

MATTHIAS DÖLLING

DAF-Repetitorium StPO

Kernprobleme des Strafprozessrechts

Die StPO-Klausur

- Auch hier gilt: Es ist ein **Rechtsgutachten** (!) zu erstellen
- Was sollte man sich auf jeden Fall (noch einmal) anschauen:
 - Die „Grundlagen“ (insb.: Ziele und Gang des Strafverfahrens; Prozessmaximen)
 - Die Verfahrensbeteiligten (insb.: StA; Polizei; Beschuldigte; Verteidiger; Zeuge; Richter)
 - (Typische) Zwangsmittel bzw. Maßnahmen und ihre Prüfung (Ermächtigungsgrundlage; materielle und formelle Rechtmäßigkeit)
- Aktuell hoch umstritten: Neuregelung der **Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten**
- **Das Beweisrecht, insb. die Beweisverbote**

Beweisverbote

= Oberbegriff für die Schranken, die der Gewinnung und Verwertung von Beweisen im Strafprozess gesetzt sind

Beweiserhebungsverbote

untersagen die
Beweisgewinnung

Beweisverwertungsverbote

schließen die
Berücksichtigung erlangter
Beweisergebnisse aus

Beweiserhebungsverbote untersagen es

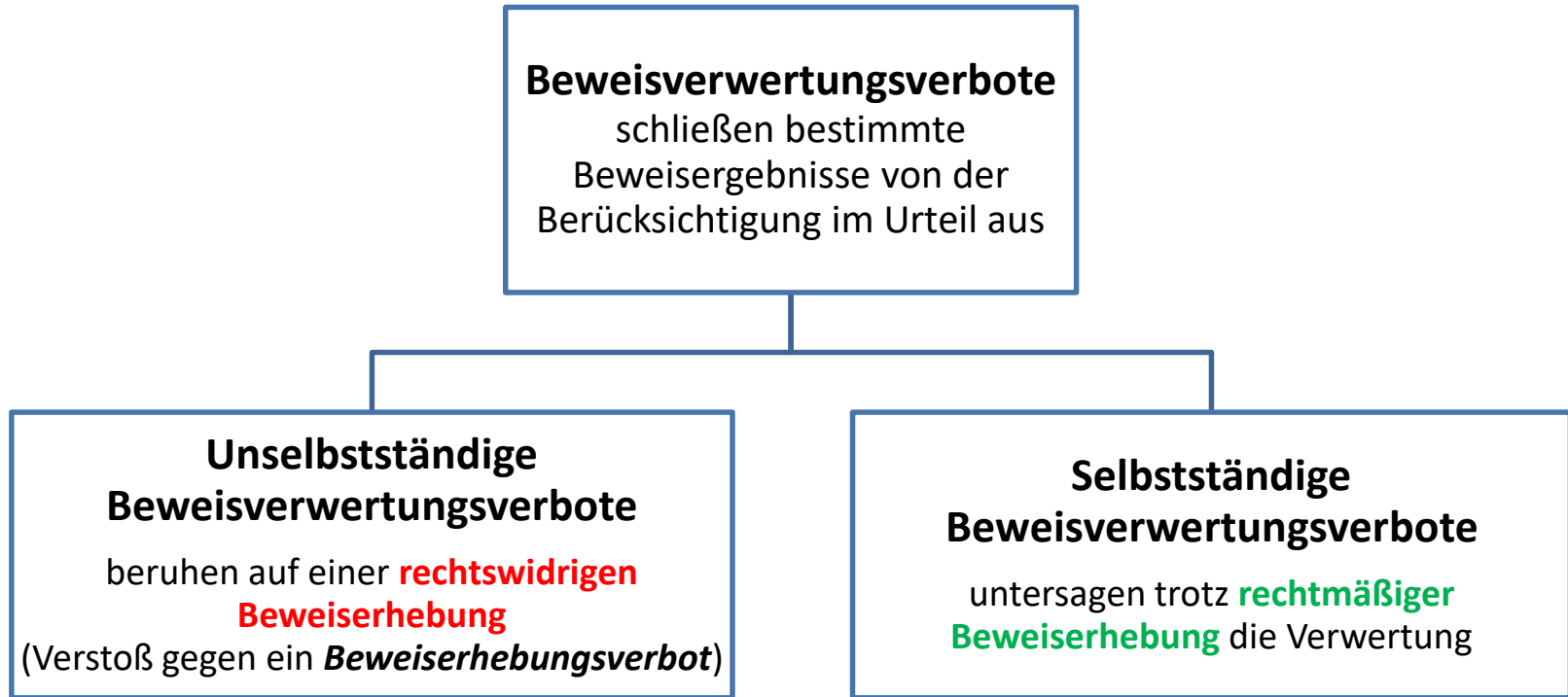
die Beweisführung auf
bestimmte Tatsachen zu
erstrecken
(**Beweisthemaverbot**,
z.B. § 100d I StPO)

bestimmte Beweismittel zu
verwenden
(**Beweismittelverbot**,
z.B. § 52 StPO)

bestimmte Methoden zur
Beweisgewinnung einzusetzen
(**Beweismethodenverbot**,
z.B. § 136a StPO)

die Beweiserhebung oder
deren Anordnung durch nicht
autorisierte Personen
vorzunehmen
(**relative Beweisverbote**,
z.B. § 105 StPO)

Hinweis: S. dazu *Beulke/Swoboda*, Rn. 701; *Murmann*, Rn. 201; *Rössner/Safferling*, S. 112; *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 15 ff.



Hinweis: Nur wenige Beweisverwertungsverbote sind **gesetzlich** geregelt (**ausdrückliche Beweisverwertungsverbote**, s. bspw. §§ 100d II 1, 136a III 2 StPO); instruktiv zu den Beweisverwertungsverboten SSW/*Beulke*, Einl., Rn. 259 ff.

Unselbstständige Beweisverwertungsverbote (*Dinter/Jakob*, Rn. 55 f.)

1. Stufe: Feststellung der
Rechtswidrigkeit der
Beweiserhebung
(**Beweiserhebungsverbot**)



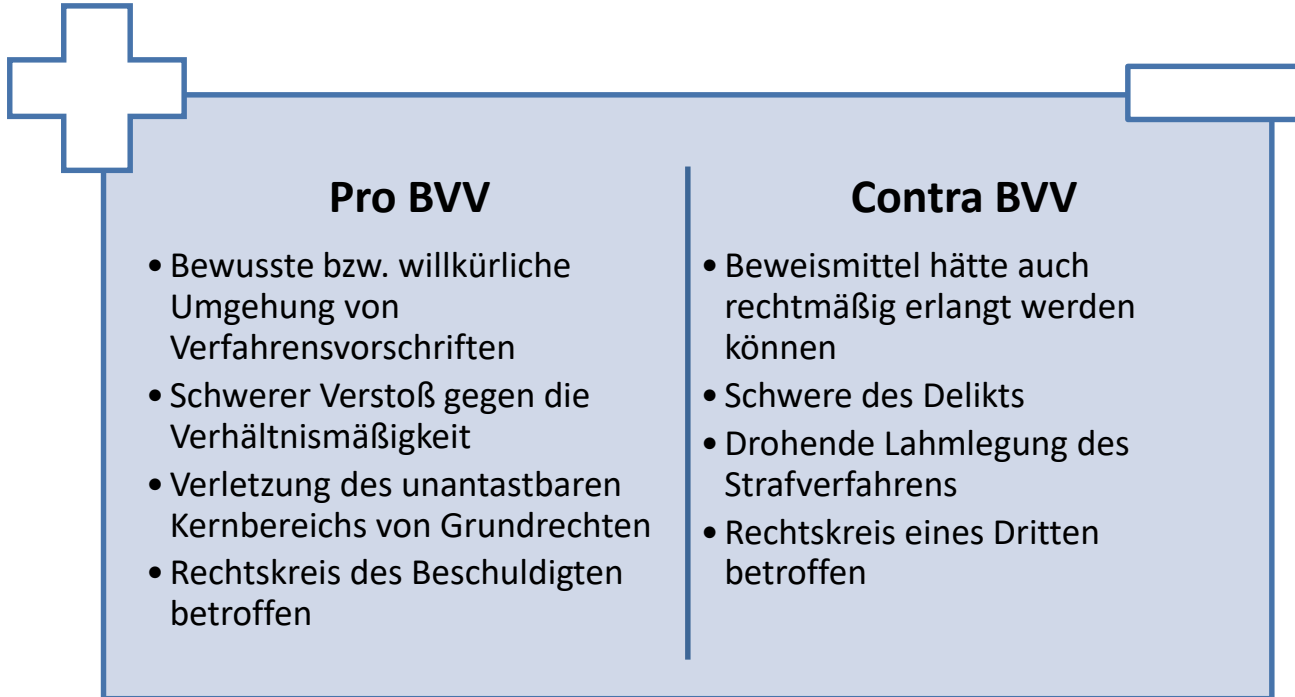
2. Stufe: Prüfung eines
Beweisverwertungsverbots
nach den Grundsätzen der
Abwägungslehre

Unselbstständige Beweisverwertungsverbote setzen voraus, dass die Strafverfolgungsbehörden in rechtswidriger Weise Beweise gewonnen haben (Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot).

