 100a StPO) in* Wahrheitsfindung und ihre Schranken, 1989 S. 141 ff.

**Röckl, Johannes/ Fahl, Christian** *Kündigung nach heimlicher Videoüberwachung*, NZA 1998, 1035

**Rogall, Klaus** Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977

*Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, ZStW 91 (1979), 1

*Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß,* NStZ 1988, 385
Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992

*Über die Folgen rechtswidriger Beschaffung des Zeugenbewei-*

*ses im Strafprozeß*, JZ 1996, 944

*Grundsatzfragen der Beweisverbote* in Höpfel/Huber, Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, 1999, S. 119 ff.

**Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter** — Zivilprozessrecht, 16. Auflage 2003
zitiert als: Rosenberg/Schwab/Gottwald

**Roxin, Claus** — Anmerkung zu BGHSt 32, 215 in JR 1984, 346 ff.

Anmerkung zu BGH NStZ 1989, 375 in NStZ 1989, 376

Strafverfahrensrecht, 23. Auflage 1993

*Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung*, JZ 1997, 343

Strafverfahrensrecht, 25. Auflage 1998

Anmerkung zu BGHSt 45, 321 in JZ 2000, 369

**Roxin, Imme** — Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 3. Auflage 2000

**Rudolphi, Hans-Joachim** — *Die Revisibilität von Verfahrensmängel im Strafprozeß*, MDR 1970, 93

**Rudolphi, Hans-Joachim u.a. (Hrsg.)** — Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Loseblatt
zitiert als: SK

**Rüping, Hinrich** — Das Strafverfahren, 3. Auflage 1997

**Rüster, Susanne** — *Rechtsstaatliche Probleme im Grenzbereich zwischen Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, wistra 1988, 49

**Ruthig, Josef** — *Die Unverletzlichkeit der Wohnung*, JuS 1998, 506

**Rzepka, Dorothea** — Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren, 2000

**Sachs, Michael (Hrsg.)** — Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage 2003
zitiert als: Sachs-*Bearbeiter*

**Sarstedt, Werner** — Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, 1966, Band II Abteilung F, S. 8 ff.

**Sarstedt, Werner/ Hamm, Rainer** — Die Revision in Strafsachen, 6. Auflage 1998

**Schäfer, Gerhard** Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Auflage 2000

**Schäfer, Karl** *Einige Bemerkungen zu dem Satz „nemo tenetur se ipsum accusare"* in Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag, 1982, S. 11 ff.

**Schleifer, Carl-Herrmann** *Zum Verhältnis von Besteuerungs- und Steuerstrafverfahren*, wistra 1986, 250

**Schlothauer, Reinhold** *Zeugnisverweigerungsrechte, Auskunftsverweigerungsrechte und Rechtskreistheorie* in Wahrheitsfindung und ihre Schranken, 1989, S. 80 ff.

**Schmidt, Eberhard** *Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund*, JZ 1958, 596

*Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit*, NJW 1962, 1745

Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung Teil I 1964, II 1957, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II 1967, Nachtragsband II 1970

*Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten*, NJW 1968, 1209

*Ärztliche Mitwirkung bei Untersuchungen und Eingriffen nach StPO §§ 81a und 81c*, MDR 1970, 461

Strafprozeß und Rechtsstaat, 1970

**Schmidt, Dietmar/ Dörr, Erwin** Stasi-Unterlagen-Gesetz, 1993
zitiert als: Schmidt/Dörr

**Schneider, Egon** Logik für Juristen, 5. Auflage 1999

**Schneidewin, Karl** *Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung,* JR 1951, 481

**Schöneborn, Christian** *Das Problem der Rollenvertauschung und des Zeugnisverweigerungsrechts bei mehreren Mitbeschuldigten in vergleichender Betrachtung*, ZStW 86 (1974), 921

*Zeugnisverweigerungsrecht bei mehreren Mitbeschuldigten und Rechtskreistheorie,* NJW 1974, 535

**Schönke, Adolf/ Schröder, Horst** Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, 2001
zitiert als: Schönke/Schröder

**Schröder, Jan** Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, 1985

**Schröder, Svenja** Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß, 1992
zitiert als: Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung

**Schroth, Ulrich** *Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren – Überblick, Strukturen und Thesen zu einem umstrittenen Thema*, JuS 1998, 969

**Schwaben, Sylvia** *Die Freiheit der Beweiswürdigung im Blickwinkel der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,* StraFo 2002, 78

*Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklärungsrüge und Verwertungsverbot,* NStZ 2002, 288

**Schwarz, Otto/ Kleinknecht, Theodor** Kommentar zur StPO, 27. Auflage 1967
zitiert als: Schwarz/Kleinknecht

**Seebode, Manfred** Anmerkung zu BGHSt 34, 362 in JR 1988, 427

**Smid, Stefan (Hrsg.)** Insolvenzordnung (InsO), 2. Auflage 2002

**Spendel, Günther** *Beweisverbote im Strafprozeß*, NJW 1966, 1102

**Stackelberg, Curt von** Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, 1966, Band II Abteilung F, Diskussion S. 98 ff.