Daraus folgt aber **nicht automatisch** ein Beweisverwertungsverbot: Der StPO ist kein Rechtssatz des Inhalts zu entnehmen, wonach aus der Verletzung eines Beweiserhebungsverbots stets ein Beweisverwertungsverbot folgt.

Nach der Rspr. ist grds. eine **Abwägung** zwischen dem **Strafverfolgungsinteresse** des Staates einerseits und dem **Schutz der Rechte des Beschuldigten** anderer vorzunehmen (Abwägungslehre).

Abwägungslehre (*Dinter/Jakob*, Rn. 56)



Fall 1: „Anfängerfehler“ (nach *Beulke*, KK III, Rn. 106, 151 ff.; s. dazu auch *Rössner/Safferling*, S. 111 ff.)

Gegen A wird wegen eines Tötungsdelikts ermittelt. Bei der Erstvernehmung durch den unerfahrenen Polizeibeamten P vergisst dieser, den A ordnungsgemäß über sein Schweigerecht zu belehren. A räumt die gegen ihn erhobenen Vorwürfe ein. Nach Abschluss der Erstvernehmung erstattet P seinem älteren Kollegen K Bericht. Dieser bemerkt, dass P „nicht nach Lehrbuch“ vorgegangen ist. Deshalb vernimmt er den A ein zweites Mal, wobei er ihn diesmal über sein Schweigerecht bejaht. A räumt die gegen ihn erhobenen Vorwürfe wieder ein, diesmal in deutlich detaillierter Form. In der gegen ihn gerichteten Hauptverhandlung beruft sich A auf sein Schweigerecht.

Fallfrage:

Kann das Gericht P und K als Zeugen vernehmen und ihre Aussagen über die Erst- bzw. Zweitvernehmung des A verwerten?

Das Gericht kann P und K als Zeugen vernehmen und ihre Aussagen über die Erst- bzw. Zweitvernehmung des A verwerten, wenn kein Beweisverwertungsverbot besteht.

I. Die Erstvernehmung des A durch P

Einer Vernehmung des P könnte ein **unselbstständiges** Beweisverwertungsverbot entgegenstehen.

Bei der Erstvernehmung hat P entgegen **§ 163a IV 2 StPO i.V.m. § 136 I 2 StPO** den Beschuldigten A nicht darüber belehrt, dass es ihm freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen („**Schweigerecht**“; **Aussageverweigerungsrecht**). Damit liegt eine **rechtswidrige Beweiserhebung** vor.

Fraglich ist, ob daraus auch ein **Beweisverwertungsverbot** folgt (grundlegend dazu BGHSt 38, 214).

Die StPO trifft keine abschließende Regelung über Beweisverwertungsverbote.

Die Frage, ob ein **Beweiserhebungsverbot ein Verwertungsverbot** nach sich zieht, muss für jede Vorschrift und für jede Fallgestaltung besonders entschieden werden. Die Entscheidung für oder gegen ein Verwertungsverbot ist aufgrund einer **umfassenden Abwägung** zu treffen.

Bei ihr fällt das **Gewicht des Verfahrensverstößes** sowie seine **Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen** ebenso ins Gewicht wie die Erwägung, dass die **Wahrheit nicht um jeden Preis** erforscht werden muss.

Andererseits ist zu bedenken, dass Verwertungsverbote die **Möglichkeiten der Wahrheitserforschung** beeinträchtigen und dass der Staat nach der Rechtsprechung des BVerfG von Verfassungs wegen eine **funktionstüchtige Strafrechtspflege** zu gewährleisten hat, ohne die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden kann.

Dient die Verfahrensvorschrift, die verletzt worden ist, **nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten**, so liegt ein Verwertungsverbot **fern**.

Andererseits liegt ein Verwertungsverbot **nahe**, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die **Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten** im Strafverfahren zu sichern.

Nach **ganz hM (st. Rspr. seit BGHSt 38, 214; Beulke/Swoboda, Rn. 717; KK/Diemer, § 136 Rn. 26; LR/Gleß, § 136 Rn. 77; Murmann, Rn. 220)** führt eine unterlassene Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht – bei einem **Widerspruch** bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt - grundsätzlich zu einem **Beweisverwertungsverbot** (Ausnahme: Der **Beschuldigte kennt sein Recht**, s. BGHSt 38, 214, 224):

- Der Grundsatz, dass niemand im Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen braucht (**nemo tenetur-Prinzip**), also ein **Schweigerecht** hat, gehört zu **den anerkannten Prinzipien** des Strafprozesses.
- Die Anerkennung dieses Schweigerechtes entspricht der **Achtung vor der Menschenwürde**. Sie schützt das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten und ist notwendiger Bestandteil eines **fairen Verfahrens**.
- Zu berücksichtigen ist zudem, dass bei der Erstvernehmung durch die Polizei für den Beschuldigten eine **besonders hohen Gefahr** besteht, sich selbst zu belasten

→ (+), Beweisverwertungsverbot, es gibt keine Anhaltspunkt dafür, dass A sein Aussageverweigerungsrecht kannte; P kann daher - bei **Widerspruch** des A - über die Aussage nicht vernommen werden

II. Die Zweitvernehmung des A durch K

Bei der zweiten Vernehmung ist A durch K entsprechend den Vorgaben des § 163a IV 2 StPO i.V.m. § 136 I 2 StPO über sein Schweigerecht belehrt worden.

Nach **hM (st. Rspr. seit BGHSt 53, 112, 115; Beulke/Swoboda, Rn. 182; KK/Diemer, § 163 Rn. 27a)** hätte A – was nicht erfolgt ist – bei Beginn der Beschuldigtenvernehmung zusammen mit der Belehrung nach § 136 I 2 StPO darauf **hingewiesen** werden müssen, dass wegen der bisher unterbliebenen Belehrung als Beschuldigter die **vorangehende Zeugenaussage unverwertbar** ist (sog. **qualifizierte Belehrung**):

- Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen („**nemo tenetur**“-Grundsatz), gehören zum „**Kernstück**“ des von **Art. 6 I EMRK** garantierten **fairen Verfahrens**“.
- Gerade deshalb muss die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form einer „qualifizierten“ Belehrung treffen, die verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zu Stande gekommene **Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können**.

Fraglich ist, welche **Rechtsfolgen** die **fehlende qualifizierte Belehrung** nach sich zieht (s. *Beulke*, KK III, Rn. 151a).

- Nach dem **BGH** (BGHSt 53, 112, 116 f.) ist über die Frage der Verwertbarkeit der neuen Aussage durch **Abwägung im Einzelfall** zu entscheiden, wobei es auf die **Intensität des Verstoßes** (z.B. Willkür o. Versehen) einerseits und das durch das Gewicht der Tat bestimmte **Aufklärungsinteresse** andererseits ankommt.

Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass einem Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung grundsätzlich **nicht das gleiche Gewicht** zukommt, wie ein **Verstoß gegen § 136 I 2 StPO**, ferner, ob die Belehrungspflicht **bewusst umgangen** worden ist und ob sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der **Vernommene** davon **ausgegangen** ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben **nicht mehr abrücken** zu können.

→ **(+) / (-)**, Argumentationsspielraum eröffnet

- Nach hL (*Beulke/Swoboda*, Rn. 182) führt das Fehlen einer qualifizierte Belehrung zur **Unverwertbarkeit**:

Der Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung wiegt mindestens **genauso schwer** wie ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 I 2 StPO. Auch hier geht es um ein grundsätzliches Recht des Beschuldigten, der sich ohne qualifizierte Belehrung aufgrund der ersten Aussage für „verloren“ halten wird.

→ **(+)**, Beweisverwertungsverbot, auch K darf nicht als Zeuge vernommen werden

Exkurs: Der Beschuldigten- und Vernehmungsbegriff in §§ 136, 136a StPO

➤ Begriff des **Beschuldigten**:

Nach der von der hM vertretenen **subjektiv-objektiven Beschuldigentheorie** ist Beschuldigter derjenige, gegen den sich der **Verfolgungswille** der Strafverfolgungsbehörde (subjektives Element) in einem **objektiven Verfolgungsakt** manifestiert (objektives Element), s. BGHSt 38, 214, 228; 51, 367, 370; *Dinter/Jakob*, Rn. 61; *KMR/Pauckstadt-Maihold*, Vor § 133 Rn 3; *SK/Rogall*, Vor § 133 Rn. 31 ff; vgl. auch **§ 397 I AO**.

➤ Begriff der **Vernehmung** :

- Eine Vernehmung liegt nach dem herrschenden **formellen Vernehmungsbegriff** nur vor, wenn der Vernehmende der Aussageperson in einem laufenden Strafverfahren **in amtlicher Funktion** gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm **Auskunft** verlangt, s. BGHSt 42, 139, 147; *KMR/Pauckstadt-Maihold*, Vor § 133, Rn. 7; *Murmann*, Rn. 107.
- Nach dem **funktionalen Vernehmungsbegriffs** kommt es **nicht auf das offizielle Auftreten** des Vernehmenden an, sondern allein auf das **gezielte Herbeiführen** von Äußerungen des Beschuldigten, s. *LR/Gleiß*, § 136 Rn. 91 ff.

Fall 2: „Fern des Gesetzes“ (s. dazu eingehend *Rössner/Safferling*, S. 131 ff.; *Heinrich/Reinbacher*, S. 176 ff.)

Bei der Vernehmung des M, gegen den wegen Mordes ermittelt wird, prügelt der Polizeibeamte P, der M zunächst ordnungsgemäß belehrt hatte, solange auf den schweigenden M ein, bis dieser die Tat einräumt und verrät, wo sich die Leiche des Opfers befindet. An der Leiche werden DNA-Spuren des M gefunden, die diesen als Täter identifizieren. Bei einer späteren Vernehmung durch den Ermittlungsrichter E belehrt dieser den M ordnungsgemäß über seine Rechte nach § 136 StPO und erklärt ihm, dass die Sache jetzt nochmal „neu“ geklärt werde. M räumt auch gegenüber E die Vorwürfe ein.

Fallfrage:

- a) Kann das Geständnis des M bei der Vernehmung durch P verwertet werden?
- b) Können die an der Leiche gefundenen DNA-Spuren verwertet werden?
- c) Kann das Geständnis des M bei der Vernehmung durch E verwertet werden?

Fallfrage a)

Bei der Vernehmung des M hat P diesen mit Schlägen **misshandelt**, also ein **verbotenes Mittel i.S.v. § 136a I 1 StPO** eingesetzt. Die **Beweiserhebung** war mithin **rechtswidrig**.

§ 136a III 2 StPO bestimmt als Folge der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden nach § 136 I, II StPO **ausdrücklich ein Verwertungsverbot (absolutes Beweisverwertungsverbot; SSW/Eschelbach, § 136a Rn. 62)**.

→ (+), **Beweisverwertungsverbot**; da die Misshandlung durch P **ursächlich** für das Geständnis des M war, greift hier das gesetzliche Beweisverwertungsverbot des § 136a III 2 StPO ein

Fallfrage b)

Zu klären ist, ob sich dieses Beweisverwertungsverbot auch auf Beweismittel - wie die DNA-Spuren des M an der Leiche des Opfers - erstreckt, die erst infolge des unter Verstoß gegen § 136a I 1 StPO herbeigeführten Geständnisses erlangt wurden (**Fernwirkung** von Beweisverwertungsverboten).

- Die Rspr. (BGHSt 34, 362, 364) **lehnt** eine Fernwirkung grds. **ab** (z.T. aber auch **Abwägung**, s. BGHSt 51, 1):
Ein Verfahrensfehler, der ein Verwertungsverbot für ein Beweismittel herbeiführt, darf nicht ohne weiteres dazu führen, dass das **gesamte Strafverfahren lahmgelegt** wird.
Eine solche Begrenzung der Auswirkung eines Verfahrensfehlers ist zu einer **wirksamen Verbrechensbekämpfung** und auch deshalb erforderlich, weil sich kaum jemals feststellen lässt, ob die Ermittlungsbehörden das Beweismittel **ohne den Verstoß nicht auch gefunden** hätte
→ (-), kein Beweisverwertungsverbot
- Die **hL** spricht sich **für** eine **Fernwirkung** des Beweisverwertungsverbot aus:
Z.T. (Radtke/Hohmann/Kretschmer, § 136a Rn. 42 ff.) wird dafür auf die „**fruit of the poisonous tree doctrine**“ abgestellt, um rechtswidrig handelnde Ermittlungsbeamte zu **disziplinieren** (Gegenausnahme: „*hypothetical clean path doctrine*“, s. zu hypothetischen Ermittlungsverläufen SK/Rogall, § 136a, Rn. 115 ff.)
Andere (KK/Diemer, § 136a Rn. 42; Murmann, Rn. 254; SSW/Eschelbach, § 136a Rn. 67) befürworten eine **Abwägung**, wobei hier aufgrund der eklatanten Missachtung des § 136a StPO Fernwirkung zu bejahen ist.
→ (+), Beweisverwertungsverbot

Fallfrage c)

Fraglich ist, ob der Verstoß gegen § 136a I 1 StPO bei der ersten Vernehmung durch P Auswirkungen auf die zweite Vernehmung durch E hat (**Fortwirkung** des Beweisverwertungsverbots)

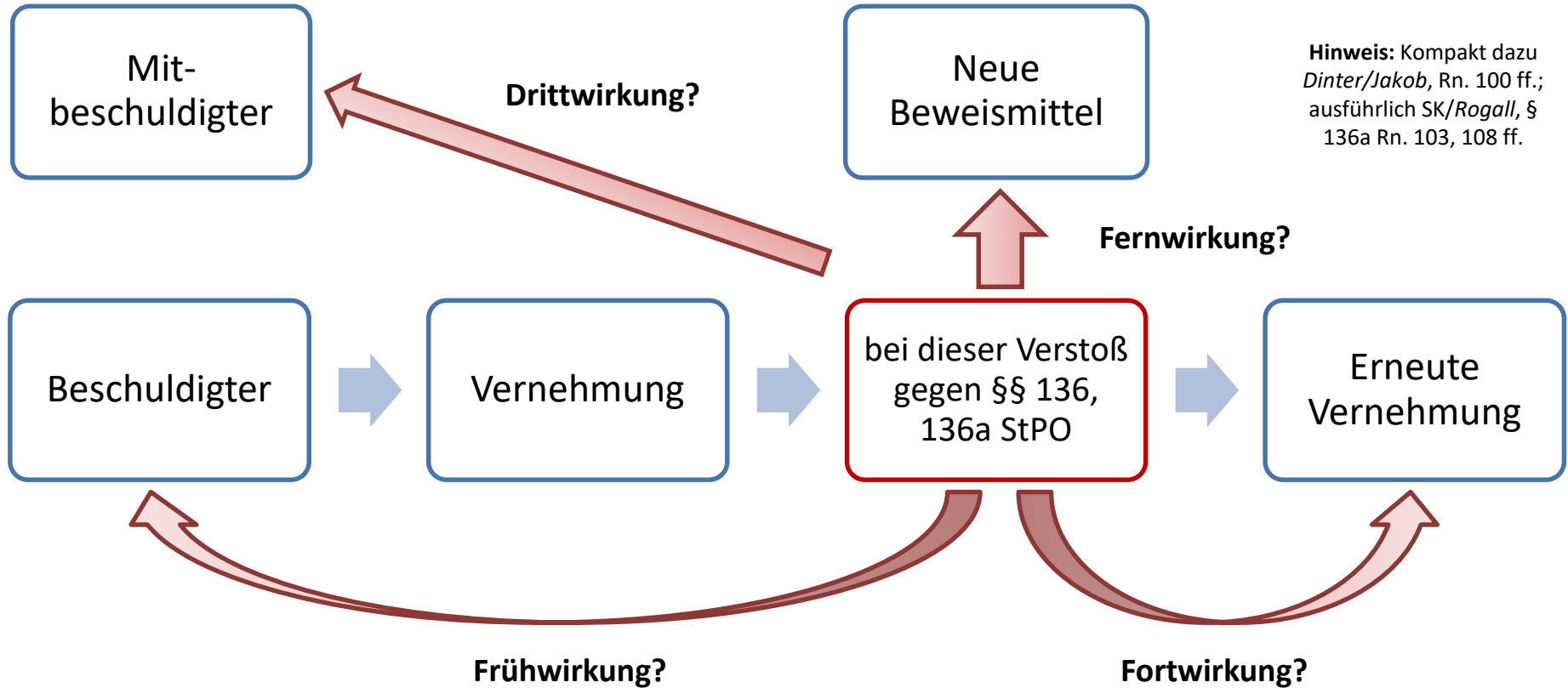
Ausgangspunkt aller Ansichten ist, dass eine **erneute Aussage**, die **fehlerfrei** zustande gekommen ist, verwertbar ist. Umstritten sind aber die **Anforderungen**, die dafür an die erneute Vernehmung zu stellen sind.

- Nach der **Rspr.** (BGH NStZ 1988, 419; offen gelassen von BGHSt 53, 112, 116) kommt es nur darauf an, dass sich der Beschuldigte bei der zweiten Aussage nach ordnungsgemäßer Belehrung nach § 136 I StPO seiner **Entscheidungsmöglichkeit bewusst** war. Eine **qualifizierte Belehrung ist nicht zwingend notwendig**.

→ (-), eher kein Beweisverwertungsverbot

- Die **hL** (*Beulke/Swoboda, Rn. 745; HK-GS/Jäger, § 136a Rn. 46; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 30; SSW/Eschelbach, § 136a Rn. 65*) fordert eine **qualifizierte Belehrung**, d.h. der Beschuldigte ist darauf hinzuweisen, dass seine bisherige unter Verstoß gegen § 136a StPO erlangte Aussage unverwertbar ist

→ (+), Beweisverwertungsverbot; E hätte M qualifiziert belehren müssen



Fall 3: „True Romance“

Ausgangsfall (nach *Mansdörfer*, Rn. 435 ff.; s. dazu auch *Beulke/Swoboda*, Rn. 643 ff.; *Murmann*, Rn. 228 ff.; *Roxin/Achenbach/Heinrich/Jäger*, S. 243 f.)

T wird beschuldigt, seine Verlobte V geschlagen zu haben.

Die über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrte V hat die Körperverletzung gegenüber dem Ermittlungsrichter E bei ihrer Vernehmung ausführlich geschildert und ein von E gefertigtes Protokoll unterzeichnet.