**Stein, Friedrich/ Jonas, Martin** Kommentar zur Zivilprozeßordnung (Band 2), 21. Auflage 1994
zitiert als: Stein/Jonas-*Bearbeiter*

**Stern, Klaus** Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988

**Stern, Steffen** *Gesetzesverstöße im Ermittlungsverfahren und ihre Auswirkung auf das Revisionsverfahren*, StraFo 1994, 128

**Störmer, Rainer** Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992

*Strafprozessuale Verwertungsverbote in verschiedenen Konstellationen,* Jura 1994, 621

**Strate, Gerhard** *Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote* in Wahrheitsfindung und ihre Schranken, 1988 und JZ 1989, 176

*Präventivdaten und ihre Verwendung im Strafverfahren*, StraFo 1999, 73

**Strate, Gerhard/** *Unbeachtlichkeit einer Verletzung des § 137 Abs. 1 S. 1 StPO*

**Ventzke, Klaus-Ulrich** *im Ermittlungsverfahren*, StV 1986, 30

**Südhoff, Stephan** Der Folgenbeseitigungsanspruch als Grundlage verwaltungsverfahrensrechtlicher Verwertungsverbote, 1993
zitiert als: Folgenbeseitigung

**Tamussino, Philipp** Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, Wien, 1990

**Taschke, Jürgen** *Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch eine Lockspitzel?*, StV 1984, 178

Anmerkung zu BayObLGSt 1999, 122 in StV 1999, 632

**Tepperwien, Ingeborg** *Die Unwahre Verfahrensrüge – unzeitgemäßer Sieg der Form?* in Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 595 ff.

**Thomas, Heinz/ Putzo, Hans** Zivilprozessordnung, 25. Auflage 2003
zitiert als: Thomas/Putzo

**Tolksdorf, Klaus** *Verwertungsverbot wegen unterlassener Beschuldigtenbelehrung nur bei Widerspruch?* in Der verfasste Rechtsstaat – Festgabe für Karin Graßhof, 1998, S. 255 ff.

**Tröndle, Herbert/ Fischer, Thomas** Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage 2003

**Venator, Arwed** Besteht eine Abhängigkeit der strafrechtlichen Revision von der Schwere des Verfahrensverstoßes?, 1965

**Ventzke, Klaus-Ulrich** *Die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofs – viel Getu um nichts?* StV 1997, 543

**Vetsch, Jakob** Die Umgehung des Gesetzes, Zürich, 1917

**Vogel, Hans-Jochen** *Strafverfahrensrecht und Terrorismus – Eine Bilanz –*, NJW 1978, 1217

**Volk, Klaus** Strafprozessrecht, 3. Auflage 2002

**Weigend, Thomas** Verhandlungen des zweiundsechzigsten Deutschen Juristentages, 1998, Band I (Gutachten) Teil C

**Welp, Jürgen** *Die Geheimsphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen* in Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 391 ff.

*Zufallsfunde bei der Telefonüberwachung*, Jura 1981, 472

**Wenner, Gerd** Die Aufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO, 1982

**Wessels, Johannes/ Beulke, Werner** Strafrecht Allgemeiner Teil, 33. Auflage 2003

**Widmaier, Gunter** *Wahrheitsfindung zwischen Aufklärungspflicht und Beweisverboten* in Wahrheitsfindung und ihre Schranken, 1989 S. 29 ff.

Dokumentation zu BGHSt 38, 96, NStZ 1992, 195

*Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rügeverlust(?)*, NStZ 1992, 519

*Verwertungsverbot wegen Verstoßes gegen § 168c Abs. 5 StPO* in Festgabe für den Strafverteidiger Heino Friebertshäuser, 1997

Verhandlungen des zweiundsechzigsten Deutschen Juristentages, 1998, Band II/2 (Sitzungsberichte) Abteilung L, S. 29 ff.

*Zu den Folgen der Verletzung von Art. 6 III lit. d EMRK durch unterbliebene Verteidigerbestellung: Beweiswürdigungslösung oder Verwertungsverbot* in Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag, 2002 S. 42 ff.

**Wimmer, Klaus (Hrsg.)** Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage 2002; zitiert als: FK-InsO

**Wölfl, Bernd** *Heimliche private Tonaufnahmen im Strafverfahren,* StraFo 1999, 74

**Wolter, Jürgen** Anmerkung zu BGHSt 32, 68 in NStZ 1984, 276

*Verwertungsverbote bei zulässiger Telefonüberwachung* in Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, 761 ff.

*Beweisverbote und Ungehungsverbote zwischen Wahrheitserforschung und Ausforschung* in 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, S. 963

**Zipperer, Helmut** *Private und behördliche Einsicht in Insolvenzakten – eine systematische Bestandsaufnahme,* NZI 2002, 244

**Zöller, Richard** Zivilprozessordnung, 24. Auflage 2004