In der Hauptverhandlung gegen T beruft sich die als Zeugin geladene V nach ordnungsgemäßer Belehrung durch die Richterin R auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht.

Fallfrage:

- a) Kann das Gericht das Vernehmungsprotokoll der Vernehmung der V durch E durch Verlesung verwerten?
- b) Kann das Gericht den E über die Vernehmung der V als Zeugen befragen?

Fallfrage a) (s. hierzu *Mansdörfer*, Rn. 438 ff.; KK/*Diemer*, § 252 Rn. 9 ff.)

Das Gericht kann das Vernehmungsprotokoll der Vernehmung der V durch E **durch Verlesung** in das Verfahren einführen und verwerten, wenn diesbezüglich kein Beweisverwertungsverbot besteht.

Hier könnte ein **selbstständiges** Beweisverwertungsverbot nach **§ 252 StPO** bestehen („**Verlesungsverbot**“):

- Zeugenrolle in der Hauptverhandlung:
 - **(+)**, V wird als Zeugin in der Hauptverhandlung vernommen
- Frühere Vernehmung:
 - **(+)**, V wurde durch E vernommen
- Gebrauch des Zeugnisverweigerungsrechts in der Hauptverhandlung:
 - **(+)**, V hat als Verlobte des E ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I Nr. 1 StPO, von dem sie in der Hauptverhandlung auch Gebrauch gemacht hat

Es besteht ein Beweisverwertungsverbot nach § 252 StPO. Das Gericht darf das Protokoll **nicht verwerten**.

Fallfrage b) (s. BGHSt 61, 221; *Murmann*, Rn. 229f.; *Putzke/Scheinfeld*, Rn. 469 ff.; *Rössner/Safferling*, S. 120 ff.)

Das Gericht kann E über die Vernehmung der V als Zeuge befragen, wenn **§ 252 StPO** diesem Vorgehen nicht entgegensteht.

Aus dem **Wortlaut** des § 252 StPO ergibt sich ein **Verlesungsverbot** hinsichtlich der früheren Aussage eines Zeugen, der sich erst in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. **Problematisch** ist, ob § 252 StPO **auch** die **Vernehmung der Vernehmungsperson** und nicht nur die Verlesung der Aussage **ausschließt** (*Rössner/Safferling*, S. 120).

- Das **RG** hat dem Wortlaut der Vorschrift entsprechend in zahlreichen Entscheidungen die Norm dahin ausgelegt, sie enthalte **lediglich ein Verlesungs-**, nicht aber ein darüber hinausgehendes Verwertungsverbot.
- Die **ganz hM (st. Rspr. seit BGHSt 2, 99; Beulke/Swoboda**, Rn. 644) geht davon aus, dass § 252 StPO über seinen Wortlaut hinaus nicht nur ein Verlesungs-, sondern **auch ein Verwertungsverbot** enthält, da nur so der von §§ 52, 252 StPO bezweckte **Schutz familiärer Bindungen** sichergestellt werden kann. Daher ist i.d.R. jede Verwertung der bei einer früheren Vernehmung gemachten Aussage eines Zeugen ausgeschlossen; eine Einführung durch Vernehmung einer früheren Vernehmungsperson ist **grundsätzlich unzulässig**.

- Von diesem Verbot sind nach **st. Rspr. des BGH** (seit BGHSt 2, 99; zust. Meyer-Goßner/Schmitt, § 252 Rn. 14; *Murmann*, Rn. 230) allerdings solche Bekundungen **ausgenommen**, die ein Zeuge **nach Belehrung** über sein Zeugnisverweigerungsrecht **vor einem Richter** gemacht hat. Sie dürfen **durch Vernehmung des Richters** in die Hauptverhandlung **eingeführt** und verwertet werden. Begründung:
- Das Gesetz (vgl. §§ 251 II, 254, 255a StPO; s. auch §§ 162 I, 168c II StPO) bringt der **richterlichen Vernehmungen** allgemein ein **höheres Vertrauen** entgegen
 - Die **erhöhte Bedeutung** der richterlichen Vernehmung für das Strafverfahren ist auch für den Zeugen **erkennbar**
 - Nach eindringlicher, richterlicher Belehrung **überwiegt** das **öffentliche Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege** gegenüber dem Interesse des Zeugen, die Entscheidung über sein Zeugnisverweigerungsrecht bis zur späteren Hauptverhandlung „offen zu halten“

– Notwendigkeit einer **qualifizierten Belehrung**?

Muss der Zeuge in der im Ermittlungsverfahren durchgeführten richterlichen Vernehmung ausdrücklich auch darüber belehrt werden, dass eine jetzt gemachte **Aussage** auch dann **verwertbar bleibt**, wenn er in einer späteren Hauptverhandlung vom Recht der Aussageverweigerung Gebrauch macht?

- **Dafür** der **2. Strafsenat** des BGH in einem Anfragebeschluss (BGH NStZ 2014, 596 m. zust. Anm. *Jahn*, JuS 2014, 1138 u. *Jäger*, JA 2014, 948; zust. auch MK/*Ellenbogen*, § 252 Rn. 54):

Die Ausnahme von einem umfassenden Beweisverwertungsvebot bei einer richterlichen Vernehmung lässt sich nur dann legitimieren, wenn der Zeugen **umfassend in die Lage** versetzt wird, über seine Aussagebereitschaft und deren mögliche Folgen für das spätere Verfahren zu entscheiden.

→ E hat die V nur über ihr Zeugnisverweigerungsrecht, **nicht** aber **qualifiziert belehrt**. Folgt man dem 2. Strafsenat des BGH in seiner Argumentation, greift daher **keine Ausnahme** vom umfassenden Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO ein. E darf nicht als Zeuge über die Vernehmung befragt werden.

- **Dagegen** der **Große Strafsenat** des BGH (BGHSt 61, 221; zust. SSW/Kudlich/Schuhr, § 252 Rn. 23), nach dem eine über den Regelungsgehalt des **§ 52 III 1 StPO** hinausgehende Belehrung nicht notwendig ist:

Dies zeigt zunächst die Regelung des **§ 52 III 2 StPO**. Was der Zeuge vor dem **Widerruf** ausgesagt hat, kann verwertet werden. Die Norm dient dem Zeugenschutz und regelt eine den Fällen des § 252 StPO ähnliche Konstellation, ohne eine über § 52 III 1 StPO hinausgehende Belehrung vorzusehen.

Gegen eine erweiterten Belehrung streitet auch der **Vergleich** mit der Rechtslage bei einem **Beschuldigten**. Lässt dieser sich **nach Belehrung** (§ 136 I 2 StPO) zur Sache ein, können seine Angaben später jedenfalls durch Zeugnis der **Vernehmungsperson** verwertet werden, auch wenn er sich in der Zwischenzeit entschlossen hat, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen.

Eine über den Gesetzeswortlaut des **§ 136 I 2 StPO** hinausgehende **qualifizierte Belehrung** ist nur dann zu verlangen, wenn ein **Verfahrensfehler korrigiert werden** muss, also etwa gegen die Belehrungspflicht verstoßen wurde und dann erneut vernommen wird

→ Eine qualifizierte Belehrung der V durch E bei der richterlichen Vernehmung ist nicht notwendig. Die **Ausnahme** vom Beweisverwertungsverbot nach § 252 StPO **greift daher ein**.

- **Große Teile der Lit. lehnen** die vom BGH anerkannte **Ausnahme** vom Beweisverwertungsverbot für richterliche Vernehmungen **ab** (*Beulke/Swoboda*, Rn. 645; *HK-GS/König/Harrendorf*, § 252 Rn. 25; *LR/Sander/Cirener*, § 252 Rn. 10; *Putzke/Scheinfeld*, Rn. 471; *Radtke/Hohmann/Pauly*, § 252 Rn. 25; *Roxin/Achenbach/Heinrich/Jäger*, S. 244):

Die Vorstellung, ein Zeuge sei sich der „**erhöhten**“ **Bedeutung** der richterlichen gegenüber einer sonstigen Vernehmung bewusst, ist bereits **weltfremd**. Gewöhnlich besteht für Zeugen zwischen richterlichen und polizeilichen oder staatsanwaltlichen Vernehmungen kein wesentlicher Unterschied (*HK-GS/König/Harrendorf*, § 252 Rn. 25).

Die **Parallelität zu § 251 StPO verfängt** auch **nicht**, da es dort um die größere Zuverlässigkeit der Vernehmung geht, hier jedoch um ihre Verwertbarkeit mit Rücksicht auf die geschützte persönliche Nähe zwischen Zeugen und Angeklagtem und die Vermeidung eines dem Zeugen danach unzumutbaren Pflichtenstreits (*HK-GS/König/Harrendorf*, § 252 Rn. 25).

→ Bei richterlichen Vernehmungen ist **keine Ausnahme** vom Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO anzuerkennen, **E kann daher nicht als Zeuge** über die Vernehmung der V **befragt** werden.

1. Abwandlung (nach LG Berlin NStZ 2015, 422 m. Anm. *Hildebrandt/Ricken*; s. *Dinter/Jakob*, Rn. 80):

T wird beschuldigt, seine Freundin V geschlagen zu haben. Im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Amtsgericht wird V in der Hauptverhandlung von der Richterin R vernommen und bestätigt in einer detaillierten und glaubhaften Aussage die gegen T erhobenen Vorwürfe. Gestützt auf diese Aussage wird T in erster Instanz zu einer Haftstrafe verurteilt.

Gegen die erstinstanzliche Verurteilung legt T Berufung ein. Zudem verlobt er sich mit der V. In der Berufungsverhandlung vor dem Landgericht beruft sich die ordnungsgemäß belehrte V auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht als Verlobte.

Fallfrage:

c) Kann das Landgericht eine Verurteilung des T auf eine Vernehmung der R über die erstinstanzliche Aussage der V stützen?

Fallfrage c)

Das Landgericht kann eine Verurteilung des T auf eine Vernehmung der R über die erstinstanzliche Aussage des V stützen, wenn kein **Beweisverwertungsverbot** entgegensteht.

Ein Beweisverwertungsverbot könnte sich aus **§ 252 StPO** ergeben, da sich die V **als Verlobte** des T auf ihr **Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 I Nr. 1 StPO** beruft.

§ 252 StPO **schließt** eine Einführung durch Aussage eine **Vernehmung einer früheren Vernehmungsperson** ist **grundsätzlich aus**.

Als **Ausnahme** ist in der Rspr. aber anerkannt, dass eine **Aussage**, die ein **Zeuge nach ordnungsgemäßer Belehrung** über sein Zeugnisverweigerungsrecht **vor einem Richter** abgegeben hat, durch Vernehmung des Richters eingeführt werden kann.

Problematisch ist hier aber, dass V bei ihrer **Vernehmung durch R noch nicht Verlobte** des T war, ihr mithin zu diesem Zeitpunkt **kein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I Nr. 1 StPO** zustand.

- Nach **hM** (BGHSt 27, 231; LR/Sander/Cirener, § 252 Rn. 27; KK/Bader, § 52 Rn. 4; KK/Diemer, § 252 Rn. 22; Radtke/Hohmann/Pauly, § 252 Rn. 4) führt ein **erst später entstandenes Angehörigenverhältnis** zur **Unverwertbarkeit** der früheren Aussage, wenn der Zeuge in derselben Sache erneut vernommen werden soll und jetzt von seinem Weigerungsrecht Gebrauch macht:

Angehörige - hier die Verlobte - sollen durch das Recht auf Aussageverweigerung davor bewahrt werden, den Angeklagten wahrheitsgemäß belasten zu müssen.

Über eine frühere richterliche Vernehmung des das Zeugnis in der Hauptverhandlung ablehnenden Angehörigen darf der Ermittlungsrichter deshalb **nur dann vernommen werden**, wenn der Zeuge schon damals ein **Zeugnisverweigerungsrecht gehabt** und nach Belehrung hierauf **verzichtet hatte**.

Hier hatte V pflichtgemäß ausgesagt, weil sie damals noch nicht die Verlobte des T war. Wenn diese frühere Vernehmung nach berechtigter Zeugnisverweigerung in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfte (z.B. durch Vernehmung des Ermittlungsrichters), wären damit der durch **§ 52 StPO gewährte Schutz** und das entsprechend in **§ 252 StPO** zum Ausdruck gekommene **Verwertungsverbot wirkungslos**.

→ **(+), Beweisverwertungsverbot**, da sich V auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I Nr. 1 StPO beruft. Vernehmungsrichter R darf folglich nicht vernommen werden

- Nach **aA** (LG Berlin, NStZ 2015, 422; BGHSt 45, 342 in einem *obiter dictum*) kann bei einem erst später entstehenden Angehörigenverhältnis der Vernehmungsrichter über die Aussage des sich jetzt auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufenden Zeugen vernommen werden:

Anderenfalls hätten die Ermittlungsbehörden - anders als beim aussagewilligen Angehörige - **keine Chance**, durch richterliche Vernehmung eine **verwertbar bleibende Aussage** zu erhalten

Das **Angehörigenverhältnis** ist **weniger stark betroffen**, wenn noch außerhalb dieses geschützten Verhältnisses gemachte Angaben verwertet werden

Angezeigt ist daher eine **Abwägung** zwischen dem Interesse der Verlobten, ihre Beziehung zu dem Angeklagten zu schützen, und dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung.

→ (-), **kein Beweisverwertungsverbot**; wenn man von einem **Überwiegen** des staatlichen Interesses ausgeht (dafür: **richterliche Vernehmung**, bei der die Förmlichkeiten, insbesondere die rechtliche Belehrung über die Wahrheitspflicht und die Folgen einer falschen Aussage beachtet wurden; darüber hinaus wurde die Aussage in **öffentlicher Hauptverhandlung** getätigt)

2. Abwandlung (nach BGHSt 9, 59; Roxin/Achenbach/Heinrich/Jäger, S. 240 f.; Rössner/Safferling, S. 128 ff.):

In der Hauptverhandlung gegen T beruft sich die V auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht. Aus diesem Grund wird der Arzt A, der die V nach der Körperverletzung behandelt hat, zu ihrem Gesundheitszustand vernommen. Obwohl V den A nicht von seiner ärztlichen Schweigepflicht entbunden hat, sagt dieser aus. V ist dabei nicht über sein Zeugnisverweigerungsrecht als Arzt belehrt worden.

Fallfrage:

d) Kann die Aussage des A trotzdem verwertet werden?

Fallfrage d)

Die Aussage des A kann verwertet werden, wenn kein **Beweisverwertungsverbot** besteht.

- Die Beweiserhebung könnte hier rechtswidrig erfolgt sein, weil A durch das Gericht **nicht** über sein Zeugnisverweigerungsrecht nach **§ 53 I Nr. 3 StPO belehrt** worden ist.

Eine **Verpflichtung**, den Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen nach § 53 StPO **zu belehren, sieht das Gesetz jedoch gerade nicht vor** (anders als in §§ 52 III 1, 55 II StPO), weil seine Kenntnis hiervon als selbstverständlich vorausgesetzt wird (BGHSt 37, 370; 42, 73; KK/Bader, § 53 Rn. 6; Meyer-Goßner/Schmitt, § 53 Rn. 44; MK/Percic, § 53 Rn. 52; Roxin/Achenbach/Heinrich/Jäger, S. 240).

→ Das Gericht durfte davon ausgehen, dass A seine Berufsrechte und -pflichten kannte (vgl. BeckOK/Huber, § 53 Rn. 38). Eine Belehrung muss nicht erfolgen.

- Ein Beweisverwertungsverbot könnte sich aber daraus ergeben, dass A ausgesagt hat, obwohl er **nicht von seiner Schweigepflicht befreit** war, zumal er sich durch die Aussage gem. **§ 203 StGB strafbar** macht.
 - Nach **hM** (st. Rspr. seit BGHSt 9, 59; MK/*Percic*, § 53 Rn. 7; Radtke/Hohmann/*Otte*, § 53 Rn. 6, 44; SSW/*Eschelbach*, § 53 Rn. 6) ist eine Aussage unter Bruch des Berufsgeheimnisses **verwertbar**:

Es obliegt der **freien Entscheidung** des Arztes, ob er von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I Nr. 3 StPO Gebrauch macht. Der Patient hat **keinen strafprozessualen Anspruch** darauf, dass der Arzt die Aussage verweigert, auch wenn dieser sich nach § 203 StGB strafbar macht (vgl. BGH NSTZ 2018, 362)

→ (-), kein Beweisverwertungsverbot
 - Teile der Lit. (*Beulke/Swoboda*, Rn. 710) bejahen dagegen bei einem Verstoß gegen § 203 StGB ein **Beweisverwertungsverbot**:

§ 203 StGB und § 53 StPO wollen das **Vertrauensverhältnis** zwischen Arzt und Patient schützen; ein wirksamer Schutz ist nur herstellbar, wenn ein „wortbrüchiger“ Arzt vor Gericht kein Gehör findet

→ (+), Beweisverwertungsverbot

Folgt man der hM, kann die Aussage des A verwertet werden.

3. Abwandlung (s. dazu BGHSt 11, 213; *Murmann*, Rn. 224 ff.; *Mitsch/Ellenbogen*, S. 106 ff.; eingehend *Rössner/Safferling*, S. 124 ff. m.w.N.):

In der Hauptverhandlung gegen T wird sein Arbeitskollege K als Zeuge vernommen. Obwohl während der Vernehmung des K immer mehr Anhaltspunkte dafür ans Licht kommen, dass er den A zu der Körperverletzung angestiftet hat, wird K nicht über sein Auskunftsverweigerungsrecht belehrt.

Fallfrage:

- e) Kann die Aussage des K trotzdem verwertet werden?
- f) Kann die Aussage des K in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren genutzt werden?

Fallfrage e)

Die Aussage des K kann verwertet werden, wenn kein **Beweisverwertungsverbot** entgegensteht.

In Betracht kommt hier ein **unselbstständiges** Beweisverwertungsverbot.

A. Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung (= Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot?)

Während der Vernehmung des K als Zeuge sind immer mehr Anhaltspunkte dafür ans Licht gekommen, dass er den T zu der Körperverletzung angestiftet hat. Mit seiner Aussage setzt sich K mithin der Gefahr aus, selbst wegen einer Straftat verfolgt zu werden.

Nach **§ 55 I StPO** kann ein Zeuge die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden. Über dieses **Auskunftsverweigerungsrecht** ist der Zeuge nach **§ 55 II StPO zwingend zu belehren**, wenn wie hier Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 55 I StPO erkennbar werden (s. HK-GS/Trüg, § 55 Rn. 8; KK/Bader, § 55 Rn. 17).

→ K hätte über sein Auskunftsverweigerungsrecht belehrt werden müssen, was jedoch unter **Verstoß gegen § 55 II StPO** unterblieben ist. Die Vernehmung verstößt gegen ein **Beweiserhebungsverbot (Beweismittelverbot)**

B. Beweisverwertungsverbot

Strittig ist jedoch, ob die unterlassene Belehrung nach § 55 II StPO zu einem Beweisverwertungsverbot führt:

- Nach **hM (st. Rspr.** seit BGHSt 11, 213; *Beulke/Swoboda*, Rn. 712) führt eine unterlassene Belehrung **nicht zu einem Beweisverwertungsverbot** für die Aussage des Zeugen **im Verfahren gegen den Angeklagten**:

§ 55 StPO dient allein dem **Schutz des Zeugen vor Selbstbelastung**, nicht aber dem Schutz des Angeklagten. Der „**Rechtskreis**“ des Angeklagten wird durch Verletzung des § 55 StPO daher **nicht betroffen**

→ (-), kein Beweisverwertungsverbot im Verfahren gegen T

- Nach einer **Minderheitsansicht** (HK-GS/*Trüg*, § 55 Rn. 8; *Mitsch/Ellenbogen*, S. 107 f.; *SSW/Eschelbach*, § 55 Rn. 30) führt ein Verstoß gegen § 55 II StPO zu einem **umfassenden Beweisverwertungsverbot**:

§ 55 StPO dient auch dem **Schutz des Angeklagten vor wahrheitswidrige Angaben eines Zeugen**, der versucht, eine Selbstbelastung zu vermeiden, weshalb auch der „**Rechtskreis**“ des Angeklagten **betroffen** ist

→ (+), Beweisverwertungsverbot

C. Ergebnis

Folgt man der hM, kann die Aussage des K im **Verfahren gegen T** verwertet werden.

Fallfrage f)

Auch nach der hM, die eine Verwertung der Aussage des K im Verfahren gegen T für zulässig erachtet, führt der Verstoß gegen die Belehrungspflicht in einem später **gegen K gerichteten Verfahren** zu einem **Beweisverwertungsverbot** hinsichtlich der Aussage (s. OLG Celle, NStZ 2002, 386; MK/Maier, § 55 Rn. 111 ff.):

Die Entscheidung für ein Beweisverwertungsverbot folgt im Einzelfall aus einer **Abwägung** zwischen dem Aufklärungsinteresse und der Bedeutung des Verfahrensverstößes.

§ 55 II StPO als Ausprägung des **nemo tenetur-Grundsatzes** soll den Zeugen vor der Fehlvorstellung schützen, dass er zu selbstbelastenden Aussagen verpflichtet ist (s. *Murmann*, Rn. 227).

Mit Blick auf die Bedeutung des nemo tenetur-Grundsatzes **überwiegt** das Interesse des Beschuldigten am **Schutz seiner Selbstbelastungsfreiheit** gegenüber den **Belangen der Strafrechtspflege**, so dass die Aussage unverwertbar ist (*Murmann*, Rn. 227).

Dies gilt allerdings nur, wenn der Beschuldigte sein Schweigerecht nicht gekannt hat und er in der Hauptverhandlung der Verwertung widerspricht (sog. **Widerspruchslösung**), *Beulke/Swoboda*, Rn. 708, 712

→ Die Aussage des K kann in dem gegen ihn gerichteten Verfahren **nicht genutzt** werden

Fall 4: „Safe Space“ (nach BGHSt 57, 71 m. Anm. *Allgayer*, NStZ 2012, 339, *Ladiges*, StV 2012, 517, *Warg*, NStZ 2012, 239, *Wohlers*, JR 2012, 386 u. *Zabel*, ZJS 2012, 563; s. dazu auch *Beulke/Swoboda*, Rn. 722; *Dinter/Jakob*, Rn. 85; *Rössner/Safferling*, S. 146)

Gegen T wird wegen Mordes ermittelt. Er wird verdächtigt, seine Ehefrau E getötet zu haben. Da andere Ermittlungsmöglichkeiten nicht ersichtlich sind, findet mit ermittelungsrichterlicher Gestattung eine elektronische Überwachung des Autos des T statt. Dabei werden mehrere Selbstgespräche des T, der sich bei diesen alleine im Auto befunden hat, aufgezeichnet. In diesen Selbstgesprächen äußert sich T wie folgt:

- „... die E ist schon lange tot, die wird auch nicht wieder ... kannst natürlich nicht sagen“
- „oho I kill her ... oh yes, oh yes ... and this is my problem ...“
- „... langweilig, der das Gehirn rausprügeln ... kann ich dir sagen, joh und weg damit ... werde auch keine mehr wegknallen ... nö, wir haben sie tot gemacht ...“

Fallfrage: Kann die Aufzeichnung gegen T verwertet werden?

Die Aufzeichnung kann verwertet werden, wenn kein **Beweisverwertungsverbot** besteht.

Als **Rechtsgrundlage** für die elektronische Überwachung des Autos des T kommt **§ 100f StPO** (akustische Überwachung außerhalb von Wohnraum) in Betracht.

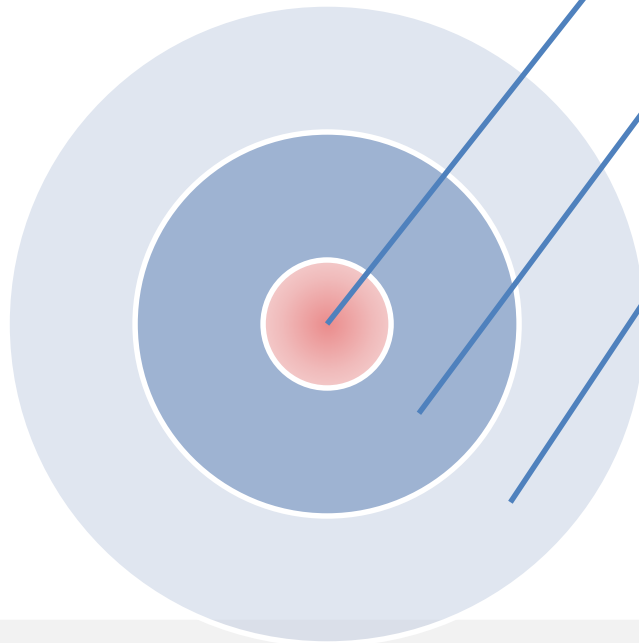
Gegen T wird wegen Mordes ermittelt, eine **Katalogtat** i.S.v. § 100f I i.V.m. § 100a II Nr. 1 h) StPO liegt vor. Diese ist auch im konkreten Einzelfall als **schwerwiegend** anzusehen ist. T ist zudem **verdächtig**, die Tat als Täter begangen zu haben. Eine Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise ist **aussichtslos** („strenge Subsidiaritätsklausel“). Schließlich liegt auch eine Anordnung durch den **Ermittlungsrichter** vor, vgl. §§ 100f IV, 100e I 1 StPO.

Die Voraussetzungen für eine akustische Überwachung des Autos des T nach § 100f StPO lagen somit vor.

Ein Beweisverwertungsverbot könnte sich aber aus **§ 100f IV i.V.m. § 100d II 1 StPO** ergeben.

Hiernach dürfen Erkenntnisse aus dem **Kernbereich privater Lebensgestaltung**, die durch eine Maßnahme nach § 100f StPO erlangt wurden, **nicht verwertet** werden (**ausdrückliches Beweisverwertungsverbot**).

Sphärentheorie



Intimsphäre:

Beweismittel **unverwertbar**, da unantastbarer Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Privatsphäre:

Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteresse und Schutz der Privatsphäre erforderlich

Sozialsphäre:

Beweismittel **verwertbar**, kein besonderer Schutz

Übersicht von *Dinter/Jakob*, Rn. 94

Zu klären ist daher, ob die Selbstgespräche des T dem Kernbereich seiner privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind.

Der **absolut geschützte Kernbereich** der Persönlichkeitsentfaltung wird aus **Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG** hergeleitet.

Der Grund für den absoluten Schutz eines Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung besteht in der Eröffnung einer Möglichkeit für Menschen, sich in einem **letzten Rückzugsraum mit dem eigenen Ich befassen zu können**, ohne Angst davor haben zu müssen, dass staatliche Stellen dies überwachen.

Ob das nichtöffentlich gesprochene Wort zum **absolut** geschützten Kernbereich oder zu dem nur **relativ** geschützten Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört, ist durch **Gesamtbewertung** aller Umstände im Einzelfall festzustellen.

- Ein Selbstgespräch wird durch die **Eindimensionalität** der „Selbstkommunikation“, die **Nichtöffentlichkeit** der Äußerungssituation, die mögliche **Unbewusstheit** der Äußerungen im Selbstgespräch, die **Identität** der Äußerung mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und der **Flüchtigkeit** des gesprochenen Wortes geprägt, der hier ein **besonderes Gewicht** zukommt
 - Auch das „**Alleinsein mit sich selbst**“ in einem **Pkw** kann absoluten Schutz begründen, denn es bestand aus der Sicht des T nicht die Gefahr, dass andere Personen den Inhalt seiner Äußerungen im Selbstgespräch erfassen. Die Nichtöffentlichkeit der Gesprächssituation war derjenigen in einer **Wohnung gleichzusetzen**.
 - Auf den **Inhalt** der Gedankenäußerung und den **Sozialbezug** kommt es aufgrund der **fehlenden Fixierung (anders als bei Tagebüchern, vgl. BVerfGE 80, 367)** bei Selbstgesprächen nicht entscheidend an
 - Das „Selbstgespräch“ kann auch **nicht mit einem Zwiegespräch gleichgesetzt werden**, das regelmäßig nicht dem absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung zuzuordnen ist, wenn es mit seinem Inhalt einen Tatbezug und damit Sozialbezug aufweist. Es unterscheidet sich von einem solchen Gespräch schon dadurch, dass die Äußerungen **nicht auf Verständlichkeit angelegt** und jedenfalls auch durch **unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte** gekennzeichnet sind.
- Die Selbstgespräche des T sind dem Kernbereich zuzuordnen. Es besteht ein **Beweisverwertungsverbot**.

Fall 5: „Micha, du ...“ (nach BGHSt 55, 138 m. Anm. *Jahn*, JuS 2010, 832 u. *Bosch*, JA 2010, 754; dazu auch *Heinrich/Reinbacher*, S. 116 ff.; *Schuster/Weitner*, Rn. 40 ff.)

Die Eheleute E und F besitzen gemeinsam einen lukrativen Kraftfahrzeughandel in Berlin. Im Laufe der Ehe entwickelt sich jedoch zwischen ihnen eine tiefe gegenseitige Abneigung. Um finanzielle Einbußen infolge einer Scheidung zu vermeiden, bietet E mehrmals verschiedenen Personen Geld für die Tötung der F an. Deshalb wird er zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt, die er in der JVA Tegel absitzt.

Dort lernt er den zu lebenslanger Haft verurteilten S kennen, der sich wahrheitswidrig als Mitglied der Rockerbande „Bandidos“ ausgibt. S bietet E an, für 150 000 € die F durch „Bandidos“-Rocker bei einem fingierten Autounfall zu töten, was dieser annimmt. S wendet sich aber sogleich nach dem Gespräch mit E an den Leiter der JVA.

Beim nächsten Hofgang spricht S, der mit richterlicher Genehmigung mit einem Aufnahmegerät ausgestattet worden ist, den E an, um eine ausdrückliche Bestätigung des erteilten Tötungsauftrags einzuholen.

Der misstrauisch gewordene E wiegelt den S jedoch ab, „es wäre alles geklärt, und dabei bleibe es“.

Wenig später wird E in die JVA Charlottenburg verlegt. Weitere Ermittlungsbemühungen bleiben erfolglos.

Deswegen wird der Polizeibeamte P als vermeintlicher Besucher zu E geschickt. P, der aufgrund seiner langen Haare und Tätowierungen dem äußeren Erscheinungsbild nach glaubhaft als Rocker auftreten kann, gibt sich beim Besuch gegenüber E als „Bandidos“-Rocker „Micha“ aus und legt dem E zwei Fotoaufnahmen vor, da es Probleme bei der Identifizierung der F gebe. Ein Bild zeigt die F, das andere eine der F ganz ähnlich aussehende Frau.

Als E darauf nicht eingeht, erklärt P, dass auch einfach beide Frauen „weggemacht“ werden können, es stünden an den Wohnhäusern beider Frauen Männer bereit. Der aufgebrachte E erklärt daraufhin, dass das Ganze „abgebrochen“ werden müsse, wenn Unschuldige „reingezogen“ würden. Schließlich fragte ihn P, ob es denn richtig sei, dass sie seine Frau wegmachen sollen. E nickt.

In der späteren Hauptverhandlung gegen E wird trotz Widerspruchs der Verteidigung der P als Zeuge über das Gespräch mit E vernommen. Aufgrund der Aussage wird E verurteilt

Fallfrage: War die Verwertung rechtmäßig?

Die Verwertung war rechtmäßig, wenn kein **Beweisverwertungsverbot** bestand. In Betracht kommt hier ein **unselbstständiges Beweisverwertungsverbot**.

A. Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung (= Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot?)

1. Ermächtigungsgrundlage für das Handeln des P

– **§§ 110a ff. StPO?**

→ (-), diese regeln den Einsatz **verdeckter Ermittler** (= ein Beamter des [inländischen] Polizeidienstes, der unter einer **dauerhaften Legende** tätig wird, vgl. § 110a II StPO, s. auch *Jahn*, JuS 2010, 832, 834); P ist aber kein verdeckter Ermittler, da er nur einmalig und kurzzeitig als „Micha“ aufgetreten ist; P ist daher als **nicht offen ermittelnder Polizeibeamter (= noeP)** einzuordnen

– **Generalklausel der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO?**

→ (+), nach hM ist der Einsatz von noeP kein wesentlicher Grundrechtseingriff und der Gesetzgeber hat gerade für solche Fälle die Ermittlungsgeneralklausel vorgesehen (s. *Heinrich/Reinbacher*, S. 117)

Hinweis: AA mit Blick auf die nicht unerhebliche Eingriffsintensität gut vertretbar (zweifelnd BGHSt 55, 138)

2. Rechtmäßigkeit des Vorgehens des P

- Verstoß gegen **§ 163a IV 2 StPO i.V.m. § 136 I 2** aufgrund der unterbliebenen Belehrung des E?
 - (-), diese Vorschrift ist nur auf „**offene**“ **Vernehmungen** anwendbar und will (lediglich) sicherstellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer **Aussagepflicht** bewahrt wird, zu der er durch die **Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen** veranlasst werden könnte (**formeller Vernehmungsbegriff**). Hier liegt **keine Vernehmung** vor, da sich P nur als Privatperson ausgab. Deshalb scheidet auch eine entsprechende Anwendung und die Annahme einer Umgehung der Vorschrift aus.
- Verstoß gegen **§ 163a IV 2 StPO i.V.m. § 136a StPO** wegen ein **Täuschung** des E ?
 - (-), eine mögliche **analoge Anwendung (keine Vernehmung!)** des §136a StPO scheidet zumindest aus dem Grund aus, dass alleine das Nicht-Offenlegen des Ermittlungsinteresses ohne Hinzutreten weiterer Umstände noch keine relevante Täuschung darstellt. Es liegt lediglich eine „**kriminalistische List**“ vor
- Verstoß gegen **Art. 13 I GG** oder **Art. 2 I**?
 - (-), der Besucherraum der JVA unterfällt nicht dem Schutzbereich des Art. 13 I GG. Auch die Privatsphäre des E ist nicht tangiert

- Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren („**fair-trial-Prinzip**“) nach **Art. 2 I i.V. mit Art. 20 III GG, Art. 6 I EMRK** unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten (**nemo tenetur se ipsum accusare**)?

Die Aushorchung des E unter **Ausnutzung der besonderen Situation seiner Inhaftierung** begründet von vornherein **Bedenken** gegen die Zulässigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme.

Nicht weniger als in anderen von der Rspr. beanstandeten Fällen heimlicher Informationsgewinnung unter Ausnutzung begleitender belastender Haftsituationen liegen auch hier Umstände vor, die zur Bewertung des Vorgehens als unfaire Vernachlässigung der zu achtenden Selbstbelastungsfreiheit führt.

Da P sogar **eindeutig die Kompetenzen** überschritten hat, die einem **verdeckten Ermittler** zugestanden hätten, stünden einem noch nicht formal als unzulässig bewerteten **entsprechenden Vorgehen als noeP** identische **durchgreifende Bedenken – erst recht – entgegen:**

Zwar sind **verdeckte Ermittler** berechtigt, unter Nutzung einer Legende selbstbelastende Äußerungen eines Beschuldigten entgegenzunehmen und an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten. Sie sind aber **nicht befugt**, in diesem Rahmen den Beschuldigten **zu selbstbelastenden Äußerungen zu drängen**.

E wurden von P zwei Bilder (ein Bild von F, ein Bild einer anderen Frau) vorgelegt, um ihn eine **Auswahl der zu tötenden Frau** mittels der durch die beiden Bilder aufgebauten Alternative vornehmen zu lassen.

Auf Grund des nachfolgenden Hinweises, **falls E diese Auswahl nicht treffen wolle**, würden „notfalls“ **beide Frauen**, vor deren Häusern zur Tötung bereite Täter stünden, getötet, ist E in einen **Aussagezwang** hinsichtlich der Benennung der zu tötenden Frau versetzt worden.

Dies ist mittels eines als **Nötigung mit einem empfindlichen Übel i.S. des § 240 I StGB** zu qualifizierenden Eingriffs in die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung geschehen.

Durch die Anwendung von Zwang wird der **Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit** des E verletzt

→ (+), Verstoß gegen fair-trial-Prinzip

B. Beweisverwertungsverbot

Aus einer Verletzung eines Beweiserhebungsverbots folgt nicht automatisch ein Beweisverwertungsverbot, nach der Rspr. ist vielmehr eine **Abwägung** zwischen dem **Strafverfolgungsinteresse des Staates** und dem **Schutz der Rechte des Beschuldigten** vorzunehmen (s. *Dinter/Jakob*, Rn. 55).

In Fällen von **Aussagezwang** wird in den **Kernbereich** der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten **Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten** ohne Rechtsgrundlage eingegriffen.

Der **gravierende Rechtsverstoß** kann nicht anders als durch Nichtverwertung des hierdurch gewonnenen Beweismittels geheilt werden.

→ (+), die Beeinträchtigung der Rechte des E gebietet die Annahme eines Beweisverwertungsverbots

C. Ergebnis

Es bestand ein Beweisverwertungsverbot. Die Verwertung war somit rechtswidrig.

Fall 6: „It's too late (to apply for a search warrant)“ (nach BGH NStZ 2012, 104; *Schuster/Weitner*, Rn. 114 ff.; Falllösungen zur Durchsuchung finden sich bei *Mansdörfer*, Rn. 114 ff., 122 ff.; *Heinrich/Reinbacher*, S. 79 f.)

Gegen A und Mittäter wird wegen Betäubungsmittelhandels ermittelt. Auf richterliche Anordnung wurde ab Januar 2020 seine Telekommunikation überwacht. Am Mittag des 17.2.2020 ergab die Überwachung, dass A noch an diesem Tag in die Niederlande mit dem Ziel der Beschaffung von Betäubungsmitteln fahren werde. Ab dem frühen Abend hielten sich Einsatzkräfte der Polizei für eine spätere Wohnungsdurchsuchung bereit und observierten den A, der nach der Wiedereinreise kurz nach 22 Uhr vorläufig festgenommen wurde.

Der sachbearbeitende Polizeibeamte P kontaktierte zwischen 22 Uhr und 23 Uhr die diensthabende Staatsanwältin S, die eine Durchsuchung der Wohnung des A wegen Gefahr im Verzug anordnete. P hatte sich vor dem Ende des richterlichen Bereitschaftsdienstes beim AG Göttingen um 21 Uhr nicht um den Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses durch den Ermittlungsrichter bemüht, weil er die bis zum Nachmittag des 17.2.2020 erlangten Erkenntnisse für zu vage hielt und im Verlauf des 17.2.2020 mit sonstigen Dingen befasst war.

Fallfrage: Können die bei der Durchsuchung in der Wohnung des A gefundenen Drogen als Beweismittel verwertet werden?

Die bei der Durchsuchung der Wohnung des A gefundenen Drogen können als Beweismittel verwertet werden, wenn kein **Beweisverwertungsverbot** entgegensteht.

I. Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung (= Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot?)

Als Ermächtigungsgrundlage für die **Durchsuchung der Wohnung** des A kommt **§ 102 StPO** in Betracht.

A ist **Verdächtiger** i.S.d. § 102 StPO, da aufgrund der Telefonüberwachung tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er Täter einer Straftat (§ 29 I Nr. 1 BtMG) ist. Das Auffinden von Beweismitteln ist ein **legitimer Durchsuchungszweck** („Ermittlungsdurchsuchung“), § 105 Alt. 2 StPO. Durchsucht wird die **Wohnung des Beschuldigten A**, es liegt mithin auch ein **legitimes Durchsuchungsobjekt** vor (HK-GS/Hartmann, § 102 Rn. 2 ff.).

Die **Anordnungscompetenz** für eine (Wohnungs-) Durchsuchung ist nach **Art. 13 II GG, § 105 I 1 StPO** **grundsätzlich dem Richter** – hier dem Ermittlungsrichter beim AG Göttingen, vgl. § 162 I 1 StPO - vorbehalten („präventiver Richtervorbehalt“; BeckOK/Hegmann, § 105 Rn. 4; LR/Tsambikakis, § 105 Rn. 1, 25 ff.).

→ Eine ermittelungsrichterliche Durchsuchungsanordnung lag hier nicht vor

Nach § 105 I StPO sind **nur bei Gefahr im Verzug** die **Staatsanwaltschaft** und ihre **Ermittlungspersonen** nach § 152 GVG (letztere nicht in den Fällen des § 103 I 2 StPO) für die Anordnung der Durchsuchung zuständig, um einen Beweismittelverlust zu verhindern, vgl. auch Art. 13 II Hs. 2 GG (BeckOK/*Hegmann*, § 105 Rn. 5).

Zu klären ist daher, ob hier Gefahr im Verzug vorlag.

Gefahr im Verzug ist immer dann anzunehmen, wenn die **vorherige Einholung** der richterlichen Anordnung den **Erfolg der Durchsuchung gefährden würde** (BVerfGE 51, 97, 111; 103, 142, 154; BGH NStZ 2012, 104; KMR/*Hadamitzky*, § 105 Rn. 17; LR/*Tsambikakis*, § 105 Rn. 83; SK/*Wohlers*, § 105 Rn. 33)

Nicht nur wegen des **Ausnahmecharakters** der nichtrichterlichen Anordnung, sondern vor allem wegen der **grundrechtssichernden Schutzfunktion** des Richtervorbehalts ist „Gefahr im Verzug“ **eng auszulegen** (BVerfGE 103, 142, 153; LR/*Tsambikakis*, § 105 Rn. 83).

Es steht **nicht im Belieben** der Strafverfolgungsbehörden, **wann** sie eine **Antragstellung** in Erwägung ziehen. Sie dürfen **nicht so lange** mit dem Antrag an den Ermittlungsrichter **warten**, bis die Gefahr eines Beweismittelverlusts tatsächlich eingetreten ist, und damit die **Regelzuständigkeit** des Richters **unterlaufen**.

Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine **richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können**, kommt es auf den **Zeitpunkt** an, zu dem die StA oder ihre Hilfsbeamten die Durchsuchung **für erforderlich halten**:

Dies war hier nach jeglicher kriminalistischer Erfahrung **spätestens am Nachmittag** des 17.2.2020 der Fall, als sich die für diesen Abend geplante **Beschaffungsfahrt** in die Niederlande konkret abzeichnete. Dass noch im Verlauf des 17.2.2020 die Wohnung des A zu durchsuchen sei, drängte sich auf.

Nur durch einen alsbaldigen Zugriff wäre auszuschließen gewesen, dass mögliche Mittäter in den Wohnungen befindliche Betäubungsmittel beseitigten. Dementsprechend hielten sich bereits ab dem frühen Abend Polizeikräfte zur Durchführung der Durchsuchungen bereit.

→ Die erst nach 22 Uhr erlassene Durchsuchungsanordnung der S konnte **nicht** mehr auf **Gefahr im Verzug gestützt werden**

II. Beweisverwertungsverbot

Fraglich ist, ob sich aus dem Verstoß gegen § 105 I StPO (Beweiserhebungsverbot in Form eines **relativen Beweisverbotes**) auch ein (**unselbstständiges**) **Beweisverwertungsverbot** ergibt.

Aus einer Verletzung eines Beweiserhebungsverbots folgt nicht automatisch ein Beweisverwertungsverbot, nach der Rspr. ist vielmehr eine **Abwägung** zwischen dem **Strafverfolgungsinteresse des Staates** und dem **Schutz der Rechte des Beschuldigten** vorzunehmen (*Dinter/Jakob*, Rn. 55).

Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist von Verfassungs wegen zumindest bei **schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen**, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten (BGHSt 51, 285, 289 f.; BGH NStZ 2012, 104, 105).

Die Annahme des P, die von ihm gewonnenen Erkenntnisse hätten eine Anordnung nach §§ 102, 105 StPO am Nachmittag des 17.2.2020 trotz der weiteren Verdichtung des Tatverdachts (noch) nicht getragen, ist **nicht nachzuvollziehen**. Bereits am Nachmittag des 17.2.2010 stand fest, dass mit **hoher Wahrscheinlichkeit** noch am selben Tag eine vorläufige Festnahme des A erfolgen werde, die eine Durchsuchung nach sich ziehen werde.

Dem – für andere Fallgestaltungen zur Einschränkung der Annahme von Beweisverwertungsverböten entwickelten – Aspekt eines möglichen **hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs** kann bei solcher Verkennung des Richtervorbehalts **keine Bedeutung** zukommen (BGH NStZ 2012, 104, 105):

- Die Einhaltung der durch **Art. 13 II GG, § 105 I 1 StPO** festgelegten Kompetenzregelung könnte in diesen Fällen bei Anerkennung des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs als Abwägungskriterium bei der Prüfung des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbots stets **unterlaufen** und der Richtervorbehalt sogar **letztlich sinnlos** werden.
- Bei Duldung grober Missachtungen des Richtervorbehalts entstünde gar ein **Ansporn**, die Ermittlungen **ohne Einschaltung des Ermittlungsrichters** einfacher und möglicherweise erfolgversprechender zu gestalten.
- Damit würde das **wesentliche Erfordernis eines rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens** aufgegeben, dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung erlangt werden dürfen.

→ (+), es besteht somit ein **Beweisverwertungsverbot** (so erst recht die **aA**, die bei einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt **stets ein Beweisverwertungsverbot** annimmt, vgl. SK/*Wohlers*, § 105 Rn. 79)

C. Ergebnis: Die bei der Durchsuchung der Wohnung gefundenen Beweismittel dürfen nicht verwertet werden

Viel Erfolg in der Klausur!